



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

El arte de no cansar

DOCTRINA

ATIENZA MACÍAS, Elena

Inmigración y pluralidad lingüística: un reto para los derechos humanos

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto

Los orígenes de las prohibiciones de contratar con la administración pública española

LABANDERA, Pablo

El derecho aduanero y sus aspectos procesales en el Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay (CAROU)

NICOLA ALBANELL, José María

El intercambio de información en los convenios para evitar la doble imposición: una mirada actual

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CASILLAS, Neydy

El quebrantamiento del orden jurídico internacional en la opinión consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica

JURISPRUDENCIA COMENTADA

PÉREZ DEL CASTILLO, Matías

Acción de amparo preventivo como forma de dilucidar conflictos colectivos

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías y postgrados
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

IGARZA FUNES, Gustavo Pablo

Negociación colectiva en el sector público estatal

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CÁNEPA SALABERRY, Martín

Responsabilidad civil por lesión al derecho de honor en redes sociales

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

DERECHO JURISPRUDENCIAL LABORAL

Reglas jurisprudenciales sobre salario y despido abusivo o especialmente injustificado de Mangarelli, Slinger, Madalena, De Marco y López.
Por Sofía Maruri



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

El arte de no cansar

DOCTRINA

ATIENZA MACÍAS, Elena

Inmigración y pluralidad lingüística: un reto para los derechos humanos15

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto

Los orígenes de las prohibiciones de contratar con la administración pública española35

LABANDERA, Pablo

El derecho aduanero y sus aspectos procesales en el Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay (CAROU).....55

NICOLA ALBANELL, José María

El intercambio de información en los convenios para evitar la doble imposición: una mirada actual.....93

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CASILLAS, Neydy

El quebrantamiento del orden jurídico internacional en la opinión consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica.113

JURISPRUDENCIA COMENTADA

PÉREZ DEL CASTILLO, Matías

Acción de amparo preventivo como forma de dilucidar conflictos colectivos.....127

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías y postgrados
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

IGARZA FUNES, Gustavo Pablo

Negociación colectiva en el sector público estatal.....157

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CÁNEPA SALABERRY, Martín

Responsabilidad civil por lesión al derecho de honor en redes sociales229

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

DERECHO JURISPRUDENCIAL LABORAL

Reglas jurisprudenciales sobre salario y despido abusivo o especialmente injustificado de Mangarelli, Slinger, Madalena, De Marco y López. Por Sofía Maruri.....251

MENSAJE DEL DECANO

Universidad, Derecho y Cultura

El arte de no cansar

Uno de los desafíos más importantes y difíciles que tiene toda persona – tanto en el ámbito público como en el privado - es la de aprender a descubrir cuándo está cansando a su auditorio, a sus seguidores.

Conste que no me refiero exclusivamente a los personajes políticos, quienes por su función están muy expuestos a las entrevistas, reportajes o apariciones públicas de todo tipo, en todo tiempo y lugar. Se comprende aquí a todo personaje que por su rol en la vida tiene que enfrentar a diversos tipos de auditorios. Actores de cine y teatro, deportistas famosos, artistas en cualquiera de sus manifestaciones, conferencistas y docentes en cualquier área, corren también el riesgo de cansar a sus oyentes y/o lectores. “*Sí, es (o era) muy bueno; pero últimamente me cansa un poco...*” es una frase muy frecuentemente escuchada entre muchos que otrora eran fanáticos, seguidores o alumnos de tal o cual persona.

El mayor de los problemas no radica en cansar al auditorio respectivo; consiste en no darse cuenta de ello. Al no saber captar el cansancio de los otros, la persona sigue tan campante con su vida, sus discursos, sus apariciones, sus obras de cine o teatro, su arte o su actividad cualquiera. Y del cansancio al fastidio hay un paso muy pequeño... La “*falta de fuerzas que resulta de haberse fatigado*” según el diccionario de la Real Academia Española, se puede tornar en hastío, tedio o fastidio. Entonces las perspectivas de los hastiados o fastidiados cambian. Ya no consideran que el personaje en cuestión los tiene simplemente un poco cansados, sino que descubren en él mil detalles al expresarse o actuar que antes le hubieran perdonado y hasta elogiado; a partir de cierto momento, les incomodan, molestan y hasta les parecen insoportables.

Quizás sea en el plano de la retórica, los discursos y las conferencias que este riesgo de cansar se manifieste



Revista de DERECHO

Publicación semestral de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Montevideo

Director

Santiago Pérez del Castillo

Director Fundador

Carlos E. Delpiazzo

Sub. Director y Redactor Responsable

Miguel Casanova
Lord Ponsonby 2506

Consejo Editorial

Carlos de Cores
Alberto Faget Prati
Jorge Fernandez Reyes
Mercedes Jiménez de Aréchaga
Pedro Montano Gómez

Comisión de Publicaciones

Beatriz Bugallo
Miguel Casanova
Juan Manuel Gutiérrez

Secretaría Técnica

Natalia Veloso

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho
Universidad de Montevideo
Lord Ponsonby 2506
11600 Montevideo – Uruguay

Impresión

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

Las expresiones y opiniones vertidas
por los autores de cada obra
publicada en esta Revista, son de su
exclusiva responsabilidad
Año XVII (2018), N° 33

con mayor frecuencia. Por eso siempre es útil recordar el enfoque de Churchill en relación a este asunto: manifestaba que si tenía que hablar durante cinco o seis minutos, ese discurso lo preparaba con al menos dos semanas de antelación; si disponía de más de media hora para disertar, la preparación comenzaba una semana antes; y si le decían que tenía todo el tiempo del mundo para hablar, podía comenzar ahora mismo. Sin embargo, el planteo de saber qué decir, cuándo decirlo y en qué ámbito espacial hacerlo, según el tipo de auditorio que sea el receptor del mensaje, no debería limitarse a las manifestaciones de tipo oral. Es muy prudente y recomendable extender esa sabiduría a otros planos y tipos de comunicación.

La habilidad y arte de saber detectar a tiempo cuándo se comienza a cansar a los demás no es algo que todos poseen; por el contrario, es patrimonio exclusivo de pocos. De ahí la importancia de saber rodearse de personas que sepan avisar a tiempo. Esta habilidad es tan o más importante que la anterior. No es imprescindible ni estrictamente necesario que esas personas sean amigas. Por supuesto que la amistad puede ser clave a la hora de recibir un buen consejo para decidir cuándo “colgar los botines”, hacer una honrosa retirada o simplemente dedicarse a otra cosa. Pero no es siempre el amigo leal, directo y sincero quien puede dar ese consejo prudente. Alcanza con que sea una persona allegada de alguna forma al interesado, que tenga la suficiente honestidad, fortaleza y objetividad para detectar los síntomas de cansancio en el auditorio y dar la voz de alerta a tiempo. En este sentido, el “asesor de imagen” puede jugar un rol importantísimo a la hora de dar buenos consejos. Nuevamente, no me refiero exclusivamente al asesor de imagen política, sino a múltiples y variados asesores que pueden colaborar con quienes tienen el interés o preocupación de no cansar a sus auditorios. Por lógica, cuanto más experiencia y profesionalismo se tenga en esta tarea de dar consejos oportunos, mejor.

Sin embargo, con detectar personalmente o gracias a la mirada y el consejo de otros, que llegó el momento de pasar la posta, no alcanza. Es necesario dar un paso más: aceptar que esa instancia ha llegado y actuar en consecuencia. Esto es en definitiva lo más importante, pues si la persona en cuestión se queda en cualquiera de las dos etapas anteriores, pero no da el tercer paso, de nada sirvió llegar a la toma de conciencia o a la recepción de los comentarios que sugieren la retirada. Saber retirarse a tiempo no es cosa de todos, es privilegio de sabios.

No vayamos a creer que esto supone llegar a cierta edad límite exclusivamente. En muchas ocasiones no se trata de una cuestión de edad, sino de eficacia y de oportunismo. Por supuesto que las edades y las “frangas etarias” cumplen su rol, pero existen otros múltiples factores no necesariamente físicos o psicológicos que pueden intervenir para dar pie al oportuno retiro. La edad no es lo decisivo. Estandarizar frangas de edades o décadas para definir cuándo un ser humano debe retirarse y dedicarse a otras tareas es muy complejo y casi impredecible. Alcanzan, por citar algunos, los casos de Maurice Chevalier, Fred Astaire, Maggie Smith, Judy Dench, Christopher Plummer, Cristina Morán, China Zorrilla, B.B.King, Konrad Adenauer o Nelson Mandela para comprobar que llegar a cierta franja de edad no impide continuar siendo muy eficaz y eficiente en las tareas y roles que cada uno de los mencionados han desempeñado. Es más, estos

ejemplos mencionados sirven para mostrar que tanto los fallecidos como los que aún viven han dejado huellas profundas e indelebles en las mentes y los corazones de muchísima gente.

Sería también un error pensar o creer que el tema que nos compete debería quedar reservado al ámbito de ciertas personalidades que se mueven con públicos o auditorios amplios y universales. El riesgo de cansar o fastidiar se corre en situaciones mucho más cotidianas y comunes. Sirvan como ejemplo las reuniones sociales o familiares en las que una persona tiene la tendencia a ser el que lleva la voz cantante; esta inclinación al “acaparamiento protagonista” es detectable en múltiples situaciones. Un caso típico es el de una persona que ha viajado hace relativamente poco y comienza a narrar su experiencia del viaje; nuestro personaje de turno interrumpe el relato con una frase similar a “...¿Pero tú no estuviste o visitaste tal lado? ¡No sabes lo que te perdiste! Déjame que te cuente un poco...” A partir de ese instante comienza una larga perorata en la que parece ser mucho más importante el relato del interruptor, que las supuestas aburridas y pre-conocidas experiencias del reciente viajero que se queda con las ganas de narrarlas pues no hay forma de que pueda retomar el hilo inicial... El acaparador protagonista se olvida y pone muy pocas veces en práctica el famoso refrán que nos recomienda ser dueños de nuestros oídos antes que esclavos de nuestras palabras.

Desde los más remotos tiempos han existido *viejos jóvenes y activos y jóvenes viejos y desgastados*; esto no va a cambiar. El asunto es otro: consiste en saber detectar a tiempo el desgaste y reaccionar oportunamente conforme a lo percibido.

Sabias y prudentes son las personas que detectan esa instancia y saben actuar en consecuencia. Desgraciadamente, son menos de los que en realidad deberían hacerlo. Solo deseo que no nos ocurra ni a ustedes ni a mí, estimados lectores.

Nicolás Etcheverry Estrázulas

REGLAMENTO EDITORIAL

La **Revista de Derecho** es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (peer review) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la **Revista de Derecho** de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a redaccionfder@um.edu.uy. Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.

2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.

3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.

4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.

5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:

- i) Título en español y en inglés.
- ii) Nombre de los autores con indicación de la institución a la que pertenecen.
- iii) Dirección electrónica para la correspondencia con la revista.
- iv) Abstract del trabajo (entre 100 y 200 palabras)
- v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.

6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.1. y sucesivamente.

7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).

8) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo el siguiente estructura:

- Libros: AUTOR, Título, Editorial, Ciudad, Año.

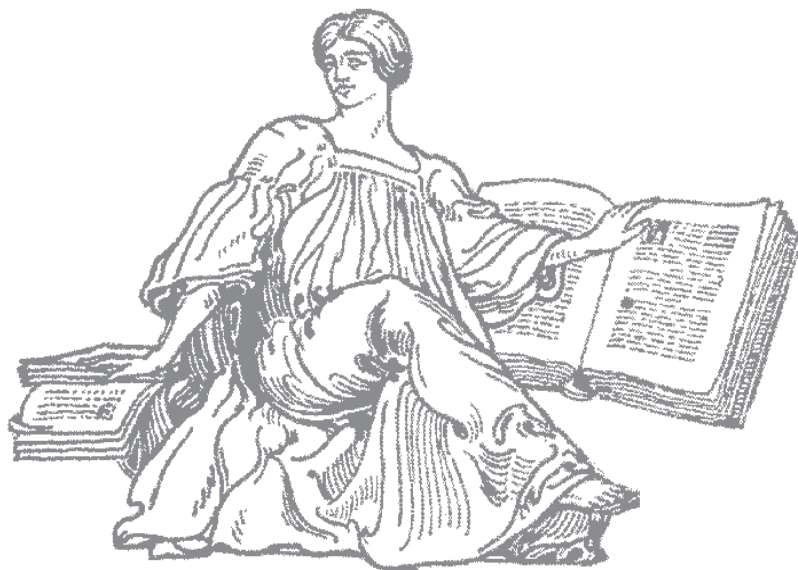
Ejemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Ejemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) Las referencias de Jurisprudencia deben establecer: país de origen, órgano judicial que dictó, número y fecha de la sentencia.

10) Las referencias de Derecho positivo deben incluir: país de origen, órgano que dictó la norma, nombre (en caso de corresponder), número y fecha.



DOCTRINA

ATIENZA MACÍAS, Elena

Inmigración y pluralidad lingüística: un reto para los derechos humanos

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto

Los orígenes de las prohibiciones de contratar con la administración pública española

LABANDERA, Pablo

El derecho aduanero y sus aspectos procesales en el Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay (CAROU)

NICOLA ALBANELL, José María

El intercambio de información en los convenios para evitar la doble imposición: una mirada actual

INMIGRACIÓN Y PLURALIDAD LINGÜÍSTICA: UN RETO PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

Canadá y el modelo de «acomodo razonable» de derechos / Immigration & Language Diversity: a challenge to human rights. canada and the model of 'reasonable accommodation' of rights

*DRA. ELENA ATIENZA MACÍAS**

RESUMEN: El fenómeno migratorio se ha convertido en una realidad de dimensión planetaria, característica visible de un proceso de globalización cada vez más acusado. España, no ha sido ajena a este fenómeno; convirtiéndose en una realidad multicultural en la que conviven personas de etnias, nacionalidades y culturas diversas. Esta diversidad cultural y étnica es un reto al que no se enfrenta sólo España, sino que es una tendencia que cobra cada vez mayor importancia en toda Europa. En este trabajo de investigación, se estudia especialmente la identidad lingüística como pieza clave para la configuración de un marco efectivo de los derechos humanos.

Resulta de especial trascendencia el análisis del modelo seguido en un país, paradigma de la multiculturalidad: Canadá. De suerte que fue pionero en el mundo en proclamar de modo oficial, allá por 1971, su apuesta formal y decidida por el multiculturalismo como política de gestión pública de la diversidad cultural. Igualmente merece un análisis la construcción jurídica que ha ideado este país en torno al “acomodo razonable de derechos”, concepto novedoso y de indiscutible actualidad que, ha atraído la atención de Europa que, como sociedad plural, puede importar esta fórmula. Y no sólo de Europa, puesto la situación del entorno cultural y lingüístico de Quebec presenta un claro paralelismo con las situaciones que existen en algunas Comunidades Autónomas de España, siendo un modelo excelente para sociedades complejas como la vasca o la catalana, ambas sociedades plurales en el plano lingüístico.

PALABRAS CLAVE: Diversidad cultural; Pluralidad lingüística; Minorías lingüísticas; “derechos humanos lingüísticos”; Canadá; Multiculturalismo; Interculturalismo; Acomodo razonable de derechos; País Vasco y Cataluña.

ABSTRACT: Migration has become a reality of global dimension, a visible sign of a globalization process that is increasingly accused. Spain has not been immune to this phenomenon; becoming a multicultural reality which can bring people of different nationalities, ethnicities and ideologies together. This cultural and ethnic diversity is a challenge that faces not only Spain, but it is a trend that is becoming increasingly important

* Doctora en Derecho por la Universidad de Deusto, Investigadora Postdoctoral del Gobierno Vasco en la Universidad del País Vasco UPV/EHU. Facultad de Derecho - Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano (Bilbao, España), Investigadora visitante de la Universidad de Coimbra, Facultad de Derecho - Centro de Direito Biomédico, Facultad de Derecho - Instituto Jurídico, (Coimbra, Portugal)

across Europe. In this paper, especially addresses the linguistic identity as a key element for configuring an effective framework of human rights. Of particular significance is the analysis of model followed in a country -Canada- because is a paradigm of multiculturalism. Indeed, Canada was a pioneer in the world to proclaim officially back in 1971, its formal and firm commitment to multiculturalism and political governance of cultural diversity. In present worth also analysis the legal construction that has devised this country around "reasonable accommodation of rights" a novel concept that has attracted the attention of Europe, as plural society that can import this formula. And not only for Europe, since the situation of the cultural and linguistic environment of Quebec has clear parallels with the situations that exist in some regions of Spain, being an excellent model for complex societies such as The Basque Country and Catalonia, both linguistically plural societies.

KEY WORDS: Cultural diversity; Linguistic diversity; Linguistic minorities; "Linguistic human rights"; Canada; multiculturalism; interculturalism; Reasonable accommodation of rights; The Basque Country and Catalonia

1. Introducción

El fenómeno migratorio se ha convertido en una realidad de dimensión planetaria, cada vez más creciente en las sociedades actuales, característica visible de un proceso de globalización cada vez más acusado. Paralelamente, para la persona concreta que emigra su identidad o ADN culturales se alzan como uno de valores de mayor repercusión y trascendencia en su percepción de ese nuevo espacio que le acoge, así como, en muchas ocasiones, una *llave* para su progresiva integración en el mismo¹.

Así, en el actual escenario multicultural, resulta obvio que la piedra angular del Estado (de cada Estado de origen) no es otra, en pleno siglo XXI, que la *gestión democrática de la diversidad cultural* e identitaria de estas nuevas sociedades que están emergiendo. Y hacemos hincapié en una gestión *necesariamente* democrática, cuya complejidad salta a la vista, pero cuya necesidad se hace cada vez más apremiante, como consecuencia del impacto de los vertiginosos flujos migratorios y de los efectos de la globalización, fenómeno, que puede conducir, paradójica y peligrosamente, a una uniformización y homogeneidad cultural y a una pérdida de identidades culturales.

En este sentido, no se puede afirmar la presencia de una democracia verdaderamente consolidada si la misma no logra adaptar sus estructuras políticas y jurídicas a una coyuntura socio-cultural tan cambiante como la que describimos. En cualquier caso, la raíz de la legitimación democrática reside en el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas, aspecto más elemental de su configuración como tal democracia.

Pero ahondando en la diversidad cultural, en concreto la identidad lingüística de

1 V. Ruiz Vieyetz, E., "Políticas de inmigración y diversidad lingüística", *Diversidad migratoria. Distintos protagonistas, diferentes contextos*, González Ferreras, J. / Setién, M.L., (Eds.), Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2005, p. 113-115. Para este autor la integración es el concepto clave en la gestión de cualquier política migratoria, la cual ha de ser necesariamente compatible con la nueva realidad multicultural que el fenómeno migratorio en sí mismo acarrea.

cada persona es una pieza clave para la configuración de un marco, verdaderamente efectivo, de derechos humanos. Indudablemente, los “derechos humanos lingüísticos” y el consecuente principio de prohibición de discriminación por razón de lengua, juegan un papel vital en este panorama normativo. No en vano, la lengua constituye el elemento identitario por antonomasia de estas minorías culturales. El hecho lingüístico es, por ende, uno de los elementos que con mayor claridad permite diferenciar a unos colectivos de otros, siendo igualmente trascendental su función como factor de cohesión o de identidad comunitaria. La postura que adopte cada Estado de acogida ante esta situación resulta decisiva. De esta forma, los “conflictos” multiculturales pueden ser abordados desde tres perspectivas distintas: dos extremas y con un marcado signo característico, la asimilacionista y la multiculturalista, y una intermedia, la interculturalista.

Dentro del marco expuesto, se nos antoja sustancial analizar el modelo seguido en un país, paradigma de la multiculturalidad, como es Canadá. De suerte que fue pionero en el mundo en proclamar de modo oficial, allá por 1971, su apuesta formal y decidida por el multiculturalismo como política de gestión pública de la diversidad cultural. Con este propósito recoge su Constitución, en concreto, el artículo 27 de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades, la llamada *cláusula multicultural*, que obliga a interpretar los derechos constitucionales con el más absoluto respeto a la herencia o patrimonio multicultural de la sociedad canadiense.

Sin alejarnos del mismo Canadá resulta singular y llamativo el caso de una de sus provincias, Quebec, en la que, por contra, determinados sectores político-jurídicos y doctrinales han mostrado tradicionalmente un cierto recelo por esa apuesta multiculturalista. La realidad lingüística tan *sui generis* que caracteriza a Quebec como minoría francófona dentro del Canadá, motiva el origen de esa desconfianza, que se explica sobre el temor de que la fórmula del multiculturalismo pueda, llegado el caso, ser empleada por el grupo hegemónico de la sociedad canadiense anglófona, con el propósito de derrocar la idiosincrasia propia de Quebec. Esta defensa a ultranza de la identidad cultural y más específicamente, lingüística, por parte de Quebec, en cuanto su comunidad francófona se erige, insistimos, como minoría lingüística respecto del país en su conjunto, llevó a proclamar Ley No. 178. Esta ley fue promulgada por el gobierno de la provincia de Quebec el 22 de diciembre de 1988, con el fin de enmendar la Ley No. 101 (conocida como la “Carta de la Lengua Francesa”) e implicaba una protección reforzada de esta lengua, minoritaria en el país de referencia².

En este orden de cosas, encontramos decisivo traer a colación el ya célebre Caso *Ballantyne, Davidson y McIntyre* contra Canadá³ que, de hecho, captó el interés/fue foco de atención del propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en los años ochenta. En él esa coyuntura lingüística, propia y específica de la provincia de Quebec, con un reducto de población francófona como minoría lingüística, se aprecia con mayor intensidad y conflictividad. En este supuesto, la protección de la lengua francesa implicaba, sin embargo, la

2 V. un estudio profundizado del panorama normativo canadiense, sus orígenes y razón de ser en Green, W., “Language regimes, minority language rights, and international legal issues: The case of Quebec anglophones”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 26, 1999, pp. 267-290.

3 BALLANTYNE, DAVIDSON, MCINTYRE V. CANADA, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (1993). Disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.47.D.359.1989.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.47.D.359.1989.Sp?Opendocument)

vulneración de un derecho fundamental, como es la libertad de expresión, un derecho de palmaria importancia en cuanto a gestión de diversidad lingüística concierne, que como tal derecho no solamente cubre el contenido expresado, sino también el medio lingüístico elegido. Escuetamente, la cuestión litigiosa se refería a la imposición del uso exclusivo del francés (y consiguiente prohibición de cualquier otra lengua, incluida el inglés) en la publicidad comercial dentro del Estado canadiense de Quebec debido a la necesidad de preservar la cultura francoparlante, considerada minoría lingüística, ante la amenaza que constituía la influencia del inglés proveniente tanto del occidente canadiense como de Estados Unidos.

Han transcurrido ya muchos años de esta resolución, que tuvo origen en 1989, y Quebec ha ido mostrando un talante más abierto hacia la diversidad cultural, en general y hacia el pluralismo lingüístico, en particular. Un factor determinante en la construcción de este nuevo paradigma ha sido, sin lugar a dudas, el papel central que la inmigración ha venido desempeñando en la vida social, política y cultural de este país. Así, como reformulada sociedad de acogida, Quebec ha ideado una política de integración en la que, si bien por un lado, sigue estando presente la protección y fomento de la lengua francesa como lengua común de la vida pública, por otro, se ha configurado como una sociedad democrática en donde se espera y favorece la participación y la contribución de toda la sociedad y una sociedad pluralista, abierta a las múltiples contribuciones, dentro de los límites que impone el respeto de los valores democráticos fundamentales y la necesidad del intercambio intercomunitario.

En consonancia con esta apertura a la diversidad cultural pero fieles, al mismo tiempo, a una tradición cultural y lingüística originaria, las instituciones públicas quebequesas han optado por la idea del interculturalismo, frente al multiculturalismo de Canadá, como opción propia de su autogobierno en el que prima, como objetivo, la pervivencia de la lengua francesa.

Como colofón de esta postura proclive a la pluralización democrática y a la gestión de la diversidad cultural, destaca el relativamente nuevo (fue publicado en Quebec en el año 2008), Informe de Bouchard y Taylor, denominación adoptada por sus artífices, que responde en su versión española al evocador y esperanzador título “Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación”. Este informe, germen de una novedosa fórmula acuñada como “acomodo razonable de derechos”, desarrolla este modelo de opción jurídica, (a diferencia del multiculturalismo o el interculturalismo concebidos como modelos de política pública), que puede ser exportado a otros ordenamientos, entre ellos el europeo. De esta forma, la experiencia canadiense y más específicamente quebequense en este plano, puede previsiblemente convertirse en un referente a seguir o modelo oportuno a partir del cual incorporar a los sistemas políticos de Europa mayores cuotas de pluralidad en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las minorías lingüísticas.

2. Inmigración y pluralidad lingüística

2.1. La identidad cultural como valor intrínseco

Religión, lengua, pertenencia a un determinado colectivo étnico o cultural, son algunos de los elementos más decisivos como tradiciones y valores identitarios clave, a la

hora de configurar la personalidad del individuo y por ende, de la sociedad en la que éste se integra. De entre este elenco de señas de identidad, la lengua constituye un pilar fundamental como vehículo de pertenencia a ese colectivo.

No en vano las lenguas son los vectores de las experiencias, tanto individuales como colectivas, en el seno de contextos de muy diversa índole: intelectuales y culturales, modos de relación con los grupos humanos, expresión de sistemas de valores y de códigos sociales, entre otros muchos. La propia UNESCO ha recalcado este valor intrínseco de la identidad cultural y la necesaria conservación de la diversidad cultural⁴. Los valores y señas identitarias adquieren un mayor alcance y repercusión cuando el fenómeno de la migración aparece en escena, de tal manera que la persona que “padece” esta experiencia reclama sus propias e inherentes referencias de identidad con mayor intensidad, necesarias para la comprensión del nuevo espacio al que se incorpora como vía para la integración en el mismo.

No obstante, ha de hacerse notar que estas señales identificativas sufrirán previsiblemente una evolución, que no erosión, en el devenir de su experiencia migratoria que puede desencadenar, efectivamente en una transformación paulatina de dichos referentes, aunque no es menos cierto que puede producirse una “atrofia” de los valores identitarios consecuencia directa del efecto migratorio.

La virtualidad de este conjunto de valores reside en que más allá de constituir vías de conexión y cohesión, se trata de auténticos elementos simbólicos de vital importancia para la comunidad que los encarna. No cabe duda de que, en particular, la lengua es un símbolo de identidad, un nexo o elemento identificador de pertenencia al grupo.

En consecuencia, la diversidad cultural es un valor de cariz intrínsecamente positivo, en la medida en que supone un intercambio de la riqueza inherente a cada cultura del mundo. La UNESCO, consciente del papel vital de la diversidad cultural en la construcción de un modelo adecuado de derechos humanos estableció en su declaración universal sobre la diversidad cultural:

Artículo 4. “los derechos humanos, garantes de la diversidad cultural. la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance”.

2.2. *La lengua como elemento fundamental de identidad de las minorías lingüísticas*

Los tiempos han cambiado y prueba de ello es que se encuentra ampliamente superada la vinculación entre factor de expresión de identidad comunitaria y religión profe-

4 Unesco, Informe mundial *Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural*, (resumen) Kutukdjian, G. / Corbett, J., (Eds.), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, Francia, 2009.

sada. Hoy en día es la lengua la que ha cristalizado como instrumento de pertenencia al grupo, jugando un papel crucial en el desempeño de un gran número de las funciones características de todo estado.

Nadie pone ya en tela de juicio la relevancia de los aspectos lingüísticos, importancia que trasciende de su función puramente simbólica e instrumental, como vehículo o método de comunicación entre los miembros de la sociedad sino que la lengua es entendida por la mayor parte de las personas y de los grupos humanos como componente esencial de la propia identidad⁵, en especial, seña identitaria de las minorías lingüísticas. De este modo, el lenguaje se configura como un reflejo e instrumento para la construcción de identidades, sería la vía que, por un lado, enlaza con el pasado (elemento de filiación histórica) y por otro, proyecta al futuro.

La lengua llega a alzarse como un auténtico marcador de identidad, cuya pérdida (“atrofia, desigualdad o retroceso”⁶), puede generar traumas de índole personal, familiar y social motivados, en buena parte, por ese abandono de las raíces y comprensión de los orígenes de la persona, y no es menos cierto que es fuente de conflictos sociales.

Como no podía ser de otro modo, el tratamiento de un elemento tan esencial de identidad y de desarrollo personal como es la lengua, guarda una vinculación directa con la dignidad de la persona y, por consiguiente con el respeto a la esfera de los derechos humanos.

Fruto de ello, la importancia del estudio y tratamiento de las cuestiones lingüísticas en la esfera internacional viene adquiriendo especial trascendencia, siendo, no obstante, un interés relativamente reciente. En este sentido, ha sido en las últimas décadas cuando esa conciencia por la necesidad de encarar, a nivel jurídico, los aspectos relativos al hecho lingüístico se ha visto acrecentada. De esta forma, la unión europea, contexto que a nosotros más nos atañe, ha visto un aumento considerable en el número y rango de las normas encaminadas a su regulación. En consonancia con el aumento a nivel normativo, en muchos países europeos los recursos públicos destinados a políticas en el ámbito lingüístico, bien de un signo o de otro, han recibido su vez un impulso.

Acorde a esta línea argumental, existe una tendencia a considerar la pluralidad lingüística como un valor en sí mismo que es necesario conservar, un valor intrínseco al que hacíamos referencia en líneas anteriores. Así, la diversidad lingüística constituiría en el discurso político actual un valor al alza. En este orden de cosas, la unión europea incluía en 2008 dicho concepto en su lema institucional, “unidos en la diversidad”, y determinados documentos jurídicos o políticos internacionales eran aprobados o formulados respondiendo a esta concepción. En esta línea de esfuerzos para la creación de un estándar mínimo de derechos lingüísticos, no nos podemos olvidar de la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias (CELRM),

5 La idea de lengua como elemento de identificación, es ampliamente abordado por V. Ruiz Vieytez, E. J., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, op. cit., pp. 180-204. Asimismo trata este aspecto de la lengua R. Dunbar, en “La diversidad lingüística tradicional de Europa y los derechos humanos: un análisis crítico de los instrumentos internacionales”, op. cit., p. 104.

6 De nuevo aludimos a esta expresiva referencia empleada por Ruiz Vieytez, E. J., en su obra en torno a las *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, op. cit., pp. 181-182.

producida en el seno del Consejo de Europa, aprobada en Estrasburgo en el 5 de noviembre de 1992.

Con todo, la razón de ser de esta protección responde, fundamentalmente, a tres lógicas distintas⁷. Por un lado, existe una tendencia a considerar la pluralidad lingüística o cultural como patrimonio histórico digno de especial protección, en la línea de un patrimonio artístico o natural. El respeto a la dignidad de las personas pertenecientes a minorías y, en consecuencia, a sus derechos humanos sería el argumento esgrimido por otro sector de la política en orden a proteger y fomentar la diversidad cultural. Por último, otras voces justifican la protección sobre la base de una finalidad meramente estratégica o política que asegure un cierto grado de estabilidad.

2.2.1. La protección de los derechos humanos de la minoridad lingüística

Como venimos apuntando desde un inicio, no podemos hablar de un verdadero marco de protección y reconocimiento de derechos humanos que no tenga en consideración la identidad lingüística de las personas. Los estados, sin embargo, han visto en la oficialización de ciertas lenguas un pretexto político para la negación de la dignidad lingüística de los ciudadanos. Incluso se viene dando la paradoja de que el respeto a los derechos humanos ha supuesto, por otra parte, la conculcación de los derechos *humanos* lingüísticos (cursiva añadida porque, ciertamente, la categorización de los derechos lingüísticos como “derechos humanos” no ha sido en absoluto pacífica).

Efectivamente, un asunto que ha levantado mucha polémica y que ha sido ampliamente debatido a su vez, es el de si los derechos lingüísticos deberían gozar del estatus de derecho humano fundamental y ser reconocidos como tal, tanto por los estados nacionales como por las organizaciones internacionales el punto clave de la discusión no ha sido el derecho general de un individuo a hablar una lengua, cualquier que ésta sea, en el *ámbito privado o familiar*, sino que quid de la cuestión se ha centrado en si los hablantes de lenguas minoritarias tienen derecho a conservar y utilizar esa determinada lengua en el *ámbito público o cívico* (sobre todo, aunque no exclusivamente, en el ámbito de la educación). Esta problemática subyace a la idea de que el reconocimiento de los derechos lingüísticos presupone el reconocimiento de la importancia de un grupo amplio de miembros y contextos sociales –premisas que chocan de forma ostensible con la primacía de los derechos individuales en la era posterior a la segunda guerra mundial–. Ante esta situación, autores como May⁸ afirman, por una parte, que el reconocimiento de los derechos lingüísticos como derechos humanos esenciales es, en última instancia, una cuestión de voluntad u opción política, y reclaman, por otra, que los derechos lingüísticos puedan y deban ser reconocidos como un importante derecho humano, ya que su importancia radica precisamente en que es la clave del mecanismo, con el que podemos –y deberíamos– reconsiderar la organización social y política en los niveles supranacional, nacional y autonómico de maneras más lingüísticamente plurales, igualitarias e integradoras.

7 V. Ruiz Vieytes, E. J., “Políticas de inmigración y diversidad lingüística”, *op. cit.* pp. 121-125.

8 V. en particular las opiniones vertidas por May, S., en una de sus aportaciones más recientes “Derechos lingüísticos como derechos humanos”, *Revista de Antropología Social*, Núm. 19, 2010, pp. 131-159.

Por otra, Ruiz Vieytes subraya el hecho de que al menos una buena parte de lo que consideramos en ocasiones derechos lingüísticos son en realidad expresiones lingüísticas del contenido básico de derechos civiles clásicos. Señala de esta forma como contenido lingüístico el derecho a un nombre propio, la libertad de comunicación, la libertad de asociación, entre otros. Así, en estos casos, considera que no conviene tanto hablar de derechos lingüísticos cuanto de contenidos lingüísticos de los derechos humanos, por lo demás individuales y predicables de todas las personas por igual. De esta forma, no sería necesario constituir una minoría lingüística ni nacional para disfrutar de ellos y la condición de extranjería sería totalmente irrelevante, puesto que de derechos universales se trata. Por consiguiente, a todos los inmigrantes alófonos, deberían serles reconocidos y garantizados estos derechos porque de otra manera se estarían violando derechos humanos o fundamentales que toda constitución reconoce a propios y extraños. Con todo, se trataría de facultades lingüísticas consecuencia de la prohibición de discriminación por razón de lengua.

3. Diversidad lingüística y democracia: Canadá como modelo oportuno para las sociedades plurales

3.1. *El fenómeno migratorio y la respuesta del Estado de origen: modelos multiculturalista, asimilacionista e interculturalista*

El proceso de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida, o en otras palabras, la integración de esos *otros* en el *nosotros* supuestamente homogéneo del estado soberano⁹, puede responder a distintas opciones o modelos de gestión de la diversidad cultural, no obstante, parecen consolidadas tres líneas al respecto, que van desde un ideal multiculturalista, interculturalista¹⁰ hasta un modelo asimilacionista.

En primer lugar, el multiculturalismo supone el grado máximo de relativismo cultural en una sociedad liberal, en la medida en que fija las bases de la identidad de la ciudadanía fundándose en el respeto por el mantenimiento y conservación de las culturas de grupo. Pero *no sólo en el respeto* sino, como algunos autores¹¹ afirman, las políticas públicas multiculturalistas se postulan como defensoras y *promotoras* de la cultura y la lengua propias tanto de los inmigrantes como de otros grupos étnicos, culturales o religiosos. Por su parte, el asimilacionismo supone una negativa al reconocimiento de las diferencias en el espacio público y la concepción del principio

9 V. Durán Muñoz, R., "Migraciones y gestión de la diversidad", *Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, Ed. Universidad de de Santiago de Compostela, Núm. 2, Vol. 10, Santiago de Compostela, España, 2011, pp. 132-153. Este autor destaca que los conflictos multiculturales pueden ser abordados de acuerdo con tres lógicas distintas: la asimilacionista o integracionista, la multiculturalista o comunitarista, y la interculturalista. A su vez recoge las referencias que Cortina (Cortina, A., *Ciudadanos del mundo*, Alianza, Madrid, España, 1997) fija respecto a estos tres modelos, quien los califica, respectivamente como "liberalismo intolerante por temeroso", "liberalismo multicultural" y "liberalismo radical intercultural".

10 Sobre estos dos modelos de gestión de la diversidad cultural asentados en Canadá, v. Gorrotxategi Azurmendi, M., "La gestión de la diversidad cultural: el multiculturalismo en una sociedad plurinacional. El interculturalismo québécoise frente al multiculturalismo canadiense", *Revista de estudios políticos*, Núm. 129, 2005, pp. 92 y ss. Específicamente en torno al interculturalismo de la provincia de Quebec, se puede consultar de esta misma autora, "Lengua oficial protegida e integración de los inmigrantes. Un interculturalismo de Québec", *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España: (actas del Congreso "Constitución y Democracia" celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*, García Herrera, M. (Coord.), Vol. 1, 2005, pp. 655-664.

11 De nuevo, v. Durán Muñoz, R., "Migraciones y gestión de la diversidad", *op. cit.*, pp. 133.

de igualdad en el sentido de uniformidad u homogeneidad. Con todo, de entre los fundamentos de uno y otro modelo han ido surgiendo matices y revisiones de carácter significativo, debido fundamentalmente al impacto del fenómeno migratorio en el cambio de siglo. Dichas consideraciones han llevado a que algunos autores hayan pasado a formar parte de una opción intermedia: el interculturalismo. Se trata de un modelo de gestión pública de la diversidad que se sitúa, por tanto, a medio camino entre los dos anteriores. Si bien por una parte, defiende el reconocimiento de los nexos esenciales que se establecen entre las personas y sus culturas como grupo y de forma paralela aboga por buscar un *acomodo* a las diferencias, (concepto que se asienta sobre el acomodo de derechos, del que posteriormente hablaremos), por otra, fija un límite a la diversidad, en forma de principios y valores políticos comunes que se manifiestan como irrenunciables.

La identificación de estos tres modelos con determinados estados es ya clásica. Así las cosas, un ejemplo típico de estado asimilacionista es Francia. En consonancia con ello, se trata de un país monolingüista en el sentido de que sólo reconoce como lengua oficial el francés. El estado pionero en el multiculturalismo es Canadá. No obstante, a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta del pasado siglo otros países siguieron la estela del multiculturalismo como política pública, nos referimos a Nueva Zelanda, Australia, Suecia, Holanda, Reino Unido y Estados Unidos, países en los que el impacto de la inmigración de sintió de forma acusada. Y en cuanto al interculturalismo, y si bien esta región forma parte de Canadá, un ejemplo paradigmático según la propia retórica oficial, es Quebec.

La diferente opción entre Canadá y Quebec resulta ciertamente llamativa máxime si observamos las definiciones cerradas, a las que hemos hecho alusión. Si bien es cierto que el hecho de que Canadá se estructure como estado federal implica que las regiones que lo integran puedan presentar enfoques de índole política distintos (y no sólo políticos sino también lingüísticos¹²) en el desarrollo de las materias de su competencia, no es menos cierto que el modelo de multiculturalismo es un criterio interpretativo que se inserta en la Carta de Derechos y Libertades de los canadienses, como parte integrante de la propia Constitución de Canadá. Sentadas estas premisas, y teniendo presente el multiculturalismo como principio interpretativo de rango constitucional, y, por ende, de obligado cumplimiento en todos los estados que componen Canadá, parece razonable cuestionarse el origen o motivación de esta opción quebequesa y en qué medida se separa o por el contrario, confluye o integra a la opción estandarizada en Canadá.

3.2. *Del multiculturalismo en Canadá al interculturalismo en Quebec*

Ciertamente, Canadá fue pionero en el mundo en adoptar oficialmente, en concreto en 1971, de modo expreso, el multiculturalismo como política. Recoge en su Constitución, artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades¹³, una *cláusula mul-*

12 Habida cuenta de que tanto la política lingüística como la cultural están descentralizadas y la educación es competencia casi exclusiva de los gobiernos provinciales, las medidas promovidas desde el gobierno federal se aplican de distinta manera en las diferentes provincias. V. en este sentido, Martínez Sanz, C., "Plurilingüismo y multiculturalidad del caso del sistema educativo canadiense", *Revista de educación*, Núm. 343, (Ejemplar dedicado a: La enseñanza-aprendizaje del español como segunda lengua (L2) en contextos educativos multilingües), 2007, pp. 135-136.

13 V. un análisis más exhaustivo de esta disposición en Uberoi, V., "Multiculturalism and the Canadian Charter of

ticultural que obliga a la interpretación de los derechos constitucionales respetando el patrimonio multicultural de la sociedad canadiense. Sociedad, que como venimos reflejando, resulta particularmente compleja e interesante, en la medida en que en la misma se cruzan varios tipos de diversidades culturales. Ha de hacerse notar que la adopción de una cláusula multicultural en el seno de una declaración de derechos, es una vía de gestión democrática de la diversidad, vigente hoy en día solamente en el propio Canadá, al menos en el nivel constitucional. No obstante existen otros instrumentos en pro de la gestión de dicha diversidad, verbigracia el acomodo razonable de derechos, como veremos más adelante.

Por tanto, la constitución canadiense exige explícitamente a los tribunales que interpreten los derechos humanos de acuerdo con la preservación y la mejora de la herencia multicultural de los canadienses. Si bien el multiculturalismo es, de hecho, un rasgo definitorio de la autoimagen de Canadá¹⁴, esta vía de gestión pública de la diversidad resulta controvertida en Quebec, que inclina claramente por el interculturalismo como modelo de política.

Se trata, en suma, de dos instrumentos o modelos de política que comparten varias afirmaciones fundamentales y orientaciones normativas. En este sentido, ambos propugnan el reconocimiento del carácter diverso de la sociedad canadiense y de la provincia de Quebec; un rechazo por el modelo asimilacionista; y ponen el acento sobre las dimensiones sociales de integración y sobre los conceptos sustantivos de igualdad.

Con todo, en los últimos años, estos dos modelos han acercado aún más sus posturas, ello debido en parte, entre otras, a Ley de multiculturalismo de Canadá (*Canadian Multiculturalism Act*), y a los programas vinculados a ella, los cuales han incidido sobremedida en la participación social de la ciudadanía. No obstante, siguen existiendo diferencias sustanciales entre los dos modelos en la relación dinámica entre una mayoría y sus minorías (de esta forma, el multiculturalismo no reconoce la existencia de una mayoría canadiense, mientras que el interculturalismo reclama una mayoría quebequesa que se muestra comprometida en un diálogo constante con las minorías) y en un mayor énfasis que hace el interculturalismo sobre el intercambio de ese cruce cultural, así como sobre el progresivo desarrollo de una cultura compartida, y en la lengua francesa como una vía común para una interacción social.

3.3. El “acomodo razonable” como instrumento jurídico en el seno de una pluralidad democrática

Así como los modelos de multiculturalismo e interculturalismo, que hemos analizado, se configuran como modelos de *política* pública, ha de hacerse notar que el acomodo razonable es una opción *normativa*.

Rights and Freedoms”, *Political Studies*, Núm. 4, Vol. 57, 2009, pp. 805-827; Ruiz Vieytez, E. J., “Constitución y multiculturalismo. Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 80, 2007, pp. 169-197; Gibson, D., “Section 27 of the Charter: more than a ‘Rhetorical Flourish’”, *Alberta Law Review*, Núm. 28, Vol. 3, 1990, pp. 589-603.

14 Recoge Bosset, P., “Adaptación de la diversidad e interpretación multicultural de los derechos: algunas lecciones de Canadá (y Quebec) sobre la adaptación de los derechos humanos en las sociedades plurales”, *Derechos humanos en contextos multiculturales: ¿acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Ruiz Vieytez, E. J. / Urrutia Asua, G., (Eds.), Ed. Alberdania, Guipúzcoa, España, 2010, pp. 99-102.

Nos referimos, por tanto, a un instrumento o concepto jurídico, que apareció en escena por primera vez en el seno de las relaciones laborales. Y como no podía ser de otra forma, es originario de Norteamérica, donde este concepto empieza a desarrollarse con ocasión de la promulgación de la *Civil Rights Act* (Ley de Derechos Civiles) de 1964 y la *Rehabilitation Act* de 1973. Esta idea es exportada a Canadá, a mediados de los ochenta, como instrumento sobre el que asientan el principio de igualdad y la prohibición de no discriminación¹⁵, y ha sido en este país donde ha alcanzado un mayor auge y desarrollo, especialmente en la provincia de Quebec. El concepto de acomodo irrumpe por primera vez a propósito del popular caso *Simpsons-Sears*. En este supuesto, el Tribunal Supremo canadiense reconoce por vez primera que una norma aparentemente neutra y acorde con las leyes, (verbigracia, un calendario de trabajo) puede tener un resultado discriminatorio en un empleado porque resulta incompatible con sus creencias religiosas. Así pues, el contexto en el que surgió por primera vez la figura del acomodo razonable fue una demanda por motivos religiosos en el ámbito laboral. Con todo, el acomodo razonable no deriva de una formulación legislativa sino de una concepción del derecho a la igualdad que se ha ido consolidando en la jurisprudencia canadiense, a partir de esa resolución pionera.

El contexto social y político en el que el acomodo razonable va a tener mayor incidencia y repercusión es el de la provincia francófona de Quebec, cuya Carta de Derechos de la Persona incluye en su artículo 43 el derecho al mantenimiento de las culturas minoritarias. Los tribunales utilizan el acomodo razonable para poner fin o evitar una discriminación que afecta al ejercicio de uno de los derechos reconocidos en las Cartas canadiense o quebequesa de derechos y libertades. Se trata, insistimos, en una noción jurídica de origen jurisprudencial que se fundamenta en el derecho a la no discriminación. Su reconocimiento supone asumir excepciones a la aplicación homogénea de la ley o, en otras palabras, implica la aceptación de la pluralidad en la aplicación de las leyes. El acomodo razonable persigue una igualdad integradora mediante el trato diferencial a personas que de otro modo resultarían penalizadas o discriminadas en alguno de sus derechos elementales por la aplicación de una determinada norma jurídica. Como dice el informe elaborado en Quebec por la Comisión de consulta sobre las prácticas de acomodo relacionadas con las diferencias culturales, conocido como Informe Bouchard-Taylor¹⁶, “un tratamiento puede ser diferencial sin ser preferencial”. El acomodo razonable supone, por tanto, la prohibición de toda discriminación indirecta o sistemática, sea provocada intencionalmente o de modo involuntario.

15 Para un estudio más exhaustivo sobre los orígenes del acomodo razonable como concepto derivado del principio de igualdad Borgues Blázquez, M., “Derechos e integración el acomodo razonable como instrumento para la igualdad material”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Núm. 23, 2011, pp. 47-55.

16 Bouchard, G. / Taylor, C., “Fonder l’avenir: Le temps de la conciliation”, *Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles*, Quebec, Canadá, 2008. Se puede consultar el informe completo en: <http://www.accommodements.qc.ca/index-en.html>

Por su parte, el Observatorio Vasco de Inmigración, Ikuspegi, ha acometido la tarea de desarrollar una versión abreviada y traducida al castellano (y al euskera) del informe que recibe en esta versión por título “Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación”. V. Bouchard, G. / Taylor, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación / Etorkizuna eraikitzea. Adiskidetzeko garaia*, Prólogo / Hitzaurrea: Ruiz Vieyetz, Eduardo J., Ed. Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración □ Inmigrazioaren Euskal Behatokia, Donostia-San Sebastián, España, 2010.

No en vano, algunos autores, como Woehrling¹⁷, han descrito la obligación de acomodo como corolario de la prohibición de discriminación indirecta. Esta situación sucede en los casos que la norma no es discriminatoria en abstracto, sino que en concreto, produce desiguales resultados perjudicando a uno o más individuos por sus concretas circunstancias. Los perjuicios de una norma que discrimina indirectamente no se aprecian en abstracto, sino cuando se personaliza la aplicación de la norma. Es por tanto en el caso concreto donde hay que restablecer la igualdad involuntariamente vulnerada. Esto genera una obligación de acción (proveer medidas para) u de omisión (no aplicar las medidas que discriminen). Sin esta obligación, el derecho a la igualdad no está plenamente garantizado¹⁸. Por lo que respecta a los límites de la obligación jurídica de acomodar, se vinculan con el adjetivo razonable, en la medida en que un acomodo que no resultara razonable no sería jurídicamente exigible. La interpretación de esta razonabilidad se realiza mediante la noción de la penalidad excesiva o injusta que constituye el límite funcional del acomodo razonable y que debe apreciarse en cada caso concreto¹⁹. Esta noción de “exigencia injustificada” a la que alude Bosset²⁰, requiere encontrar un equilibrio entre el derecho de ajustarse y los intereses de los implicados.

Por otra parte, el acomodo razonable puede adoptar distintas versiones. Por lo general, esta fórmula conllevará una derogación o excepción de una determinada norma o una adaptación o un arreglo particular en el tiempo, en el espacio o en una determinada actividad. Desde el punto de vista procedimental, el acomodo razonable puede ser impuesto por un tribunal o bien ser negociado y consentido de forma voluntaria por una autoridad pública o por un particular. A este segundo supuesto se refiere el Informe de Bouchard y Taylor con la expresión de “ajustes concertados”. Se trata de prácticas de armonización prácticamente iguales al acomodo razonable pero en el ámbito ciudadano, es decir, cuando el asunto se resuelve entre particulares sin llegar a las instancias judiciales. Por tanto, el acomodo razonable recibe la denominación de ajuste concertado cuando se realiza mediante la negociación *inter partes* sin acudir a un tercero con poder para imponer la decisión por la fuerza. Resulta obvio a estas alturas que el informe muestre una preferencia por esta vía.

En esencia, el acomodo razonable pivota en torno a dos conceptos jurídicos y axiológicos clave de toda sociedad democrática de vanguardia, esto es, **la idea de igualdad y el principio de no discriminación**.

En definitiva, el acomodo razonable se postula como uno de los instrumentos jurídicos que hacen viables el desarrollo de una gestión democrática de la diversidad cultural. Es precisamente en el seno de esta técnica concreta y en su aplicación en donde nacen los conflictos que da lugar al Informe Bouchard-Taylor, desenlace de un largo y fructífero proceso de reflexión sobre la necesidad, extensión y alcance de la aplicación del acomodo

17 Woehrling, J., “L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société a la diversité religieuse”, *Revue de droit de McGill*, Núm. 43, 1998, pp. 325-401.

18 V. sobre el acomodo razonable, corolario de la prohibición de discriminación indirecta, Borgues Blázquez, María Dolores, “Derechos e integración el acomodo razonable como instrumento para la igualdad material”, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

19 V. Ruiz Vieytez, E. J., “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *op. cit.*, p. 9.

20 Bosset, P., “Adaptación de la diversidad e interpretación multicultural de los derechos: algunas lecciones de Canadá (y Quebec) sobre la adaptación de los derechos humanos en las sociedades plurales”, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

do razonable en la sociedad quebequesa.

3.3.1. El Informe Bouchard-Taylor “Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación”²¹

En el devenir de la formulación de esta técnica de acomodados se han venido generando una serie de situaciones conflictivas que la sociedad quebequesa no ha vivido siempre con la misma tranquilidad, y que lo han puesto, en muchas ocasiones, en tela de juicio.

De esta forma, los discursos críticos con la diversidad se agudizan a partir del 11 de septiembre de 2001 y en el caso de Quebec en torno a los años 2006 y 2007, no vano se trata del conocido como “período de ebullición”, por la proliferación de los casos de acomodado, lo que paralelamente forja un debate público generalizado sobre su adecuación, lo que se conoció como la crisis de percepción de los acomodados razonables.

Este contexto de cuestionamiento es el que motiva al Gobierno de la provincia de Quebec a lanzar la idea de una gran consulta nacional sobre el tema, a través del establecimiento de una Comisión de consulta²², la cual contó con numerosos expertos y con una amplia participación ciudadana, y dio como fruto el Informe Bouchard-Taylor²³. Así, el Primer Ministro de la provincia Jean Charest anunció la creación, el 8 de febrero de 2007, de una comisión de consulta sobre las “Prácticas de Acomodación” relacionadas con las diferencias culturales, en respuesta al mencionado descontento público en relación con los “acomodamientos razonables”. Esta Comisión elaboraría el pionero informe para marzo de 2008. La Comisión fue creada con el título *Consultation Commission on Accommodation Practices Related to Cultural Differences* y para la misma fueron propuestos dos eminentes intelectuales quebequeses: el filósofo Charles Taylor, de simpatías federalistas, y el historiador y sociólogo Gérard Bouchard, de perfil soberanista. Asimismo, la Comisión se dotó de un cuantioso presupuesto que le permitió llevar a cabo diversos métodos de investigación y participación sociales. Con todo ello y tras numerosas actividades y discusiones, el Informe fue publicado en mayo de 2008 en dos versiones, una extensa y otra abreviada.

Las consecuencias, tanto en la órbita social como política, habidas hasta la fecha tras la publicación del Informe pueden calificarse en términos generales de positivas. El debate de fondo sobre la técnica de los acomodados ha resultado ciertamente positivo, de tal manera que ha ayudado de forma decisiva a eliminar de la conciencia colectiva deter-

21 De nuevo, ensalzamos este trabajo por cuanto presenta un altísimo interés en esta materia y recomendamos encarecidamente la consulta del informe completo en: <http://www.accommodements.qc.ca/index-en.html>, así como la adaptación desarrollada por el Observatorio Vasco de Inmigración, Ikuspegi, ha acometido la tarea de desarrollar una versión abreviada y traducida al castellano (y al euskera) del informe que recibe en esta versión por título “Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación”. V. Bouchard, G. / Taylor, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación / Etorkizuna eraikitzea. Adiskidetzeko garaia*, Ed. Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración - Inmigratioaren Euskal Behatokia, San Sebastián, España, 2010.

22 Para conocer más acerca de la Comisión de consulta, su mandato y la elaboración del informe, se ha de visitar: <http://www.accommodements.qc.ca/>. Y doctrinalmente, un análisis exhaustivo de los orígenes y razón de ser de la creación Comisión en Seidle, F. L., “Testing the Limits of Minority Accommodation in Quebec. The Bouchard-Taylor Commission”, *The Ties that Bind. Accommodating Diversity in Canada and the European Union*, Ed. Peter Lang, Brussels, Belgium, 2009, pp. 84-101.

23 V. Elósegui Itxaso, M., “El modelo de interculturalidad en el informe de la Comisión Bouchard-Taylor para Québec”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 11, 2010, pp. 129-164.

minadas percepciones erróneas, restableciendo la correcta percepción de los hechos y de la aplicación y límites de la figura del acomodo. En el aspecto social, la Comisión de consulta fue capaz de atraer la participación de la mayoría de la ciudadanía. Y en términos políticos ha servido para desanclar un discurso partidario que estaba fundado en el rechazo irracional de la gestión de la diversidad. Desde todos los puntos de vista, y con independencia de las medidas que paulatinamente se han ido implementado, el Informe ha marcado en la vida social y política quebequesa un antes y un después.

4. A modo de conclusión

La experiencia canadiense en cuanto a gestión democrática de la diversidad cultural se refiere, se ha convertido, indudablemente, en un importante punto de referencia, a partir del cual incorporar a los sistemas políticos europeos mayores dosis de pluralidad en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de todo tipo de minorías. En particular, reclama nuestra atención el precedente canadiense por lo que afecta a las minorías lingüísticas, sobre la base de que Canadá y más específicamente, la provincia de Quebec, presentan una coyuntura en este plano lingüístico *sui generis*, y que es digna de ser estudiada, como hemos tenido ocasión de hacerlo a lo largo de este artículo, bajo el pretexto del caso *Ballantyne*.

Igualmente merece un análisis la construcción jurídica que ha ideado este país en torno al “acomodo razonable de derechos”. El acomodo se postula como un concepto novedoso y de indiscutible actualidad que, naturalmente, ha atraído la atención de Europa que como sociedad plural puede importar esta fórmula. Y no sólo de Europa, puesto que no podemos pasar por alto que si bien la situación del entorno cultural y lingüístico de Quebec posee su propia idiosincrasia, se puede establecer un claro paralelismo con las situaciones que existen en algunas Comunidades Autónomas de España, siendo un modelo excelente para sociedades complejas como la vasca o la catalana, ambas sociedades plurales en el plano lingüístico.

Con sus luces y sus sombras el acomodo de derechos (y por ende, el reciente Informe Bouchard-Taylor) es un instrumento potencialmente útil en la gestión de la diversidad cultural que suscitará, y de hecho ya está suscitando²⁴, un gran debate en el seno de la Unión Europea, en diferentes parcelas –políticas, jurídicas, académicas, sociales– que obligará sin duda a repensar muchos conceptos de fondo²⁵ y a una reformulación sus-

24 En efecto, el Consejo de Europa y la Unión Europea han demostrado un interés considerable por el concepto de acomodo razonable. En este sentido, se organizó en Estrasburgo una conferencia conjunta del Consejo de la UE sobre el acomodo razonable como instrumento para una cohesión social, en colaboración con el gobierno de Quebec. Véase: Consejo de Europa, *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, Trends in social cohesion, Núm. 21, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2009. Disponible en: http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesiondev/source/Trends/Trends-21_en.pdf

25 En este sentido se pronunció Laforest, G. con respecto al informe de la Comisión Bouchard-Taylor, pieza clave del acomodo de derechos, con ocasión de una conferencia impartida en Bilbao en el marco del III Congreso Internacional de Derechos Humanos en el 2008.

V. Laforest, G., “La Comisión Bouchard-Taylor y el lugar de Québec en la trayectoria del Estado-Nación moderno”, Conferencia impartida en el III Congreso Internacional de Derechos Humanos. *La gestión democrática de la diversidad cultural y nacional*, 10 al 13 de junio de 2008, Bilbao, España.; comparte este mismo pronóstico, Elósegui Itxaso, M., “El modelo de interculturalidad en el informe de la Comisión Bouchard-Taylor para Québec”, *op. cit.*, pp. 129-164.

tancial de la diversidad cultural preexistente.

Agradecimientos

El presente trabajo ha sido confeccionado gracias a la Universidad de Deusto a través de su Programa de Ayudas para Formación de Personal Investigador en su Convocatoria 2012-2015. Asimismo la autora agradece la Ayuda del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de grupos de investigación (Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco UPV/EHU) del sistema universitario vasco con referencia IT581-13.

5. Bibliografía

AA.VV., *Derechos humanos en contextos multiculturales: ¿acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Ruiz Vieyetz, E. J. / Urrutia Asua, G., (Eds.), Ed. Alberdania, Guipúzcoa, España, 2010.

AA.VV., *III Congreso Internacional sobre Derechos Humanos: la gestión democrática de la diversidad cultural nacional*, Bilbao, 10 al 13 de junio de 2008. Disponible en: http://www.jusap.ejgv.euskadi.net/r47-contdehu/es/contenidos/informacion/congreso_internacional/es_congreso/adjuntos/IIICongreso2.pdf

AA.VV., *Derechos humanos y diversidad: Nuevos desafíos para las sociedades plurales*, Ruiz Vieyetz, E.J., (Dir.), Ed. Alberdania, Guipúzcoa, España, 2008.

AA.VV., *Diversidad migratoria. Distintos protagonistas, diferentes contextos*, González Ferreras, Julia / Setién, M. L., (Eds.), Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2005.

Aierdi Urraza, X., "Acercar angustias: el impacto de la nueva diversidad lingüística en el proceso de normalización de lenguas minorizadas", *Derechos humanos y diversidad: Nuevos desafíos para las sociedades plurales*, Ruiz Vieyetz, E. J., (Dir.), Ed. Alberdania, Guipúzcoa, España, 2008.

Ballantyne, Davidson, McIntyre v. Canada, Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (1993). Disponible en versión en español :[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.47.D.359.1989.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.47.D.359.1989.Sp?Opendocument)

Borgues Blázquez, M. D., "Derechos e integración el acomodo razonable como instrumento para la igualdad material", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Núm. 23, 2011.

Bosset, P., "Adaptación de la diversidad e interpretación multicultural de los derechos: algunas lecciones de Canadá (y Quebec) sobre la adaptación de los derechos humanos en las sociedades plurales", *Derechos humanos en contextos multiculturales: ¿acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Ruiz Vieyetz, E. J. / Urrutia Asua, G., (Eds.), Ed. Alberda-

nia, Guipúzcoa, España, 2010.

Bouchard, G. / Taylor, C., *Construir el futuro. El tiempo de la reconciliación / Etorkizuna eraikitzea. Adiskidetzeko garaia*, Prólogo / Hitzaurrea: Ruiz Vieytez, E. J., Ed. Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración □ Inmigrazioaren Euskal Behatokia, Donostia-San Sebastián, España, 2010.

Bouchard, G. / Taylor, C., “Fonder l’avenir: Le temps de la conciliation”, *Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles*, Quebec, Canadá, 2008. Disponible en: <http://www.accommodements.qc.ca/>

Castellá Surribas, S., “La protección internacional de las minorías”, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Gómez Isa, F. / Pureza, J. M., (coords.), Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2004.

Consejo de Europa, *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, Trends in social cohesion, Núm. 21, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2009. Disponible en: http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesion-dev/source/Trends/Trends-21_en.pdf

Corbeil, J. / Chavez, B. / Pereira, D., “Portrait of Official-Language Minorities in Canada □ Anglophones in Quebec”, *Statistics Canada*, Septiembre 2010. Disponible en: <http://www.statcan.gc.ca/pub/89-642-x/89-642-x2010002-eng.pdf>

Cortina, A., *Ciudadanos del mundo*, Alianza, Madrid, España, 1997

De Lucas Martín, F.J., “Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración”, *Inmigración y ciudadanía. Perspectivas sociojurídicas*, Martínez de Pisón Cavero, José María / Giró Miranda, Joaquín, (Coord.), Ed. Universidad de La Rioja, La Rioja, España, 2003.

De Varennes, F., “To speak or not to speak. The Rights of Persons Belonging to Linguistic Minorities”, *Working Paper prepared for the UN Sub-Committee on the rights of minorities*, UNESCO, 21 Marzo 1997. Disponible en: <http://www.unesco.org/most/ln2pol3.htm>

De Varennes, F., *Language, minorities and human rights, International Studies in Human Rights, Vol. 45*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, the Netherlands, 1996.

Dunbar, R., “La diversidad lingüística tradicional de Europa y los derechos humanos: un análisis crítico de los instrumentos internacionales”, *Derechos humanos y diversidad. Nuevos desafíos para las sociedades plurales*, Ruiz Vieytez, E. J., (Dir.), Ed. Alberdania, Guipúzcoa, España, 2008.

Durán Muñoz, R., “Migraciones y gestión de la diversidad”, *Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, Ed. Universidad de de Santiago de Compostela, Núm. 2, Vol. 10, Santiago de Compostela, España, 2011.

Edward, J., "Lengua e identidad bajo presión: tensiones francófonas-anglófonas en Canadá en los 90", *Revista de Antropología Social*, Núm. 6. Servicio de Publicaciones, UCM, 1997.

Elósegui Itxaso, M., "El modelo de interculturalidad en el informe de la Comisión Bouchard-Taylor para Québec", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 11, 2010.

Gibson, D., "Section 27 of the Charter: more than a 'Rhetorical Flourish'", *Alberta Law Review*, Núm. 28, Vol. 3, 1990, pp. 589-603.

Gorrotxategi Azurmendi, M., "La gestión de la diversidad cultural: el multiculturalismo en una sociedad plurinacional. El interculturalismo québécoise frente al multiculturalismo canadiense", *Revista de estudios políticos*, Núm. 129, 2005.

Gorrotxategi Azurmendi, M., "Lengua oficial protegida e integración de los inmigrantes. Un interculturalismo de Québec", *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España: (actas del Congreso "Constitución y Democracia" celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*, García Herrera, M. A., (Coord.), Vol. 1, 2005.

Green, W., "Schools, signs, and separation: Quebec anglophones, Canadian Constitutional politics, and international language rights", *Denver Journal of International Law and Policy*, Núm. 3, Vol. 27, Junio 1999.

Green, W., "Language regimes, minority language rights, and international legal issues: The case of Quebec anglophones", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 26, 1999.

Henrard, K., "The Interrelationship between Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination and Its Importance for the Adequate Protection of Linguistic Minorities", *The Global Review of Ethnopolitics*, Núm. 1, Vol. 1, Septiembre 2001.

Henrard, K., "Emerging Common European Standard Concerning the Protection of Linguistic Diversity/Linguistic Minorities", *International Conference 'Debating Language Policies in Canada and Europe'*, Ottawa, Ontario, Canadá, 31 Marzo - 2 Abril 2005. Disponible en: <http://www.sciencesociales.uottawa.ca/crfpp/pdf/debat/Henrard.pdf>

Higgins, N., "The right to equality and non-discrimination with regard to language", *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Num. 1, Vol. 10, Marzo 2003. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2003/7.html>

Kymlicka, W., *Multicultural Odysseys: Navigating the new international politics of diversity*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2009.

Kymlicka, W. / Patten, A., *Language Rights and Political Theory*, Kymlicka, Will / PATTEN, Alan, (Eds.), Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2003.

Laforest, G., "La Comisión Bouchard-Taylor y el lugar de Québec en la trayectoria

del Estado-Nación moderno”, Conferencia impartida en el III Congreso Internacional de Derechos Humanos. *La gestión democrática de la diversidad cultural y nacional*, 10 al 13 de junio de 2008, Bilbao, España.

Mancini, S. / de Witte, Br., “Language rights as cultural rights – a European perspective”, *Cultural Human Rights*, Francioni, F., / Scheinin, M., (Eds.), Brill, 2008.

Martínez Sanz, C., “Plurilingüismo y multiculturalidad del caso del sistema educativo canadiense”, *Revista de educación*, Núm. 343, (Ejemplar dedicado a: La enseñanza-aprendizaje del español como segunda lengua (L2) en contextos educativos multilingües), 2007.

Maurais, J., “Equality, maintenance, globalization: Lessons from Canada”, *Language in the Twenty-first Century*, Tonkin, H. / Reagan, T. G., (Eds.), Benjamins Publishing, Amsterdam, The Netherlands, 2003.

May, S., “Derechos lingüísticos como derechos humanos”, *Revista de Antropología Social*, Núm. 19, 2010.

Mowbray, J., “Linguistic Justice in International Law: An Evaluation of the Discursive Framework”, *International Journal for the Semiotics of Law*, Núm. 1, Vol. 24, Ed. Springer, 2011.

Palacios Zuloaga, P., *La No Discriminación. Estudio de Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de la No Discriminación*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2006.

Romain, S., “The Impact of Language Policy on Endangered Languages”, *International Journal on Multicultural Societies*, UNESCO, Núm. 2, Vol. 4, 2002. Disponible en: <http://www.unesco.org/most/v14n2romaine.pdf>

Ruiz Vieyetez, E. J., “Crítica del acomodo razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”,

Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Núm. 18, 2009.

Ruiz Vieyetez, E. J., “Constitución y multiculturalismo. Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 80, 2007.

Ruiz Vieyetez, E. J., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006.

Ruiz Vieyetez, E. J., “Políticas de inmigración y diversidad lingüística”, *Diversidad migratoria. Distintos protagonistas, diferentes contextos*, González Ferreras, Julia / Setién, María Luisa, (Eds.), Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2005.

Seidle, F. L., “Testing the Limits of Minority Accommodation in Quebec. The Bouchard-Taylor Commission”, *The Ties that Bind. Accommodating Diversity in Canada and the*

European Union, Fossum, John Erik, / Magonette, Paul / Poirier, Johanne, (Eds.), Ed. Peter Lang, Brussels, Belgium, 2009.

Shelton, D., "Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 4, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2008.

Smith, R. K. M., "The fate of minorities – sixty years on", *Web Journal of Current Legal Issues*, vol. 1, 2009, Disponible en: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/issue1/smith1a.html>

Spiliopoulou Åkermark, A., *Justifications of Minority Protection in International Law*, Kluwer Law, Londres, 1997.

Torres, Marina A., "Inside Looking Out: An Application of International and Regional Linguistic Protections to the U.S. Spanish-Speaking Minority", *Nebraska Law Review*, Núm. 3, Vol. 87, 2008.

Uberoi, V., "Multiculturalism and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *Political Studies*, Núm. 4, Vol. 57, 2009.

Unesco, Informe mundial *Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural*, (resumen), Kutukdjian, G. / Corbett, J., (Eds.), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, Francia, 2009. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001847/184755s.pdf>

Unesco, "The Human Rights of Linguistic Minorities and Language Policies", *International Journal on Multicultural Societies*, Núm. 2, Vol. 3, 2001. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001457/145796e.pdf>

Watkins, C., "Indo-European and the Indo-Europeans", *The American Heritage Dictionary of the English Language*, 4ª Edición, Houghton Mifflin Company, 2000.

Woehrling, J., "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse", *Revue de droit de McGill*, Núm. 43, 1998.

LOS ORÍGENES DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

THE ORIGINS OF THE PROHIBITIONS OF CONTRACTING WITH THE SPANISH PUBLIC ADMINISTRATION

HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO*

RESUMEN: En España el Estado prohíbe ser contratistas a determinados ciudadanos. Durante los siglos XIX y XX la legislación administrativa prohíbe ser contratistas a: los condenados y los procesados por algunos delitos, los insolventes, los deudores del Estado, los funcionarios públicos y los cargos públicos,...

PALABRAS CLAVE: Estado, contratista, capacidad, prohibiciones

ABSTRACT: In Spain the State prohibits contractor to certain citizens. During the 19th and 20th centuries the administrative legislation prohibits being contractors to: convicted citizens for some offenses, prosecuted citizens for some offenses, insolvent citizens, debtors of the State, Public officials, public charges

KEYWORDS: State, contractor, capacity, prohibitions

I. LOS INHABILITADOS PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL SIGLO XIX¹

Durante el siglo XIX en España aparece -y, finalmente se consolida- el Estado liberal y el capitalismo económico y social, así como la institución jurídica del contrato administrativo o público². No debe extrañar, por tanto, que sea la legislación administrativa

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba (España). Director de la Revista Internacional de Derecho del Turismo (RIDETUR) (<https://www.uco.es/ucopress/ojs/index.php/ridetur/index>). Autor de 3 monografías de Derecho Administrativo, 2 obras de práctica jurídica y más 30 estudios publicados en revistas jurídicas y en obras colectivas. Correo electrónico: ad1gopeh@uco.es

1 La doctrina administrativista ha subrayado la importancia de las investigaciones históricas de las diversas instituciones del Derecho Administrativo, porque las mismas son, a menudo, difíciles de entender si no se conocen sus raíces del pasado. Específicamente refiriéndose a los contratos públicos, lo ha recordado MEILÁN GIL, José Luis. "La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica", *Revista de Administración Pública* núm. 99, 1982, p. 36.

2 Antes de la aparición del contrato administrativo como institución jurídica también se establecieron en el ordenamiento del Estado ciertas prohibiciones legales para contratar, cuyo origen remoto nos traslada al Derecho Romano, como ha subrayado FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Vid. Los contratos administrativos*, 10ª edición, Madrid, 1927, pp. 51-52. Y en España destaca la regulación de origen medieval referida a las prohibiciones para ser arrendatarios de rentas públicas. Ciertamente, GARZÓN PAREJA ha explicado como el día 2 de enero de 1412 los regentes de Juan II en Valladolid promulgaron un ordenamiento mediante el cual se prohibía a los judíos ejercer como arrendador, almojarife, procurador o mayordomo de rentas reales o señoriales; los "Cuadernos de Alcabalas" de 1484 y de 1491 matizaron la anterior prohibición absoluta, estableciendo solamente una incapacidad relativa, ya que impedían que los judíos y los moros pudieran ser "arrendadores menores". *Vid. GARZÓN PAREJA, Manuel, Historia de la Hacienda de España*, tomo I, pp. 386 y 387.

decimonónica la normativa que regulase los requisitos que debían reunir los particulares que querían contratar con la Administración Pública española; en efecto, eran los Pliegos de Condiciones Generales para la contratación de las obras públicas las normas que establecían la capacidad para ser contratista del Estado y tipificaban las situaciones o circunstancias que impedían contratar con la Administración pública, es decir, las llamadas prohibiciones o inhabilitaciones para contratar.

Pero hasta la segunda mitad del siglo XIX no se dicta una regulación exhaustiva de las prohibiciones de contratar con el Estado español. Es el Real Decreto de 10 de julio de 1861, por el que se aprueba el Pliego de Condiciones Generales para las contrataciones de obras públicas, la primera norma que establece un listado de las distintas situaciones que impedían ser contratista del Estado. El artículo 1 disponía:

"No podrán ser contratistas de obras públicas: 1. Los menores de edad. 2.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prisión. 3.1 Los que por sentencia judicial hayan padecido penas corporales afflictivas ó infamatorias, si no hubiesen obtenido rehabilitación³. 4. Los que se hallen bajo interdicción judicial física ó moral⁴. 5.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos⁵. 6.1 Los que estuviesen apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes. 7.1 Los que hayan sido inhabilitados por la Administración para tomar á su cargo servicios públicos por su falta de cumplimiento en contratos anteriores".

Y en similares términos, la específica reglamentación de la contratación local establecida en el Real Decreto de 4 de enero de 1883⁶, así como el Real Decreto de 11 de junio de 1886 (artículo 1), que contenía el Pliego General de Condiciones para la contratación de las obras públicas y, por tanto, sustituía al de 1861. En suma, la regulación de las prohi-

3 La tipificación de esta prohibición es desafortunada, por cuanto el entonces vigente Código Penal de 1850 no calificaba a ninguna pena de "corporal" y tampoco establecía penas infamatorias, que ya se habían abolido en el Código penal de 1848, asumiendo las críticas de la doctrina penalista de la época a la regulación de estas penas contenida en el Código penal de 1822. *Vid.* Tomás M^a de VIZMANOS y Cirilo ÁLVARES. *Comentarios al Código penal*, tomo I, Madrid, 1848, pp. 218 y 219, y Joaquín Francisco PACHECO, *El Código Penal*, 4^a ed., Madrid, 1870, pp. 304 y ss.

4 La interdicción se regulaba en el Código Penal de 1850, si bien su naturaleza jurídica como pena o medida de seguridad fue discutida. *Vid.* BUXADE, José, voz "Interdicción", *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XIX, ed. Fco. Seix, Barcelona, p. 779, y TERUEL CARRELERO, Domingo, voz "Interdicción civil", *Nueva Enciclopedia Jurídica Española* Seix, tomo XIII, 1968, p. 187 y ss.

5 Conviene subrayar la incorrecta terminología que determinadas disposiciones administrativas utilizan para denominar instituciones procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, el Código de Comercio vigente entonces era el de 1829, cuyo artículo 1002 enumera los diversos tipos de insolvencias de los comerciantes (*vid.*, por todos, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970, p. 61): suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento, y entre estas clases de *quiebras* solamente la primera de ellas se encuentra citada en los Decretos mencionados. Es inexplicable que estas normas reglamentarias no hayan recogido las figuras jurídico-mercantiles reguladas en el Código de Comercio vigente entonces. Esta divergencia también la critica MESTRE DELGADO, Juan Francisco. *Vid. La extinción de la concesión de servicio público*, ed. La Ley, Madrid, 1992, pp. 94 y 107.

6 Esta norma reglamentaria dispuso que "los contratos que las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos celebren para toda clase de servicios que produzcan gasto ó ingreso en fondos provinciales y municipales, se hagan por remate y subasta pública". Su art. 11 estableció similares prohibiciones para ser contratistas que las recogidas en el Pliego de 1861, aunque añadió una relevante prohibición: las incompatibilidades administrativas derivadas del ejercicio de ciertas funciones públicas en el ámbito de la Administración local: "...En los contratos que celebren los Ayuntamientos, los Concejales, ni el Secretario, Contador y empleados dependientes del Ayuntamiento contratante, ni los Diputados provinciales, Secretario, Contador y Depositario de la provincia respectiva, y en los contratos que celebren las Diputaciones, los Diputados provinciales, ni el Secretario, Contador, Depositario y empleados dependientes de la Diputación contratante."

biciones en estas normas decimonónicas no es homogénea, aunque sí parcialmente coincidente. En cuanto a las prohibiciones comunes, establecieron que los procesados con auto de prisión, los fallidos, suspensos de pagos o con sus bienes intervenidos y los apremiados como deudores a la Hacienda Pública en concepto de segundos contribuyentes, no podían, en ningún caso, convertirse en contratistas de las Administraciones públicas españolas. Más restrictivo fue el Pliego de 1861, porque enunciaba otras circunstancias prohibitivas: los inhabilitados por la Administración debido al incumplimiento de contratos anteriores, los condenados por los Tribunales penales a determinadas penas y los declarados incapaces mediante la institución de la interdicción judicial.

II. LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SIGLO XX.

1. Introducción.

Durante el siglo XX se dictaron numerosas normas reguladoras de las condiciones de capacidad que deben reunir los aspirantes a contratar con los poderes públicos del Estado español. La propia naturaleza de la parte contratante que conviene con el empresario la ejecución de una obra, la gestión de un servicio o la prestación de un suministro público, determina que no todo ciudadano pueda celebrar un contrato con la Administración. Pero más importante que este factor subjetivo es tanto el objeto del contrato como el fin que uno de los sujetos contratantes está obligado a cumplir. En efecto, todo ente público representa el interés general, el cual debe lograr y salvaguardar, y por consiguiente, la prestación del contratista privado se dirige a satisfacer, no las necesidades o deseos de una organización burocrática o administrativa sin más, sino a las demandas de la mismísima "personificación" de la sociedad civil en un ámbito concreto, que ha delegado previamente en la entidad pública contratante la responsabilidad de realizar ciertas actividades beneficiosas e indispensables para toda la comunidad, incluidos los posibles contratistas. Por ello, el principio de la autonomía de la voluntad, característico de la contratación civil, no está presente en los contratos administrativos, y, asimismo, toda Administración tiene la obligación de elegir al candidato más adecuado para llevar a cabo ese específico cometido público. A tales efectos se establecen requisitos de capacidad, prohibiciones administrativas que proscriben a los particulares incursos en diversas situaciones acceder a las licitaciones públicas contractuales.

En todo caso, es preciso subrayar ya las numerosas normas reglamentarias reguladoras de las prohibiciones contractuales. Es decir, la legislación de la primera mitad del siglo XX se caracteriza, no tanto por una sustantiva heterogeneidad de contenidos prohibitivos, sino por una dispersión normativa en cuanto a la regulación de las prohibiciones para contratar con las Administraciones públicas españolas. Por un lado, existía un ordenamiento jurídico propio y específico de la contratación de las Administraciones locales, y por otro, el ordenamiento contractual de la Administración del Estado; es más, dentro del ordenamiento estatal se aprobaron singulares normativas sectoriales de contratación, de tal forma que el ordenamiento estatal no era uniforme u homogéneo en la materia que nos ocupa. Sólo en la segunda mitad del siglo se uniforma la legislación estatal de contratación pública con la aprobación del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por

el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE)⁷, antecedente inmediato de la actual legislación de contratación pública y, por este motivo, se excluye del ámbito de este estudio del Derecho histórico.

2. Las prohibiciones en el ordenamiento del Estado.

2.1. La normativa general sobre los contratistas administrativos.

2.1.1. Los Pliegos generales para contratar obras públicas.

La primera norma de aplicación general que estableció quienes no podían celebrar contratos con el Estado español del siglo XX fue el Real Decreto de 7 de diciembre de 1900, que aprobó el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas. Esta disposición reglamentaria derogó y sustituyó al anterior Pliego de 11 de junio de 1886, vigente hasta entonces. Su artículo primero expone tanto los ciudadanos que pueden ser contratistas como aquellos que están impedidos legalmente para serlo:

"Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles que se hallen en posesión de sus derechos civiles y las Sociedades y Compañías españolas legalmente constituidas. Podrán serlo también los extranjeros cuando las obras que se contraten exijan para su ejecución elementos que sean objeto de privilegio de invención ó constituyan una especialidad industrial poco desarrollada en España. Quedan exceptuados: 1.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiere recaído contra ellos auto de prisión. 2.1 Los que estuvieren fallidos, ó en suspensión de pagos, ó con sus bienes intervenidos. 3.1 Los que estuvieren apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes."

Este precepto, primero, dispone qué ciudadanos son capaces para contratar con el poder público, y luego, prescribe que algunos de esos capacitados, sin embargo, no están facultados para ser contratistas de la Administración, por concurrir en ellos una o varias de las causas de incapacidad mencionadas a continuación. Entre los capacitados figuran, de una parte, los ciudadanos españoles, no privados por algún motivo legal de sus derechos civiles, y, de otra, además de dichas personas físicas, se incluyen a las personas jurídicas, válidamente constituidas, con presunta aptitud para llevar a buen término un contrato administrativo. En definitiva, este Pliego sigue la línea de su precedente de 1886 (salvo en la regulación del régimen de los extranjeros), porque, al igual que él, en primer lugar, requiere la plena posesión de los derechos civiles de las personas físicas de nacionalidad española que deseen convertirse en contratistas públicos; en segundo lugar, reconoce capacidad a las empresas sociales españolas creadas conforme a la legislación nacional; y, en tercer lugar, dispone idénticas prohibiciones administrativas que las del Reglamento de 1886.

⁷ Ciertamente es que la dualidad normativa de la contratación local y la estatal aún existía y existirá hasta finales de siglo, por cuanto la LCE no deroga el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de junio de 1953, que, por cierto, también enunciaba listados de prohibiciones para la contratación local. *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa", *Revista de Administración Pública* núm. 10, 1953, pp. 241 y ss..

La siguiente disposición de carácter general que reguló esta materia fue el Pliego, aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903, que sustituyó al de 1900. El artículo 1 es copia literal de su homólogo del Pliego de 1886. El Real Decreto de 13 de marzo de 1903 va a ser, al fin, la última norma de rango reglamentario que contenga el régimen jurídico sobre la capacidad de los contratistas estatales, ya que pocos años después se regulará esta materia en una disposición de rango superior, en una ley.

2.1.2. ¿La primera Ley de Contratos?

Una ley de primeros de siglo, la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, contiene un mandato sobre una causa de incompatibilidad para ser contratista anteriormente recogida en los precedentes Pliegos generales citados; el artículo 13 dispone: "Los actos y contratos realizados en perjuicio de la Hacienda Pública por los funcionarios o particulares que resulten deudores de aquélla, serán responsables con arreglo a las prescripciones generales del Derecho". Era lógico que la norma legal que regulase el régimen jurídico del Erario Público del Estado recogiese, al menos⁸, algún precepto sobre los ciudadanos que, precisamente por sus anteriores relaciones con la Hacienda estatal, no podían ni debían ser elegidos como contratistas públicos.

Pero tendremos que esperar hasta mediados de siglo para la promulgación de una Ley general que regule las condiciones de capacidad y los casos de incompatibilidad para ser contratista de la Administración. En efecto, la Ley de 20 de diciembre de 1952 modifica la citada Ley de 1911, y, por tanto, su nuevo artículo 48 establece: "Están facultadas para concertar con la Administración contratos para la ejecución de obras y servicios públicos las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que hallándose en plena posesión de sus capacidades jurídica y de obrar no estén comprendidas en alguno de los casos de excepción señalados por la presente Ley o por cualquier otra disposición que especialmente los establezca. No se podrán concertar contratos para la ejecución de obras y servicios públicos con las personas naturales o jurídicas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.1 Haber sido condenados mediante sentencia firme por cualquier jurisdicción a penas graves o a cualquier clase de pena como sanción de delitos de falsedad o contra la propiedad.
- 2.1 Estar procesados por los delitos a que se refiere el apartado anterior.
- 3.1 Estar declarados en suspensión de pagos o incurso en procedimiento de apremio como deudores a la Hacienda del Estado o a las Haciendas locales o de las Administraciones autónomas o haber sido declarados quebrados o concursados o fallidos en cualquier procedimiento judicial o gubernativo.
- 4.1 Haber dado lugar, por causa de la que se le declare culpable, a la resolución de cualquier contrato celebrado con el Estado, con las Administraciones locales o con las Administraciones autónomas⁹.
- 5.1

⁸ El Capítulo V de la Ley de 1911 trataba "De la contratación de servicios y obras públicas", si bien, no incluía ninguna relación de prohibiciones para contratar con el Estado, por ser materia, en aquel tiempo, objeto de regulación reglamentaria, en los términos ya explicados.

⁹ GARCÍA DE ENTERRIA fue especialmente crítico con la introducción de esta interdicción administrativa por la Ley de 1952, porque la consideraba excesiva para los aspirantes a contratistas y nociva para el propio mercado público de la contratación: "...Permitaseme que me pronuncie en contra de esta novedad, que juzgo peligrosísima para la suerte prác-

Estar privados, por cualquier causa, de la libre disposición de sus bienes. 6.1 Ser funcionarios públicos dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones autónomas o de las Administraciones locales."

Como podemos observar, esta norma presenta interesantes novedades. En primer término, es la primera disposición de rango superior que regula esta materia con carácter general, aplicable, por tanto, a todos los contratistas del Estado, independientemente del ente público con quien hayan celebrado el contrato. En segundo término, se sustituye el requisito de hallarse en el pleno goce de los derechos civiles por el de tener la "plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar", expresión más adecuada, a nuestro juicio, para designar la capacidad contractual exigida en el ordenamiento civil. En tercer lugar, asume el criterio del Reglamento de contratación del Ejército de 10 de enero de 1931, que veremos más adelante, en cuanto admite otras causas de incapacidad, distintas a las contempladas en su articulado, que se establezcan en un futuro por cualquier norma, aunque ya no exige que ésta sea de rango legal, como imponía la disposición reglamentaria de 1931.

Por último, en relación con la regulación concreta de cada causa de incapacidad o incompatibilidad, la norma incluye los habituales incapacitados, aunque con algunas modificaciones respecto de las regulaciones anteriores. Así, por ejemplo, se dispone que, además de los procesados por la presunta comisión de determinados delitos, los condenados -mediante sentencia judicial firme- por cualquier delito en ciertos supuestos, no pueden contratar con aquella Administración. Y en relación a los insolventes, ha de reconocerse que este precepto supone, por fin, la adaptación de la normativa administrativa al ordenamiento jurídico regulador de las diversas situaciones de insolvencia, en general, y a la legislación mercantil, en particular, porque, junto a las tradicionales expresiones "suspensión de pagos" y "fallidos", se incorpora la de "quebrados"; además, destaca una importante "novedad": la inclusión de ciertos insolventes, porque, si bien todas y cada una de las disposiciones reglamentarias señaladas incapacitaban a los quebrados y a los suspensos de pagos, no inhabilitaban a los ciudadanos declarados concursados tras el pertinente procedimiento de ejecución colectiva denominado "concurso de acreedores"¹⁰.

tica de nuestra contratación administrativa. El incumplimiento de un contrato administrativo tiene, desde luego, siempre algo de infracción pública en cuanto entorpece el normal desenvolvimiento del servicio público. Acepto, por tanto, que hay algo más que una mera falta patrimonial, pero no basta el punto de que sin discriminación especial se tome base en este incumplimiento para la declaración de una incapacidad absoluta y permanente para toda ulterior contratación administrativa. La reacción es tan extremada, que parece fácil profetizar que el resultado práctico de este precepto será paradójicamente el de una ampliación de la benevolencia por parte de la Administración con respecto a sus contratistas...; cualquier ingeniero, por ejemplo, en el caso de las obras públicas, se llamará a la benignidad para impedir que una falta desprovista de otro valor y de otras consecuencias que las puramente patrimoniales implique como reacción para el contratista su anatemización definitiva, su exclusión permanente del mundo de los contratistas públicos, e incluso, en tantas ocasiones, el desmonte definitivo de su negocio. Es en realidad una pena de infamia, no susceptible, además, según el texto, de purgación, remisión o indulto, o prescripción. Claro que hay a la vista un facilísimo fraude para excluir tan duro resultado: la simple transformación nominal de las empresas. En todo caso, la eficacia será negativa". "Dos regulaciones orgánicas...", *op. cit.*, pp. 249 y 250.

10 No obstante, la mejora legislativa se quedó realmente a medias, puesto que se olvidó de incluir, al lado del concurso de acreedores, otro proceso judicial, también de naturaleza concursal, referente a los no comerciantes que desearan evitar la distribución y liquidación de su patrimonio mediante el concurso de acreedores, optando por intentar conseguir un convenio en el que se le concediese una reducción de sus créditos (quita) o un aplazamiento para el pago de los mismos (espera) o ambas cosas. Es decir, el proceso equivalente a la suspensión de pagos (la quita y espera) tampoco figuraba

Por último, hay que subrayar los efectos de una adjudicación realizada en favor de un candidato sin la capacidad requerida o incurso en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 48. Su penúltimo párrafo dispone: "Quienes concurren al otorgamiento de cualquier documento mediante el que se concierte un contrato para la ejecución de obras o servicios públicos habrán de afirmar en él, bajo su responsabilidad, no hallarse comprendidos en ninguno de los casos de incompatibilidad a que se refiere el presente artículo. Si antes o después de la formalización del contrato se descubriese la falsedad de estas declaraciones se acordará la nulidad de la adjudicación de la obra o servicio o la rescisión del contrato otorgado, respectivamente, sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de los Tribunales de Justicia a los efectos a que hubiere lugar". Es decir, el contrato administrativo, en estas circunstancias, será totalmente inválido, y, por consiguiente, objeto de la oportuna "sanción" administrativa: nulidad o rescisión de la relación contractual. Pero el último párrafo de dicho precepto otorga al ente público contratante la potestad de acordar la continuación de la obra o servicio público que se está ejecutando por el contratista incapaz, cuando la anulación del contrato, con la subsiguiente suspensión y finalización de la prestación del servicio o de la construcción de la obra, produjese un grave perjuicio al interés público.

2.2. Los incapacitados en la legislación sectorial.

Junto a esta normativa general, se dictaron diversas disposiciones especiales sobre los contratos públicos en determinados sectores de la acción administrativa estatal, de las cuales analizaremos las más significativas.

2.2.1. La contratación militar.

Por una parte, existía una reglamentación específica de la Marina y, por otra, una regulación de los contratos del Ejército. En efecto, la contratación de las obras y servicios de la Marina fue objeto de dos relevantes normas reglamentarias. La primera es el Real Decreto de 4 de noviembre de 1904, que aprueba el Reglamento para la contratación de servicios y obras de la Marina.

El artículo 106 señala: "Se considerarán sin aptitud legal para licitar: 1.1 Los menores de edad, sin la autorización de sus tutores o curadores. 2.1 Las mujeres casadas, sin licencia de sus maridos, a no ser que estén judicialmente autorizadas para contratar. 3.1 Los que se hallen bajo interdicción judicial por incapacidad física o moral. 4.1 Los que estuvieren fallidos o en suspensión de pagos o con todos sus bienes judicialmente intervenidos. 5.1 Los que por consecuencia de sentencia no estén en el pleno goce de los

esta vez entre las circunstancias de insolvencia incapacitadoras para contratar con los poderes públicos; tal vez la razón de incapacitar a los suspensos de pagos y no a los que obtuvieren la quita y/o espera fuese el hecho de que la suspensión de pagos, hasta el Código de Comercio de 1885, se consideraba como un tipo más de quiebra, quedando, por tanto, el quebrado "separado é inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra" (art. 1035 C. Com. 1829), y, desde la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, si bien, en principio, el suspenso conserva la administración de su patrimonio y la dirección y gestión de su empresa, el Juez puede limitar dicha gestión y despojarle de la citada administración (art. 6), al contrario de lo que sucede con el deudor que obtuvo un convenio de quita y/o espera, donde tan sólo se le reducen las deudas y/o se le concede un aplazamiento en el pago de las subsistentes, sin intervención alguna sobre la administración de sus bienes, ya que el deudor no comerciante insolvente exclusivamente perderá dicha facultad si pretende la quita y espera "después de incoado el concurso, ya sea voluntario, ya necesario", como subraya RIVES Y MARTI, Francisco de P., *vid. Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, Tomo Primero, 2ª ed., Instituto editorial Reus, Madrid, 1954. p. 84 y ss..

derechos civiles. 6.1 Los que por razón de su cargo intervengan de cualquier manera, más o menos directamente, en las subastas, en la instrucción de los expedientes o en las operaciones preparatorias de las mismas. 7.1 Los deudores como segundos contribuyentes a la Hacienda por contratos celebrados con la Marina, mientras no se hallen solventes de sus compromisos. 8.1 Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir."

De la redacción de este amplio listado, podemos extraer las siguientes conclusiones. Por un lado, los números 4, 5 y 7 coinciden en lo sustancial con las causas de incapacidad recogidas en todos los Pliegos generales precedentes sobre las contratación de obras públicas, aunque destacan ciertas peculiaridades. En primer lugar, el Decreto de 1904 dice, en el número 41, "con todos sus bienes intervenidos", a diferencia de las anteriores normas que establecían "con sus bienes intervenidos, planteándose, por tanto, la duda de si, atendiendo a lo preceptuado en los citados Pliegos generales, podía un particular con determinados bienes intervenidos judicialmente, pero no todos, aspirar a contratar con la Administración central; y en segundo lugar, el apartado 51 se contempla en los referidos Pliegos generales, no como una causa de incompatibilidad mas, sino como un requisito positivo de capacidad, previo al listado de prohibiciones para contratar con el Estado. Por otro lado, los apartados 2, 6 y 8 no se contenían en ningún previo Pliego de condiciones generales, si bien el número 6, incapacitando a los funcionarios o empleados públicos con posibles intereses en ese tipo de adjudicaciones, sí tiene el precedente del Real Decreto de 4 de enero de 1883, sobre la contratación local.

Pero lo que más nos llama la atención no es ninguna prohibición concreta, sino la ausencia de una tradicional y esencial causa de incapacidad, presente en todas las disposiciones anteriores, y que, inexplicablemente, no aparece en el Reglamento de 1904: "los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prisión". La trascendencia de este impedimento legal es evidente, hasta el punto de que ha subsistido prácticamente desde su aparición hasta finales del siglo XX. Estimamos, no obstante, que la omisión de esta importantísima causa de incapacidad no significa que un particular afectado por esta prohibición pudiera concurrir a los pertinentes procedimientos de selección de contratistas convocados por la Marina, sino que, en orden a la señalada aplicación supletoria de los Pliegos generales, se debe entender vigente la citada prohibición en ese sector, pues de lo contrario se produciría una injustificada discriminación, jurídica y de hecho, respecto otros aspirantes a contratistas de otros Ministerios y un probable, o, al menos, presunto perjuicio al interés público, al contratarse la ejecución de una obra o de un servicio sin las debidas garantías.

La segunda norma es el Decreto de 12 de diciembre de 1958, que aprueba el Reglamento de Contratación de Obras y Servicios de la Marina, derogando el anterior Reglamento de 4 de noviembre de 1904, entre otras disposiciones. Su artículo 4 señala quienes pueden contratar con la Administración militar de la Marina española. El artículo 5 enumera a los incapacitados para realizar esta actividad pública¹¹. Y el artículo

11 "No podrán ser contratistas de obras y servicios de la Marina: 1.1 Los condenados, mediante sentencia firme por cualquier jurisdicción, a penas graves o cualquier clase de pena como sanción de delitos de falsedad o contra la propiedad. 2.1 Los procesados por los delitos a que se refiere el apartado anterior. 3.1 Los deudores directos o subsidiarios a la Hacienda del Estado o a las Haciendas locales o de las Administraciones autónomas contra los que se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución firme. 4.1 Los suspensos en pagos, concursados o quebrados, a menos que acreditasen su rehabilitación legal y el cumplimiento de todas sus obligaciones. 5.1 Los que, por causa de la que se les declare

6 se refiere a las incompatibilidades¹²

Estos mandatos coinciden, en general, con lo dispuesto en el artículo 48 de la precedente Ley de Administración y Contabilidad de 1911, tras la reforma introducida por la Ley de 20 de diciembre de 1952, como expusimos. Sin embargo, sí presenta algunas variaciones respecto la citada Ley. Lo más novedoso de la disposición del 58 es la distribución en dos preceptos diferentes de las diversas circunstancias que impiden a los particulares ser contratistas de la Marina; en efecto, la dicción del artículo 5 se asemeja a la empleada por las anteriores normas vistas sobre la materia, pero se introduce un segundo artículo con otros supuestos de personas, físicas o jurídicas, no autorizadas para acceder a los correspondientes procedimientos de selección contractuales en este ámbito; la expresión utilizada para estos últimos casos ("incompatibles") no justifica por sí sola esta separación de prohibiciones para contratar, al no explicarse posteriormente el significado y el alcance tanto del singular vocablo citado como de la división normativa efectuada¹³. Finalmente, interesa subrayar que, si bien es cierto que este Reglamento contiene los habituales supuestos de incapacitados, también lo es que presenta ciertas modificaciones¹⁴.

En cuanto a la reglamentación específica del Ejército de Tierra destaca la Real Orden Circular de 10 de enero de 1931, que aprueba el Reglamento para la contratación administrativa en el ramo del Ejército, cuyo artículo 14 establece lo siguiente:

"Pueden ser contratistas los españoles y Sociedades ó Compañías que

culpables, hubieren dado lugar a la resolución de cualquier contrato celebrado con el Estado o con las Administraciones locales o autónomas. 6.1 Los que por cualquier causa estuvieran privados de la libre disposición de sus bienes."

12 "Se considerarán incompatibles para ser contratistas: 1.1 Los funcionarios públicos dependientes de la Administración del Estado o de las locales o autónomas, a no ser que se encuentren en alguna de las situaciones de retirado, jubilado, excedente voluntario o supernumerario. 2.1 Las Empresas o Sociedades de las que formen parte personas que desempeñen alguno de los altos cargos de la Administración del Estado o de la del Movimiento u Organismos autónomos a que se refiere el D-Ley 13 Mayo 1955."

13 Los artículos 8 y 33, apartado 61 a) así lo corroboran. De una parte, el art. 8 usa el término "incompatibilidad" tanto para referirse a los casos del art. 5 como a los del art. 6, y de otra, el art. 33 emplea indistintamente las expresiones "incapacidad" e "incompatibilidad" respecto de los supuestos contenidos en los artículos citados, ya que, en caso contrario, hubiera añadido el adverbio "respectivamente" para indicar que los supuestos del art. 5 son de "incapacidad" y los del 6 de "incompatibilidad", aunque, en este último caso, sería necesario exponer las razones de la utilización de uno y otro término, como ya dijimos.

14 Así, por ejemplo, se permite que los suspensos en pagos, concursados y quebrados participen en los procesos de selección de contratistas, siempre que "acreditasen su rehabilitación y el cumplimiento de todas sus obligaciones". También destaca el segundo caso del artículo 6, no contenido en la reforma del 52, al referirse a la incompatibilidad de los altos cargos de la Administración estatal, no sólo para presentarse como aspirantes a contratistas en el oportuno procedimiento, sino que, además, cualquier participación o empleo que ostenten dichos sujetos en las empresas candidatas licitadoras vetarán la adjudicación de ese contrato a las mismas. Este segundo apartado del art. 6 está pensando en los posibles tráficados de influencias que se puedan producir entre políticos, sobre todo, que ocupasen relevantes puestos directivos en la Administración Pública y empresas privadas en las que, ocasional o normalmente, prestaban sus servicios profesionales, o bien, eran destacados accionistas, o, incluso, miembros del Consejo de Administración de las mismas. En realidad, es más probable que la corrupción y las adjudicaciones ilegales de contratos públicos tengan lugar por la colaboración de estos altos cargos que por la participación de un mero funcionario público sin influencia administrativa y política alguna. Interesa mencionar el artículo primero del Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, sobre las incompatibilidades de los altos cargos del Estado español: "Los cargos de Ministro, Embajador en activo, Subsecretario, Director general y asimilados a ellos, en la Administración del Estado, en la del Movimiento y en los Organismos autónomos, son incompatibles:... B) Con el desempeño de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas, arrendatarias o administradoras de monopolios, obras o servicios públicos del Estado, de la Provincia o del Municipio, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas. Queda exceptuado el supuesto de que actúen en ellas por delegación o por designación gubernativa y en representación del Estado o de los intereses generales."

se hallen en pleno goce de sus derechos civiles, y los extranjeros, con sujeción á las leyes de su país en todo lo demás, á las disposiciones del Código de Comercio, sin perjuicio de lo que pueda establecerse por los tratados y convenios internacionales. No podrán ser contratistas, ni por sí, ni como apoderados ni representantes: 1.1 Los que se encuentren procesados criminalmente, si hubiera recaído contra ellos auto de prisión, ó los meramente procesados por delitos de falsificación ó contra la propiedad. 2.1 Los que estuviesen fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos. 3.1 Los deudores á los caudales públicos en concepto de responsables directos ó subsidiarios. 4.1 Los que hayan sido inhabilitados administrativamente para tomar a su cargo servicios ú obras públicas por falta de cumplimiento de contratos anteriores. 5.1 Los militares, á menos que se hallen en las situaciones de supernumerario, de reserva sin desempeñar cargo alguno militar, ó de retirado. 6.1 Todos los demás que tuvieran expresa prohibición en algún precepto legal."

Esta norma reglamentaria presenta determinadas novedades respecto del Pliego general de 1903, así como de las restantes disposiciones sectoriales anteriormente comentadas. En primer lugar, en relación con los capacitados para contratar varía la regulación sobre los extranjeros, como explicaremos en su momento; asimismo, observamos que el requisito de hallarse en el pleno goce de los derechos civiles se exige no sólo para las personas físicas, sino que, también, parece que se extiende a las personas jurídicas, en una redacción distinta, por tanto, a la contenida, por ejemplo en el Pliego de 1903, que autorizaba a "las Sociedades y Compañías legalmente constituidas o reconocidas en España" concurrir a los procesos de licitación contractuales públicos. En segundo lugar, se prohíbe, por primera vez, la posibilidad de que personas, físicas y jurídicas, incurso en causas de incapacidad pudieran convertirse en contratistas mediante la adjudicación del correspondiente contrato a su representante, intermediario o testaferro interpuesto. En tercer lugar, si bien es cierto que las tres primeras prohibiciones administrativas eran las clásicas de todo Pliego, general o específico, aparecen algunas particularidades inéditas hasta entonces; así, por un lado, además de impedir a los procesados poder aspirar a contratar con la Administración cuando se hubiese dictado contra ellos el pertinente auto judicial de prisión, ahora el mero procesamiento, en determinados delitos, veta la posibilidad de ser contratista; y por otro, se sustituye la expresión "segundos contribuyentes" por la de "responsables directos o subsidiarios" en relación con los deudores del Tesoro Público. En cuarto lugar, se consagra una específica circunstancia inhabilitadora para contratar con el Ejército, la quinta, aunque, realmente, no constituye una innovación esencial, porque los incapacitados previstos en este apartado son funcionarios, en activo, de los Ministerios militares, ámbito objetivo, por consiguiente, de la aplicación de esta norma; es más bien la traslación de la incompatibilidad, ya contemplada en otros Reglamentos especiales analizados, de los funcionarios públicos relacionados con la Administración contratante en ciertos servicios y obras públicas; la finalidad de evitar corruptelas en garantía tanto del interés general como de los legítimos intereses de los restantes candidatos a contratar ese tipo de prestaciones públicas es manifiesta.

Y en quinto lugar, el apartado 60 permite que sucesivas disposiciones de rango legal formulen explícitamente otras causas de incapacidad contractuales, que, en virtud de este apartado, asumiría el Reglamento de contratación del Ejército. Por primera vez, el listado de prohibiciones para contratar con una Administración no es un listado cerrado, de casos tasados, sino que se consagra un *númerus apertus*, pudiéndose, de esa manera, introducir, en principio, indefinidos supuestos de incapacitación en este sector de la actividad pública estatal, aunque esos posibles nuevos incapacitados no podía establecerlos la Administración Pública, sino un órgano distinto: el Parlamento, mediante la promulgación de una Ley formal¹⁵.

2.2.2. La "singularidad" de ciertas obras públicas.

El Real Decreto de 4 de septiembre de 1908 aprobó el importante Pliego de condiciones generales para la contratación de obras denominadas "Construcciones civiles", obras que aconsejaban, por sus especiales características, algunos preceptos específicos para su contratación.

En relación con las personas físicas y jurídicas facultadas para optar a la adjudicación de un contrato de esta clase con el citado Departamento ministerial, es necesario decir que no existe novedad alguna. Sí aparece en su artículo 1 una "inédita" causa de incapacidad. No obstante, esa prohibición no es en realidad una novedad, puesto que, en términos parecidos, se había establecido en dos normas del siglo pasado, esto es, en el Pliego de Condiciones Generales para las contrataciones de obras públicas de 10 de julio de 1861 y en el citado Real Decreto de 1883 sobre la contratación de las Corporaciones Locales, como vimos. Lo sorprendente es que los mencionados Pliegos del siglo XX no inhabilitaran a los contratistas incumplidores de contratos precedentes para volver a obtener la adjudicación de otros contratos.

Décadas después, el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras de Telecomunicación, aprobado por Orden de 30 de abril de 1943, dispone en el párrafo segundo del artículo 1 similar regulación a la establecida en el artículo primero del Pliego sobre Construcciones civiles de 1908. Y tan solo se diferencia del artículo 1 del Pliego general de 1903 en que regula una cuarta causa de incapacidad, en sintonía con otras disposiciones sectoriales precedentes indicadas, además de las tres tradicionales del Real Decreto de 13 de marzo de 1903.

En suma, la normativa sectorial, dictada para determinados y concretos Ministerios, servicios u obras públicas, fue más rica y completa que la representada por los dos únicos Pliegos generales de contratación de 1900 y 1903 aprobados en la primera mitad del presente siglo. La Ley de 1952 corregirá esa deficiente regulación estatal de una materia tan importante y "olvidada" por la Administración del Estado como es el régimen jurídico de la capacidad de los particulares que deseen contratar con ella alguna clase de prestación pública.

¹⁵ Esta reserva de ley se contradice, en nuestra opinión, con la práctica habitual normativa sobre esta materia, pues recordaremos que la regulación, decimonónica y de la primera mitad del presente siglo, sobre las causas de incapacidad para ser contratistas públicos se contenía, en todo caso, en disposiciones reglamentarias, generales o especiales, pero nunca en una norma de rango legal como la que requiere el precepto comentado.

3. Las prohibiciones para contratar en la normativa local.

Además de las normas analizadas que el Estado dictó, bien con carácter general, bien con carácter sectorial o específico, existieron durante el siglo XX diversas disposiciones que regulaban las condiciones de capacidad indispensables para ser contratistas de las numerosas Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos españoles. La primera fue el Real Decreto de 26 de abril de 1900, aprobando la Instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales, que derogó y sustituyó el ya estudiado Real Decreto de 4 de enero de 1883; el artículo 11 señala:

"No podrán ser contratistas: 1.1 Los que, con arreglo á las leyes civiles, carezcan de capacidad para contratar por sí sin intervención de otra persona. 2.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiere recaído contra ellos auto de prisión, ó los meramente procesados por delitos de falsificación, estafa, robo, hurto y demás que supongan ataque á la propiedad. 3.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos. 4.1 Los que estuvieren apremiados como deudores al Estado ó á cualquier provincia ó Municipio en concepto de segundos contribuyentes. 5.1 Los que hayan sido inhabilitados administrativamente para tomar á su cargo servicios ú obras públicas por falta de cumplimiento á contratos anteriores. 6.1 En los contratos que celebren los Ayuntamientos, los concejales, el secretario, contador y empleados dependientes del Ayuntamiento contratante; los diputados provinciales, secretario, contador y depositario de la provincia respectiva, y en los contratos que celebren las Diputaciones, los diputados provinciales, el secretario, contador, depositario, y empleados de la Diputación contratante."

En este precepto se pueden apreciar ciertas diferencias, por una parte, y similitudes, por otra, respecto de los anteriores Pliegos de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 11 de junio de 1886 y de 7 de diciembre de 1900. Así, mientras que ambas normas estatales indicaban quienes se encontraban capacitados para contratar con la Administración y quienes, pese a considerarse capaces según dichos criterios, no podían ser contratistas del Estado por afectarles alguna de las prohibiciones relacionadas a continuación en el mismo artículo, la Instrucción de contratación local no dice cuáles son los particulares facultados para obtener el status de contratistas públicos, pues exclusivamente enumera los incapacitados para contratar con las Corporaciones Locales. Es decir, en primer lugar, no menciona el requisito positivo de hallarse en "posesión de sus derechos civiles"¹⁶. En segundo lugar, tampoco aparece ninguna referencia sobre las personas jurídicas, "las Sociedades y Compañías" legalmente constituidas o reconocidas en España¹⁷. Y en tercer lugar, un tipo muy especial de contratistas decimonónicos

16 Aunque, realmente, esta omisión es más aparente que efectiva, porque la primera causa de incapacidad se refiere, precisamente, a esa condición de capacidad. En efecto, "los que, con arreglo á las leyes civiles, carezcan de capacidad para contratar por sí sin intervención de otras personas", constituye una fórmula distinta, sí, pero de "idéntico" significado que la expresión mencionada en los Pliegos generales señalados. Es más, incluso la forma de la Instrucción local es más idónea y denota una mejor técnica normativa que la empleada en el ámbito estatal, hasta tal punto que el Estado, medio siglo después, adoptó expresiones parecidas a la contemplada en el Real Decreto de 26 de abril de 1900, como las ya expuestas de la Ley de 20 de diciembre de 1952 y del Reglamento de 12 de diciembre de 1958, por ejemplo.

17 Se plantea de esta manera si las empresas sociales podían concurrir en aquel tiempo a los numerosos procedimientos

brillaba por su ausencia: el extranjero¹⁸.

En cuanto a las diversas prohibiciones administrativas recogidas, por un lado, el artículo 11 asume las tres clásicas de toda norma, estatal o local, general o específica, del siglo XIX o del XX, que son las contenidas en los números 2, 3 y 4 de dicho precepto, si bien la segunda circunstancia de incapacidad incluye, además de a los procesados con auto de prisión, a quienes, procesados por determinados delitos, no han sido privados todavía de su libertad personal mediante la correspondiente resolución judicial¹⁹. Y por otro, ni el Pliego general de 1900 ni el subsiguiente de 1903, como observamos, establecieron supuestos similares a los dos últimos del citado artículo 11, aunque diversas disposiciones sectoriales estatales de primeros del XX sí regularon estos casos, como también señalamos.

El posterior Real Decreto de 24 enero de 1905 aprueba la Instrucción sobre la misma materia, sustituyendo a la precedente analizada. Su artículo 11 es copia literal del equivalente de 1900. A su vez, el artículo 11 de la siguiente Instrucción sobre contratación provincial y municipal, aprobada por el Real Decreto de 22 de mayo de 1923, se expresa en idéntico sentido que los dos anteriores, si bien con alguna particularidad terminológica de carácter secundario. Y un año después se dicta el Reglamento para la contratación de obras y servicios a cargo de las entidades municipales, aprobándose por Real Decreto de 2 de julio de 1924; el artículo 9 enumera los supuestos de incapacitados para ser contratistas de la Administración Local en nuestro país, en concordancia con los precedentes preceptos mencionados²⁰.

III. ¿LOS INCAPACITADOS POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD?

1. Las primeras limitaciones nacionalistas.

El estatuto jurídico del contratista extranjero sufre una importante modificación al iniciarse el presente siglo, porque el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 7 de diciembre de 1900 cambió las condiciones de capacidad nece-

contractuales convocados por Diputaciones y Ayuntamientos, o si, por el contrario, solamente los empresarios individuales estaban capacitados para convertirse en contratistas locales. En nuestra opinión, también las compañías privadas se encontraban autorizadas para licitar por una obra o servicio público local, ya que, en principio, el derecho que tiene cada ciudadano a participar en los procedimientos de selección de contratistas públicos no puede estar limitado, y menos aún, suprimido, por la ausencia de reconocimiento legal, explícito, de capacidad alguno, sino que es necesario, en todo caso, la expresa prohibición normativa sobre ese determinado posible contratista para impedirle acceder a los públicos procedimientos contractuales de licitación.

18 Las mismas consideraciones reflejadas en la nota precedente valen en este supuesto. Además, la magnitud y las características técnicas y financieras de las obras y servicios públicos susceptibles de ejecución indirecta por los particulares exigían, la mayoría de las veces, tanto los variados medios de una sociedad como la experiencia y solvencia de destacados empresarios no nacionales, como hemos visto en epígrafes anteriores. Asimismo, la aplicación supletoria de los Pliegos generales de contratación de obras públicas del Estado impone, ante esta laguna del ordenamiento local, la solución apuntada, por las razones ya expuestas en su momento.

19 Un vez más la normativa local se adelanta a la legislación estatal, porque hasta la Real Orden Circular de 10 de enero de 1931, estudiada anteriormente, no se recogerá similar redacción de este impedimento legal contractual.

20 Coincide su redacción con la del art. 11 de la Instrucción de 1923. De otra parte, el Estatuto Municipal promulgado por el Real Decreto-ley de 8 de marzo de 1924, recogió en diversos artículos la incompatibilidad de los cargos y funcionarios públicos de las Corporaciones Locales con el desempeño de trabajo o participación económica alguna en empresas aspirantes a contratistas municipales. Así, los arts. 84, 1 y 85, 4 se referían a los concejales; el art. 230, 4 a los secretarios de los Ayuntamientos; y el art. 242 a los interventores de los Municipios.

sarias que debían reunir los no nacionales para acceder a los procesos de adjudicación de contrata, establecidas en el anterior Pliego de 1886, al cual derogó y sustituyó. El propio Preámbulo de la norma de 1900 expone claramente los motivos de tal reforma: "La primera innovación que se ha llevado á cabo se deriva de la necesidad de nacionalizar en España los servicios públicos, medida reclamada por dolorosas experiencias. Y no debe producir extrañeza que se exija la condición de españoles á los contratistas de obras públicas, ó bien la de Sociedades y Compañías españolas legalmente constituidas, en atención á las prácticas análogas establecidas por los Gobiernos de algunas otras naciones..."

El movimiento nacionalista surgido a finales de la etapa decimonónica se plasmó así en la legislación sobre contratos públicos. Frente a la equiparación genérica de españoles y extranjeros en cuanto a su capacidad requerida para ser contratistas del Estado español, contenida en el Real Decreto de 11 de junio de 1886, este nuevo Pliego general apuesta por la diferenciación de regímenes jurídicos, en perjuicio de los no españoles. Su artículo 1 señala:

"Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles que se hallen en posesión de sus derechos civiles y las Sociedades y Compañías españolas legalmente constituidas. Podrán serlo también los extranjeros cuando las obras que se contraten exijan para su ejecución elementos que sean objeto de privilegio de invención ó constituyan una especialidad industrial poco desarrollada en España..."

El proteccionismo estatal se manifiesta claramente en este precepto. Los empresarios no nacionales solamente estaban facultados para participar en los correspondientes procesos de selección de contratistas de la Administración en nuestro país en supuestos totalmente excepcionales: cuando sea imprescindible el uso de materiales de origen extranjero para la correcta realización de ese contrato administrativo, al no existir dichos productos en España o existir con insuficientes características técnicas en comparación con los similares de otros países. La limitación del principio de libre concurrencia en la licitación pública contractual es enorme, en aras de proteger no sólo la supervivencia económica de las empresas privadas españolas cuya actividad principal o única fuese la ejecución de obras, servicios o suministros públicos, sino, además, de una parte, la propia industria nacional y, de otra, el control, sobre todo, de la gestión de específicos y esenciales servicios públicos, hasta entonces en manos de compañías extranjeras²¹.

2. Regreso al pasado: la resurrección de la igualdad de trato decimonónica.

Sin embargo, este régimen nacionalista tuvo una existencia efímera, pues, pocos meses más tarde, se dicta el Real Decreto de 24 de mayo de 1901, cuyo artículo único suprime el artículo primero del Pliego de 1900, declarando subsistente el homólogo de la disposición precedente de 1886. La Exposición de Motivos del Reglamento de 1901 justifica el regreso a la igualdad de trato entre contratistas españoles y extranjeros en materia de

²¹ La "nacionalización" de las empresas concesionarias de ferrocarriles fue una de las mayores preocupaciones del Gobierno durante los últimos años del XIX y primeros del XX, al estar prácticamente la totalidad de las mismas bajo la dirección y control del accionariado y empresariado no nacional.

capacidad: "No participa el Ministro que suscribe de las opiniones expuestas²², ni cree que pueden recordarse más experiencias dolorosas que aquellas que hayan tenido por causa, no la condición de las personas, sino el incumplimiento de las leyes, en las que no hay, para cuanto se halla sometido á la suprema inspección y dirección del Estado, sin menoscabo de su soberanía, se ha impuesto voluntariamente y en condiciones tales que son igualmente obligatorios respecto de los nacionales que de los extranjeros...".

No obstante, el mismo Preámbulo reconoce el ideal de nacionalizar las obras públicas, aunque alega razones legales y económicas para posponer ese propósito²³. En el fondo, la verdadera causa de este retorno a la no discriminación de candidatos a contratistas en orden a su nacionalidad radica, principalmente, en la deplorable coyuntura socioeconómica que padecía nuestra patria durante aquellos años. La escasez de recursos financieros nacionales, públicos y privados, suficientes para construir las obras públicas imprescindibles y para explotar adecuadamente los servicios públicos fundamentales, cometidos indispensables del objetivo de impulsar el desarrollo económico de España, determinaron la abolición de aquella normativa proteccionista, dada la necesaria concurrencia del capital extranjero, de su acreditada experiencia y capacidad profesional, de sus modernos medios tecnológicos y de su valiosa solvencia financiera en la contratación pública de otras naciones europeas²⁴. Sin embargo, ALCUBILLA, entre otros juristas, criticó la reforma del régimen instaurado en 1900²⁵.

22 Se refiere a las razones señaladas en el preámbulo del Decreto de 7 de diciembre de 1900 que suprime.

23 Dice la citada Exposición de Motivos: "Universal es la aspiración de que se nacionalicen las Obras públicas y los capitales en ellas empleados; mas no debe ser tan fácil su realización cuando, hasta el presente apenas lo ha logrado algunas de las naciones más prósperas y poderosas. A impedirlo en todas partes, contribuyen el estado legal y el incontrastable imperio de las leyes económicas; y lo dificultan, aún más en España, su creciente necesidad de toda clase de progresos y la todavía escasa afición de sus capitalistas para realizar aquéllas. Y cuando para recuperar el tiempo perdido en la lucha mantenida contra nuestras históricas desgracias é impulsar con rapidez las obras públicas será forzoso acudir á todas partes, no puede ser momento oportuno para cerrar caminos por los que la Nación, sin mengua de su dignidad y de su independencia, ha alcanzado, y debe seguir recibiendo, el poderoso auxilio que ayudó a crear elementos importantes de su actual riqueza. Pero aun cuando acerca de las consideraciones precedentes fuera posible la controversia, no cabe ésta, en modo alguno, sobre el hecho de que los Reales Decretos de 7 de Diciembre, en su artículo 1.1, y de 21 de Diciembre de 1900 son contrarios á las leyes vigentes, cuya derogación no ha podido hacerse en la forma empleada. Así lo declara el Consejo de Estado en su informe, de los que el Ministro que suscribe no ha creído que debía prescindir, como se hizo al acordar la publicación de los expresados Reales decretos. Estos, según declara aquel Cuerpo consultivo, no han podido modificar ni derogar lo establecido en el art. 2.1 de la Constitución, en el art. 27 del Código civil y en los arts. 15 y 21 del Código de Comercio, que vigentes siguen y lo estarán mientras otras leyes no los deroguen de un modo expreso."

24 Curiosamente el artículo primero de la norma de 1900 no hace referencia a esa capacidad financiera y experiencia profesional extranjera a la hora de autorizar la concurrencia de empresas no nacionales, tan solo autoriza la contratación con estos empresarios cuando los contratos requiriesen para su ejecución "elementos que sean objeto de privilegio de invención ó constituyan una especialidad industrial poco desarrollada en España". Es decir, parece que más que la competencia de las sociedades extranjeras en el "mercado" de contratación pública de nuestro país, se temía y prohibía, en principio, la producción del exterior, la industria no española, en definitiva.

25 "Graves, gravísimas no parecen las disposiciones de este Real Decreto. No pueden cohonestarse, como quiere el Ministro que las suscribe, con la idea de que no hacen sino mantener el imperio de leyes que no pudieron ser derogadas por los Reales Decretos de 7 y 21 de Diciembre de 1900, porque ni el artículo 2.1 de la Constitución ni el 27 del Código Civil, ni los 15 y 21 del de Comercio hacen otra cosa que declarar á favor de los extranjeros el derecho de establecerse libremente en territorio español, ejercer en él la industria y el comercio ó dedicarse á profesiones; pero sin que de ningún modo les autoricen para ser contratistas de Obras públicas ó concesionarios de servicios públicos íntimamente relacionados con el orden del Estado". Y añade: "De todas suertes nada tienen que ver con la facultad que el Ministro concede á las Compañías extranjeras concesionarias de servicios públicos para tener directores extranjeros y Consejos de Administración compuestos en su mayoría por ciudadanos extranjeros, haciendo la extraordinaria declaración de que esa facultad constituye en ellas un derecho de que no las pudieron privar los Reales Decretos de 7 y 21 Diciembre de 1900. No, por lo mismo que se trata de servicios públicos, es potestativo en los poderes del Estado determinar las forma y condiciones en que han de prestarse, sin que sea lícito poner trabas á su acción ni asegurar que ésta puede quedar anulada por derechos civiles, cuando se ejerce dentro del orden puramente político y para garantizar el orden y la seguridad del Estado". ALCUBILLA,

Por otro lado, debemos resaltar la aplicación del listado de causas de incapacidad establecido en el precepto citado del Pliego de 1900 a los aspirantes extranjeros que desearan contratar con la Administración española, pese al silencio que guarda la disposición, ya que, en caso contrario, se llegaría a la contradicción de recoger en un mismo mandato la facultad de los empresarios extranjeros de ser contratistas del Estado en ciertos supuestos tasados, en razón, precisamente, de una política proteccionista en este ámbito, y, a continuación, eximirles de las prohibiciones administrativas para contratar con la Administración central, vigentes para todos los ciudadanos españoles. Por ello, consideramos que las circunstancias inhabilitadoras de los Pliegos generales, de las restantes normas sectoriales estatales y de las diversas disposiciones reglamentarias locales, ya estudiadas, rigen, también, en general, para las personas, físicas y jurídicas, no nacionales interesadas en contratar con un ente público español, salvo que la aplicación de alguna causa fuera incompatible con normas de superior rango que establecieran lo contrario, como, por ejemplo, convenios o tratados internacionales con determinadas naciones.

El posterior Pliego de 1903 concuerda con lo dispuesto en el de 1886 y con los principios reflejados en el Real Decreto de 24 de mayo de 1901. Su artículo 1, anteriormente transcrito, permite a los extranjeros ser contratistas, siempre que no se encuentren incurso en alguna de las situaciones prohibidas enumeradas en dicho precepto, al igual que los españoles. Ahora bien, conviene realizar dos observaciones sobre la redacción del párrafo inicial de este artículo. Una, el hecho de que puedan ser contratistas "las Sociedades y Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España" implica, de una parte, que este requisito de capacidad es exigible, en idénticos términos, para las empresas nacionales y para las no españolas, y, de otra, que las disposiciones legales que deben observar las compañías extranjeras para crearse y funcionar válidamente en nuestro país son las promulgadas por el Estado español, independientemente de que, además, tengan que cumplir ciertas condiciones acorde al ordenamiento del país de origen o domiciliación. Y dos, sí existe una diferencia de régimen, si bien de carácter secundario en principio, en la capacidad requerida para contratar, según el criterio de la nacionalidad, porque la obligación de hallarse "en posesión de sus derechos civiles" se remite, en el caso de los empresarios no nacionales, "á las leyes de su respectiva nacionalidad", por lo que tan trascendental condición de capacidad contractual podía variar en función del régimen establecido en la legislación civil de cada nación. Las mismas conclusiones se pueden formular en relación con el artículo 1 del Pliego sobre Construcciones civiles de 1908, el artículo 2 del Pliego sobre obras de caminos vecinales de 1911, el artículo 32, 61 del Real Decreto de 19 de abril de 1915 y del Real Decreto de 30 de abril de 1918, pues la redacción de dichos preceptos coincide, en esta materia, con lo dispuesto en el primer artículo del Real Decreto de 13 de marzo de 1903, ya explicado.

3. Un nuevo giro: el proteccionismo de la industria nacional en la contratación del Estado español.

Poco tiempo después se promulga la Ley de 14 de febrero de 1907, de protección a la producción nacional, que impone limitaciones a la admisión de materiales de fabricación extranjera en todos los contratos de obras y servicios públicos que celebren tanto el

Diccionario de la Administración Española, Apéndice de 1901, Madrid, 1901, p. 302, nota 2.

Estado, como las Diputaciones Provinciales o los Ayuntamientos españoles. El artículo primero dice: "En los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas serán admitidos únicamente los artículos de producción nacional. Sin embargo, el Gobierno podrá disponer que se admitan proposiciones de la industria extranjera por los motivos siguientes: Primero. Por imperfección del producto nacional, declarada después de practicar análisis ó ensayos con intervención de los interesados.- Segundo. Por notable diferencia del coste del producto nacional en el lugar de su destino con relación al producto extranjero.- Tercero. Por reconocida urgencia, que no puede satisfacer la industria española.- Cuarto. Por no existir la producción nacional respectiva."

Una vez más el ideario nacionalista triunfa en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, en línea con lo preceptuado en los comentados Decretos de 7 y 21 de diciembre de 1900. Pero este nuevo proteccionismo legal no supone la subsiguiente revocación de lo establecido en el primer artículo del Pliego de 1903, de tendencia contraria, como vimos, sino que ambas normas conviven sin conflicto interpretativo entre sí. En efecto, lo que la Ley de 1907 persigue, a nuestro juicio, no es la retirada de los procedimientos contractuales de licitación pública de aquellas empresas extranjeras deseosas de participar y optar a la adjudicación de un contrato con una Administración española, sino, exclusivamente, y no es poco, impedir la utilización de bienes procedentes del exterior en la ejecución de dichos contratos públicos. Por consiguiente, la Ley "nacionalista" no prohíbe a los extranjeros poder ser contratistas en España, tan sólo les veta la introducción de la mayoría de sus productos en la realización de tales obras o servicios públicos, mas este veto legal rige, en realidad, tanto para los contratistas extranjeros como para los nacionales, puesto que se refiere al material, al objeto, no al sujeto partícipe en un proceso de selección de contratistas. Además, esa regla general admite excepciones, que son las señaladas en los cuatro supuestos del párrafo segundo del mismo precepto, aunque, eso sí, solamente en esos casos tasados y concretos se autoriza a los aspirantes a contratar con un poder público español la presentación de proyectos o proposiciones que conlleven la adquisición o el uso de tales productos extranjeros²⁶. Todo esto confirma nuestra tesis, ya expuesta, de que verdaderamente el fin perseguido en el derogado Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 7 de diciembre de 1900 era la salvaguardia de la industria nacional, y no la incapacitación de las personas, físicas o jurídicas, no nacionales, para contratar con el Estado español²⁷.

4. ¿Nuevo retorno de la igualdad de trato?

El Reglamento para la contratación administrativa con el Ejército de 10 de enero de

26 El artículo segundo de la Ley dispone: "Todos los años, en el mes de Septiembre, se publicará en la Gaceta de Madrid y en los Boletines oficiales de las provincias, por medio de Real decreto de la Presidencia, acordado en Consejo de Ministros, relación motivada de los artículos ó productos para cuya adquisición se considere necesaria la concurrencia de la industria extranjera, con arreglo á lo que se determina en el artículo anterior. Los interesados podrán dirigir sus reclamaciones contra dicha relación á la Presidencia del Consejo de Ministros, y presentar sus pruebas hasta el 30 de Noviembre, y el Gobierno publicará en los expresados periódicos oficiales su resolución definitiva, también motivada, antes del 1.1 de Enero siguiente. Esto no obstante, el Gobierno podrá eliminar, en cualquier tiempo, de la relación a los artículos que la industria española produzca en condiciones aceptables."

27 En idéntico sentido se ha pronunciado BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, en relación al art. 10 de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, precepto similar al art. 1 de la Ley de 14 de febrero de 1097. "Contratistas extranjeros y productos de fabricación extranjera en la legislación vigente sobre contratos de la Administración", *Revista de Administración Pública* núm. 57, 1968, pp. 407 y ss..

1931, en su artículo 14, varía la redacción de los mandatos anteriormente analizados, en cuanto admite la posibilidad de que los extranjeros sean contratistas en el caso de que, por un lado, tuviesen capacidad contractual acorde a la legislación de su nación, y, por otro, observen las normas del Código de Comercio español. Aparece así, solamente en relación con los no nacionales, la expresión "capacidad para contratar", en contraposición con el requisito exigido a los españoles de hallarse "en pleno goce de sus derechos civiles", condición que, en los precedentes Pliegos, como expusimos, se exige asimismo a los extranjeros. Otra novedad es la remisión a las normas del Código de Comercio en aquellas materias distintas de las remitidas al ordenamiento del país de origen; además, todo ello, "sin perjuicio de lo que pueda establecerse por los tratados y convenios internacionales"²⁸.

No obstante, la regulación vuelve a modificarse en el Pliego de condiciones generales para la contratación de las obras de Telecomunicación, de 30 de abril de 1943, cuyo artículo primero permite a los extranjeros "que se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo a las Leyes" optar a los procedimientos de adjudicación de estos contratos administrativos. Es decir, por una parte, se regresa a la unificación de condiciones de capacidad al requerir, en sintonía con lo dispuesto en los Pliegos comentados, esa correcta posesión de los derechos civiles, tanto para los nacionales como para los no nacionales. Y por otra, se suprime la remisión a la normativa de cada Estado en este aspecto, por lo que se plantea la duda de si la capacidad contractual del extranjero se debía reclamar en atención exclusivamente a lo exigido en el ordenamiento jurídico, privado y público, español.

La última disposición relevante es la Ley de 20 de diciembre de 1952²⁹, que modificó el Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911. El nuevo artículo 48 dispone: "Están facultadas para concertar con la Administración contratos para la ejecución de obras y servicios públicos las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que hallándose en plena posesión de sus capacidades jurídica y de obrar no estén comprendidas en alguno de los casos de excepción señalados por la presente Ley o por cualquier otra disposición que especialmente los establezca". Aquí tampoco se diferencian los requisitos de capacidad en función de la nacionalidad de los candidatos a contratar con el Estado, ya que, en primer lugar, la exigencia de tener la debida capacidad contractual es común a ambos tipos de posibles contratistas, y, en segundo lugar, por primera vez, se manifiesta claramente la aplicación de las causas de incapacidad a los empresarios no españoles³⁰.

28 "Pueden ser contratistas los españoles y Sociedades ó Compañías que se hallen en pleno goce de sus derechos civiles, y los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero, con sujeción á las leyes de su país en lo referente á su capacidad para contratar, y, en todo lo demás, á las disposiciones del Código de Comercio, sin perjuicio de lo que pueda establecerse por los tratados y convenios internacionales."

29 En cuanto al proteccionismo de los productos españoles en el ámbito de la contratación administrativa ha de resaltar la Orden del Ministerio de Industria de 11 de septiembre de 1956, en desarrollo de la citada Ley de 1939. Un análisis de esta norma ha realizado BAENA DEL ALCÁZAR. *Vid.* "Contratistas extranjeros...", *op. cit.*, pp. 417.

30 Sin embargo, el posterior Reglamento de Contratación de Obras y Servicios de la Marina, de 12 de diciembre de 1958, a pesar de que, en su art. 4, apartado 11, copia lo preceptuado en el citado art. 48 de la reciente Ley de 1911, tras la reforma del 52, en el segundo párrafo del mismo precepto sí contempla una distinción en el régimen jurídico de capacidad de los aspirantes a contratar con la Administración de la Marina española, aunque, como ya señalamos, esta clase de limitación afecta más bien a los productos que se utilizan en la ejecución del contrato administrativo que a la nacionalidad misma de los sujetos participantes en los procesos de licitación contractuales públicos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Vid. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, Hijos de Reus editores, Madrid, 1912

ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "Contratistas extranjeros y productos de fabricación extranjera en la legislación vigente sobre contratos de la Administración", *Revista de Administración Pública* núm. 57, 1968, pp. 407-426.

BUXADE, José, voz "Interdicción", *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XIX, ed. Fco. Seix, Barcelona, p. 779

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa", *Revista de Administración Pública* núm. 10, 1953, pp. 241-282.

GARZÓN PAREJA, Manuel, *Historia de la Hacienda de España*, Vol. I, IEF, Madrid, 1984

MEILÁN GIL, José Luis, "La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica", *Revista de Administración Pública* núm. 99, 1982, pp. 7-36.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, ed. La Ley, Madrid, 1992

PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal*, 4ª ed., Madrid, 1870

RIVES Y MARTI, Francisco de P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, Tomo Primero, 2º ed., Instituto editorial Reus, Madrid, 1954

TERUEL CARRELERO, Domingo, voz "Interdicción civil", *Nueva Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XIII, 1968, p. 187

VIZMANOS, Tomás M^a de, y ÁLVARES, Cirilo, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Madrid, 1848

EL DERECHO ADUANERO Y SUS ASPECTOS PROCESALES EN EL *CODIGO ADUANERO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (CAROU)*

PABLO LABANDERA*

RESUMEN EJECUTIVO: En el presente trabajo se realiza un breve análisis de las modificaciones oportunamente introducidas por el nuevo *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay (CAROU – Ley N° 19.276)*, en relación al *Derecho Aduanero Procesal*.

En tal sentido, se ha puesto especial énfasis, en aquellos instrumentos – de corte procesal – que contribuyen a dotar al sistema de mayor celeridad y seguridad jurídica y consiguientemente, incorporan mayores garantías para los justiciables.

El referido examen – vale aclararlo – no tiene mayores aspiraciones académicas.

Se trata de un análisis sustantivamente exegético y por ello preliminar, sin mayor profundización en los ámbitos doctrinario y jurisprudencial, y con una carencia insalvable: la imposibilidad para ser confrontado con la práctica forense y las aplicaciones pretorianas, durante un periodo de tiempo lo suficientemente prolongado.

Las modificaciones jurídicas que introducen las nuevas disposiciones son ciertamente relevantes, en casi todos sus ámbitos de aplicación.

Así, a la luz de lo que es la nueva realidad del *Derecho del Comercio Internacional*, en general, y del *Derecho Aduanero*, en especial, se pretenden recoger en los instrumentos procesales consagrados o preservados (con relación a la legislación derogada), dos tendencias en materia de fiscalización: **por un lado**, el incremento de las facultades de control por parte de las Autoridades competentes, y de manera coetánea, el traspaso de responsabilidades a algunos operadores privados (los despachantes de aduana, importadores, etc.), a los cuales se les exige un *plus* de colaboración a los efectos de que el “sistema” implementado opere adecuadamente; y **por otro lado**, ese “esfuerzo” exigido resulta ser “autosatisfactivo”, en la medida en que permite evitar un daño mayor como lo es la “competencia desleal” por parte de los operadores informales.

Por último, y en lo que refiere específicamente al ámbito infraccional, las normas comentadas no resultan ser sustancialmente transformadoras, pero sí han tenido – a lo menos, hasta ahora – la cualidad innegable de centrar la dilucidación de los conflictos intersubjetivos en el ámbito del Poder Judicial, y de acelerar los procesos de resolución, siempre que las disposiciones aprobadas son correctamente aplicadas.

* PhD en Derecho y Relaciones Internacionales, Universidad del País Vasco. Master en Derecho y Técnica Tributaria, Universidad de Montevideo. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UDELAR. Profesor de Derecho del Comercio Internacional en la Universidad de Montevideo. Profesor de Tributación al Comercio Exterior, en la Universidad Católica del Uruguay. Abogado Asociado a DELOITTE SC. Socio del Estudio Jurídico Delucchi – Labandera & Asociados.

No son pocas las dudas que surgen ante un primer análisis, y seguramente la práctica judicial acrezca los cuestionamientos e incertidumbres.

En síntesis, el presente trabajo no posee otra intención que posibilitar un abordaje esencialmente práctico (desde el punto de vista jurídico) de las disposiciones aprobadas para, de ese modo, contribuir al desempeño de los operadores (públicos y privados) del “sistema aduanero”.

PALABRAS CLAVE: Derecho Aduanero Procesal, seguridad jurídica, audiencia indagatoria, apelación restringida.

1. A modo de introducción aclaratoria

En primer lugar, cabe consignar que las disposiciones adoptadas por el nuevo *Código de la República Oriental del Uruguay* (CAROU – Ley N° 19.276 de 19 de septiembre de 2014), recién tomaron vigencia plena el 16 de julio de 2017, ya que – algunas de ellas – fueron oportunamente “suspendidas” en su aplicación, y consiguientemente prorrogada su vigencia, hasta la fecha antedicha.

Así, sustancialmente en lo que refiere al capítulo de *Derecho Adjetivo* o lo que puede designarse como *Derecho Aduanero Procesal*, algunas normas vieron – inicialmente – diferida su vigencia plena hasta el mes de marzo de 2016, por imperio del mandato dispuesto por la Ley N° 19.322 de 21 de mayo de 2015 que – en lo que aquí importa – “suspendió” la vigencia de determinados artículos del CAROU (todos ellos, como se apuntara precedentemente, de corte netamente procesal) hasta el 1° de marzo de 2016.

Según se expresara en la “Exposición de Motivos” del Poder Ejecutivo que acompañara al “Proyecto de Ley” correspondiente, dicha suspensión se fundamentaba en “...la necesidad de contemplar una redistribución de recursos humanos para atender las necesidades que la norma plantea en el ámbito del Ministerio Público y Fiscal así como en el Poder Judicial, según hiciera saber el señor Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación a la Dirección Nacional de Aduanas por nota de fecha 9 de marzo de 2015 así como -verbalmente- la Suprema Corte de Justicia”¹, circunstancia que fue confirmada en el ámbito parlamentario – que finalmente siguiera el temperamento esgrimido por el Poder Ejecutivo – aprobando la norma legal premencionada.

La circunstancia mencionada trajo como consecuencia que – a partir del día 1° de marzo del año 2016 – retomara su vigencia plena el CAROU.

Sin embargo, con posterioridad, dejando – sin justificación alguna más que la desidia administrativa – un breve espacio temporal de poco más de dos meses – se aprobó la Ley N° 19.394 de 20 de mayo de 2016, que fuera publicada en el Diario Oficial, el día 8 de junio del mismo año.

La referida disposición, en su “artículo único”, replicando lo que era el contenido de la norma ya referenciada (Ley N° 19.322 de 21 de mayo de 2015), **decidió “suspender” nuevamente “la vigencia de los artículos 224, 225, 227 a 257 y 269 de la Ley N° 19.276, de 19**

1 Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes – Carpeta N° 162 de 2015 / Repartido 148 – Mayo de 2015.

de setiembre de 2014, Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay (CAROU), hasta el 16 de julio de 2017”.

A su vez, también se “suspende” la vigencia del artículo 275, en lo que refiere a la derogación de los artículos 250, 257 a 261, 268 a 279, 283, 295 y 296 de la Ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964 y sus normas modificativas – en cuanto refieran a aspectos procesales – hasta el 16 de julio de 2017, restableciéndose la vigencia de los artículos referidos hasta dicha fecha.

De igual modo, se “convalidan los procesos aduaneros y sus actos procesales que, a partir del 1° de marzo de 2016, hayan sido tramitados aplicando los artículos pertinentes de la Ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964 y sus normas modificativas” (normas que refieren al contencioso y represivo aduanero, vigentes hasta la aprobación del CAROU).

Así, las actuaciones procesales que se hayan tramitado por las normas previstas en los artículos 224 a 225, 227 a 257 y 269 de la Ley N° 19.276 de 19 de setiembre de 2014, se regirán para las etapas no concluidas por las normas de la Ley N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964 y sus normas modificativas.

Por último, se establece que lo dispuesto en el referido “artículo único”, en ningún caso significará retrotraer el proceso a etapas ya cumplidas.

2. Advertencia metodológica

En el entendido de que – a partir del 16 julio del año 2017 – las normas de *Derecho Aduanero Procesal* – que no son todas las disposiciones de *Derecho Adjetivo* aprobadas en el CAROU – ya se encuentran vigentes, procederemos a efectuar el presente análisis jurídico, sobre dichos postulados.

Asimismo, para poder comprender a cabalidad los diferentes “procesos” ideados por el Legislador uruguayo para las diferentes infracciones aduaneras, hemos entendido pertinente comenzar con una breve reseña de las mismas, la cual se encuentra resumida en el siguiente cuadro:

Infracción Aduanera	SANCIÓN	Fuente legal de la sanción
<i>Contravención (art. 200 del CAROU)</i>	<i>Una MULTA por un valor equivalente a entre 400 y 4.000 UI (cuatrocientas y cuatro mil unidades indexadas)</i>	Numeral 3 del artículo 200 del CAROU
<i>Diferencia (art. 201 del CAROU)</i>	<i>A) De los numerales 1 de los literales A) y B) del artículo 201, una MULTA igual al monto de los tributos en que se hubiera perjudicado el Fisco por la infracción. B) De los numerales 2 de los literales A) y B) y del numeral 3 del literal A) del artículo 201, una MULTA igual al valor en aduana del excedente.</i>	Artículo 202 del CAROU

<i>Defraudación (art. 204 del CAROU)</i>	<i>Una MULTA igual al doble del monto del perjuicio fiscal que se produjo o hubiera producido por la infracción</i>	Numeral 2 del artículo 204 del CAROU
<i>Defraudación de valor (art. 205 del CAROU)</i>	<i>Una MULTA igual al doble del importe de los tributos adeudados</i>	Numeral 2 del artículo 205 del CAROU
<i>Abandono Infraccional (art. 207 del CAROU)</i>	<i>Comiso de las mercaderías abandonadas</i>	Numeral 3 del artículo 207 del CAROU
<i>Desvío de Exoneración (art. 208 del CAROU)</i>	<i>Una multa igual al doble del importe de los tributos exonerados</i>	Numeral 2 del artículo 208 del CAROU
<i>Contrabando (art. 209 del CAROU)</i>	<i>A) El comiso de la mercadería objeto de la infracción (o cuando por cualquier circunstancia no pudieran decomisarse las mercaderías objeto de la infracción, el pago de su posible valor en aduana). B) Las costas y costos del proceso. C) El pago del doble del monto de los tributos que hubieren correspondido a la operación de que se trate. D) Una multa del 20 % (veinte por ciento) del valor en aduana referido en el literal A). E) El comiso del medio de transporte que conduzca la mercadería en el momento de constatación de la infracción, si su propietario tuviera responsabilidad en la infracción.</i>	Artículo 211 del CAROU

Por último, debe tenerse presente que el **CAROU** – siguiendo la tradición de su antecesora, la Ley N° 13.318 y sus modificativas, que habilitaba en el caso de algunas infracciones aduaneras su “reconocimiento” por parte del infractor en la vía administrativa, sin la obligación de sustanciar el conflicto ante una Sede Judicial – mantiene dicha “opción” que, en principio, **se extiende a todas las infracciones fiscales aduaneras, salvo el contrabando y el “abandono infraccional”** (o, como se conoce habitualmente en la “jerga” aduanera: “infractor desconocido”), y la **contravención aduanera**, que se sustancia como una infracción administrativa.

3. Los aspectos procesales del CAROU

3.1. El proceso en sede administrativa

El referido procedimiento en sede administrativa se sustancia en dos hipótesis diferentes, según el momento en el cual se detecte la eventual irregularidad y – consiguientemente – la presunta infracción de que se trate, en forma previa o posterior al “libramien-

to” de la mercadería respectiva, a saber:

1) Procedimiento en sede administrativa por el cual se constata la comisión de una presunta infracción de diferencia² o de defraudación de valor³, en forma previa al libramiento de la mercadería^{4 5}

Ante dicha situación de “constatación”, se pueden dar *dos escenarios* diferentes:

- i) O bien, el “*declarante*” “*reconoce*” la **infracción**⁶, en cuyo caso, “*quedará concluida toda indagatoria de los hechos*”, y la DNA determinará el monto de los tributos y de la multa correspondientes;
- ii) O bien, **no existe “reconocimiento”**⁷, y por tanto, se plantea una “discrepancia” al respecto.

En este caso, se procederá del siguiente modo:

- a) Se labrará un Acta, dejando constancia de la “discrepancia” planteada;
- b) Se hará efectivo el pago de los tributos debidos y se efectivizará el retiro de la mercadería objeto de la controversia (salvo que, con el mencionado retiro, se genere un riesgo cierto para la salubridad o la seguridad públicas), y;
- c) Finalmente, se elevarán las actuaciones correspondientes a la Autoridad Judicial competente “*si correspondiere*”, y si así fuere, se formalizará la “*denuncia fundada*”, en el término de tres días hábiles.

La norma analizada, parece **admitir el “reconocimiento en sede administrativa”, únicamente para las infracciones de diferencia y defraudación de valor, sin perjuicio del proceso especial y autónomo – que también se sustancia en sede administrativa – previsto únicamente para las contravenciones⁸.**

2) Procedimiento en sede administrativa, posterior al libramiento de la mercadería y en el cual se detiene la misma⁹

Si se estuviera ante la existencia de una presunta infracción aduanera, detectada con posterioridad al libramiento de la mercadería objeto de la misma, o donde – por la falta de “declaración” – dicho libramiento no se haya formalizado, “el funcionario actuante” deberá proceder del siguiente modo:

- a) Labrará Acta completa y circunstanciada;**

² Artículos 201 al 203 del CAROU.

³ Artículos 205 y 206 del CAROU.

⁴ En tal sentido, recuerda el artículo 2º del CAROU que “*libramiento*” es “*el acto por el cual la Dirección Nacional de Aduanas autoriza al declarante o a quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería, a disponer de ésta para los fines previstos en el régimen aduanero autorizado, previo cumplimiento de las formalidades aduaneras exigibles*”.

⁵ Artículo 224 del CAROU.

⁶ Artículo 224, literal A) del CAROU.

⁷ Artículo 224, literal B) del CAROU.

⁸ Artículo 226 del CAROU.

⁹ Artículo 225 del CAROU.

b) **Incautará las mercaderías** en presunta infracción, y/o nombrará un **depositario** de las mismas, **previo inventario**, y;

c) En un **plazo de diez días, enviará a la Autoridad Judicial competente**,

el Acta respectiva, detallando:

i) El estado de las mercaderías;

ii) Su “valor en aduana”;

iii) Los tributos correspondientes, esto es, los tributos debidos si se hubiera tramitado un ingreso al “territorio aduanero” nacional, conforme a derecho, y;

iv) La liquidación de las eventuales multas.

Ahora bien, el “escenario” preanalizado, refiere solamente a la infracción de **contrabando**¹⁰, ya que la misma es la única infracción aduanera que merita el comiso de la mercadería respectiva¹¹.

3.1. Los procesos infraccionales aduaneros que se sustancian ante el Poder Judicial

En una definición muy superficial, los procesos jurisdiccionales en materia aduanera, son aquellos que se sustancian frente al descubrimiento, noticia o denuncia de la existencia de hechos con apariencia de infracción aduanera.

Y dicha sustanciación se realiza – según lo mandata el **CAROU** – **únicamente frente al Poder Judicial**, a diferencia de lo que sucedía antes de la vigencia del referido *Código*, donde existían órganos administrativos (Dirección Nacional de Aduanas) con jurisdicción y competencia para sustanciar y resolver acerca de alguno de los conflictos planteados en materia aduanera (*vgr.*: “contrabando de menor cuantía”, esto es, que involucrara mercadería cuyo valor en aduana fuera inferior a las 350 Unidades Reajustables, suma equivalente a aproximadamente unos 13.000 dólares estadounidenses, al tipo de cambio actual).

Dicha circunstancia, que había tenido algún reparo por parte de la Doctrina, la que remarcaba su eventual inconstitucionalidad, jamás fue impugnada, pero sí fue tomada en cuenta por el Legislador del **CAROU** con la aprobación de los **artículos 227 y 232 del Código** mencionado, donde se expresa de manera laudatoria:

“El conocimiento de los asuntos relativos a infracciones aduaneras, excepto la infracción de contravención y lo dispuesto en el artículo 232 de este Código, corresponderá a los Juzgados Letrados de Primera Instancia del interior con competencia en materia aduanera y a los Juzgados Letrados de Aduana en los departamentos de Canelones y de Montevideo”.

Ocurrirá, en estos casos, lo mismo que sucede en materia penal cuando se está ante un hecho con apariencia de delito. Así, en dicho caso, las autoridades competentes deben **iniciar la indagatoria** que corresponda para determinar, en base a ella, si realmente se ha

¹⁰ Artículo 209, 210 y 212 del CAROU.

¹¹ Artículo 211 del CAROU.

cometido un ilícito penal, quién es el autor, qué responsabilidad le cabe y la pena que corresponde imponer ¹².

También aquí, en el “proceso aduanero”, se indaga si, en verdad, se ha cometido una infracción fiscal; quién o quiénes participaron en ella; qué responsabilidad les incumbe, y la sanción que se les deber imponer ¹³.

Y ello porque, la finalidad sustancial de estos procesos será la de comprobar y reprimir la comisión de las infracciones aduaneras, esto es, la de obtener el reproche debido ante la violación al régimen legal y reglamentario que regula todo lo concerniente a la introducción, egreso o tránsito de mercaderías a través del “territorio aduanero” nacional, en violación del control aduanero de precepto.

En la medida en que el “tráfico aduanero” refiere a la comisión de operaciones que – en todos los casos – están sometidas a un conjunto de requisitos formales y procedimentales, y en algunas ocasiones al pago de ciertos tributos, el posible incumplimiento de dichos requisitos así como la potencial evasión de los tributos debidos – en caso de ser detectados – serán objeto de los procesos mencionados ¹⁴.

Pues bien, como recuerda prestigiosa doctrina ¹⁵, la jurisdicción de los Juzgados Letrados de Aduana fue creada por el artículo 182 de la Ley N° 13.320 del 28 de diciembre de 1964 estableciendo la primera Sede, mientras que por el artículo 193 de la Ley N° 13.737, se creó el segundo Juzgado con la referida competencia. Dicha norma estableció lo siguiente “*Créase el Juzgado Letrado de Aduana de Segundo Turno (Inciso 16 - Programa 03) con la misma jurisdicción y competencia que asigna al actual Juzgado Letrado de Aduana la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, art. 257*”.

Actualmente, existe un único Juzgado Letrado de Aduana, especializado en la materia aduanera.

4. La categorización de los procesos aduaneros en el *Derecho Aduanero* uruguayo

Recuerda prestigiosa Doctrina procesalista que todos los “procesos jurisdiccionales aduaneros” (a excepción del previsto para el “abandono”, que es un “proceso voluntario”), son “**procesos contenciosos, de conocimiento**”, por cuanto tienden a la formación de un mandato que establezca si existió o no infracción aduanera o la situación de “abandono”, para, en su caso, adoptar el dispositivo consiguiente, vale decir: imponer el pago de la “reliquidación tributaria” de precepto (todos los tributos aduaneros o no que se abonan en ocasión de la importación o exportación), y las demás sanciones correspondientes (multas y/o comisos, según los casos), o; absolver de la pretensión sancionatoria fiscal (en los casos de “procesos aduaneros contenciosos”), mientras que

12 TORELLO, L.A. – COLOMBO, E. *Procesos Jurisdiccionales Aduaneros*, Ed. IDEA, Montevideo, 1980, pág. 2.

13 *Ibidem*.

14 LABANDERA, P. *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. Anotado y Concordado. Segunda Edición Ampliada y Actualizada*. Editorial LA LEY URUGUAY, Montevideo, 2016, págs. 560/561.

15 PINI, G. “Jurisdicción y Competencia en materia aduanera”, en *Revista La Justicia Uruguaya*, Tomo 122, Sección Doctrina, año 2000.

en los casos de “abandono” (como se advirtiera, “proceso voluntario”) hecho el cotejo del caso, se dispondrá lo pertinente ¹⁶.

Ello no obstante y como es obvio, en los casos de “procesos contenciosos aduaneros”, cuando la sentencia recepciona la demanda – acusación deducida por el Ministerio Público, tal sentencia es de condena, por lo que puede advenir una ulterior etapa jurisdiccional de ejecución con la finalidad de llevar a su práctica actuación, el mandato oportunamente dictado ¹⁷.

Así, una vez recaída la condena respectiva, las Autoridades Fiscales proceden a realizar las operaciones tendientes al cumplimiento del mandato, pero, como puede suceder que una parte de ese mandato – el que impone al condenado el pago de cierta suma en concepto de tributos y sanciones – no llegue a cumplirse en forma voluntaria, entonces se hará imprescindible proceder a la “ejecución forzada” del mismo, en la vía del proceso de ejecución acorde con la naturaleza de la condena ¹⁸.

En similar sentido, continúa recordando con acierto la Doctrina precitada, la problemática de la clasificación de los “**procesos jurisdiccionales aduaneros**” no queda agotada ahí, ya que atendiendo a las categorizaciones contenidas en nuestras normas positivas, estos pueden ser considerados como “**civiles**” (no “**penales**”), “**petitorios**” (por su objeto), y – atendiendo a su estructura – como “**extraordinarios**” y “**sumarios**” (esto es, no “**ejecutivos**”) ¹⁹.

Y se trata – además – según se afirma por la doctrina citada ²⁰, de “**procesos constitutivos necesarios**”, pues el proceso es el único modo de resolver el conflicto de intereses que se suscita en razón de la comisión de la infracción aduanera.

5. Los sujetos procesales que intervienen en los procesos infraccionales aduaneros

En Uruguay, la Doctrina procesalista mayoritaria ha establecido que en materia de *Derecho Aduanero Procesal*, son tres los **sujetos procesales esenciales**, a saber: en **primer lugar**, el **juzgador**, que como órgano del Estado dirige el procedimiento, por encima de los restantes participantes, y en **segundo lugar**, las “**partes procesales**”, que son aquellos que – invocando algún interés legítimo – y situados en dos posiciones contradictorias al plantearse el conflicto jurídico que debe resolver el primero (en inteligencia de que esta situación de “parte” puede depositarse en una o varias personas jurídicas o físicas, tanto del lado activo como pasivo), pugnarán en el proceso respectivo.

En síntesis, son **sujetos** de un determinado proceso, todos aquellos que disponen de la facultad de crear, modificar o extinguir una relación jurídica procesal en ese mismo proceso.

16 TORELLO, L. A. – COLOMBO, E., Op. cit., en *Ob. Cit.*, especialmente en Capítulo VI, págs. 28 y ssgg.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

Conforme a esa definición estándar y reducida a la máxima expresión de simplicidad, y en razón de su posibilidad de actuación – creando, extinguiendo o modificando relaciones jurídicas procesales – en el **“proceso jurisdiccional aduanero”**, son **sujetos**: el órgano jurisdiccional, el Fisco (su representante), el o los denunciados, el o los denunciadores y, por fin, los terceros que pueden – eventualmente – incorporarse, invocando algún interés propio ²¹.

Pero, también a veces, hay “otros sujetos” que intervienen esencialmente en los juicios, en la especie, en el proceso aduanero, cuya intervención no es esencial sino, accesoria (por ejemplo: abogados, peritos, etc.).

En el ámbito de los procesos aduaneros, existe una peculiaridad, que es el del **“proceso por abandono”**, tanto **“no infraccional”** ²², como **“infraccional”** ²³, en donde el sujeto interviniente es un **“interesado”** y no una **“parte procesal”** ²⁴.

Como es evidente, el **órgano jurisdiccional es sujeto del proceso pero no es “parte procesal”** de él.

El Fisco y su representante (el Ministerio Público) y el o los denunciados, son también sujetos esenciales del proceso que, por tratarse, en un caso, de aquel que pide o en cuyo nombre se pide y; en el otro, aquel frente a quien se pide la actuación de la ley, son los categorizados como **“partes procesales”**.

6. Continuación I

Ahora bien, como la “infracción aduanera” supone, o bien, la posibilidad de “pérdida de la renta fiscal” (o la efectiva “pérdida”); o bien, la “violación de requisitos esenciales para la exportación o importación de mercadería o efectos, previstas en leyes y reglamentos aduaneros o no aduaneros”, **corresponde que, quien es “titular” de esa renta o el que establece los “requisitos” (verbigracia: el Fisco, a través de su representante, el Ministerio Público), sea actor en los procesos por infracción en los que se ejercita la pretensión de cobrar los tributos eludidos, los recargos a que haya lugar y/o imponer las sanciones legalmente establecidas.**

En contraposición con la figura del “actor” o “demandante” surge conceptualmente, la figura del **“demandado”** o – en la especie – el **“denunciado”**, que es aquel contra quien se pide la actuación de la ley o, de otro modo, aquel contra quien se reclama la satisfacción de una pretensión.

En el “proceso jurisdiccional aduanero”, se trata de la persona física o jurídica, a quien se imputa el hecho con apariencia infraccional y a la cual, comúnmente, se le denomina “sumariado” o “denunciado”, y en lo que refiere a dicho proceso, debe ser catalogado como **“parte procesal”**.

²¹ *Ibidem*.

²² Artículo 99 del CAROU.

²³ Artículo 233 del CAROU.

²⁴ LANDONI SOSA, A., *Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia*, volumen I, Edit. BdeF, Montevideo, 2012, pág. 79.

A su vez, los otros **sujetos** que también pueden intervenir en el “proceso aduanero” con las características y atributos de “**parte**”, aunque con una intervención restringida por el propio objeto de su pretensión, son aquellas personas en cuyo poder se encuentren las mercaderías o efectos en infracción (siempre que, claro está, no se trate de los propios “denunciados”), e invocando ser “propietarios o adquirentes de buena fe” de esas mercaderías o efectos; y las personas que, aduciendo también “buena fe”, resulten ser dueñas de los medios de transporte empleados para cometer la infracción, o sea, aquellos que son dueños de los vehículos que son objeto de lo que se llama “comiso secundario”²⁵.

Desde luego que la intervención de esos terceros en el “proceso aduanero” reposa en la alegación de la existencia de un derecho positivo y cierto, como lo es – obviamente – pretender excluir del comiso, sea la mercadería en infracción (pero que se sostiene adquirida de buena fe); sea el vehículo utilizado sin su consentimiento para tentar o consumir la infracción.

De donde y por conclusión, la intervención de estos terceros en el proceso aduanero (aunque lo hagan en calidad de “partes”) está constreñida por los naturales límites de su concreto interés²⁶.

Finalmente, también interviene en el “proceso aduanero”, como **sujeto** de este, con facultades para extinguir, modificar o crear relaciones jurídicas propias del referido proceso, el o los “**denunciantes**”.

Este sujeto, es la persona (particular o funcionario público) que pone en conocimiento de hechos presuntamente infraccionales, a la Autoridad competente (administrativa o judicial), y obtiene de esa misma Autoridad el reconocimiento de la calidad de “**denunciante**” y, con ello, ciertas expectativas de orden económico en cuya función se le acuerdan determinadas facultades de intervención en el proceso²⁷.

Por último, cabe consignar que los “**denunciantes**” **no son “parte” en el “proceso aduanero”**, pero pueden llevar a cabo ciertos actos que, generalmente, son propios de las “partes”, como lo es el ofrecer prueba en el manifiesto, aparte de su facultad de poner en conocimiento del representante del Fisco los hechos que estimen convenientes, de ser notificados, etc.

7. Continuación II

El primer análisis particular, debería referir al **órgano jurisdiccional**. Como en el subcapítulo siguiente se analizarán con detalle la jurisdicción y competencia en relación a estos procesos, nos remitimos a la explicación que allí se brindará.

Pues bien, en segundo lugar, examinaremos la figura del **Ministerio Público**, como “representante del Fisco”, esto es, en representación del “interés fiscal”.

25 TORELLO, L. A., COLOMBO, E., Op. cit., en *Ob. Cit.*, págs. 11 y ssgg.

26 *Ibidem*.

27 LABANDERA, P., “El principio de preclusión en el Derecho Aduanero”, en *Revista de Comercio Exterior y Aduana*, N.º 2 (1996), Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, págs. 81/90.

Así, con prestigiosa Doctrina ²⁸, cabe consignar que la representación del Fisco ante los órganos de la Dirección Nacional de Aduanas, los Juzgados Letrados de Aduana, los Tribunales de Apelaciones en lo Civil y la Suprema Corte de Justicia (únicamente en los casos de inconstitucionalidad y de Casación), es competencia de las Fiscalías Letradas Nacionales de Aduanas y Hacienda.

Ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior en materia penal, menores y aduana, son competentes los Fiscales Letrados Departamentales del Interior.

Mediante el **Decreto - Ley N° 14.648, de 22 de octubre de 1984**, las **Fiscalías Letradas de Aduana** fueron incorporadas a la estructura del Ministerio Público y Fiscal, establecida por el **Decreto-Ley N° 15.635, de 30 de diciembre de 1982**, pasando a denominarse Fiscalía Letrada de Aduana.

Asimismo, como bien anotan **TORRELO y COLOMBO**, “...en el caso del Fisco (titular de los intereses afectados por la infracción aduanera) como se trata de una persona jurídica, es natural que actúe en el proceso por medio de un representante (Art. 258 de la Ley 13.318) con lo que y respecto de esta parte (actora) se da el fenómeno de su escisión en parte material (el Fisco) y parte formal (su Representante)” ²⁹.

Finalmente, cabe consignar que el **CAROU**, en su **artículo 230**, como ya se anotara, refiere a que el ejercicio del Ministerio Fiscal o la representación del Fisco ante los Juzgados Letrados de Aduana y los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, y ante la Suprema Corte de Justicia únicamente en los casos de inconstitucionalidad y de casación, incumbirá a los Fiscales Letrados Nacionales de Aduanas y de Hacienda. Ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia del interior con competencia en materia aduanera, dicha representación estará a cargo de los Fiscales Letrados Departamentales de la respectiva jurisdicción.

8. Jurisdicción ³⁰ y competencia ³¹

El régimen actual de la jurisdicción y competencia en materia de infracciones aduaneras está establecido por los **artículos 227 a 229 y 232 del CAROU**.

Los órganos que tienen jurisdicción y competencia en las infracciones aduaneras son:

- a) Los Juzgados de Paz Departamentales competentes en el interior de la República, salvo en el Departamento de Canelones;
- b) Los Juzgados Letrados de Primera Instancia del interior con competencia en materia aduanera, salvo los del departamento de Canelones;

28 PINI, G., Op. Cit., en *Ob. Cit.*

29 TORRELO, L. A., COLOMBO, E., Op. cit., en *Ob. Cit.*, págs. 11 y ssgg.

30 Afirmaba el Profesor COUTURE que la “jurisdicción” es la función pública realizada por los órganos del Estado en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones de autoridad de cosa juzgada, eventualmente pasibles de ejecución (Cfr. COUTURE, E. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 27).

31 Recuerda a dichos efectos prestigiosa Doctrina procesalista que la “competencia” es la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso (Cfr. PALACIO, L. *Manual de derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 190).

- c) El Juzgado Letrado de Aduana, en los Departamentos de Canelones y Montevideo;
- d) Los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, en segunda instancia, y;
- e) La Suprema Corte de Justicia, en el caso de deducirse el recurso de casación, si correspondiere.

9. La distribución de la competencia

Ahora bien, la distribución de la competencia entre los diversos órganos con jurisdicción en materia aduanera, se realiza en base a los “criterios” “territorial”, “cuantitativo”, “funcional” y “temporal”.

9.1. La competencia por razón de materia

De acuerdo con las normas legales anteriormente citadas, la competencia por razón de materia, según lo preceptúa el **artículo 227 del CAROU**, se determina del siguiente modo:

“ARTÍCULO 227. (Competencia según materia).

1. El conocimiento de los asuntos relativos a infracciones aduaneras, excepto la infracción de contravención y lo dispuesto en el artículo 232 de este Código, corresponderá a los Juzgados Letrados de Primera Instancia del interior con competencia en materia aduanera y a los Juzgados Letrados de Aduana en los departamentos de Canelones y de Montevideo.

2. Conocerán los Tribunales de Apelaciones en lo Civil en segunda instancia y la Suprema Corte de Justicia en el recurso de casación, en caso de corresponder”.

9.2. La competencia territorial

La misma refiere al límite geográfico en el cual un órgano (en este caso, una Sede Judicial) tiene competencia.

En estos casos, los límites jurisdiccionales de las Sedes Judiciales – con las excepciones ya hechas de Montevideo y Canelones, en relación a los Juzgados de Paz Departamentales en Canelones y al Juzgado Letrado de Aduana – coinciden con los límites departamentales.

El ámbito territorial de la jurisdicción del Juzgado Letrado de Aduana, comprende a Montevideo y Canelones, por lo cual, el referido órgano tendrá competencia, desde el punto de vista territorial, cuando el hecho infraccional ocurra dentro de ambos departamentos, circunstancia que apuntó a cubrir las eventuales infracciones detectadas y/o cometidas en el Aeropuerto Nacional de Carrasco, ubicado en el departamento de Canelones.

Para determinar desde el punto de vista territorial qué autoridad es competente para conocer en los asuntos por infracciones aduaneras, está sancionado el **artículo 229 del CAROU**, que da una solución bastante confusa, ya que estatuye un **orden de prelación preceptivo**:

- a) en **primer lugar**, la competencia de “la autoridad en cuya jurisdicción se realice algún acto constitutivo de la infracción”, y;
- b) en **segundo lugar**, “la autoridad donde se denuncie la infracción, en caso de no poder establecerse el lugar donde se realizaron actos constitutivos de la infracción”.

En síntesis, será competente – de acuerdo con el “criterio territorial” – la autoridad judicial con jurisdicción en el lugar donde se hubiese consumado o realizado algún acto constitutivo de la infracción, o denunciado la misma; en el orden antedicho.

Asimismo, en los **numerales 2 y 3 del artículo 229 del CAROU**, se recoge uno de los “principios del proceso aduanero”, que nuestra mejor doctrina y jurisprudencia han dado en llamar el “*principio de conservación del sumario*”^{32 33}.

En tal sentido rezan los numerales prenombrados:

“2. En caso de interponerse la excepción de incompetencia, esta se tramitará por vía incidental y se resolverá en la audiencia indagatoria.

3. Las diligencias sumariales no se suspenderán hasta que el juicio esté en estado de manifiesto en el caso de que se discuta qué autoridad es competente para instruir el sumario, y seguirá instruyéndolo la autoridad que previno, siendo válidas las diligencias aunque se declare que otra es la competente”.

Ahora bien, por regla general, cuando actúa un órgano cuya incompetencia después se reconoce, y se trata de incompetencia de carácter absoluto, las diligencias practicadas ante este carecen de validez, lo que no ocurre tratándose de las llevadas a cabo en la “etapa sumarial” de las infracciones aduaneras por efecto del “principio” sancionado en la disposición en examen, que – como se anticipara – ha sido denominado como “*principio de conservación del sumario*”.

En resumen, la norma analizada recoge **dos “principios”**: el **primero**, que establece el no aplazamiento de la iniciación y trámite del “sumario” por infracciones aduaneras, a raíz del surgimiento de eventuales cuestionamientos de la competencia del órgano interviniente; y el **segundo**, que instaura la validez de lo actuado ante el órgano respectivo, aun cuando, en definitiva, el mismo resulte incompetente³⁴.

9.3. El criterio cuantitativo

El referido “**criterio**” está previsto de manera directa por el **artículo 228 del CAROU**, y de manera vicaria (y complementaria) por el **artículo 232** del mismo cuerpo normativo.

El **artículo 228 del Código** prevé que la “**cuantía del asunto**” se determinará de acuerdo a lo siguiente, a saber:

32 TORELLO, L. A., COLOMBO, E., Op. Cit., en Ob. Cit., págs. 8 y ssgg.

33 *Revista de Derecho Procesal* 1/2011. *Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2010*, numeral 536, Ed. FCU, Montevideo, 2012, págs. 294/295.

34 *Ibidem*.

- a) Si se trata de la **imputación de una infracción de contrabando**³⁵, la “cuantía del asunto” se reputará fijada en el “valor en aduana” de las mercaderías (“comiso primario”)³⁶. Y a tales efectos, se recuerda que “en todos los casos, si se hubiere empleado cualquier medio o elemento para la conducción o transporte de las mercaderías o efectos (comiso secundario)”, su “valor comercial”³⁷, también “integrará la cuantía”³⁸;
- b) Si se trata de la **imputación de otras infracciones aduaneras, que no sean contrabando**³⁹ o **contravención**⁴⁰, entonces la cuantía del asunto “se reputará fijada en el monto máximo de la eventual multa más los tributos aplicables”⁴¹.
- c) Por último, cabe tener especialmente presente en este aspecto, que el **artículo 232 del CAROU** recuerda – sin acotar o limitar su mandato a algún tipo infraccional (sin perjuicio de que debe excluirse a la *contravención*⁴²) – que “los asuntos jurisdiccionales cuya cuantía no exceda la suma de 40.000 UI (cuarenta mil unidades indexadas) se sustanciarán en instancia única ante los Juzgados de Paz Departamentales competentes en el interior de la República y el Juzgado Letrado de Aduana en los departamentos de Canelones y de Montevideo”. Vale decir que, en estos casos, existe “**competencia única**” ante los Juzgados de Paz Departamentales correspondientes, sin que exista la posibilidad de “revisión” en una “segunda instancia” ante un Tribunal *ad quem*.

9.4. El criterio temporal

El “criterio temporal”, está regulado por diferentes *Acordadas de la Suprema Corte de Justicia*, que establecen los turnos correspondientes y disponen a tales efectos cómo quedará fijada la “competencia” desde el punto de vista “temporal”.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que – en lo que al Juzgado Letrado de Aduana refiere – en la medida en que se trata de una “Sede única”, en principio y salvo en las Ferias Judiciales, permanecerá de turno todos los días del año.

10. Los poderes de instrucción del Juez en materia aduanera consagrados por el CAROU

El **artículo 231 del CAROU**, en **cuatro numerales**, establece los denominados “*poderes de instrucción*” que “la ley acuerda a los tribunales de orden penal”, previendo para estos, en el **numeral 1**, un “tope temporal” que está marcado por un hito procesal muy claro:

35 Artículos 209 a 212 del CAROU.

36 El “valor en aduana” referido se fijará de conformidad con lo edictado por el “Código de Valoración” de la OMC, receptado a nivel nacional por la Ley N° 16.671 de 13 de diciembre de 1994 y el Decreto N° 538/2008 de 10 de noviembre de 2008. A tales efectos, ver en extenso el capítulo de “Aspectos tributarios del comercio exterior” de la presente obra.

37 El “valor comercial” es un “criterio de valoración” que no posee una definición específica en una norma de rango legal, y que usualmente se identifica con el “valor de mercado”, cuyo monto se sitúa – promedialmente – en el equivalente al doble del “valor en aduana” respectivo.

38 Artículo 228, literal A) del CAROU.

39 Desechado por el propio artículo 228 en su literal a).

40 Ver al respecto, artículo 226 del CAROU.

41 Esto es, según el mandato legal, a los efectos de la determinación de la “cuantía” respectiva, la base de cálculo de la sanción deberá conformarse con la “reliquidación tributaria” y las multas correspondientes. Igualmente deberá tenerse presente para la “conformación” de dicha “base”, lo estatuido por los artículos 190 y 215 del CAROU.

42 Artículo 226 del CAROU.

el “dictado de la resolución de iniciación del sumario”, para el cual, el Tribunal dispondrá de todos los “poderes de instrucción”.

En el **numeral 2**, se recuerda – a su vez – que “el magistrado actuante podrá mantener la reserva de las actuaciones por resolución fundada cuando ello fuere necesario para la instrucción del proceso hasta la realización de la audiencia indagatoria”.

En la medida en que la norma comentada – y ninguna disposición posterior dictada al amparo de la misma – prevé alguna modificación al respecto, entendemos que perviven – para el Juez actuante – al tenor de lo dispuesto por el artículo 231 del CAROU, las potestades reseñadas con que contaba antes de la aprobación del nuevo *Código de Proceso Penal* (Ley N° 19293 de 19 de diciembre de 2014), norma jurídica – ésta última – que asigna al Ministerio Público la dirección de la investigación correspondiente.

En similar sentido, debe recordarse lo preceptuado por el **artículo 241, numeral 2 del CAROU**, que – en lo que a la eventual “reserva de las actuaciones” oportunamente decretada en virtud de los “poderes de instrucción” otorgados – habilita al Magistrado actuante, ya en la “etapa presumarial”, a que “en aquellos casos en que el juez estime que corresponde mantener la reserva de las actuaciones presumariales, podrá disponerla hasta por el plazo de un año”.

A su vez, en el **numeral 3**, se manda a los Magistrados, tanto con competencia penal como aduanera, a que den “conocimiento de las actuaciones que sean competencia de su homólogo, remitiendo testimonio dentro del plazo de cuarenta y ocho horas de constatados los hechos”.

Por último, en el **numeral 4**, y en una norma que en cierta manera opera como un límite razonable a las “facultades” que le otorgan los **artículos 6°, 8°, 9°, 10 y 11 del CAROU** a la Autoridad Aduanera interviniente (que en el ejercicio de su competencia “tiene preeminencia sobre los demás organismos de la Administración Pública”), se preceptúa que “todos los funcionarios aduaneros deberán cumplir las órdenes que impartan las autoridades judiciales para el cumplimiento de sus funciones”⁴³.

11. El proceso de conocimiento por infracciones aduaneras

La “Sección III” del “Capítulo IV” del CAROU que se examina, consagra – en el referido cuerpo normativo – la regulación del “proceso de conocimiento por infracciones aduaneras” (**artículos 234 a 250 del CAROU**).

El proceso referido puede resumirse en las siguientes etapas:

1) Denuncia (artículos 234 a 238 del CAROU)

43 *Vide in extenso* al respecto: LABANDERA, P. *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. Anotado...*, págs. 131/186.

- a) La “denuncia”⁴⁴ respectiva – que puede ser escrita o verbal⁴⁵ – podrá ser radicada por cualquier persona, sea funcionario público o no⁴⁶;
- b) La autoridad que reciba la mencionada “denuncia” deberá dar cuenta de esta a la Autoridad Judicial competente, “en forma inmediata”⁴⁷;
- c) En el caso de que exista un “Acta de discrepancia” como consecuencia de la inexistencia de “reconocimiento” del infractor ante la presunta comisión de una infracción de diferencia o de defraudación de valor, la Autoridad Aduanera interviniente deberá elevar a la Autoridad Judicial competente la “denuncia fundada”, en un “plazo no mayor a tres días hábiles”⁴⁸;
- d) Se deberá proceder de manera idéntica a lo indicado en el literal anterior, ante la “detención de mercadería”, posterior al libramiento de la mercadería o – incluso – sin libramiento (contrabando)⁴⁹;
- e) Eventualmente, se podrán adoptar “medidas cautelares, provisionales o anticipadas” que permitan garantizar la “renta fiscal”⁵⁰.

Ahora bien, formulada la “denuncia” respectiva, la Autoridad Judicial competente, podrá adoptar varias actitudes procesales al respecto:

- a) Puede rechazar la “denuncia”, porque no cumple con las formalidades y/o el contenido requerido por la normativa vigente⁵¹;
- b) Si es una “denuncia verbal”, deberá ordenar que se extienda el “Acta” de precepto⁵²;
- c) Si no lo hizo anteriormente, podrá adoptar alguna de las “medidas cautelares, provisionales o anticipadas” contempladas por la legislación vigente⁵³. En ese sentido, si bien en los literales B) a F) del artículo del CAROU correspondiente (artículo 240, numeral 1), se listan una serie de “medidas” específicas, no debe perderse de vista que – con un sentido omnicompreensivo, y que de manera vicaria remite también a las normas correspondientes del CGP⁵⁴ – el literal A) de la misma disposición comentada contempla la potestad de la Sede Judicial, de “Disponer las medidas cautelares, provisionales o anticipadas que estime necesarias para garantizar el pago de los

44 Así, recuerda prestigiosa Doctrina especializada que “la Aduana tiene como función controlar la entrada y salida de la mercaderías de los territorios aduaneros, con el fin de regular tales movimientos o de aplicarles los tributos relativos a ellos” (Cfr. BASALDÚA, R.X. *Introducción al derecho aduanero*, 1ª Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 125). Y en similar sentido, se ha dicho: “la Aduana tiene por finalidad primaria controlar el ingreso y egreso de mercaderías y el debido cumplimiento del régimen tributario y de prohibiciones aplicables a dichos bienes. Si en el cumplimiento de tal labor los agentes aduaneros actuantes constatan alguna irregularidad han de investigarla” (Cfr. COTTER, J.P. *Las Infracciones Aduaneras*, 1ª Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 349).

45 Artículos 236 y 237 del CAROU.

46 Artículo 234 del CAROU.

47 Artículo 235 del CAROU.

48 Artículo 224, literal B), numeral 3 del CAROU.

49 Artículo 225 del CAROU.

50 Artículo 240 del CAROU.

51 Artículo 237 del CAROU.

52 Artículo 237, numeral 2 del CAROU.

53 Artículo 240 del CAROU.

54 Ver al respecto: artículo 257 del CAROU.

tributos, multas y demás adeudos”.

- d) Asimismo, puede disponer cualquier “diligencia indagatoria” que considere pertinente ⁵⁵;
- e) Si la “denuncia” respectiva proviene de la Autoridad Aduanera, y esta no ha dado cumplimiento a lo requerido por el **artículo 225, literal C) del CAROU**, le otorgará el “término de diez días para que informe al respecto” ⁵⁶;
- f) Si existiere mercadería incautada al tenor de lo preceptuado por el **artículo 225, literal B) del CAROU**, deberá decidir si se mantiene la indisponibilidad de la mercadería y/o la designación del depositario judicial de estas ⁵⁷;

O, finalmente, puede aceptar la “denuncia” y, entonces, recibida y aceptada que fuere, dará comienzo la etapa del “presumario” ⁵⁸.

2) Presumario (artículos 241 a 245 del CAROU)

- a) En virtud de los amplios “poderes de instrucción” con que cuenta el Juez actuante ⁵⁹; podrá – obviamente – disponer cualquier diligencia indagatoria que considere pertinente ⁶⁰;
- b) De igual modo, si aún no se hubiere decretado la “reserva de las actuaciones”, podrá disponerla o – igualmente – mantenerla y extenderla “hasta por el plazo de un año” ⁶¹;
- c) Tratándose de la imputación de una **infracción de diferencia por errónea “clasificación arancelaria”** ⁶², “en forma previa a la iniciación del sumario”, esto es, en la “etapa presumarial” ⁶³, **deberá agregarse el dictamen de la “Junta de Clasificación”** (a cuyos efectos se recuerda que, “la resolución de la Junta de Clasificación admitirá el recurso de reposición dentro de los seis días hábiles a contar del siguiente a la notificación”) ^{64 65} y;
- d) Finalmente, “recibidas las actuaciones” y “si la Sede no dispusiera otras diligencias indagatorias en función de los poderes de instrucción” con que cuenta, se procederá a convocar a la “**Audiencia Indagatoria**” ⁶⁶, una de las figuras fundamentales del nuevo esquema procesal ideado por el Legislador en relación a este proceso infraccional.

Pues bien:

⁵⁵ Artículo 231 del CAROU.

⁵⁶ Artículo 241, numeral 1 del CAROU.

⁵⁷ Artículo 241, numeral 1 del CAROU.

⁵⁸ Artículo 241 del CAROU.

⁵⁹ Artículo 231 del CAROU.

⁶⁰ *Ídem*.

⁶¹ Artículos 231, numeral 2 y 241, numeral 2 del CAROU.

⁶² Artículo 201, literal A), numeral 1 y literal B), numeral 1 del CAROU.

⁶³ Artículos 241 al 245 del CAROU.

⁶⁴ Artículo 241, numeral 4 del CAROU.

⁶⁵ Artículo 241, numeral 3 del CAROU.

⁶⁶ Artículos 242 y 243 del CAROU.

- i. Según lo mandata el Legislador, aun cuando no se establece cuál es la consecuencia del eventual incumplimiento al referido mandato, se establece que “dentro del plazo de diez días hábiles”, la Autoridad Judicial, “procederá” “a tomar declaración a los denunciados”, pudiendo ordenar – para ello, si fuere necesario – su conducción, “exigiéndoles la constitución de domicilio dentro del radio de la Sede Judicial a los efectos del proceso”⁶⁷;
- ii. A dicha “**Audiencia Indagatoria**”, a la que también deberá concurrir el Representante Fiscal (“cuya inasistencia implicará la nulidad absoluta de la audiencia”, pero además, “comprometerá su responsabilidad funcional”, haciéndolo potencialmente pasible de sanciones administrativas)⁶⁸, “también serán citados los denunciados”, cuya inasistencia – en una medida que parece razonable – “no suspenderá” la “Audiencia” respectiva⁶⁹.
- iii. Por su parte, los “denunciados” – en una norma que resulta absolutamente equivocada y que en la práctica forense ha sido saneada por los Magistrados actuantes, mediante disposiciones de corte pretoriano – recuerda el CAROU que dichos sujetos “podrán comparecer a dicha audiencia asistidos por abogado”⁷⁰.

Nótese que se discutirá – entre otras cuestiones, en la referida “**Audiencia Indagatoria**” – si se le instruye sumario o no al “denunciado”, eventualmente, si se adoptan (o se mantienen) “medidas cautelares” que implican la indisponibilidad de mercaderías, cuál es el destino de las mismas, si se deberán asumir costos no previstos, si se solicitará mayor información, etc., y todo ello, eventualmente (“podrán”, dice el artículo 242, numeral 4 del CAROU), sin asistencia letrada.

Así, la “defensa” entendida como hostilidad y prevención de la agresión que se fundamenta en el pretendido Derecho del Estado de sancionar, que parte de la comisión de hechos presuntamente infraccionales, tiene por finalidad preservar al investigado/indagado/imputado de un tratamiento injusto o inadecuado.

Es por ello que – la “defensa técnica adecuada” es de esencia a un proceso inquisitivo, como lo es en esta etapa procesal el proceso infraccional aduanero – y entraña un interés público, como representación del “Derecho de Libertad”^{71 72}.

Y la norma consagrada en el CAROU, avasalla toda posibilidad en el sentido pre-mencionado⁷³, por lo cual, ha sido “desconocida de hecho” por los magistrados

67 Artículo 242, numeral 1 *in fine* del CAROU.

68 Artículo 242, numeral 3 del CAROU.

69 Artículo 242, numeral 3 del CAROU.

70 Artículo 242, numeral 4 del CAROU.

71 LABANDERA, P. *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. Anotado...*, págs. 579/580.

72 En este sentido, recuerda el prestigioso constitucionalista argentina GERMÁN BIDART CAMPOS, que la creciente complejidad en la esfera del Derecho Administrativo y otras ramas vinculadas al mismo, la (universal) juridización de los conflictos y una afirmación (independientemente de la existencia del control judicial posterior), demuestran que en todos los supuestos siempre será más adecuada la eficacia de tal control ... (...)... si se han observado de manera efectiva y plena, las garantías del debido proceso legal, entre las que cuenta – y en clave fundamental – la de asegurar la designación del defensor de confianza (Cfr. BIDART CAMPOS, G. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1986 pág. 471).

73 Y a esa misma conclusión se arriba, si se examina el punto en “clave de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Así, la cuestión vista desde la normativa internacional, nos lleva a confirmar que el acceso rápido y sencillo a los derechos y las garantías de manera efectiva se reconoce a partir de la existencia de numerosos instrumentos de Derechos

actuantes⁷⁴, los que – en todos los casos – han optado por citar a todos los “denunciados”, “asistidos obligatoriamente de abogado”.

Igualmente, y en otro orden de cosas, también se recuerda que la inasistencia “no justificada” del denunciado, “se tendrá como presunción simple en su contra”⁷⁵.

- iv. En lo que respecta al “Tribunal”, el CAROU recuerda que deberá presidir “por sí mismo la toma de declaración bajo pena de nulidad absoluta que compromete su responsabilidad funcional”⁷⁶.
- v. Igualmente, en relación al funcionamiento de la “Audiencia Indagatoria”, recuerda el CAROU dos cuestiones más: la **primera**, refiere a la posibilidad que – ambas “partes procesales”, a través de sus representantes judiciales, y “bajo la dirección del Tribunal”, tendrán, de interrogar libremente al “denunciado” – y aun cuando no se especifica, en una clara omisión del Legislador – también podrán proceder de igual manera con respecto a los “denunciantes”⁷⁷. La **segunda**, se estatuye de manera clara y concisa todo lo referido al correspondiente “régimen de notificaciones”⁷⁸.

Humanos incorporados al plexo constitucional; especialmente los artículos 8 y 10 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el artículo 14.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Esta última, en los incisos d) y e) del apartado 2 del artículo 8 denominado “Garantías Judiciales” expresa que: “... durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, y “e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

Como puede verse, el derecho reconocido en el artículo 8.2 de la *Convención*, se refiere a dos posibilidades de “defensa”, en tanto existe el derecho del particular de defenderse por sí mismo, o a solicitar la asistencia de un defensor de su elección. Es por ello que, la *Corte Interamericana de DDHH* expresó al respecto que: “...hay que entender [...] que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías”; y a su vez que – en relación a los procedimientos que no fueren de naturaleza penal – “...las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso” (Cfr. *Corte IDH*, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10/08/90, Serie A, n° 11, OC-11/90, párr. 28 y caso “Vélez Loor Vs. Panamá”, sentencia del 23/11/10, Serie C, n° 218, párr. 1 45).

En este mismo sentido, la *Corte Interamericana de Derecho Humanos* ha enfatizado que las garantías generales del artículo 8 deben estar presentes en la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, “y por ende, en este tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal” (*Corte IDH*, Opinión Consultiva OC-11/90 cit., y también, Caso “Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay” del 13/10/11, Serie C, n° 234, párr. 117).

Y cuando la *Convención* se refiere al derecho de toda persona a ser oído por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa – colegiada o unipersonal –, legislativa o judicial, “...que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”, es decir, que el “artículo 8.1 de la *Convención* no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales”, sino también a los que pese a no serlo formalmente, actúen como tal (Cfr. *Corte IDH*, Caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, del 19/09/06, Serie C, n° 151, párr. 118 y Caso “Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay” cit., párr. 118. 37 CIDH, Caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile” cit., párr. 119 y Caso “Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay” cit., párr. 119. 38 CIDH, “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas”, del 2/02/01, Serie C, n° 72, párr. 126 y Caso “Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas” del 1/07/11, Serie C, n° 227, párr. 115).

74 Es éste un claro ejemplo del instituto de Derecho Procesal conocido como “**desuetudo**”, figura que puede ser entendida en tres “sentidos”, a saber: la **primera**, como la pérdida de validez de una disposición jurídica en virtud de su inobservancia por los miembros de una comunidad; la **segunda**, como falta de su aplicación por parte de los organismos competentes para ello, como consecuencia del establecimiento de una costumbre en contrario; y la **tercera** – quizás en un sentido más *lato* – como aquella que se refiere exclusivamente a la falta de aplicación de una disposición, por no darse las condiciones que hacen jurídicamente posible su exigencia, fundamentalmente, porque resulta contraria a “principios” básicos sobre los cuales se edifica todo el “sistema jurídico” en que ha sido oportunamente aprobada.

75 Artículo 242, numeral 4 *in fine* del CAROU.

76 Artículo 242, numeral 2 del CAROU.

77 Artículo 242, numeral 5 del CAROU.

78 Artículo 243 del CAROU.

vi. En la misma “*Audiencia Indagatoria*”, recibidas las declaraciones mencionadas (o constatada la inasistencia injustificada de los “denunciados”), el Tribunal le dará “*vista de las actuaciones*” al Representante Fiscal⁷⁹, el que, además de que “*deberá*” pronunciarse acerca de la “*pertinencia o no de toda medida cautelar*” que hubiere sido oportunamente “*dispuesta por la Autoridad administrativa o Judicial contra los denunciados o los bienes objeto de la presunta infracción*”⁸⁰, también “*podrá*”:

- Solicitar nuevas probanzas⁸¹;

- Pedir que se le otorgue un plazo de diez días hábiles, perentorios e improrrogables para “*evacuar el traslado, por la complejidad del asunto*”⁸²;

- Requerir la “*instrucción del sumario*”, siempre que entienda que – en ese estado – “*existe mérito para presumir la configuración de una infracción y por ello dar iniciación al proceso*”⁸³. Si así lo hiciere, deberá indicar también a dichos efectos: “*las personas imputadas, la calificación de la presunta infracción y los hechos supuestamente configurativos de la misma*”⁸⁴, o finalmente, también podrá;

- Peticionar la “*clausura del proceso*”⁸⁵, en cuyo caso, lo deberá hacer “*en forma fundada*”⁸⁶. En este sentido, recuerda el artículo 245 del CAROU que: “*Si el representante fiscal solicitara la clausura de las actuaciones, el Tribunal la dispondrá sin más trámite de manera inapelable*”, y que si por el contrario, “*el representante fiscal solicitara la iniciación de la etapa sumarial, el Tribunal deberá proceder a resolver si corresponde la iniciación de la misma. Esta resolución será apelable por el representante fiscal en caso de que la Sede disponga la clausura*”.

3) Sumario (Calificación + Prueba) (artículos 246 a 248 del CAROU)

a) Ahora bien, en lo que refiere a la “*etapa sumarial y calificación*”, etapa que tiene como presupuesto procesal la oportuna *resolución judicial de “iniciación del sumario”* respecto de los “denunciados”⁸⁷, como consecuencia del anterior pedido del “Representante Fiscal”⁸⁸, se recuerda que – en la referida resolución – “*el Tribunal indicará las personas que quedarán afectadas al mismo tanto en calidad de denunciantes como de denunciados, calificando la infracción que los hechos señalados por el representante fiscal pudieran configurar y, en su caso, pronunciándose acerca de las medidas cautelares que se hubieren dispuesto por la autoridad administrativa o judicial o que solicitare el representante fiscal*”⁸⁹. E igualmente se establece al respecto que, “*dicha resolución podrá ser objeto de los recursos de reposición y apelación, los que deberán interponerse en un plazo*

79 Artículo 244, numerales 1 y 2 del CAROU.

80 Artículo 244, numeral 3 del CAROU.

81 Artículo 244, numeral 2, literal A) del CAROU.

82 Artículo 244, numeral 2, literal D) del CAROU.

83 Artículo 244, numeral 2, literal B) del CAROU.

84 Artículo 244, numeral 4 del CAROU.

85 Artículo 244, numeral 2, literal C) del CAROU.

86 Artículo 244, numeral 5 del CAROU.

87 Artículo 246, numeral 1 del CAROU.

88 Artículo 244, numeral 2, literal B) y numeral 4 del CAROU.

89 Artículo 246, numeral 1 del CAROU.

de seis días hábiles a contar del día siguiente a la notificación. El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo y se tramitará en pieza por separado”⁹⁰.

- b) Dictada que fuere la resolución que dispone la “instrucción del sumario”, el expediente “*se pondrá de manifiesto, por el término de diez días hábiles*”⁹¹, y en su mérito “denunciados” y “denunciantes”⁹², “podrán ofrecer pruebas”, “señalándose para su diligenciamiento un término de veinte a cuarenta días hábiles”⁹³, salvo que haya que diligenciar prueba en el extranjero, en cuyo caso “se señalará un término de hasta noventa días corridos para su diligenciamiento”⁹⁴.
- c) Vencido el término del “manifiesto”, el expediente pasará en “vista al Representante Fiscal”, por “diez días hábiles y perentorios”, a los efectos de que también pueda “ofrecer la prueba” que entienda pertinente⁹⁵.
- d) Asimismo, en una medida inspirada en el Código General del Proceso (que sustancialmente contempla a todos los procesos jurisdiccionales en materia civil, comercial, y de familia), el CAROU recuerda que el Tribunal “podrá rechazar aquellos medios de prueba inadmisibles, inconducentes e impertinentes, resolución que será apelable con efecto diferido”⁹⁶.
- e) Finalmente, en una norma que replica el esquema procesal anterior al CAROU, oportunamente estatuido por la Ley N.º 13.318⁹⁷, el nuevo Código prevé la hipótesis en que el “imputado” “*confiese la infracción cometida o reconozca los hechos constitutivos de la misma*”, en cuyo caso, “se pasará a plenario, sin necesidad de otra prueba ni trámite, y se dictará la sentencia respectiva, previo traslado al representante fiscal por el término improrrogable de nueve días hábiles”⁹⁸.

4) Plenario (artículos 249 a 250, numerales 1 y 2 del CAROU)

- a) Una vez diligenciada la prueba oportunamente ofrecida o – en caso de que no se haya ofrecido, o la misma no hubiere podido ser rendida – se iniciará la “**etapa de plenario**”.
- b) Así, recuerda el CAROU que: “diligenciada la prueba, el tribunal dará traslado al representante fiscal para que en un plazo perentorio de treinta días corridos, improrrogables, interponga demanda acusación o pida la clausura del proceso”⁹⁹.
- c) A tales efectos, se establece que “la demanda acusación deberá contener la identificación precisa del denunciado, la relación de los hechos en capítulos numerados y su calificación

90 Artículo 246, numeral 2 del CAROU.

91 Artículo 247, numeral 1 del CAROU.

92 Esta es una de las pocas actuaciones procesales que se le conceden a los “denunciantes” los que son considerados únicamente como “interesados”, pero no como “partes procesales”, y de ahí su actuación restringida y taxativamente prevista.

93 Artículo 247, numeral 1 *in fine* del CAROU.

94 Artículo 247, numeral 2 del CAROU.

95 Artículo 247, numeral 3 del CAROU.

96 Artículo 247, numeral 4 del CAROU.

97 Artículo 273 de la Ley N.º 13.318.

98 Artículo 248 del CAROU.

99 Artículo 249, numeral 1 del CAROU.

legal, la participación que en ellos hubiera tenido cada uno de los sumariados y el pedido de condena”, en síntesis, **deberá ser adecuadamente fundada** ^{100 101}.

- d) Luego de ello, si se verificar el vencimiento del plazo referido, hubiere “sin que se hubiera interpuesto demanda acusación”, el Tribunal pasará los obrados al Fiscal subrogante que legalmente corresponda, “quien quedará sometido al régimen establecido en esta disposición”. Y en este caso, “en autos deberá dejarse constancia de ese hecho y comunicarlo a la Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación”, a los efectos que pueda corresponder desde el punto de vista administrativo ¹⁰².
- e) Por el contrario, si el “Representante Fiscal” “optare por solicitar la clausura del proceso”, también en este caso, “el pedido deberá contener la identificación precisa del denunciado, la relación de los hechos en capítulos numerados, la invocación del derecho y los motivos precisos por los cuales se solicita la clausura” ¹⁰³.
- f) En tal sentido, “solicitada la clausura”, el Tribunal actuante “la decretará sin más trámite, así como el cese de las medidas cautelares que se hubiesen dispuesto” ¹⁰⁴. Y ello porque, como recuerda el **CAROU** en su **artículo 239**, “El derecho de acusar o demandar solo pertenecerá al representante fiscal y el desistimiento expreso hecho por este en cualquier etapa del proceso provocará la clausura del mismo”.
- g) Pero, si por el contrario, el “Representante Fiscal” “hubiere optado por deducir demanda acusación contra los denunciados”, entonces de la referida demanda acusación “se dará traslado a los acusados por el plazo de treinta días corridos” ¹⁰⁵, y “vencido el plazo referido, haya o no contestación, pasarán los autos para sentencia, la que será dictada dentro del término de treinta días hábiles” ¹⁰⁶.
- h) De igual modo, el Tribunal, “una vez que exista sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada”, deberá “remitir un testimonio de la misma para conocimiento de la Dirección Nacional de Aduanas a los efectos administrativos que pudieran corresponder” ¹⁰⁷, disposición que debe ser completada con lo edictado por los **artículos 251 a 254 del CAROU**.

5) Proceso de ejecución (artículos 251 a 254 del CAROU)

- a) En primer término, cabe recordar que el **CAROU** remite “en cuanto fuere pertinente” ¹⁰⁸ – y en lo que refiere al “proceso de ejecución” – a lo dispuesto en el “Capítulo II del Título V del Código General del Proceso”, sin perjuicio de lo previsto en los **artículos 252 al 254 del mismo CAROU**.
- b) En tal sentido, cabe consignar que el **CAROU** recuerda que “ejecutoriada la sentencia, el expediente o un testimonio del mismo será remitido a la Dirección Nacional de

¹⁰⁰ Artículo 249, numeral 2 del CAROU.

¹⁰¹ Ver al respecto: DELPIAZZO, C. “Relaciones entre la Demanda – Acusación y la sentencia en el Contencioso Aduanero”, en *Revista La Justicia Uruguaya*, tomo LXXIX, sección Doctrina, págs. 11 y ssgg.

¹⁰² Artículo 249, numeral 3 del CAROU.

¹⁰³ Artículo 249, numeral 4 del CAROU.

¹⁰⁴ Artículo 249, numeral 5 del CAROU.

¹⁰⁵ Artículo 250, numeral 1 del CAROU.

¹⁰⁶ Artículo 250, numeral 2 del CAROU.

¹⁰⁷ Artículo 250, numeral 3 del CAROU.

¹⁰⁸ Artículo 251 del CAROU.

Aduanas y a la Dirección General Impositiva a efectos de que, dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir de su recepción, cada uno de los referidos organismos efectúe la liquidación de los tributos y demás adeudos que puedan corresponder, y proceda a la devolución del expediente o de su testimonio, según corresponda” ¹⁰⁹.

- c) De igual modo, se afirma luego que, *“agregadas las liquidaciones”* correspondientes, el *“Representante Fiscal”* *“solicitará la intimación del cumplimiento de la sentencia con plazo de tres días hábiles, bajo apercibimiento de iniciar la vía de apremio”* ¹¹⁰.
- d) Y, *“vencido que fuere el plazo establecido”,* se estatuye que *“el Ministerio Público podrá solicitar las medidas de ejecución tendientes a efectivizar el pago de los adeudos liquidados”* ¹¹¹.

En tal sentido, el *“representante fiscal podrá solicitar el embargo genérico y/o específico de los bienes del deudor u objeto del comiso, u otras medidas que estime corresponder”* ¹¹². De igual modo, se manifiesta que *“la reinscripción de los embargos antes referidos deberá ser solicitada por el Ministerio Público antes de que se produzca la caducidad de los mismos”* ¹¹³.

- e) Por último, cabe consignar todo lo referente al **“remate” de las mercaderías en infracción aduanera**, esto es, de los bienes que oportunamente fueron objeto del *“comiso”* (si se trataba de una infracción aduanera de contrabando ¹¹⁴, o si se hubiere adoptado alguna *“medida cautelar”* sobre bienes del imputado) ¹¹⁵, *“así como otros bienes propiedad del ejecutado que puedan ser denunciados a los efectos del pago de los adeudos liquidados”*.

Estos, *“serán objeto de remate”* ¹¹⁶, el que se efectuará *“sobre la base la base de las dos terceras partes del valor en aduana determinado por la Dirección Nacional de Aduanas, lo que no admitirá impugnación alguna. En caso de que la Dirección Nacional de Aduanas no pueda establecer el valor en aduana por la naturaleza del bien o por tratarse de bienes inmuebles, se seguirán las reglas generales establecidas en el Código General del Proceso”* ¹¹⁷.

A tales efectos, se recuerda expresamente que – en estos casos, es decir, de adquisición vía remate, de mercadería como consecuencia de un proceso infraccional aduanero – *“serán de cargo del mejor postor los tributos correspondientes a la mercadería rematada, los que se calcularán sobre la base del precio obtenido en el remate”, en cuyo caso, “el rematador actuante quedará investido de la calidad de agente de retención”* ^{118 119}.

¹⁰⁹ Artículo 252, numeral 1 del CAROU.

¹¹⁰ Artículo 252, numeral 2 del CAROU.

¹¹¹ Artículo 252, numeral 3 del CAROU.

¹¹² Artículo 252, numeral 3 del CAROU.

¹¹³ Artículo 252, numeral 3 *in fine* del CAROU.

¹¹⁴ Artículo 209 al 212 del CAROU.

¹¹⁵ Artículo 240 del CAROU.

¹¹⁶ Artículo 253, numeral 1 del CAROU.

¹¹⁷ Artículo 253, numeral 2 del CAROU.

¹¹⁸ Artículo 253, numeral 3 del CAROU.

¹¹⁹ Así, entre el elenco de eventuales *“responsables”* que enumera el *Código Tributario Uruguayo* en su artículo 19, se encuentran los *“agentes de retención”*. En ese sentido, el mismo cuerpo normativo, en el artículo 23 recuerda que: *“Son responsables en calidad de agentes de retención o de percepción, las personas designadas por la ley o por la Administración, previa autorización legal, que por sus funciones públicas o por razón de su actividad, oficio o profesión, intervengan en actos u operaciones en los cuales pueden retener o percibir el importe del tributo correspondiente.*

Efectuada la retención o percepción, el agente es el único obligado ante el sujeto activo por el importe respectivo; si no la efectúa, responderá solidariamente con el contribuyente”.

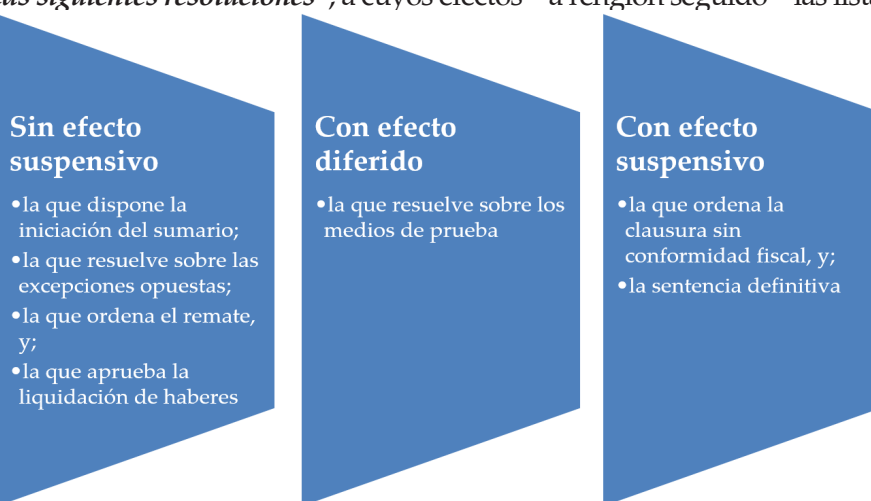
Y en esa misma línea conceptual, se preceptúa que “*el producido del remate, deducidos los gastos de la almoneda, así como las multas que se impongan, se distribuirán en la forma establecida en la legislación vigente a la fecha del dictado de la sentencia de condena*”¹²⁰.

12. Disposiciones generales: incidentes y medios de impugnación

En otro orden de cuestiones, cabe consignar que – en los **artículos 255 y siguientes del CAROU** – se resuelven algunos temas e interrogantes aleatorias que, sin embargo, poseen una importancia práctica relevante.

Así, en **primer lugar**, el **artículo 255 del CAROU** recuerda que “*cualquier incidente que se promoviera se sustanciará en pieza por separado, que se formará con los testimonios respectivos, sin necesidad de mandato, no interrumpiendo la prosecución del expediente principal, al que se agregará oportunamente por cuerda*”, rigiendo “*en lo pertinente, el proceso previsto por los artículos 318 al 322 del CGP*”.

En **segundo lugar**, el **artículo 256 del CAROU** refiere a los “*medios de impugnación*”, y recuerda que “*resultan aplicables a los procesos regulados en el presente Código todos aquellos medios de impugnación previsto en el Código General del Proceso*”, pero ulteriormente aclara que “*solo serán apelables las siguientes resoluciones*”, a cuyos efectos – a renglón seguido – las lista:



En definitiva, pervive legalmente el “*principio de apelabilidad restringida*” consagrado en la derogada **Ley N° 13.318**, mecanismo aceleratorio del proceso aduanero que opera como supresión de una eventual etapa del proceso: la segunda instancia, “*acorde con la sumariedad que se procura imprimir al proceso*”^{121 122}; y que como se mencionara, se conservó por parte del Legislador del CAROU.

120 Artículos 254 y 240, numeral 3 *in fine* del CAROU.

121 TORELLO, L. A., y COLOMBO, E., Op. cit., en *Ob. Cit.*, págs. 63, 74 y 108.

122 *Vide* igualmente al respecto, entre otros en: *Revista de Derecho Procesal 1 – 2 / 2009. Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2007 – 2008*, numeral 413, Ed. FCU, Montevideo, 2010, pág. 227 – *Revista de Derecho Procesal 1/2011. Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2010*, numerales 545 y 546, Ed. FCU, Montevideo, 2012, págs. 299/300 – *Revista de Derecho Procesal 2/2014. Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2012 – 2013*, numeral 487, Ed. FCU, Montevideo, 2015, pág. 487 – *Revista de Derecho Procesal 2/2015. Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2014 – 2015*, numerales 393 y 394, Ed. FCU, Montevideo, 2016, págs. 477 / 478.

13. Algunos casos especiales: la infracción de diferencia de clasificación arancelaria, la infracción de contravención aduanera, el abandono infraccional y el abandono administrativo. El tracto procesal previsto

13.1. La infracción de diferencia de clasificación arancelaria

Dentro del elenco de posibles infracciones de **Diferencia** que se pueden llegar a constatar, existe una de ellas que presenta una especial peculiaridad tanto en sus aspectos estructurales como en el tracto procesal previsto por la normativa vigente, para confirmar o descartar su eventual comisión.

Así, la infracción mencionada – recogida en el **artículo 201 del CAROU** (literal A, numeral 1 y literal B, numeral 1) – y que puede llegar a verificarse tanto respecto de la importación como de la exportación definitivas¹²³, en caso de ser “reconocida” en Sede Administrativa, se sustanciará de conformidad con lo preceptuado por los artículos 224 y 225 ya analizados.

Pero, para el caso de que el o los presuntos infractores no “reconozcan” la infracción imputada, el **CAROU** establece un tratamiento especial desde el punto de vista procesal en el **artículo 241, numerales 3 y 4**, donde se prevé la intervención preceptiva¹²⁴ de la **Junta de Clasificación** de la Dirección Nacional de Aduanas¹²⁵, durante la sustanciación de las actuaciones a desarrollarse frente al Poder Judicial, de tal modo que – la eventual cooperación inicial de la Junta de Clasificación (ex – Junta de Aranceles de la DNA), puede llegar a tornarse vinculante para el Magistrado interviniente¹²⁶.

¹²³ Artículos 79 y 109 del CAROU.

¹²⁴ Así, reza el artículo 241, numeral 3 *in fine* del CAROU: “será preceptivo el dictamen de la Junta de Clasificación que deberá agregarse a los obrados en forma previa a la iniciación del sumario”.

¹²⁵ Sobre la integración, potestades y funciones de la *Junta de Clasificación*, *vide in extenso*: LABANDERA, P. *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. Anotado...*, págs. 607/ 610.

¹²⁶ En este sentido cabe mencionar – entre otras – la sentencia (inédita) del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno de 23 de noviembre de 2016, que – entre otras consideraciones – recuerda: “...El *thema decidendum* estriba en determinar si los lectores de libros electrónicos, denominados e-book, deben considerarse dentro de la posición arancelaria 8471.50-10.00 como “máquinas automáticas para tratamiento y procesamiento de datos” o en la posición 8521-90-00-00, descripta como “aparatos para grabación y reproducción de imagen”. 980.

III) En autos se requirió el pronunciamiento de la Junta de Aranceles de la Dirección Nacional de Aduanas, que, luego de deliberar, clasificó por mayoría la mercadería importada en la posición arancelaria 8251.90.90.00; posición que comparte la sentencia. (fs. 86). C A D E 7980.

Los miembros de la Junta disidentes fundaron sus votos en lo siguiente:

El representante de la Cámara de Industria (Ing. Kunin), que votó en la Junta de Aranceles, fundamentó su voto en “que tiene un sistema operativo Linux al que se le pueden cargar programas con herramientas de desarrollo adecuado”. C A D E 7980.

A su vez el representante de la Cámara de Comercio y Servicios del Uruguay (Licenciada Donamarí) expresó “es una computadora especializada en leer libros ya que es posible cargarle todo tipo de aplicaciones como ser Linux y tiene un teclado virtual”. C A D E 7980.

IV) Corresponde determinar si el dictamen que emana de la referida Junta, es vinculante para el Oficio..

Al respecto, este Tribunal, en Sentencia T.A. Civil No. 228/006-7 ha sostenido que los pronunciamientos de la Junta de Aranceles son vinculantes, según disposiciones expresas, si se pronuncian por unanimidad, (art. 184 y complementarios del C.G.P., art. 279 de Ley No. 13.318); posición que mantendrá en su actual integración.. C A D E 7980.

Este temperamento tiene su fundamento en la opinión expuesta por Torello-Colombo en Procesos Jurisdiccionales Aduaneros, quienes expresan:

Los arts. 250 y 262 (lit. D) 267 y 273 de la Ley No. 13.318 disponen que, tratándose de diferencias (de especie, calidad, clase, valor - exclusivamente en operaciones de exportación - o aforo) y cuando no media reconocimiento del solicitante de la operación, la cuestión de hecho constituida por la existencia o no de la diferencia debe ser declarada o decidida por un órgano especial, la Junta de Aranceles,

13.2. La infracción de contravención aduanera

La infracción de contravención aduanera prevista – en lo que al tipo infraccional refiere – en el **artículo 200 del CAROU**, se configura toda vez que se verifique la “violación de leyes, decretos o reglamentos dictados por órganos competentes que establecen deberes formales respecto de procedimientos aduaneros y siempre que no constituyan otra infracción aduanera distinta de la contravención”.

Hemos sostenido en otras ocasiones ¹²⁷ que se trata – sustancialmente – de una infracción administrativa, y a la que – consiguientemente – se le aplicaría un régimen de responsabilidad subjetiva, postura que fuera rechazada por el *Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, en alguna sentencia reciente ¹²⁸.

Pero sobre lo cual no existen dudas, es en relación al tracto procesal que deben recorrer – ante la eventual impugnación respecto de la imputación de una infracción de contravención – cualquiera de los posibles sujetos pasivos de la misma (como recuerda el **artículo 200 del CAROU, en su apartado segundo**: “Serán responsables por dicha infracción los despachantes de aduana, depositarios, operadores portuarios, transportistas, titulares de las mercaderías objeto de los procedimientos aduaneros y las demás personas vinculadas a la actividad aduanera que hayan incumplido los deberes referidos”).

Y en tal sentido, recuerda el **artículo 226 del CAROU** que la multicitada infracción, “será impuesta por la Dirección Nacional de Aduanas previo procedimiento administrativo que asegure el derecho de defensa del imputado. Contra la resolución de la Dirección Nacional de Aduanas podrán interponerse los recursos administrativos previstos en el artículo 317 de la Constitución de la República y deducirse, oportunamente, la acción de nulidad prevista en el artículo 309 de la misma”.

En síntesis, la impugnación referida se sustancia de igual manera que cualquier acto administrativo, esto es: los recursos administrativos debidos, y – eventualmente – la acción de nulidad ante el TCA.

cuyo funcionamiento y composición prevén los arts. 263 y 264 de la ley citada.. C A D E 7980.

La misión encomendada a la Junta de Aranceles resulta ser una verdadera pericia, y que el juez carece de los elementos técnicos necesarios para determinar estas cuestiones.. C A D E 7980.

Sostienen los autores que el fallo jurisdiccional debe seguir obligatoriamente la conclusión de la Junta de Aranceles cuando la resolución de ésta se adopta por la unanimidad de los votos de sus integrantes.. C

Cuando no existe esa unanimidad - como es el caso - el juez podrá apartarse de la decisión de la Junta de Aranceles, fundando su posición contraria.. C A D E 7980.

En la hipótesis que la Junta se expida por unanimidad, su condición jurídica es la de un perito decisorio o arbitrador. D E 7980.

Ello no ocurre cuando la decisión no es unánime, en cuyo caso el juez apreciará el dictamen conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo apartarse en forma fundada de sus conclusiones (art. 189 C.G.P.). (ob.cit., pág. 49,50, ed. Idea, enero 1981).. C A D E 7980.

V) En este entorno, y habida cuenta que surge de autos que existen diversas calificaciones arancelarias pasibles de ser aplicadas a estos dispositivos, este Tribunal comparte las manifestaciones formuladas por los miembros disidentes de la Junta de Aranceles”.

127 LABANDERA, P. “La infracción de contravención aduanera. Análisis exegético y teleológico”, en *Revista de Aduana y Comercio Exterior*, Diciembre de 2012, Publicación de la Asociación de Despachantes de Aduana y de la Escuela de Formación Profesional en Comercio Exterior y Aduana.

128 Sentencia N° 538 de 28 de julio de 2015 (inédita), del *Tribunal de lo Contencioso Administrativo*.

13.3. El abandono infraccional

En estos casos, a diferencia de lo que sucede con la modalidad de “**abandono no infraccional**” – como luego se verá – en que se produce una renuncia (expresa o tácita) del propietario o de aquél que posee la disponibilidad jurídica de la mercadería que puede ser objeto de inclusión en un “*destino aduanero*” o en un “*régimen aduanero*”, según los casos; **la circunstancia que habilita la eventual “declaración en abandono” de la mercadería respectiva, está dada por un hecho o acto ilícito o irregular, tentado o ejecutado por parte de alguna persona vinculada (o no) a la actividad aduanera.**

En este sentido, el **CAROU** es muy claro, replicando sustancialmente lo que era el contenido del **artículo 256 de la Ley N° 13.318**. Así, el **artículo 207 del CAROU** recuerda:

“ARTÍCULO 207. (Abandono infraccional).-

1. Se consideran en abandono infraccional las mercaderías que se encontrasen abandonadas u olvidadas que hagan presumir la preparación de un contrabando.

2. En la misma situación se consideran las mercaderías abandonadas por los conductores de medios de transporte o que hayan sido aprehendidas como consecuencia del control de eventuales infracciones aduaneras y no puedan ser identificados los responsables.

3. El abandono infraccional implicará el comiso de la mercadería abandonada”.

Pues bien, el **artículo 207 del CAROU**, regula los casos de mercaderías “abandonadas”, con un sentido omnicompreensivo, abarcando una serie de hipótesis, entre las que se incluye el abandono propiamente dicho, el olvido y aún, la aprehensión de efectos a consecuencia del control aduanero.

En este sentido, cabe recordar lo manifestado por el tratadista **ARIOSTO GONZÁLEZ**, al analizar las disposiciones aduaneras anteriores incluso a la Ley N° 13.318 (precedente del actual CAROU), pero en conceptos que resultan totalmente trasladables a la normativa vigente. El referido autor expresaba: “...*pueden señalarse, de acuerdo con las definiciones legales, tres formas de contrabando: la del artículo 9°, o sea el contrabando típico; la del artículo 11°, o sea, el contrabando por diferencia en el cargamento de los buques; la del artículo 12°, o sea el hallazgo de mercaderías presuntivamente en contrabando. A la forma clásica, típica del artículo 9° – en la que se concretan los caracteres esenciales de la infracción, se enuncian los ejemplos más comunes y a la que se aplica el mayor rigor represivo –, le siguen otras dos clases de transgresión, que sin dejar de ser fundamentalmente dos casos de contrabando, no reciben tal calificativo legal y están sujetas a sanciones propias y aún, - como en la situación prevista en el artículo 12° -, a un régimen especial”*¹²⁹.

Es por ello que, luego de esto, al regular el “**abandono infraccional**” en el **artículo 256 de la Ley N° 13.318** (antiguo artículo 12°), la ley tipificó y creó una figura con elementos propios, buscando adaptar el procedimiento y la sanción a una situación de hecho donde

¹²⁹ GONZÁLEZ, A. *Tratado de Derecho Aduanero Uruguayo, Tomo II*, Edición de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1964, pág. 162.

resultaba inconducente el procedimiento “normal”; siendo éste, uno de los fundamentos básicos del instituto analizado tal y como se verá ulteriormente. Y eso es así, porque el CAROU no innova mayormente en cuanto al tipo infraccional receptado.

Ahora bien, el precitado **artículo 207 del CAROU**, regula el instituto predicho, mediante **dos numerales** que prevén – además – dos supuestos de hecho de características diferentes, a saber:

i) El numeral 1 del artículo 207

El mismo, establece lo siguiente: *“Se consideran en abandono infraccional las mercaderías que se encontrasen abandonadas u olvidadas que hagan presumir la preparación de un contrabando”*.

El numeral referido, trata de **dos casos** distintos:

- a) **por un lado**, refiere a las mercaderías que se encontrasen “abandonadas”, esto es, regula una situación similar a la del “abandono” del *Derecho Civil*, es decir, la renuncia voluntaria y unilateral a ejercer los derechos de propiedad que puedan existir sobre los objetos en cuestión, y;
- b) **por otro lado**, se habla de mercaderías que se encontrasen “olvidadas”, situación en la cual, se permite aplicar la norma referida a aquellos casos en que el “abandono” es involuntario.

Con dicha redacción – claramente – se le da una mayor amplitud al precepto, a los efectos de que pueda aplicarse a casos en los que no pueda presumirse la renuncia voluntaria característica del “abandono civil”.

Ahora bien, para **la aplicación de la norma a estas dos hipótesis premencionadas**, el texto legal **exige** expresamente que las mercaderías se encuentren en circunstancias *“que hagan presumir la preparación de un contrabando”*, elemento que también se da – implícitamente – en los casos del **numeral 2 del artículo 207 del CAROU**, tal y como se verá seguidamente.

ii) El numeral 2 del artículo 207.

Recuerda este segundo numeral que: *“En la misma situación se consideran las mercaderías abandonadas por los conductores de medios de transporte o que hayan sido aprehendidas como consecuencia del control de eventuales infracciones aduaneras y no puedan ser identificados los responsables”*.

Y también – en relación a este inciso – pueden distinguirse **dos casos** diferentes, a saber:

- a) **Por un lado**, en el primer caso, el hecho de los “conductores” es fácilmente apreciable. La ley supone que quien procede al hallazgo ha podido comprobar el hecho del “abandono” por parte de los conductores. Hay – por tanto – una contemporaneidad en las acciones, **lo que lo diferencia claramente del “abandono” regulado**

en numeral 1 del artículo 207 del CAROU, y;

- b) **Por otro lado**, en el segundo caso, se presentan circunstancias que revisten una mayor gravedad, ya que existe un procedimiento de fiscalización previo por parte de alguna Autoridad (aduanera o policial). En tal sentido, resulta muy claro que la “presunción de ilegitimidad” de la respectiva maniobra es evidente, en vista del hecho del “abandono” por los “conductores” o como resultado de una actuación de control aduanero.

Pero eso sí, **la ley exige en este numeral 2**, un elemento que **no** aparecía en el numeral 1, a saber: que “*no puedan ser identificados los responsables*”. Esta circunstancia aparece entonces, como un elemento necesario en el caso del “abandono” por los “conductores” y a “*consecuencia del control de eventuales infracciones aduaneras*”.

Como contrapartida, en la hipótesis prevista en el numeral 1 del artículo 207 del CAROU, resulta indiferente que los “responsables” sean identificados o no, ya que en este caso, **lo relevante es el “abandono” en sí, el efectivo desprendimiento de la propiedad de la mercadería y la clara decisión de no reclamarla – seguramente – inspirado el propietario por la idea de que el reclamo correspondiente le podría aparejara al “posible infractor”, más perjuicios (comiso y multas) que la simple pérdida de los objetos.**

En ese sentido, siempre refiriéndose a la legislación ya derogada, pero cuyo núcleo conceptual resulta extrapolable al examen que se realiza en el presente trabajo, cabe recordar nuevamente lo que expresaba al respecto ARIOSTO GONZÁLEZ, que afirmaba lo siguiente: “...Entre el apartado uno y el dos hay una diferencia fundamental y un carácter común. En ambos es necesario que la cosa tenga el carácter de abandonada y que milite la presunción de contrabando; pero mientras en el primer caso no se busca al responsable, - sólo se le da intervención si se presenta, como se dijo reiteradamente en el debate parlamentario, - en el segundo caso se sigue el procedimiento especial de este artículo si no son descubiertos los responsables”¹³⁰.

En síntesis, el “abandono infraccional” como instituto del *Derecho Aduanero*, puede tener diversas modalidades en virtud de las circunstancias que lo rodean, y de que dan cuenta los dos numerales del artículo 207 del CAROU.

Así, por ejemplo:

- a) “**abandono totalmente involuntario**”, en el sentido de que se hace sin conciencia del mismo (es el “*olvido*” al que refiere el numeral 1), puede ser un;
- b) “**abandono voluntario**”, cuando se trata de la decisión adoptada conscientemente por el propietario, que se ve materializada en la no reclamación de la mercadería correspondiente (es el caso del “abandono” del numeral 1), y por último, puede tratarse de un;
- c) “**abandono forzado por las circunstancias**”, donde la opción no es realmente tal, en los casos de huida, o intento de evasión ante la existencia de un “*control de*

¹³⁰ GONZÁLEZ, A. Op. cit., en *Ob. cit.*, págs. 379/380.

eventuales infracciones aduaneras” (son las hipótesis de “abandono” reguladas en el **numeral 2, in fine**).

Por último, cabe consignar que el **numeral 3** del multicitado **artículo 207 del CAROU**, estatuye – de manera contundente – que *“el abandono infraccional implicará el comiso de la mercadería”*.

Como seguidamente se verá, el destino final de la mercadería abandonada, será el remate, en los términos prescriptos por el **artículo 233, numeral 2 del CAROU**.

Si bien el Legislador no previó de manera expresa la eventual “destrucción” como destino alternativo para la mercadería abandonada como consecuencia de la constatación de la infracción instituida por el **artículo 207 del CAROU**, toda vez que la misma reúna las características que la hacen susceptible de tal circunstancia a la luz de lo dispuesto por el **artículo 99, numeral 10 del CAROU**, o incluso el **artículo 100, numeral 1** del mismo cuerpo normativo (que se encuentre vencida, porque su comercialización está prohibida o por cualquier otra razón similar que a juicio de la Sede Judicial interviniente se considere válida, o porque atente contra la moral, la salud, la seguridad, el orden público o el medio ambiente).

Lo afirmado precedentemente, se ve reforzado desde el punto de vista conceptual, con la remisión efectuada por el **artículo 233, numeral 3 del CAROU**, que sostiene: *“En caso de vacío legal, se deberá recurrir a las normas relativas al proceso general por infracciones aduaneras en lo que fuere compatible y aplicable”*.

Por último, y en lo que aquí más importa, mediante el establecimiento de un **“procedimiento voluntario”**, sumamente sencillo, se prevé, como **primer etapa**, que el **“interesado”**, esto es, *“la persona que hallare mercadería abandonada en presunta infracción aduanera”*, de cuenta a la Autoridad Competente (en la especie, la Sede Judicial correspondiente), *“poniendo la misma a su disposición”*, o identificando sus características y ubicación a los efectos de que la Sede ordene su incautación.

En una **segunda etapa**, y ya recibida la “denuncia respectiva”, *“el juez procederá a su comiso”* y, en una **tercer etapa**, con noticia del Representante Fiscal, el Juez actuante *“procederá a su remate conforme a lo dispuesto en el proceso de ejecución previsto en el presente Código”*, esto es, de conformidad con lo estatuido en los **artículos 251 a 254 del CAROU**.

De igual modo, el **numeral 3 del artículo 233 del CAROU** – en consonancia con la postura pretoriana que ya venía sosteniendo nuestra Jurisprudencia al respecto – recuerda que *“En caso de vacío legal, se deberá recurrir a las normas relativas al proceso general por infracciones aduaneras en lo que fuere compatible y aplicable”*.

En resumen, el proceso de **“abandono infraccional”**, ha sido esencialmente previsto para aquellas circunstancias en que se ocupan mercaderías que, o bien ingresaron ilegalmente al país, o bien se hallan en circunstancias tales que determinan presumir que se intenta egresarlas del “territorio aduanero nacional”, vulnerando la legislación aduanera vigente.

La situación, por consiguiente, se superpone al contrabando (o a la tentativa de contrabando). Se trata de efectos o mercaderías a cuyo respecto y de haberse aprehendido o individualizado a sus conductores, habría de haberse iniciado el “proceso común por contrabando”, pero que – y en función de la falta de identificación de esas personas – no resulta jurídicamente aplicable “el proceso por contrabando común”, por no existir el imprescindible imputado concreto y determinado ¹³¹.

Otro aspecto a tener en cuenta. En el caso del hallazgo de mercaderías en presunta infracción aduanera, sin que se haya conseguido identificar adecuadamente a los eventuales responsables, se configura una situación en la que hay inexistencia de parte concreta contra la cual dirigir la pretensión fiscal, razón por la cual, en la especie únicamente podemos hablar de “**interesados**”, pero **no** de “**partes**” desde el punto de vista procesal ¹³².

Ello no obstante, existe aquí también un interés del Fisco, de carácter prevalente, en percibir los gravámenes que se pretendían eludir y, paralelamente, otro interés, que es el de quienes efectuaron el hallazgo, puesto que a éstos se les adjudica, o bien los efectos ocupados, previo pago de la tributación del caso o bien la cantidad obtenida en el remate de esos efectos, con idéntico descuento ¹³³.

Esos intereses, como es claro, no se contraponen en absoluto y el proceso tiene por principal finalidad satisfacer el prevalente interés fiscal y, al mismo tiempo, el de quienes efectuaron el hallazgo, pero sin que exista ningún interés contrapuesto, por cuanto el único posible en ese sentido, lo sería el de los propietarios o conductores de la mercadería o efectos abandonados y hallados y éstos no están identificados” ¹³⁴.

13.4. El abandono administrativo o “no infraccional”

En primer término, hay que señalar que lo dispuesto en el **artículo 99 del CAROU**, se refiere únicamente al proceso previsto en caso de “**abandono no infraccional**”, y no para todas aquellas hipótesis de “**abandono infraccional**”, cuyo proceso – según se examinara en el subcapítulo precedente – se encuentra regulado por el **artículo 233 del CAROU**.

Pues bien, el referido “proceso” se tramitará preceptivamente ante los **Juzgados Letrados de Primer Instancia del interior con competencia en materia aduanera, y ante los Juzgados Letrados de Aduana** en los Departamentos de Canelones y de Montevideo. Existe cierta imprecisión técnica en la redacción dada al **numeral 1 del artículo 99 del CAROU**, ya que la Sede especializada en Aduana (un único Juzgado Letrado, actualmente), posee competencia en relación a los hechos presuntamente infraccionales – en materia aduanera – acaecidos en ambos Departamentos.

La correspondiente “*solicitud de declaración de abandono*”, se realizará por “*parte interesada*” (esto es, quien tenga la propiedad o la disponibilidad jurídica de la mercadería, o quien se vea afectado de manera directa por la situación de “**abandono no infraccional**” en relación a la mercadería respectiva (*vgr.*: el propietario, el depositario,

131 TORELLO, L.A. – COLOMBO, E. Op. Cit., en *Ob. Cit.*, págs. 20 y ssgg.

132 LABANDERA, P. *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. Anotado...*, págs. 611/ 618.

133 *Ibidem*.

134 *Ibidem*.

un despachante de aduanas, un transportista, etc.), conforme “*con las normas generales relativas a la demanda, en lo que fuera aplicable*”, y “*acompañando los medios de prueba de la hipótesis de abandono correspondiente*”.

Luego de presentada esa “*solicitud*”, y controlada que fuera su regularidad documental por parte de la Oficina, el CAROU establece que **se deberá oír al “Ministerio Público”**, por el plazo de “*seis días hábiles*”, a cuyos efectos se le deberá dar “*traslado*” de las actuaciones.

Habiendo tomado conocimiento de la referida “*solicitud*”, el **Ministerio Público, el mismo podrá adoptar dos actitudes desde el punto de vista procesal:**

- i) O bien, **no se opone a la “solicitud” oportunamente planteada por la “parte interesada” (o de existir la misma, ella finalmente se termine desestimando)**. En este caso, se “*declarará el abandono*” de la mercadería y consiguientemente, se decidirá sobre el “*destino de la mercadería*”, esto es, **si se remata o se destruye**.
 - a) **Si se ordena su remate**, el mismo se realizará de conformidad con lo preceptuado en los artículos 387 y ssgg. del CGP, y lo será sin base y al mejor postor, designándose al rematador correspondiente, y **el total del “producido líquido del remate se destinará a financiar los gastos de funcionamiento de la Dirección Nacional de Aduanas”**.
 - b) Si por el contrario, **se decidiera destruir la mercadería abandonada**, en virtud de que la misma – como recuerda el **numeral 10 del artículo 99 del CAROU** – se encuentra vencida, o porque su comercialización está prohibida, o por cualquier otra razón similar que a juicio de la Sede Judicial interviniente se considere válida; o – como preceptúa el **artículo 100, numeral 1 del CAROU** – porque la referida mercadería atenta contra la moral, la salud, la seguridad, el orden público o el medio ambiente; la misma adoptará todas las medidas necesarias para que se efectivice la **destrucción** ordenada¹³⁵. A tales efectos, deberá tenerse presente lo previsto en los **artículos 100 y 101 del CAROU**, en cuanto corresponda.
- ii) Pero, **el Ministerio Público o “quien se considere con derecho a la mercadería”** (que obviamente, deberá acreditar su legitimación y su interés personal y directo) **pueden “oponerse” a la solicitud de “declaración de abandono no infraccional” oportunamente deducida**. En este caso, la referida “*oposición*” – huelga decirlo – deberá sustanciarse de conformidad con lo exigido para la contestación de la demanda, en lo que fuera aplicable, ofreciendo o acompañando los medios de prueba que sustentan su oposición. Pues bien, formalizada la oposición, se le dará al “*promotor de la solicitud*”, un “*traslado*” por seis días hábiles, y “*si se ofreciese prueba*”, se “*ordenará el diligenciamiento de la misma*”, y finalmente, se convocará a una única “*audiencia*” en la que se diligenciará la prueba oportunamente ofrecida, se oirá “*brevemente*” a las partes, y en un plazo no superior a los **quince días hábiles** siguientes a la “*audiencia*”, el Tribunal deberá dictar la **sentencia** respectiva, la que **podrá ser apelada “con efecto suspensivo”** (artículos 254 a 257 del CGP).

¹³⁵ A tales efectos, deberá tenerse especialmente en cuenta lo edictado por la Ley N° 17.743 de 11 de enero de 2004, la cual – sustancialmente – reguló la incautación de mercaderías, comestibles o bebidas sin alcohol, y otras bienes considerados “*perecederos*” o “*altamente perecederos*”.

Finalmente, cabe destacar **cuatro disposiciones** que regula el CAROU en lo que refiere al presente análisis, a saber:

En **primer lugar**, se instala a los efectos de la sustanciación de tracto procesal debido para “*declarar en abandono no infraccional*” la mercadería respectiva – luego de la “*solicitud*” oportunamente planteada por su “*promotor*” – un **proceso de carácter voluntario**¹³⁶, por el cual se puede llegar a obtener la “*declaración de abandono*”, mediante una sentencia de carácter meramente declarativo.

En tal sentido, como ya se expresara, la Sede ante la cual se podrá tramitar la solicitud de “*declaración de abandono*”, será – únicamente – una Sede del Poder Judicial, la que se realizará *conforme con las normas generales relativas a la demanda, en lo que fuera aplicable, acompañando los medios de prueba de la hipótesis de abandono correspondiente*”.

De la solicitud planteada, se había dicho, la norma aprobada preceptúa que: “*se oirá al Ministerio Público, por el término de seis días hábiles*”, pudiendo éste adoptar dos posturas procesales al respecto: o bien, **no deduce oposición**, en cuyo caso, se “*declarará el abandono no infraccional de la mercadería*”; o bien, **se opone a la solicitud de abandono formulada por el interesado**, y entonces, luego de sustanciar el traslado al “*promotor*”, se ordenará el diligenciamiento de la prueba ofrecida y se convocará a una “*audiencia*”, para finalmente dictar “*sentencia*”.

En **segundo lugar**, en el **numeral 3 del artículo 99 del CAROU**, se recuerda – y así lo había destacado, como una novedad el Poder Ejecutivo en la “**Exposición de Motivos**” correspondiente, al remitir el “*Proyecto de CAROU*” al Parlamento Nacional¹³⁷ – que: “*En caso de mercaderías almacenadas en contenedores, la Sede Judicial actuante dispondrá la entrega inmediata de los mismos al transportista o su representante, si así lo fuere solicitado*”.

En **tercer lugar**, en el **numeral 11 del mismo artículo 99 del CAROU**, se afirma lo siguiente: “*Las boletas de compra de mercaderías en estos remates y en todas las almonedas en que se rematen mercaderías objeto de un proceso infraccional aduanero, deberá contener un detalle correcto y completo de las mercaderías respectivas y tendrán un plazo de validez de sesenta días contados a partir de la fecha de efectuado el referido remate*”¹³⁸.

Por último, en **cuarto lugar**, en el **numeral 12 del multicitado artículo 99 del CAROU**, se anuncia que el “**proceso de abandono no infraccional**”, “*no será aplicable a los casos*”

136 En tal sentido, cabe recordar la definición que de **proceso voluntario** adoptara el Profesor ARLAS, cuando afirmaba que “*es aquél proceso no contencioso que persigue, mediante esa forma (la del proceso), la tutela de un interés o grupo de intereses que no están en conflicto (aunque puedan llegar a estarlo), con otro u otros intereses*” (Cfr. ARLAS, J.A. “El Proceso Voluntario”, en *Revista La Justicia Uruguaya*, Tomo 35, Sección Doctrina, Montevideo, 1957, pág. 10), postura consentida por el Profesor BARRIOS DE ANGELIS, cuando afirmaba que “*es proceso voluntario aquél cuyo objeto no implica un cambio en patrimonio distinto al del interesado, o implica un cambio consentido*” (Cfr. BARRIOS DE ANGELIS, D. *El proceso civil*, Ed. Idea, Montevideo, 1989, pág. 277).

137 Se afirmaba al respecto en dicha justificación formalizada en la “**Exposición de Motivos**” correspondiente: “*Se introduce que en caso de mercaderías almacenadas en contenedores, la Sede Judicial debe entregarlos de inmediato al transportista o su representante, si le es solicitado*” (el destacado nos pertenece).

138 También en este caso estamos ante una “novedad” resaltada por el Poder Ejecutivo en la “**Exposición de Motivos**” mencionada. Así, se afirmaba en dicho documento: “*Se incorpora la exigencia de que las boletas de compra en estos remates contengan un detalle correcto y completo de las mercaderías respectivas, evitando de este modo ciertos usos que pueden intentar dársele a las boletas con información genérica*” (el resaltado nos pertenece).

previstos en el artículo 172 de este Código”, esto es, en lo que refiere a la mercadería sometida a alguna prohibición o restricción de carácter no económico en su ingreso a plaza, se exigirá que la misma sea oportunamente reembarcada, reexportada o eventualmente, destruida, según los casos ¹³⁹.

14. Integración de las normas procesales

Por último, el artículo 257 del CAROU resuelve un problema práctico importante. Así, al referirse a la “integración de las normas procesales”, estatuye que “en todo lo no previsto en el presente Código regirán las disposiciones establecidas por el Código General del Proceso, Ley N° 15.982, de 18 de octubre de 1988, y leyes que lo modifican, en lo que les fuere aplicable y en cuanto sea compatible”.

15. Independencia de la acción fiscal y la penal

Al igual que el régimen vigente, con base en el artículo 290 de la Ley N° 13.318, se establece la independencia de la acción penal de la fiscal.

Disponía al respecto el artículo 290 de la – ya derogada – Ley N° 13.318:

“Artículo 290.- La acción penal relativa al delito de contrabando, tanto en su promoción como en su ejercicio es independiente de la acción fiscal. El conocimiento por el mismo Juez en las acciones penal y fiscal, no produce causa de impedimento, recusación o excusación”.

Y así reza el artículo 263 del CAROU:

“ARTÍCULO 263. (Independencia de la acción penal). La acción penal relativa a los delitos aduaneros, tanto en su promoción como en su ejercicio, es independiente de la acción fiscal. El conocimiento por el mismo juez en las acciones penal y fiscal, no produce causa de impedimento, recusación o excusación”.

La única diferencia entre los textos referidos, se encuentra en la armonización del artículo a través de la referencia a “**los delitos aduaneros**”, puesto que en el CAROU no solo se contempla el *delito de contrabando*, sino también el *delito de defraudación aduanera*.

16. A modo de conclusión

El proceso jurisdiccional aduanero en Uruguay analizado en la última parte del presente trabajo, es relativamente similar – desde el punto de vista estructural – al proceso penal que existía en nuestro país hasta la vigencia del nuevo *Código del Proceso Penal* (Ley N° 19.293), pero posee una serie de peculiaridades, como son – a simple título de ejemplo – el “*principio de conservación del sumario*” o el “*principio de la apelación restringida*”; esto es, mecanismos o instrumentos de corte procesal que contribuyen a acelerar la sustanciación y dilucidación de los conflictos, que tienen origen en la presunta comisión de infracciones aduaneras.

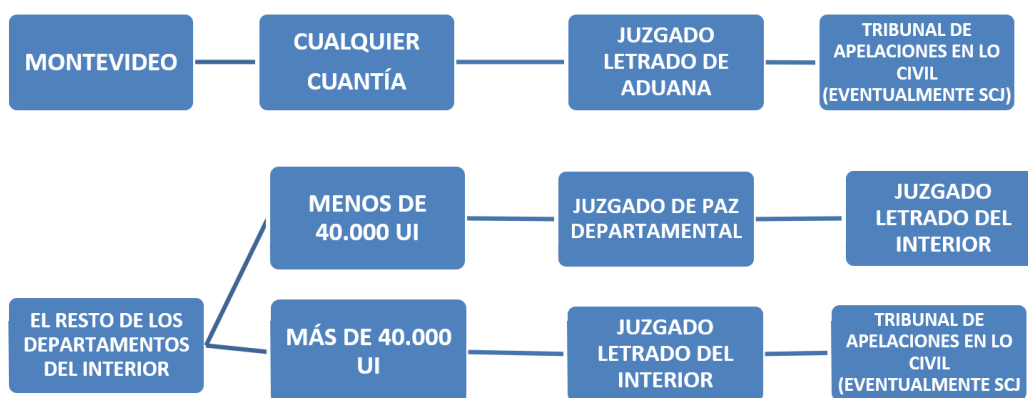
Además, cabe consignar especialmente en relación al tema que se examina, que la nueva regulación aprobada en el CAROU, introduce otros instrumentos – también de *Derecho Adjetivo* – que explícitamente pretenden dotar al sistema de mayor seguridad

¹³⁹ Vide in extenso: LABANDERA, P. *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. Anotado...*, págs. 628/637.

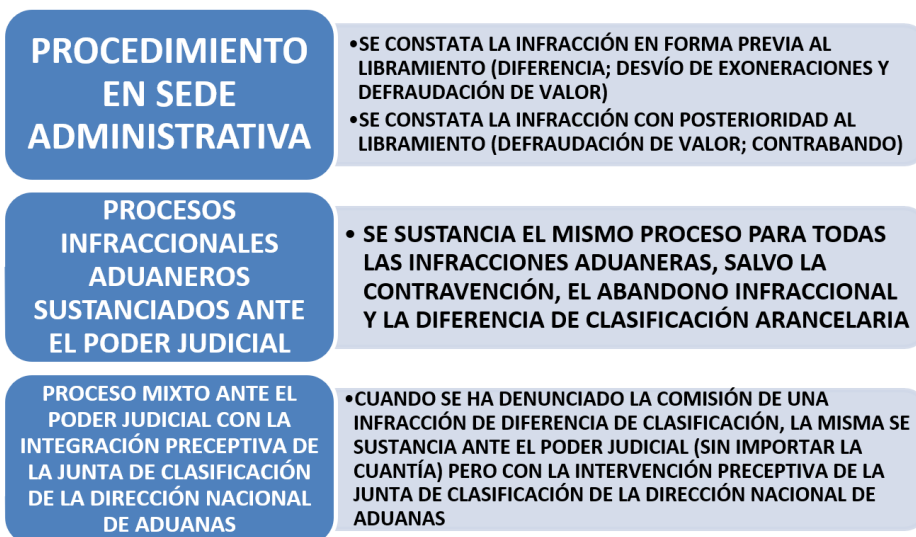
jurídica (*vgr.*: entre otros, la sustanciación preceptiva de los conflictos intersubjetivos que tienen como origen la presunta violación de disposiciones aduaneras o tributario – aduaneras, únicamente ante el Poder Judicial).

En síntesis, si bien es muy pronto aún para proceder a realizar un balance de las modificaciones que implanta – sobre todo en lo que al procedimiento y su sustanciación refieren –, el nuevo *Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay*, cabe presumir que, en la peor de las hipótesis, las reformas introducidas serán “neutras” en cuanto a dos aspectos trascendentes: seguridad jurídica y duración de los procesos. Aunque cabe esperar que las mismas se constituyan en un verdadero catalizador para lograr un “mejor derecho”.

Posibles escenarios procesales de acuerdo al lugar en el cual se cometa la infracción



Probables escenarios procesales de acuerdo al tipo infraccional correspondiente

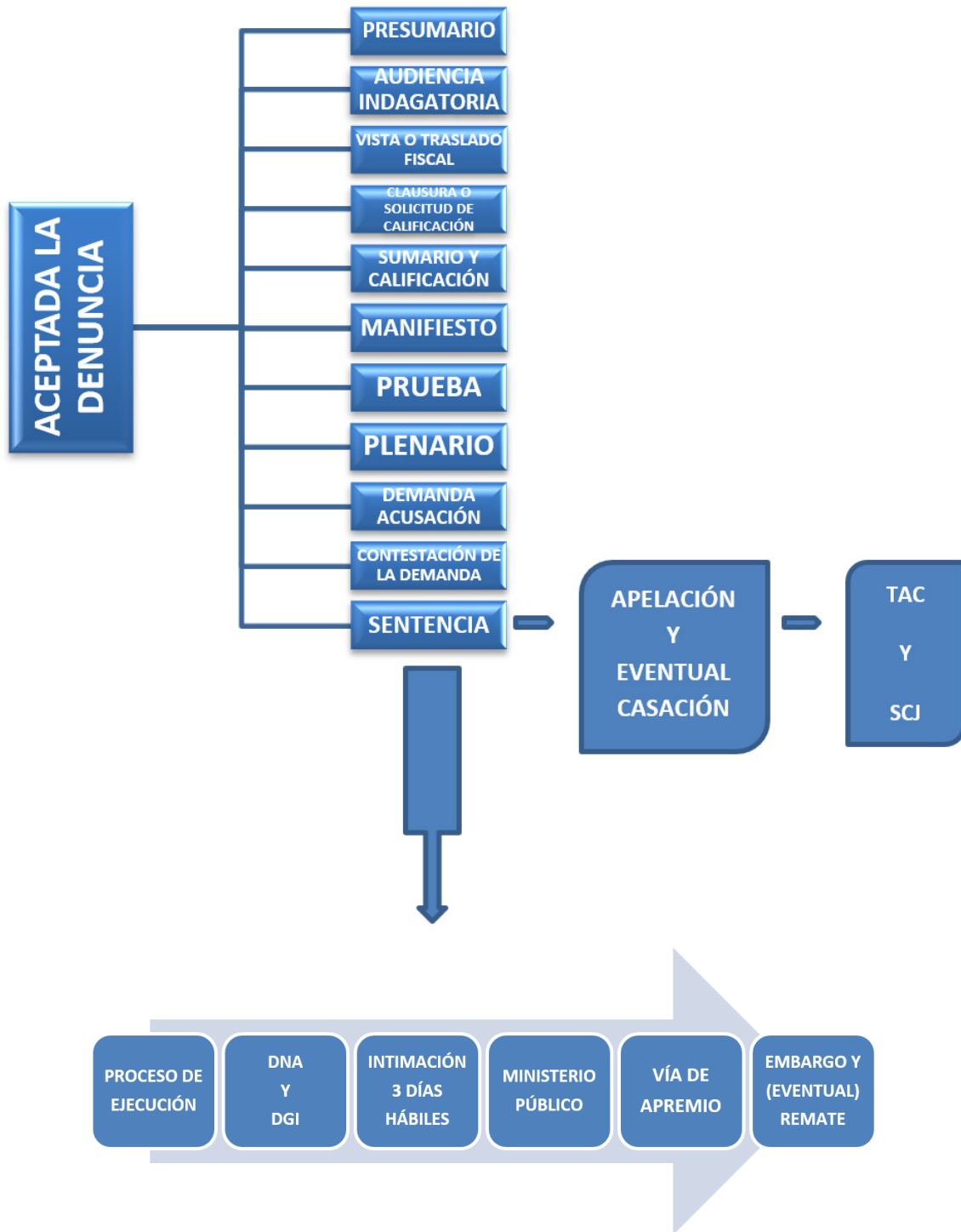


Procesos excepcionales que se sustancian fuera del régimen general

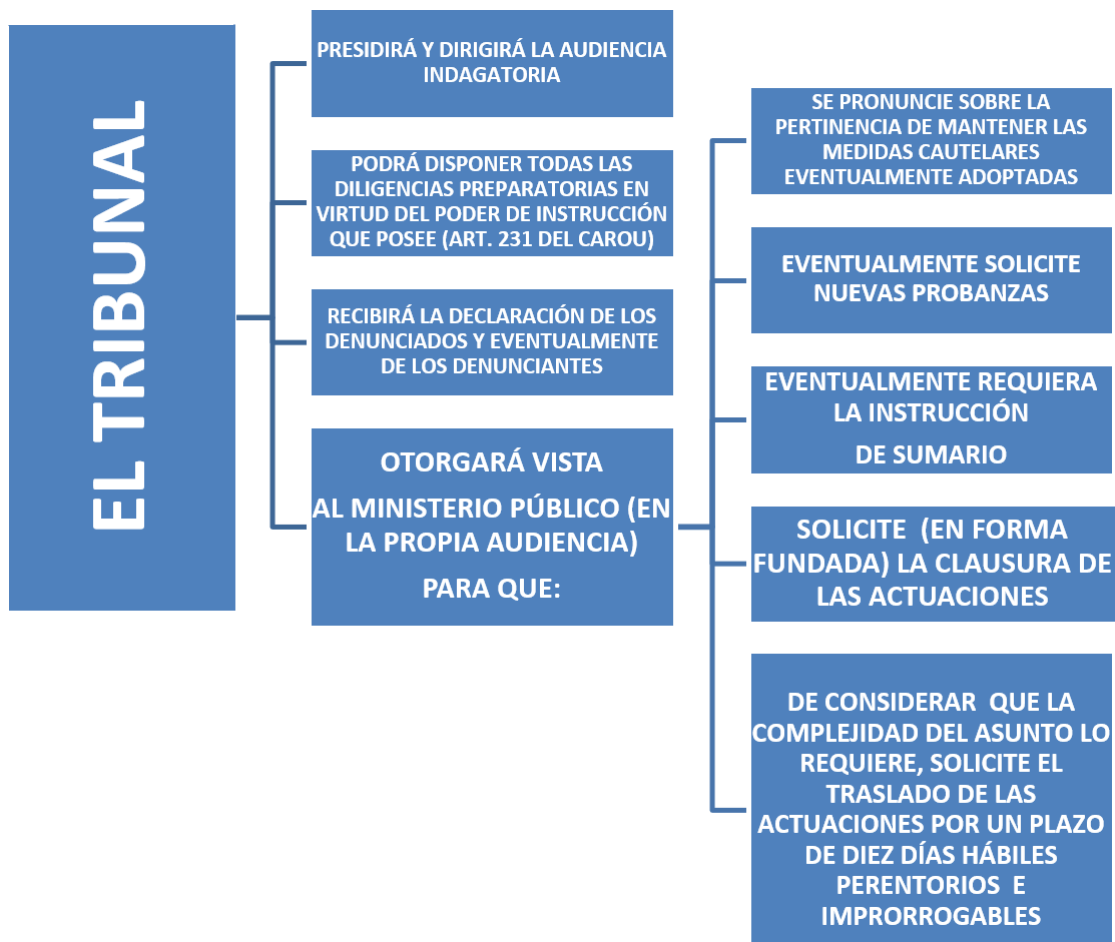


Proceso de conocimiento por la comisión de infracciones aduaneras (régimen general)





Diferentes escenarios procesales que se pueden plantear en la Audiencia Indagatoria



EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN: UNA MIRADA ACTUAL

Double tax treaties: exchange of information today

JOSÉ MARÍA NICOLA ALBANELL*

ABSTRACT: El presente trabajo analiza la situación actual del intercambio de información a través de los Convenios para evitar la Doble Imposición y los Acuerdos de Intercambio de Información. Jurisprudencia reciente ha puesto nuevamente arriba de la mesa cuestiones relativas a los requisitos que deben ser cumplidos tanto por el Estado extranjero como por la Administración para el levantamiento del Secreto Bancario. Se analiza el Modelo de Convenio de la OCDE, el procedimiento previsto por el artículo 54 de la Ley 18.083 y también cuestiones relativas al Secreto Bancario y su titularidad.

PALABRAS CLAVE: Secreto Bancario. Levantamiento. Convenio para evitar la Doble Imposición. Intercambio.

KEY WORDS: Bank Secrecy. Disclosure. Double Tax Treaty. Exchange of Information.

1. INTRODUCCIÓN.

En este trabajo analizaremos la situación actual del intercambio de información a través de los Convenios para Evitar la Doble Imposición o de los Acuerdos de Intercambio de Información que Uruguay ha suscrito en los últimos años¹. En particular, analizaremos la jurisprudencia reciente, a los efectos de determinar cuáles son los requisitos que deben ser cumplidos por parte de un Estado extranjero y también por parte de la Dirección General Impositiva (“DGI”) para que proceda el intercambio de información. Para ello, haremos enfoque en la titularidad del secreto bancario que se pretende levantar.

* Doctor en Derecho egresado de la Universidad de Montevideo. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Financiero, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Integrante del Departamento Corporativo & Bancario de Guyer & Regules. Correo electrónico: jnicola@guyer.com.uy

1 A la fecha de publicación del presente trabajo, Uruguay tiene suscritos 36 convenios internacionales en los cuales se prevé el intercambio de información, ya sea mediante un Acuerdo de Intercambio de Información o mediante el intercambio a través de un Convenio para Evitar la Doble Imposición. Uruguay ha suscrito acuerdos con Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, España, Estados de Guernesey, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Groenlandia, Hungría, India, Islandia, Islas Feroe, Liechtenstein, Malta, México, Noruega, Portugal, Bélgica, Países Bajos, Reino Unido, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Vietnam. Puede accederse a cada uno de estos tratados en: <http://www.dgi.gub.uy/wdgi/page?2.principal,ConveniosInternacionales,O.es,0>. El camino transitado por Uruguay para llegar a la celebración de estos acuerdos puede verse perfectamente relatado en Albacete, Juan Manuel, “Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias (Art. 26 del Modelo OCDE)”, Reflexión en Torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición, coord. Mazz, Addy y Pistone, Pasquale, FCU, Montevideo, 2010, págs. 197-198 y también en Albacete, Juan Manuel y Ermoglio, Enrique, “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”, Revista Tributaria No. 219, IUET, Montevideo, pág. 940 y ss.

Se trata de un tema que ha sido desatendido en el último tiempo, sobretodo teniendo en cuenta que el 1 de junio de 2016 Uruguay suscribió la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, la cual prevé el intercambio automático de información sobre cuentas financieras (“*Common Reporting Standard*”) entre los Estados contratantes². Dicho intercambio automático fue implementado a través de la Ley 19.484 y su Decreto 77/017, estableciendo que los sujetos obligados bajo la mencionada ley deben reportar a la DGI información sobre las cuentas financieras que administren. Posteriormente, la DGI realizará el intercambio de información con los Estados contratantes en el año 2018.

Sin embargo, la información que será reportada a la DGI será la información al 31 de diciembre de 2017. Ello ha provocado que el intercambio de información a través de los Convenios para Evitar la Doble Imposición y de los Acuerdos de Intercambio de Información vuelva a cobrar relevancia, en virtud de que existen una gran cantidad de períodos que no se encuentran comprendidos en el intercambio de información automático previsto en la Convención Multilateral, pero que muchos fiscos de otros Estados se encuentran interesados en investigar y fiscalizar. Por lo anterior, ha habido en los últimos años interesantes desarrollos jurisprudenciales sobre el intercambio de información, los cuales serán analizados en el presente trabajo.

Dicho análisis se centrará en el procedimiento previsto en el artículo 54 de la Ley de Reforma Tributaria 18.083 y los requisitos necesarios para que el intercambio de información opere, tanto desde el punto de vista nacional como internacional.

2. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LOS CONVENIOS Y EN EL ORDEN INTERNO URUGUAYO.

2.1 El Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición.

El Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición propuesto por la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico³ (la “OCDE”) prevé en su artículo 26 el intercambio de información entre los Estados contratantes. Dicho intercambio constituye una herramienta que no es propiamente una medida tendiente a evitar la doble imposición de los contribuyentes de los Estados contratantes, pero que de todas formas es sugerida por la OCDE para el mejor cumplimiento de los fines previstos en los tratados. Como sugiere ALBACETE, el Modelo de la OCDE no solo busca evitar la doble imposición, sino también evitar la discriminación y la evasión fiscal internacional⁴, fiscalizando las obligaciones tributarias a través del intercambio de información.

Además, según CALDERÓN CARRERO, sería imposible que funcione el criterio de

2 La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal fue aprobada por la Ley 19.428 publicada en el Diario Oficial el 15 de setiembre de 2016.

3 La Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico es un organismo internacional que tiene por cometido organizar las políticas económicas y sociales de sus Estados miembros. Puede obtenerse más información en: <https://www.oecd.org>.

4 Albacete, Juan Manuel, “Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias (Art. 26 del Modelo OCDE)”, Reflexión en Torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición, coord. Mazz, Addy y Pistone, Pasquale, FCU, Montevideo, 2010, págs. 201.

la renta mundial sin que exista algún tipo de control como lo es el intercambio de información⁵. Ello porque, de no existir el intercambio de información, sería prácticamente imposible para un Estado saber si un contribuyente posee rentas o activos en otro Estado, rentas o activos por los cuales debería tributar en el primer Estado.

El artículo 26 del modelo establece:

“1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en la misma no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2.

2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.

3. En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante;

c) suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.

4. Si un Estado contratante solicita información conforme al presente artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aun cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tribu-

⁵ Calderón Carrero, José Manuel, “La Cláusula de Intercambio de Información Articulada en los Convenios de Doble Imposición”, *Fiscalidad Internacional*, coord. Serrano Antón, Fernando, Centro de Estudios Financieros, 3ra Edición, Madrid, 2007, pág. 1153.

tarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 siempre y cuando este apartado no sea interpretado para impedir a un Estado contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma.

5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona”.

De éste artículo se desprenden varios puntos importantes que merecen ser mencionados. En primer lugar, respecto del alcance del intercambio de información, surge del numeral 1 que la información que se podrá intercambiar será la “previsiblemente pertinente” y relativa a los “los impuestos de toda clase y naturaleza” y no solamente respecto de impuestos a la renta y patrimonio. Sin embargo, dada la sensibilidad y protección que tiene la información intercambiada, entendemos que permitir que la información que pueda ser solicitada sea la previsiblemente pertinente no otorga un estándar de seguridad jurídica suficiente. En efecto, establecer que cierta información es previsiblemente pertinente para los intereses de un Estado no ofrece posibilidad alguna, ni adecuadas herramientas, de defensa a un contribuyente que entiende que el intercambio no es procedente. En el Comentario de la OCDE al Modelo Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio se establece que se busca que el intercambio sea el más amplio posible, pero que al mismo tiempo busca precisar cuál es la información que los Estados pueden solicitar⁶. Entendemos que el estándar de “pertinencia previsible” no logra los objetivos mencionados por el Comentario y que constituye una puerta de entrada para expediciones de pesca por parte de los Estados extranjeros. Siguiendo a ALBACETE⁷ y ERMOGLIO⁸, parece razonable que los Estados opten por modificar dicho estándar, indicando que la información que puede ser solicitada es la “necesaria”⁹.

En segundo lugar, el numeral 3 del artículo modelo deja en claro cuáles son los límites que tiene el pedido de información que puede ser realizado por un Estado extranjero y también por Uruguay. Surge que el límite impuesto por este numeral es doble, ya que toma en cuenta tanto la legislación del Estado requirente como la del Estado requerido. En este sentido, Uruguay podría negarse a un pedido de información si bajo su legislación ello implica una práctica prohibida, pero también si dicha práctica se encuentra prohibida en la legislación del Estado que solicita la información.

6 Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, Versión Abreviada, Instituto de Estudios Fiscales, OCDE, Julio 2010, pág. 412.

7 Albacete, Juan Manuel, “Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias (Art. 26 del Modelo OCDE)”, Reflexión en Torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición, coord. Mazz, Addy y Pistone, Pasquale, FCU, Montevideo, 2010, págs. 207.

8 Albacete, Juan Manuel y Ermoglio, Enrique, “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”, Revista Tributaria No. 219, IUET, Montevideo, pág. 943-944.

9 La posibilidad de dicha modificación se encuentra expresamente habilitada por el Comentario al modelo de convenio en Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, Versión Abreviada, Instituto de Estudios Fiscales, OCDE, Julio 2010, pág. 412.

Lo anterior cobra especial relevancia en el caso de Uruguay, ya que en el ordenamiento interno uruguayo existen procedimientos específicos tendientes a la obtención de cierta información, información que es muchas veces requerida por los Estados extranjeros. Las disposiciones previstas en el numeral 3 del artículo modelo prevén que Uruguay nunca podría brindar información que se encuentre protegida sin seguir los procedimientos previstos para su obtención. Nos referimos específicamente al procedimiento previsto por el art. 54 de la Ley 18.083 para el levantamiento de secreto bancario en virtud de la solicitud de un Estado extranjero en el marco de un convenio internacional para evitar la doble imposición. Pero más aún, un Estado extranjero no debería realizar un pedido que, de forma preliminar, sabe o conoce que es contrario a la legislación uruguaya. Ni tampoco la administración tributaria uruguaya debería dar curso a dichos tipos de pedidos.

Para dar un ejemplo extremo, un Estado extranjero nunca podría solicitar a Uruguay que le aporte información en virtud de una investigación que se basa en fines religiosos y raciales. Ello sería contrario al orden público interno uruguayo y en caso de recibir una solicitud de dichas características, Uruguay debería rechazarla. El mismo razonamiento es aplicable también a los casos en que la solicitud del Estado extranjero obliga a la Administración Tributaria uruguaya a realizar actos contrarios a su legislación (literal a) del numeral 3 del artículo modelo) o a suministrar información que no se puede obtener bajo la misma (literal b) del numeral 3 del artículo modelo). En los casos en que la solicitud del Estado extranjero implica que la DGI realice éstas prácticas, la DGI debería rechazar la solicitud y no dar curso a la misma. Ésta facultad le fue conferida a la DGI en el artículo 5 del Decreto 313/011, el cual establece que la DGI deberá controlar de forma preliminar la procedencia de la solicitud del Estado extranjero para ver si cumple con los requisitos del convenio o acuerdo.

A nuestro entender, el ejemplo más esclarecedor se da cuando un Estado extranjero, sin conocer la identidad de la persona titular del secreto bancario que se pretende levantar, le solicita a la DGI que le informe cuál es la identidad de dicha persona, aportando para ello un número de una tarjeta bancaria y pretendiendo que la DGI obtenga la identidad de la persona directamente de la institución de intermediación financiera que emitió dicha tarjeta¹⁰. En ésta hipótesis, el Estado extranjero no debería realizar la solicitud y la DGI, en caso de recibirla, debería rechazarla con fundamento en el numeral 3 del artículo modelo comentado. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el dar curso a la solicitud realizada por el Estado extranjero no depende únicamente de las administraciones tributarias de los Estados involucrados y que muchas veces no es posible para la DGI rechazar la solicitud realizada por el Estado extranjero.

En este punto, no es posible ampararse en el último numeral del artículo 26 modelo, para defender que la DGI puede obtener la identidad del titular del secreto bancario directamente de la institución de intermediación financiera. Y es que para el caso de Uruguay, el numeral 3 y el numeral 5 del artículo 26 modelo implican un conflicto, ya que si bien Uruguay no podría negarse a brindar información solamente porque ésta obre

10 Para un análisis procesal de dicha situación ver Lapaz, Gastón y Nicola, José María, “¿Hasta dónde llega la protección judicial del secreto bancario en el marco de los procedimientos de intercambio de información tributaria?”, *Revista CADE: profesionales & empresas*, Año 10, Número 44 (abr. 2018), p. 98-106.

en poder de bancos, para obtener la información deber seguir el procedimiento previsto en el artículo 54 de la Ley 18.083, procedimiento que debe ser respetado en virtud del numeral 3 del artículo 26 modelo. Como establece LOAIZA, ya había una contradicción entre las disposiciones de este artículo y el ordenamiento interno uruguayo desde antes que estuviera previsto el actual procedimiento para el levantamiento del secreto en el artículo 54 de la Ley 18.083¹¹.

2.2 El procedimiento previsto por el artículo 54 de la Ley 18.083 y sus decretos reglamentarios.

El artículo 54 de la Ley 18.083 establece el procedimiento para el levantamiento de secreto bancario por parte de la DGI en distintas hipótesis. Una de dichas hipótesis es cuando la información es solicitada en el cumplimiento de una solicitud expresa por parte de un Estado extranjero en el marco de convenios internacionales ratificados por Uruguay en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición.

Resulta necesario repasar el marco normativo del procedimiento de levantamiento de secreto bancario en el marco de un acuerdo de intercambio de información o de convenio para evitar la doble imposición. En este sentido, el procedimiento se encuentra previsto por el artículo 54 de la Ley 18.083, el Decreto 282/011 y el Decreto 313/011. Analizaremos los aspectos relevantes de cada una de estas disposiciones.

En primer lugar, cabe determinar cuáles son los requisitos que se deben cumplir bajo el artículo 54 de la Ley 18.083. Vemos que el artículo establece que “La misma información, podrá ser solicitada por la administración tributaria, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero...” (El resaltado es nuestro), por lo que cabe preguntarse, cuál es la información que podrá ser solicitada. La respuesta la da el propio artículo 54, al establecer que “También se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas (...) solicite en forma expresa y fundada (...) toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas” (El resaltado es nuestro). Ésta frase pertenece al inciso 3 del artículo 54 de la Ley 18.083, en el cual se describe cuáles son los requisitos para el levantamiento del secreto cuando éste es realizado únicamente en el ámbito interno. La referencia a la “misma información” se realiza también en el inciso 3 cuando la solicitud de levantamiento se hace en virtud del requerimiento expreso de un Estado extranjero. Lo anterior lleva a cuestionar si todos los requisitos aplicables a la solicitud que se realiza únicamente en el ámbito interno son también aplicables a la solicitud que se realiza en virtud del requerimiento de un Estado extranjero en el marco de un convenio. Esto es, si cuando el pedido de levantamiento es realizado por una solicitud del Estado extranjero, dicho Estado extranjero deba acreditar la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión y siempre que la información solicitada sea necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones.

11 Loaiza Keel, Carlos, El Nuevo Convenio para evitar la Doble Imposición entre España y Uruguay, La Ley, Montevideo, 2011, pág. 67-68.

Al respecto BORDOLLI¹², en posición que compartimos, expresa que “...la respuesta debe ser siempre afirmativa fundado en que la norma aplicable obliga a que estas solicitudes se encuentren fundadas y en el principio de no discriminación que deriva de nuestro sistema constitucional que se vería violado si no se exigieran los mismos requisitos para todas las personas para franquear información de la misma naturaleza y con el mismo objeto (...)”. Jurisprudencia reciente ha adoptado la posición de BORDOLLI, al entender que efectivamente cuando la solicitud es realizada en virtud del requerimiento de un Estado extranjero se deben acreditar los requisitos exigidos para la administración tributaria nacional¹³. Consecuentemente, la solicitud del Estado extranjero y de la DGI debe ser realizada en forma expresa y fundada y se debe acreditar la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo. También, la información solicitada debe resultar necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones. Vemos que aquí la legislación interna uruguaya se encarga de dejar plasmado lo que comentábamos más arriba en el apartado 2.1, respecto de que la información que se puede solicitar debe ser la “necesaria” y que ya fuera recomendado por ALBACETE¹⁴.

Ahora bien, la expresión “existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión” resulta extremadamente amplia y vaga. Es decir, no surge claramente de la Ley qué significa que existan indicios objetivos que hagan presumir, de una forma razonable, la existencia de evasión por parte del contribuyente. Sin embargo, veremos que dicha expresión no es más que un estándar extremadamente alto para el Estado extranjero y para la DGI, cuya solicitud debe superar un arduo análisis para ser procedente. A este arduo análisis le llamaremos el “triple test” que constará de los siguientes pasos: 1) se debe tratar de indicios objetivos, 2) deben dar lugar a una presunción razonable y 3) la existencia de evasión.

Respecto al paso 1: Se debe tratar de un indicio, el cual puede ser definido como “... un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento que se obtiene de aquel, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de experiencia o en principios científicos o técnicos”¹⁵. Siguiendo a TARIGO, un indicio “...puede ser cualquier hecho –material, humano, físico, psíquico, simple, compuesto, etc.– cualquier acaecimiento, siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio para llegar, mediante una operación mental, lógico-crítica, al conocimiento de otro hecho que constituye el objeto de la prueba, el hecho a probar. Como señala Dellepiane, indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido –o mejor dicho debidamente comprobado– susceptible de llevarnos, por vía inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”¹⁶. Además, dicho indicio debe ser objetivo. En este caso la objetividad del indicio puede ser definida como el hecho de que cualquier tercero independiente que analice el indicio entendería también que se trata

12 Bordolli, José Carlos, “El Intercambio de Información en el Convenio Uruguay-Argentina”, Revista Tributaria No. 237, IUET, Montevideo, pág. 1047.

13 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, SEI-0009-000061/2015 del 16 de setiembre de 2015, BJN.

14 Albacete, Juan Manuel, “Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias (Art. 26 del Modelo OCDE)”, Reflexión en Torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición, coord. Mazz, Addy y Pistone, Pasquale, FCU, Montevideo, 2010, págs. 207.

15 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, Sentencia No. 139/2006 de 24 de mayo de 2006, BJN.

16 Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, Tomo II, 5ª Edición, FCU, Montevideo, 2012, pág. 151.

de un indicio que tiene la potencialidad de dar lugar a una presunción razonable de la existencia de evasión. Utilizamos la expresión “potencial” ya que no alcanza solamente con que exista un indicio objetivo, sino que se deben cumplir también los pasos 2 y 3 del triple test.

Respecto al paso 2: Debe dar lugar a una presunción razonable. Nuevamente, siguiendo a TARIGO, una prueba por presunción “...es aquella prueba que emplea o utiliza un cierto acaecimiento (hecho o acto) para convencer al tribunal acerca de la verdad o falsedad de un determinado dato procesal”¹⁷. En este caso, el hecho o acto que sería objeto de presunción sería el indicio objetivo mencionado en el paso 1 del triple test. Entendemos que nos encontramos ante una presunción de carácter judicial¹⁸, en los términos del artículo 1605 del Código Civil, el cual establece: “Las presunciones *judiciales* o que no se han establecido por la ley, quedan confiadas a las luces y a la prudencia del magistrado, que no debe admitir sino las que sean *graves*”. Éste artículo no solamente aclara quién es el encargado de determinar si se cumple o no con el triple test, a lo que nos referiremos más adelante, sino también nos indica cuál debe ser el estándar para evaluar esta presunción: la “gravedad”. Es decir, que no debe tratarse de cualquier presunción, sino que debe ser grave. Siguiendo a PEIRANO FACIO, entendemos por presunción grave aquella especial, aquella presunción “...de carácter serio, de carácter fundado”¹⁹. Es decir, es una presunción importante²⁰. En cuanto a la razonabilidad de la presunción, entendemos que se trata de una presunción que debe estar dotada de razón, que debe ser proporcional y adecuada a lo que se pretende probar.

Por último, el paso 3: los indicios objetivos que dan lugar a la presunción razonable deben concluir, de forma relativa esto es que admite prueba en contrario, que existe una evasión. Por evasión entendemos como enseñaba VALDÉS COSTA, que “Para que se configure evasión, es indispensable –como dice Araújo Falcao– que haya una distorsión de la forma jurídica, una atipicidad o anormalidad de ésta frente a la relación que se exterioriza mediante aquélla”²¹. Por su parte, BONET²² entiende que la evasión es el “uso de instrumentos, normas de cobertura, opacidad tributaria u otros medios para, en violación de la ley, lograr una menor tributación o diferir en el tiempo la misma” y ROSSETTO²³ que se puede definir como la “eliminación o reducción” de un adeudo tributario por parte de su contribuyente a través de una conducta violatoria de la ley.

17 Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, Tomo II, 5ª Edición, FCU, Montevideo, 2012, pág. 147.

18 Para concepto de presunción judicial ver Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, Tomo II, 5ª Edición, FCU, Montevideo, 2012, pág. 152. Entiende que la presunción judicial es el razonamiento que lleva a cabo el Juez para llegar a una conclusión.

19 Peirano Facio, Jorge, Curso de Obligaciones, Tomo V, Prueba de las Obligaciones, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1964, pág. 227.

20 Puede verse sobre el concepto de presunción “grave” la Suprema Corte de Justicia en Sentencia de 418/1997 de fecha 17 de diciembre de 2017, BJNI, en la cual se entendió que rehusarse a realizar un examen de histocompatibilidad no constituye una presunción grave. También puede verse Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, Tomo IV, Las funciones procesales, FCU, Montevideo, 2014 pág. 131.

21 Valdés Costa, Ramón, Curso de Derecho Tributario, BdeF, Buenos Aires, 2015, pág. 325. También puede verse al respecto la Sentencia del Tribunal de los Contencioso Administrativo 125/2014 de fecha 27 de marzo de 2014.

22 Bonet, Juan, “La evolución de la planificación fiscal en la fiscalidad internacional actual. Reacciones y el análisis de las medidas antiabuso en los CDIs”, Revista Tributaria No. 242, IUET, Montevideo, 2014, pág. 769.

23 Rossetto, Jorge, “La evasión y la elusión tributaria. El límite entre lo lícito y lo ilícito”, Boletín de Informaciones y Comentarios Útiles a la Empresa, 1989, Pág. 3.

A nuestro entender, la evasión fiscal consta de cualquier tipo de práctica que sea contraria a la ley, mediante la cual se logre evitar, disminuir o dilatar la tributación.

En conclusión, para que un Estado extranjero y la DGI triunfen en su solicitud de información deben superar el triple test, el cual consta de probar indicios objetivos que den lugar a una presunción grave y razonable que permita concluir la existencia de evasión por parte del contribuyente titular de la información que se solicita.

Quedando establecido que el Estado extranjero debe acreditar los requisitos exigidos por el artículo 54 de la Ley 18.083, cabe dejar en claro que quien debe realizar el control sobre el cumplimiento de estos requisitos es el Juez que entiende en el asunto. Ello surge del artículo 1605 del Código Civil, en tanto al tener que dilucidarse si existe una presunción judicial, el único habilitado para hacerlo puede ser el Juez. En efecto, es el Juez quien tiene y debe decidir si el Estado extranjero y la DGI han cumplido con los requisitos exigidos por la Ley y no alcanza con que la DGI alegue haber controlado la solicitud realizada por el Estado extranjero²⁴. A este respecto compartimos la posición de COSTA²⁵, quien entiende que “...será el Juez Civil quién tendrá que examinar y controlar si el pedido de la Administración contiene lo que la norma exige, y lo debe hacer de una forma exhaustiva y no meramente sumaria, ya que, como está habilitando la limitación de un derecho humano, la interpretación restrictiva se impone”. De otra manera, el Juez se vería transformado en un mero homologador de lo que dispone la DGI, perdiendo toda incidencia en el juico y desnaturalizando su función intrínseca: ser un tercero imparcial e independiente que debe juzgar y decidir acorde a derecho.

Asimismo, surge del artículo 54 de la Ley 18.083 que la solicitud del Estado extranjero debe ser expresa y fundada y que se deben indicar todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada. Es decir, debe fundamentarse por parte del Estado extranjero la razón por la cual se solicita la información y dicha fundamentación debe a su vez justificar el levantamiento.

Se trata de requisitos fuertes y estándares muy altos que deben ser cumplidos por el Estado extranjero y por la DGI para el levantamiento del secreto. Y ello en atención a que en dicho levantamiento están en juego derechos constitucionales del contribuyente, tales como la seguridad, el derecho a la intimidad y el debido proceso.

2.3 Los Decretos 282/011 y 313/011.

Corresponde abordar ahora algunos aspectos relativos al procedimiento presentes en los decretos mencionados. En primer lugar, el plazo previsto en el artículo 9 del Decreto 282/011.

24 Dicho argumento ha sido esgrimido por la DGI, intentando evitar que el Juez realice el control sobre la solicitud realizada por el Estado extranjero. Al respecto ver la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, SEI-0009-000061/2015 del 16 de setiembre de 2015, BJN. En dicha Sentencia el Tribunal adoptó la solución contraria estableciendo que: “Surge de la Ley 18.718 que el Juez no es un mero homologador o transmisor de la decisión de la D.G.I. ¿Qué sentido tiene regular que la D.G.I. debe solicitar al juzgado competente el levantamiento del secreto bancario si como parece entenderlo la recurrente, el juez no puede controlar nada? Si fuera así su rol sería solo el de librar el oficio al Banco Central”.

25 Costa, Leonardo, “Nuevas normas sobre secreto bancario en Uruguay”, La Justicia Uruguaya, Cita Online: UY/DOC/548/2010.

El Decreto 282/011 regula el procedimiento que se debe seguir para poder iniciar el proceso incidental innominado de levantamiento de secreto bancario previsto en el artículo 54 de la Ley 18.083. Éste decreto prevé en su artículo 2 que en forma previa a solicitar el levantamiento en sede judicial, la DGI debe solicitar a los contribuyentes su autorización voluntaria, la cual debe ser expresa y por escrito. Al realizar ésta solicitud se le debe otorgar al contribuyente una vista previa de 5 días hábiles de los motivos del requerimiento de información. Cabe aclarar que cuando el artículo 2 del Decreto 282/011 hace referencia a la “solicitud de relevamiento de secreto bancario ante la Sede Judicial”, se refiere a lo establecido en el artículo 54 de la Ley 18.083 en la redacción dada por la Ley 18.718, esto es a la solicitud en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil. Ello no puede significar otra cosa que la propia interposición de la demanda incidental ante la Sede competente.

En esta línea, el artículo 3 del mencionada Decreto establece: “Dentro de los cinco días hábiles de notificado, el contribuyente podrá otorgar la autorización a que refiere el artículo segundo del presente Decreto”. Y finalmente el artículo 9 del Decreto 282/011 dispone: “Vencido el plazo previsto en el inciso primero del artículo tercero del presente decreto sin que el contribuyente haya otorgado la autorización expresa, la Dirección General Impositiva podrá formular la solicitud de relevamiento de secreto bancario ante la Sede Judicial, en los términos establecidos por los incisos tercero y siguientes del artículo 54 de la Ley N° 18.083, de 27 de diciembre de 2006, con la redacción dada por el artículo 15 de la Ley N° 18.718, de 24 de diciembre de 2010. En caso que la referida solicitud se realice en el marco del cumplimiento de convenios internacionales, **la Dirección General Impositiva dispondrá de un plazo de diez días hábiles para su formulación**” (Los resaltados son nuestros).

En consecuencia, según el artículo 9 citado, si el contribuyente no releva el secreto y no efectúa descargos en los 5 días hábiles previstos en el artículo 3 del Decreto 282/011, la DGI contará con un plazo de 10 días hábiles para formular la demanda. Éste plazo de 10 días hábiles con el que cuenta la DGI es sumamente importante pero a la misma vez presenta cierta incertidumbre. Esto es: ¿Qué sucede si la DGI no “formula” la demanda ante la Sede Judicial competente en el plazo de 10 días previsto? Adelantamos que nuestra posición es que la oportunidad que la DGI tiene para dicha presentación precluye.

Para ello debemos dejar en claro cómo se realiza el cómputo de éste plazo. Vemos que los 10 días hábiles para formular la demanda comienzan a correr luego de que vencen los 5 días hábiles con los que cuenta el contribuyente para otorgar la autorización voluntaria. A su vez, éstos 5 días hábiles comienzan a correr desde el día en que se notifica al contribuyente sobre la solicitud de levantamiento voluntario. Por lo tanto, el cómputo de todos los plazos sería el siguiente: i) una vez notificado el contribuyente de la solicitud de levantamiento voluntario comienza a correr un plazo de 5 días hábiles, contado a partir del día hábil siguiente el día en que fuera notificado el contribuyente; y ii) Finalizado el quinto día hábil, comienza a correr el plazo de 10 días hábiles con los que cuenta la DGI para formular, contados a partir del día hábil siguiente al quinto día hábil del contribuyente. En definitiva, 15 días hábiles luego de notificado el contribuyente de la solicitud de levantamiento voluntario.

Determinado el cómputo, corresponde abordar la naturaleza del plazo de 10 días del

artículo 9 mencionado. Entendemos que la función de este plazo es garantizar la celeridad en la actuación administrativa ante un pedido de información por parte de un Estado extranjero. Pero también, y más importantes, por razones de seguridad jurídica, en este caso del contribuyente. La intención de la norma no es solamente que el intercambio sea rápido, sino también que la Administración no solicite el relevamiento voluntario del secreto bancario -y luego que quede a su arbitrio sin vencimiento- el derecho de interponer la demanda incidental ante el Poder Judicial. Por lo tanto, si la DGI incumple con éste plazo de 10 días, entonces su demanda deberá ser rechazada por ser extemporánea. Así se ha expresado el Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno en su Sentencia N° 186/2016²⁶ al decir: “(...) la DGI al haber efectuado la notificación al contribuyente con fecha 24 de setiembre de 2015 (...), y luego de transcurrido el plazo de cinco días hábiles de que gozaba el mismo para otorgar la autorización a que refiere el art. 2° del Decreto N° 282/011 (...), disponía de un plazo de diez días hábiles para la formulación de la solicitud judicial de levantamiento del secreto bancario (art. 9), plazo que venció con fecha 16 de octubre de 2015. Consecuentemente, es dable destacar que a la fecha de emisión de la Resolución de DGI N° 4499/2015 de fecha 18/11/2015 (...), por el cual se resuelve solicitar el levantamiento judicial del secreto bancario de XXX, el plazo establecido en la norma de referencia había acaecido. Correspondiendo la misma conclusión de estarse a la fecha de presentación de la demanda incidental en Sede Judicial (...)”. Remata la Sentencia 186/2016 diciendo: “Por lo cual, puede estimarse que **la demanda formulada lo fue en forma extemporánea**. Extremo que necesariamente lleva **a desestimar la misma**” (El resaltado es nuestro).

El plazo de 10 días hábiles verdaderamente constituye un plazo que la DGI debe cumplir, tanto para dar celeridad y agilidad al procedimiento de solicitud –protegiendo los derechos del Estado extranjero–, como para proteger los derechos y la seguridad jurídica del contribuyente demandado, para que se asegure que la DGI no va a tener el derecho de realizar la demanda de levantamiento para siempre.

Ahora bien, surge un punto que entendemos es relevante abordar. Esto es, cuál es el significado de la palabra “formular” en el artículo 9 del Decreto. Ello ya que dicho significado puede significar la diferencia entre que la demanda sea considerada o no como extemporánea. La parte final del artículo 9 del Decreto 282/011 dice: “En caso que la referida solicitud se realice en el marco del cumplimiento de convenios internacionales, la Dirección General Impositiva dispondrá de un plazo de diez días hábiles para su **formulación**” (El resaltado es nuestro). Entonces, la cuestión radica en determinar cuándo está formulada la demanda por parte de la DGI.

Entendemos que la respuesta la da el propio artículo 9 en la frase anterior a la recién citada. Esto es, al decir: “Vencido el plazo previsto en el inciso primero del artículo tercero del presente decreto sin que el contribuyente haya otorgado la autorización expresa, la Dirección General Impositiva podrá **formular la solicitud de relevamiento de secreto bancario ante la Sede Judicial**, en los términos establecidos (...)” (El resaltado es nuestro). Es decir que la formulación de la solicitud se debe realizar ante la Sede Judicial. Por ende, la formulación ocurre cuando se presenta la demanda en el Juzgado.

²⁶ Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno, Sentencia N° 186/2016 de fecha 21 de junio de 2016, BJN.

Lo anterior es relevante porque un posible contraargumento a nuestra posición sería decir que la formulación de la solicitud ocurre cuando la DGI resuelve solicitar el levantamiento del secreto en vía judicial. Sin embargo, dicho argumento no resiste el menor análisis. Éste contraargumento y su interpretación solo tendrían sentido si luego de vencido el plazo de 5 días hábiles que el contribuyente tiene para la autorización voluntaria, la DGI tuviera que analizar o decidir si realizar la solicitud del levantamiento frente al Juez. En esa hipótesis el Poder Ejecutivo le estaría poniendo un plazo a la DGI para que tome esa decisión y por lo tanto sería coherente que la “formulación” fuera la Resolución de la DGI decidiendo acudir a la justicia. Pero de acuerdo a la normativa vigente, la DGI no debe analizar o decidir nada luego de que vencen los 5 días hábiles que el contribuyente tiene, porque ya ha decidido dar curso a la solicitud realizada por el Estado extranjero.

Es entonces que no tiene sentido que la “formulación” ocurra cuando la DGI resuelve solicitar el levantamiento ante el Juez. Ya que la DGI no debe decidir nada en esos 10 días hábiles con los que cuenta, solamente debe presentar la demanda. Es por ello que entendemos que la “formulación” de la solicitud ocurre con la presentación de la demanda ante el Juzgado competente, lo que surge de la interpretación armónica y conjunta de los términos utilizados por artículo 9 del Decreto 282/011, ya señalada arriba.

Asimismo, y como nos hemos expresado en otra oportunidad²⁷, entendemos que el plazo de 10 días hábiles previsto en el artículo 9 del Decreto 282/011 es un requisito de procedibilidad que la DGI debe cumplir a los efectos de que se le dé curso a su demanda. Ello por cuanto, el plazo es impuesto por un Decreto que obliga a la Administración a cumplir con el mismo.

Al respecto vale referir a las conceptualizaciones de ABAL OLIÚ, que establece que: *“Dentro de los requisitos propiamente “procesales” que deben reunir los actos procesales encontramos, en primer término, aquellos que se ha dado en denominar requisitos procesales “de forma” (o “formales”). Intentando acercarnos a su concepto puedo decir que los requisitos procesales formales consisten en circunstancias de orden formal, sin cuyo cumplimiento no es posible ingresar al control del cumplimiento del requisito procesal de “fundabilidad” que también debe tener el acto procesal”*²⁸. Continúa ABAL OLIÚ al decir: *“Estando concebido el proceso jurisdiccional como una sucesión de actos, en general el Derecho Procesal prevé en que “momento”, precisamente determinado, debe realizarse cada uno de ellos, al punto de que si el acto se realiza fuera de ese preciso momento normalmente será rechazado (en virtud de operarse la llamada “preclusión)”*²⁹. Y agrega que: *“Recordando el concepto ya brindado de plazo procesal (“período de tiempo comprendido entre dos momentos, el último de los cuales se denomina término”), puedo señalar que la generalidad de los actos procesales de los interesados principales (...) requieren para ser procesalmente admisibles que hayan sido realizados dentro de ciertos “plazos”*³⁰.

27 Lapaz, Gastón y Nicola, José María, “¿Hasta dónde llega la protección judicial del secreto bancario en el marco de los procedimientos de intercambio de información tributaria?”, Revista CADE: profesionales & empresas, Año 10, Número 44 (abr. 2018), p. 98-106.

28 Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, Tomo III. Los Actos Procesales. Las Funciones Procesales, 4ta Edición, FCU, Montevideo, 2015, pág. 44.

29 Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, Tomo III. Los Actos Procesales. Las Funciones Procesales, 4ta Edición, FCU, Montevideo, 2015, pág. 54.

30 Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, Tomo III. Los Actos Procesales. Las Funciones Procesales, 4ta Edición, FCU,

Existe entonces un “*momento*” que fue determinado por la propia Administración, que establece que un determinado acto procesal (la presentación de la demanda incidental) debe ser efectuado dentro de un plazo. Y por tanto, lógicamente si el acto en cuestión se efectiviza fuera de ese *momento* el acto debe ser rechazado.

Siguiendo a COUTURE, incumplir un presupuesto procesal implica la pérdida de la pretensión procesal. Establece este autor que: “*La pretensión procesal es, como ya se ha visto, la autoatribución de un derecho y la petición de que sea tutelado. Los presupuestos procesales de esa pretensión no consisten tanto en la efectividad de ese derecho, como en la posibilidad de ejercerlo. Así, por ejemplo, si ha habido caducidad del derecho; o no se ha agotado la vía administrativa; o el pretensor aduce su propia falta, en contravención al precepto nemo auditur propriam turpitudinem allegans; la pretensión no puede prosperar (...) Lo que está en juego es la inadmisibilidad de la pretensión*”³¹.

En conclusión, la intención de esta norma es que la Administración no solicite el relevamiento voluntario del secreto bancario, y que luego que quede a su solo arbitrio cuándo interponer la demanda incidental ante el Poder Judicial para el levantamiento del secreto bancario. Por ello, en caso que este término transcurra, la demanda de la DGI debe rechazarse.

3. LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO Y SU RECIENTE JURISPRUDENCIA.

3.1 El Secreto Bancario.

El secreto, ya no el bancario sino en forma general, importa para cada profesión, cualquiera sea ésta, un requisito fundamental e indispensable. Como decía ALBANELL MAC-COLL³², existen ciertas profesiones que no pueden concebirse sin la existencia de un secreto que proteja la relación que dicho profesional mantiene con determinados individuos. No es posible concebir profesiones como la de un abogado, un médico o un contador sin que exista entre estos individuos y sus clientes o pacientes, una extrema reserva. Ello porque son profesiones que involucran relaciones, conversaciones, comunicaciones e informaciones que son reveladas en un ámbito de extrema reserva y confianza. Lo mismo acontece en el caso del banquero.

A decir de ALBANELL MAC-COLL “*existe, en materia bancaria, una larga tradición de discreción para sus operaciones, aun antes de toda reglamentación u apoyo legal. La motivación de esta regla de discreción, dice Henrion, parece haber variado curiosamente en el tiempo...*”³³. Dicha tradición tiene larga data también en el Uruguay, ya que el secreto bancario fue instaurado por vía legal por primera vez mediante el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 de fecha 23 de setiembre de 1982. A partir de dicho artículo todas las instituciones de intermediación financiera se vieron obligadas a guardar este secreto, viéndose sujetos a graves consecuencias de carácter civil, penal y administrativo en caso de incumpli-

Montevideo, 2015, pág. 80.

31 Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ª Edición, BdeF, Montevideo, 2007, p. 86.

32 Albanell Mac-Coll, Eduardo, “Secreto Bancario”, La Justicia Uruguaya, Tomo 51, pág. 139 y ss.

33 Albanell Mac-Coll, Eduardo, “Secreto Bancario”, La Justicia Uruguaya, Tomo 51, pág. 139 y ss.

miento. La obligación de guardar secreto bancario, entendida por la Suprema Corte de Justicia, era que no podía revelarse ni el más mínimo dato³⁴.

Siguiendo nuevamente a ALBANELL MAC-COLL, “...el secreto debido por el banco es un derecho para el cliente que engendra para el banquero una obligación negativa, una obligación de no hacer alguna cosa, una prohibición de comunicar, de revelar hechos conocidos por las relaciones de negocios con su cliente”³⁵. Mucho se discutió sobre el alcance del secreto bancario en el Uruguay, sobre todo respecto de si el secreto alcanzaba únicamente a las operaciones pasivas del banco o si también a las activas³⁶. Dichas discusiones se vieron saldadas por la Ley 17.948 que en su artículo 1 aclaró que el artículo 25 alcanzaba únicamente a las operaciones pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera. Como indica PÉREZ BENECH³⁷, esta aclaración se realiza a los efectos de lograr una transparencia en el crédito y de lograr una gestión eficiente en el riesgo crediticio. Ello cobra sentido cuando nos paramos en el lugar de un potencial prestador que evalúa otorgar un crédito a un sujeto. Sería prácticamente imposible para ese futuro acreedor acceder a la información necesaria para determinar si otorgará o no ese crédito. Las consecuencias de ello serían devastadoras para nuestra economía, ya que se estaría restringiendo o dificultando el acceso al crédito mediante el desincentivo de herramientas y facilidades para los otorgadores de esos créditos³⁸.

Sin embargo, lo que es claro y no tiene lugar a discusión al día de hoy, es que dicho secreto bancario es también oponible a la Administración Tributaria. Como enseña VALDÉS COSTA³⁹, el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 derogó el inciso 2) del literal E) del artículo 68 del Código Tributario. Recordemos que el artículo 68 del Código Tributario establece cuáles son las facultades de investigación y fiscalización de la Administración. El literal E) dispone que la Administración podrá requerir a terceros informaciones respecto de los contribuyentes que esté investigando y fiscalizando. En la práctica ello suele verse cuando un sujeto A está siendo investigado por la Administración, y haciendo uso de esta facultad la Administración le solicita a B, que es contraparte de A en ciertas operaciones, que le provea de cierta información, como ser facturas, volumen de ventas, entre otros datos. El inciso 2) hoy derogado establecía que “*Los Bancos oficiales y privados, las cajas bancarias, las cajas populares, y as sociedades financieras, están obligados a franquear a los funcionarios de la Dirección General Impositiva o de los organismos correspondientes, debidamente autorizados, los libros y comprobantes de contabilidad, proporcionando todas las informaciones que se les requiera sin excepción alguna, a cuyos efectos no regirá el secreto bancario*”.

34 Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 430/1995 de fecha 2 de agosto de 1995, BJNI.

35 Albanell Mac-Coll, Eduardo, “Secreto Bancario”, La Justicia Uruguaya, Tomo 51, pág. 139 y ss.

36 A este respecto puede verse Creimer, Israel, “El secreto profesional, el secreto bancario y la actividad financiera”, Secreto Bancario en el Uruguay, Cámara de Entidades Financieras, FCU, Montevideo, 1995, págs. 11 y ss.

37 Pérez Benech, Viviana, “La Nueva Regulación sobre Secreto Bancario en la Ley N° 17.948”, Revista de la Universidad de Montevideo, Año VII, 2008, N° 14, Montevideo, pág. 111.

38 En este sentido, un prestador se vería desincentivado a otorgar un crédito si no posee la información necesaria para evaluar la capacidad de repago de su deudor. No poder acceder a información respecto de la situación crediticia de ese deudor, provocaría que el potencial acreedor no quiera otorgar el crédito o, si lo hace, otorgarlo a un costo más caro, esto es, mediante una tasa de interés más alta. Para mayores desarrollos sobre el rol del crédito en la economía moderna puede verse De Cores, Carlos, Introducción al Derecho de los Servicios Financieros, La Ley, Montevideo, 2009, pág. 9 y ss.

39 Valdés Costa, Ramón, et. al., Código Tributario de la República Oriental del Uruguay Comentado y Concordado, 5ta Edición, FCU, Montevideo, 2013, pág. 444.

Dicha derogación es prueba de que el secreto bancario es también oponible a la Administración.

No obstante, debe tenerse en cuenta el artículo 55 de la Ley 18.083 de Reforma Tributaria que establece que para las instituciones de intermediación financiera no regirá el secreto bancario frente a la Dirección General Impositiva respecto de sus propias obligaciones como contribuyentes. Es decir, para las obligaciones tributarias que las instituciones de intermediación financiera tienen por ser contribuyentes, no regirá el secreto bancario sobre la información que pueda solicitar la DGI.

3.2 La titularidad del Secreto Bancario.

Corresponde ahora sí entrar en el tema que más ha estado presente en la jurisprudencia reciente, y es determinar quién es el verdadero titular del secreto bancario que protege el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322. Dicha interrogante se plantea respecto de reciente jurisprudencia sobre el levantamiento del secreto en los casos en que la DGI, a solicitud de un Estado extranjero, demanda directamente a la institución de intermediación financiera aportando únicamente el número de tarjeta bancaria del contribuyente en cuestión, solicitándole a la institución de intermediación financiera que le provea la identidad del contribuyente⁴⁰.

Es relevante determinar quién es el titular del secreto bancario, ya que ello determinará si las instituciones de intermediación financiera pueden ser demandadas por la DGI en el procedimiento de levantamiento de secreto bancario previsto en el artículo 54 de la Ley 18.083. Recordemos que el inciso 4 del artículo 54 establece: *“En el caso del inciso precedente, el proceso judicial de levantamiento del secreto bancario se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información”* (El resaltado es nuestro). Por lo que resulta necesario saber quién es el titular de la información para saber a quién se deberá demandar por el levantamiento del secreto bancario.

Desde ya advertimos que nuestra opinión es que no es procedente realizar el proceso judicial de levantamiento de secreto bancario frente a la institución de intermediación financiera en donde el contribuyente tiene sus cuentas o valores. La respuesta la otorga la interpretación armónica del artículo 54 de la Ley 18.083, el cual en su octavo inciso establece que en el caso del levantamiento de secreto por solicitud de un Estado extranjero, el Banco Central del Uruguay será el que cumpla la orden del juzgado de solicitar la información. El Banco Central del Uruguay deberá solicitar a las *“...empresas referidas en los artículos 1° y 2° del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982...”* que proporcionen la información. Lo que significa que no puede la DGI solicitar la información a la institución de intermediación financiera de forma directa, sino que debe realizar el proceso frente al titular del secreto, esto es el contribuyente que tiene sus cuentas o tarjetas en la institución de intermediación financiera.

40 Al respecto, pueden verse las siguientes sentencias: Juzgado Letrado en lo Civil de 1° Turno, Sentencia N° 2492/2017 de fecha 24 de octubre de 2017, Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno, Sentencia N° 186/2016 de fecha 21 de junio de 2016, Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno, Sentencia N° 2560/2016 de fecha 23 de agosto de 2016, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno, Sentencia N° SEI-0009-000061/2015 de fecha 16 de setiembre de 2015, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia CED-0006-000850/2017 de fecha 15 de diciembre de 2017.

Nuestra posición tiene también sustento legal en la Ley 18.331 de Protección de Datos Personales y su definición de “titular de la información”. El artículo de esta ley establece que el titular de los datos es la “*persona cuyos datos sean objeto de un tratamiento incluido dentro del ámbito de acción de la presente ley*”. Obviando la referencia al tratamiento de los datos bajo la presente ley, que claramente no es aplicable, nos interesa remarcar la referencia a la frase “cuyos datos” que indica que el titular de los datos es la persona que tiene el dominio sobre el dato.

Por otra parte, CERVINI, entiende que el secreto bancario reposa originalmente en proteger la intimidad de la persona que confía al banquero un sector concreto de su intimidad⁴¹. Es decir, que el titular, el dueño, de la información que mantiene y guarda el banquero, es el contribuyente y no la institución de intermediación financiera. El propietario de esa información es el contribuyente ya que se trata de fondos de su propiedad, valores de sus propiedad y tarjetas bancarias de su uso. Cabe realizar una aclaración en este punto y es que debemos partir de la base de que el titular de la información y por ende el titular del secreto bancario, es siempre el titular de la cuenta bancaria en la institución de intermediación financiera. Ello porque puede ocurrir que existan fondos que son en principio propiedad de una persona distinta a la que figura como titular de la cuenta bancaria o de la tarjeta bancaria. Pero ni la institución de intermediación financiera ni la Administración Tributaria pueden determinar dicha cuestión, que restará a las partes involucradas. Es por ello que debemos tomar el único parámetro objetivo sobre quién es el titular de la información y esto es la persona física o jurídica que figure o figuren como titular o co-titulares de la cuenta.

Como explica OLIVERA GARCÍA⁴², las instituciones de intermediación financiera son los sujetos pasivos de la obligación de guardar secreto bancario impuesta por el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322. Son las empresas obligadas a cumplir con el secreto, pero no puede nunca entenderse que son las titulares.

En este sentido se expresó el Tribunal de Apelaciones de 6° Turno, en un caso idéntico a la hipótesis descrita en este capítulo, diciendo que: “*No se siguió el procedimiento con dicha persona, desconociéndose quien es ésta. El artículo anteriormente referido es claro en cuanto exige para levantar el secreto bancario ante un Juzgado Letrado con competencia en materia civil, por un lado que se trate “de personas físicas o jurídicas determinadas” (inciso 3) y por otro lado, dispone que el proceso judicial se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información (inciso 4)*”⁴³.

También así se expresó el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8° Turno nuevamente en un caso idéntico a la hipótesis descrita en este capítulo, entendiendo que: “*...lo que se pretende es la obtención de un dato esencial (cuál es el nombre de la persona titular de la tarjeta de débito) al efectos de poder iniciar el referido proceso de levantamiento del secreto bancario. Por ello, compartiendo lo expresado por la parte demandada, se advierte que lo pre-*

41 Cervini, Raúl, “Alcances del Secreto Bancario en el Uruguay”, Secreto Bancario en el Uruguay, Cámara de Entidades Financieras, FCU, Montevideo, 1995, pág. 28.

42 Olivera García, Ricardo, Cuestiones de Derecho Bancario, FCU, Montevideo, 2015, pág. 66.

43 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia CED-0006-000850/2017 de fecha 15 de diciembre de 2017, BJN.

tendido supone en forma oblicua que se esté verificando el levantamiento del secreto bancario”⁴⁴.

La doctrina es conteste en que el proceso se debe seguir con la persona física o jurídica titular de la información. Así se expresan por ejemplo LOAIZA⁴⁵ y ALBACETE y ERMOGLIO⁴⁶.

En consecuencia, las instituciones de intermediación financiera carecen de legitimación pasiva para entender en el proceso judicial de levantamiento de secreto bancario porque no son las titulares de la información. Obligar a un banco a entregar información bajo este procedimiento implicaría violar el secreto bancario.

3.3 Los elementos que permitan identificar al titular.

Corresponde ahora abordar un punto que surge del Decreto 313/011. Esto es si alcanza que el Estado extranjero aporte, como sucedió en la jurisprudencia mencionada, solamente el número de tarjeta bancaria utilizado por el contribuyente. O si debe brindar datos más específicos para poder identificar al titular.

En este sentido, el artículo 54 de la Ley 18.083 establece que la información que se puede solicitar es la relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas “determinadas”. Esto abre la interrogante de qué significa que una persona sea determinada. Según la Real Academia Española la palabra determinada proviene del verbo determinar, que significa “Señalar o indicar algo con claridad o exactitud”⁴⁷. Por lo tanto, tanto el Estado extranjero como la DGI solo podrían solicitar información relativa a las operaciones bancarias de las personas físicas o jurídicas cuya identidad logren señalar o indicar con claridad o exactitud. Desde ya advertimos que aportar el número de una tarjeta bancaria no es señalar o indicar con exactitud la identidad de una persona.

Por su parte, el artículo 5 del Decreto 313/011, en solución que entendemos violatoria del principio de legalidad, establece que: “...*Dirección General Impositiva (...) Observará especialmente que la misma contenga como mínimo la siguiente información: a) elementos que permitan la identificación de las personas o entidades que están siendo examinadas o investigadas en el Estado requirente...*”. Dicho artículo viene a bajar el estándar con el que el Estado extranjero y la Administración deben cumplir para solicitar la información. Según la Ley en Uruguay para obtener el levantamiento de secreto bancario debe solicitarse información de una persona determinada, indicando con exactitud su identidad. Modificar por vía de decreto algo establecido por la ley no resulta adecuado.

En los antecedentes jurisprudenciales mencionados se ha intentado mediante este artículo 5 argumentar que el número de tarjeta bancaria constituye un elemento que permite determinar la identificación de la persona. Sin embargo, dicho argumento esca-

44 Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno, Sentencia N° 2560/2016 de fecha 23 de agosto de 2016, BJN.

45 Loaiza Keel, Carlos, El Nuevo Convenio para evitar la Doble Imposición entre España y Uruguay, La Ley, Montevideo, 2011, pág. 67-68.

46 Albacete, Juan Manuel y Ermoglio, Enrique, “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”, Revista Tributaria No. 219, IUET, Montevideo, pág. 943-944.

47 “Determinar”, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.

pa al hecho de que identificar a la persona mediante el número de tarjeta bancaria sería violatorio del secreto bancario y por lo tanto ese dato no puede ser tomado en cuenta para identificar a la persona. En este sentido, no caben dudas de que el único que posee la información en estos casos es la institución de intermediación financiera. Pero la misma se encuentra protegida por el secreto bancario y solamente puede ser revelada en los supuestos previstos en la ley.

Una interpretación razonable del artículo 5 del Decreto 313/011 demuestra que los “elementos que permitan identificar al titular” no comprenden datos que se encuentren protegidos por la Ley y que un Decreto nunca podría obligar a brindar. En efecto, el nombre del titular de una cuenta bancaria que es un dato protegido por el Secreto Bancario y Profesional, por lo que mal puede pretenderse que para identificar al titular del secreto la institución de intermediación financiera deba proveer de su nombre.

Así se expresó el Tribunal de Apelaciones de 6° Turno en uno de los casos mencionados, diciendo que: *“Tampoco se ha cumplido con los requisitos exigidos en el art. 5° del Decreto N° 313/2011 (...) conforme al cual, recibida una solicitud de intercambio de información, la D.G.I. (...) observará que contenga como mínimo la información que detalla, entre ellos “elementos que permitan la identificación de las personas o entidades que están siendo examinadas o investigadas en el Estado requirente.” Esta información no la proporciona el Reino de España; es claro que no aporta elementos que permitan la identificación de la persona o entidad que está siendo investigada. No conoce la identidad, no proporciona a la D.G.I. los elementos que permitan identificarla y tal es así que ésta no sabe de quién se trata y pretende que el Banco XXXX le proporcione dicha información, la cual como acertadamente manifiesta la demandada y lo reconoce la propia sentenciante de primera instancia, está amparada en el secreto bancario”*⁴⁸.

En conclusión, por más de que parezca lógico o razonable exigirle a las instituciones de intermediación financiera que entreguen la identidad del titular de la información en estos casos, la realidad es que actualmente el ordenamiento jurídico uruguayo no permite que se levante el secreto bancario de esta forma.

48 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia CED-0006-000850/2017 de fecha 15 de diciembre de 2017, BJN.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CASILLAS, Neydy

El quebrantamiento del orden jurídico internacional en la opinión consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica.

EL QUEBRANTAMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.

NEYDY CASILLAS*

Abstract: La opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a la solicitud formulada por el gobierno de Costa Rica respecto de la interpretación de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana, presenta graves vicios que vulneran principios elementales del derecho internacional, tales como el de soberanía y autodeterminación de los estados. El presente artículo se dirige a exponer algunos problemas de fondo advertidos en el documento publicado por la Corte, así como muy probables consecuencias nocivas a generarse para el orden público internacional.

El 18 de mayo de 2016, el gobierno de Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte”) la emisión de una opinión consultiva respecto de la interpretación de los artículos 11.2¹, 18² y 24³ de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “la Convención Americana”), también conocida como “Pacto de San José”, en relación con el artículo 1⁴ del mismo tratado, y la compatibilidad de las referidas disposiciones con la legislación nacional costarricense.

1. *“Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?”;*

2. *“En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que*

* Neydy Casillas es, representante de Alliance Defending Freedom International, con Sede En Washington. El presente trabajo tiene origen en la conferencia dictada en la Universidad de Montevideo, el 8 de marzo de 2018, sobre «Los “nuevos derechos” y la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Costa Rica»

1 Artículo 11.2 de la Convención Americana: “Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

2 Artículo 18 de la Convención Americana: “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

3 Artículo 24 de la Convención Americana: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

4 Artículo 1 de la Convención Americana: “Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”;

3. *“¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”;*

4. *“Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”, y*

5. *“En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”.*

En el presente artículo expondremos algunos de los problemas de fondo que observamos en el pronunciamiento de la opinión consultiva de la Corte, así como el impacto que ellos causarán en la autodeterminación, independencia y democracia de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, “la OEA”).

Introducción.

La figura de la opinión consultiva se encuentra contemplada por el artículo 64⁵ de la Convención Americana, el cual contempla la facultad de los Estados miembros de la OEA para consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana, o bien de otros tratados concernientes a los derechos humanos para las Américas⁶. En otras palabras, esta disposición le confiere un derecho al Estado para solicitar una opinión de la Corte en su función coadyuvante a la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, imponiendo a la Corte una carga ilustrativa.

Es importante resaltar que la Convención de Derechos Humanos, sentó las bases del sistema legal escrito respecto de la promoción y protección de los derechos humanos en el hemisferio. En ella se consignan las obligaciones que los Estados adquieren al firmar y ratificar este tratado, a fin de que exista una constancia escrita, a forma de contrato, respecto de los derechos y obligaciones que se crean para las Estados firmantes. Lo anterior se desarrolla en concordancia y a fin de dar cumplimiento a los principios del derecho internacional recopilados en el literal b) del artículo 3 de la Carta de la OEA, el cual establece:

5 Artículo 64 de la Convención Americana: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. [...] 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

6 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

“El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.”⁷

Este principio es una garantía que se les otorga a los Estados por la cual se avala que la adhesión a un tratado no implica la subordinación absoluta de su soberanía, sino única y exclusivamente en los términos que se receptan en el tratado firmado. Los Estados en todo momento mantienen la capacidad de regirse bajo sus propias leyes como parte de un derecho propio de todo pueblo a la autodeterminación.⁸ Una segunda garantía que otorga el derecho internacional para reforzar la independencia y autodeterminación de los Estados, es la existencia de las reglas de interpretación de los tratados. Sin ellas, se dejaría sin certeza jurídica a los Estados suscriptores de diversos instrumentos internacionales de carácter vinculante, en tanto la interpretación de los mismos sería subjetiva, pudiendo depender del juez de turno, y no objetiva y de acuerdo a la voluntad expresada por los Estados.

Tanto la Convención Americana como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y la misma Carta de la OEA, contienen los principios y garantías que marcan la competencia y los límites que tienen la OEA y los organismos que integran su estructura -tales como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos-, a fin de que estos no intervengan en los asuntos internos de los Estados, respetando su función subsidiaria y coadyuvante a la labor de aquéllos.

De hecho, los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen y resguardan principios como el de igualdad soberana, el de no intervención en los asuntos internos de los Estados, el de autodeterminación de los pueblos, y el de integridad territorial.⁹ Pretender minimizar los alcances de la soberanía de los Estados sobre la base de la existencia de una comunidad internacional resulta en una incongruencia, en tanto es precisamente la soberanía estatal la que permite el mantenimiento de dicha comunidad.¹⁰

7 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADulo%20II

8 En palabras de ciertos estudiosos, “soberanía es el poder que tiene el Estado para autodeterminarse en sus asuntos internos y para defender su independencia e igualdad ante otros Estados igualmente soberanos”. BECERRA RAMÍREZ, Manuel; POVEDANO AMEZOLA, Adriana; TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn. “La soberanía en la era de la globalización”, en: BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, p. 63.

9 BECERRA RAMÍREZ, Manuel; POVEDANO AMEZOLA, Adriana; TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn. “La soberanía en la era de la globalización”, en: BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, p. 62.

10 Tal como explican Manuel Becerra y otros autores: “Es gracias al concepto de soberanía que el derecho internacional existe y puede entenderse la «igualdad soberana», la autodeterminación de los pueblos, la integridad territorial, la soberanía permanente sobre los recursos naturales, la no intervención en los asuntos internos de cada uno de los Estados, entre otros muchos principios que son reconocidos por los sujetos del derecho internacional.” Véase: BECERRA RAMÍREZ, Manuel; POVEDANO AMEZOLA, Adriana; TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn. “La soberanía en la era de la globalización”, en: BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, pp. 63-64.

De igual manera, explica Luis Carlos Moreno que “es en ejercicio de la soberanía como un Estado voluntariamente asume el

Resulta alarmante que las garantías que reconoce el derecho internacional a los Estados hayan sido violentadas por la Corte en la respuesta emitida ante la petición sometida por el Estado de Costa Rica. A continuación, se presenta un detalle de los vicios de fondo que existen en la opinión de la Corte, luego de lo cual se exponen algunas consideraciones respecto del impacto que tales vicios están teniendo en el orden jurídico internacional y la independencia de los pueblos.

1. Vicios en el proceso de admisibilidad.

Recientemente en una opinión sometida a la Corte en el año 2016, esta se pronunció sobre algunas de las razones por las que se debía rechazar una solicitud de opinión consultiva¹¹, siendo que dos de los criterios creados por la misma Corte resultan relevantes para nuestro caso:

a) no debe encubrir un caso contencioso pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso

c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno;

La Corte, ignorando los criterios creados por ella misma, dio admisión a la solicitud de Costa Rica a pesar de que debido a la temática sobre la que versaba la opinión existían casos sobre la materia en el sistema interamericano, que eventualmente podrían haber llegado a la Corte como casos contenciosos.

Adicionalmente debe hacerse mención a la existencia de un debate político en el Congreso de Costa Rica respecto de distintas iniciativas traídas puestas sobre la mesa; en particular, hacemos referencia a la propuesta N° 19.841, de una “ley para el reconocimiento de la identidad de género e igualdad ante la ley”, ingresada a la asamblea el 25 de enero de 2016, así como a la propuesta N° 16.390, de una “ley de uniones civiles de Costa Rica”, siendo que ambas iniciativas tenían relación directa con la materia objeto de la solicitud de opinión consultiva formulada por el Estado de Costa Rica. La Corte, yendo en contra de su propia y reciente jurisprudencia, aceptó la solicitud de opinión consultiva, ignorando que claramente su opinión interferiría con un debate y un proceso

compromiso de integrarse a una organización multilateral o formar parte de un bloque comercial regional, es decir, precisamente por su carácter de soberano el Estado puede asumir compromisos internacionales.” Véase: MORENO DURAZO, Luis Carlos. “Soberanía Nacional, Globalización y Regionalización”, en: El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional, Universidad Nacional Autónoma de México, The American Society of International Law, México, 1997, p. 266.

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

11 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Junio 23, 2016 en relación a la petición de opinión consultiva presentada por el Secretario General de la OEA, considerando sexto

político interno, el cual debía llevarse a cabo en el marco de una sociedad democrática, en la cual los ciudadanos estuvieran representados a través de parlamentarios elegidos por ellos mismos para la aprobación de las normas que los regirían. Tal interferencia de la Corte claramente rompe con las garantías de proceso legal establecidas por el orden internacional, el cual establece límites para los organismos internacionales, no siendo estos soberanos ni supremos, sino más bien de rol subsidiario al de los Estados que les dieron facultades.

Cualquier interpretación distinta de la expuesta conllevaría a pretender que no existe algún asunto exclusivo de jurisdicción interna de los Estados, también conocida como doméstica, de dominio reservado o margen de apreciación. Desconocer dicha aptitud de los Estados implicaría abolir los parlamentos electos mediante el voto democrático de los ciudadanos o, en su faz menos grave, reducirlos a meros reglamentadores. Lo cierto es que la competencia legislativa está expresamente reservada a los Estados; por lo que en ningún supuesto una opinión consultiva puede adquirir una función normativa, ya que ello contrariaría el designio expreso de los Estados miembros al momento de ratificar la Convención Americana.

2. Vicios en la interpretación.

Las reglas de interpretación que existen en el derecho internacional son una garantía legal y de certeza jurídica para los Estados que se hacen partes de un tratado, para lo cual cada uno de ellos lleva a cabo proceso legislativo interno que asegura la compatibilidad de su legislación doméstica con el tratado.

Cierto es que los tratados, como todas las leyes, están sujetos a interpretación; sin embargo, esta interpretación nunca puede ser libre o dejada en forma exclusiva al juez. Ello supondría caer en cierta subjetividad, dando lugar a contradicciones jurídicas. En atención a ello, el fin de la interpretación no puede ser otro que el de desentrañar armónicamente el espíritu de la norma junto con el resto del corpus jurídico que a contiene. En ese contexto, la interpretación de los tratados está sujeta a una serie de reglas, acordadas por los Estados, mediante las cuales se estipulan y limitan los criterios de aplicación de las normas.

“Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe¹²”, reza la Convención de Viena de Derecho de los Tratados en su sección inicial, referida a la observancia e interpretación. Este principio es muy claro: la buena fe debe existir en ambas partes; en este caso, en la Corte y en los Estados. Si las obligaciones no hubieran sido expresamente asumidas por el Estado, sino que dimanaran de una interpretación efectuada por la Corte ¿cómo podremos exigir al Estado que cumpla una obligación de la cual no tenía conocimiento?

Si bien en su opinión consultiva, la Corte hace mención a los artículos referentes a las reglas de interpretación contenidos tanto por la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados como por la Convención Americana; al momento de hacer la valoración

12 Convención de Viena sobre los tratados. **Observancia de los tratados. Artículo 26. "Pacta sunt servanda"**. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

de la reglas de interpretación la Corte se limita a considerar y exponer únicamente una breve parte de lo establecido por la Convención Americana:

... “Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29¹³, entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Dejando completamente de lado lo dispuesto por la Convención de Viena, la Corte continúa exponiendo:

... “la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”

En otras palabras, la Corte no sólo hace caso omiso de las reglas vinculantes de interpretación, sino que, *ultra vires*, establece sus propias reglas, no contenidas en ningún tratado internacional ni consensuadas por los Estados, y se auto atribuye interpretaciones bajo la justificación de que la Convención Americana es un instrumento vivo. Si ello fuese cierto, significaría que de nada sirve que exista un acuerdo entre las partes sobre los términos bajo los cuales se están obligando, ya que al final del día será la Corte quien, bajo la justificación de interpretaciones “progresivas”, “evolutivas” o “el carácter vivo que le atribuye a la Convención”, emitirá y creará nuevos derechos –y, por ende, obligaciones– para las partes.

Tal como lo expresó el Juez Pérez Pérez en su voto disidente en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, no se puede usar como excusa única la idea de la interpretación evolutiva para justificar cualquier interpretación que no vaya acompañada del sentido original o bien que exista una pauta sobre la existencia de un consenso en los países.

*“Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes...”*¹⁴

13 Artículo 29 de la Convención Americana: “Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

14 Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012.

En este mismo sentido el Juez Vio Grossi, en su voto disidente en el caso Alberto Duque vs. Colombia, se refiere al tema de la interpretación evolutiva y explica:

“la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas”.

–La cuestión de las llamadas “orientación sexual” e “identidad de género”, y aún más la de las uniones entre personas del mismo sexo, configuran temas respecto de los cuales los países de la región se encuentran en muy diferentes etapas de aproximación; por lo que no puede hablarse de una unidad ni mucho menos de un consenso regional, como para que la Corte pueda pronunciarse de forma unánime para toda la región. Tan es así, que tenemos países como Argentina o Uruguay en donde las uniones entre personas del mismo sexo están permitidas, pero también tenemos una gran mayoría de países de la región cuya legislación es nula respecto del tema.

*Mientras la Corte Interamericana pretende imponer derechos ignorando la falta de consenso y la realidad interna de cada país; tenemos a la Corte Europea¹⁵, la cual, en una postura más seria e imparcial, considera los casos que le corresponde conocer en esta materia, haciendo una valoración de los argumentos del caso, su impacto en la realidad y tomando en cuenta la identidad de cada estado. Es decir, la Corte Europea toma en cuenta la autodeterminación del estado y aborda el tema con el ánimo de velar por los derechos que necesitan ser protegidos; pero nunca trata de imponer un criterio único y general a toda la región que su jurisdicción abarca. De hecho, la Corte Europea, reconociendo la falta de consenso que existe en el tema en cuestión, y con el fin de mantener y respetar la autodeterminación de los países, aplica el **principio del margen de apreciación**, el cual otorga a los países un cierto espacio en el que pueden moverse para lograr la protección de los derechos humanos en consonancia con su ley nacional. La tendencia de la Corte Europea¹⁶ ha sido la de considerar cada uno de los casos que le corresponde conocer en particular y siempre aplicando el margen de apreciación como un principio que le permite seguir protegiendo los derechos fundamentales de las personas, y a la vez la independencia y soberanía de cada país. Es otras palabras cumple con su rol subsidiario y no atenta con ser la Corte Suprema del continente.*

De manera muy distinta, la Corte Interamericana pretende imponer su interpretación aplicando el llamado “control de convencionalidad”, un principio creado por la misma corte, sin la anuencia de los estados. Este principio propone que los poderes judiciales y demás poderes que tengan la facultad de decidir sobre un caso concreto, deban tomar en cuenta no solamente lo establecido por la Convención Americana, sino también las interpretaciones que al respecto haga la Corte Interamericana¹⁷.

15 Ver caso

16 Ver caso

17 ... el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe

Lo anterior ha sido impulsado por la Corte a pesar de que la propia Convención Americana es muy clara en su artículo 68 en el sentido de que las decisiones de la Corte vinculan únicamente al estado parte del caso¹⁸.

Mientras que la Corte Europea trata de mantener un respeto al orden jurídico interno y al derecho internacional, la Corte Interamericana cada día da un paso más adelante inmiscuyéndose en los asuntos internos de las naciones; al crear principios, reglas e incluso derechos **que no han sido acordados** por los estados.

La interpretación no puede, pues, avanzar a simple capricho de la Corte Interamericana; sino que está obligada a respetar la independencia de los Estados. Cabe observar que malamente los Estados, al no entrar a analizar los contenidos emitidos por la Corte, están permitiendo el atropello de funciones internas e, incluso, de autoridades internas. Ya no es el poder legislativo quien decide en nombre del pueblo las leyes que marcarán su independencia, sino que es la Corte quien, bajo la excusa de interpretaciones evolutivas, decide por el pueblo.

Aún más preocupantes son los documentos a los que se refiere la Corte para justificar falsas obligaciones de los Estados. Mención especial de estas no-fuentes del derecho merecen los autoproclamados “Principios de Yogyakarta”; un **documento privado** realizado en una reunión auto-convocada de particulares, quienes redactaron una serie de directrices con pretensión de fuerza imperativa internacional, tal como sugiere su redacción. La opinión consultiva de la Corte cita estos principios *veinte veces* e, incluso incurriendo en la audacia jurídica, señala:

“los principios de Yogyakarta plantean la obligación a cargo de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias “para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”

La Corte en su valoración pretende otorgar la misma fuerza legal que los tratados consensuados y aprobados mediante un proceso legislativo, que a principios o criterios particulares, en cuyo nacimiento no hubo participación alguna de los estados, es decir, el criterio de un grupo de personas se impone sobre la ley y sobre la autodeterminación de los pueblos. Los principios de Yogyakarta fueron redactados por un pequeño grupo de personas (16 asistentes a la reunión) que militaban por el tema de la orientación sexual y la identidad de género. Sin embargo, hoy en día se quiere dar a los referidos principios un carácter vinculante, violentando así cualquier principio de derecho y no solo de derecho internacional.

tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

18 Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a **cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.** (resaltado nuestro)
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Además de los principios ya mencionados, la Corte se refiere a una serie de resoluciones las cuales no son vinculantes a los estados y algún de ellas cuentan con reservas de los países o, incluso, carecen validez por todos los países, al no haber acuerdo internacional respecto del tema. Sin embargo, la Corte se refiere a dichas resoluciones para intentar aparentar un acuerdo de los países y así justificar sus interpretaciones ultra vires.

Vicios respecto de la jurisdicción.

Igual de preocupantes son los trasposos que existen en la opinión consultiva de la Corte Interamericana respecto de la jurisdicción que ella abarca, al pretender que todos los Estados, incluso aquellos que no están bajo su jurisdicción, adopten la interpretación que hace de la Convención Americana a solicitud de un estado en particular. A ello se aúna el pedido de la Corte a los estados para que lleven a cabo el control de convencionalidad, para así asegurarse de que los estados adapten su legislación interna a lo decidido por la Corte, a pesar de no ser vinculante.

En primer lugar, debemos distinguir que la naturaleza de la Corte Interamericana es subsidiaria; es decir, los países al firmar el tratado, y bajo el *pacta sunt servanda*, deben asegurarse de respetar los términos del instrumento y, de forma progresiva si es necesario y en respeto del orden jurídico interno, adaptar su legislación a fin de dar cabal cumplimiento a lo acordado. El papel de la Corte en este sentido se limita únicamente al de un ente coadyuvante de la labor del Estado, siendo que entrará a conocer el tema: a) porque le compete o b) porque el estado no está cumpliendo las obligaciones a las que expresamente se adhirió. Pero la Corte no es en modo alguno una corte supra nacional, es decir, una cuarta instancia que pueda ser utilizada para menoscabar el equilibrio de poderes interno de los estados.

De lo anterior dimana el hecho de que una opinión consultiva de la Corte no sea una sentencia, ya que se trata del ejercicio de una competencia no contenciosa. De acuerdo con el artículo 68 de la Convención Americana, los estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte únicamente respecto de los casos en que hayan sido partes.

La Corte, al dictar una sentencia, producto de un caso contencioso, tiene en principio la potestad de supervisar periódicamente el cumplimiento de la misma e incluso de emitir resoluciones de cumplimiento en tanto el Estado no cumpla en su integridad con la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a las opiniones consultivas, la Corte no se mantiene vigilante de su cumplimiento ni debe o puede emitir resoluciones al respecto, simplemente porque no hay una obligación jurídica a la que el estado esté obligado

Pretender dotar de fuerza vinculante a las opiniones consultivas de la Corte, implicaría una desnaturalización impropia de los orígenes y sentido de dicho instituto. La Corte, abusando de sus facultades expresa en el parágrafo 27 de su opinión consultiva que:

28. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana, todo lo que se señala en la presente opinión consultiva también tiene relevan-

cia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA¹⁹, así como para los órganos Miembros de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.

Más allá de nuestras preferencias personales, grupales o tribales, el único derecho internacional que obliga a quienes no se obligaron libremente es el derecho de conquista en guerra, el cual ya es considerado prohibido por el *ius cogens* internacional, y ha sido reprimido en la historia moderna. Pretender convertir opiniones en cuestiones vinculantes, incluso para Estados que no las han aceptado, constituye un avasallamiento del Estado de Derecho y un germen de la imposición violenta de las normas.

La obligación de no judicialización como negación del Derecho

Resulta importante enfatizar que la Corte carece de jurisdicción para modificar asuntos reservados a la legislación interna de los países mediante interpretaciones fuera de las reglas establecidas. Pero más ilógico resulta que además, pretenda imponer criterios mediante la prohibición de judicialización de ciertos actos, siguiendo una corriente del derecho que²⁰, al no poder obtener sus pretensiones legales por el correspondiente cauce democrático parlamentario, intenta conseguir el reconocimiento de estas mediante el activismo judicial de magistrados que se convierten en militantes de causas, en lugar de ser juzgadores imparciales.

Esto se visibiliza claramente en el párrafo 160, cuando la Corte responde a la pregunta sobre procedimiento, que Costa Rica hace en los siguientes términos: “¿se podría considerar contrario a la [Convención Americana] que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”. La Corte expresa que un trámite de carácter jurisdiccional encaminado a materializar efectivamente la expresión de un derecho constituye una limitación inadecuada para el solicitante. Este enunciado es a todas luces erróneo, ya que precisamente los jueces de los Estados están para resolver en cuestiones de armonización de derechos, oscuridad, presuntas lagunas o interpretación de las normas. La pretendida “no judicialización” implica una suerte de categoría dogmática de derechos que ni siquiera podrían sustanciarse en un proceso, demanda o litigio, y deben receptarse sin más, sin siquiera brindar a una de las partes –que pudiera tener interés legítimo en una resolución diversa– el derecho a ser oída.

Esta interpretación dogmática de las normas llega a su paroxismo cuando, en el párrafo 161, la Corte señala que la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género en los registros y en los documentos de identidad, para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulados por ley. Esto implicaría la adopción lisa y llana del principio de legalidad, y la receptación de

19 Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 65; **OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 32**, y OC-22/16, párr. 25.

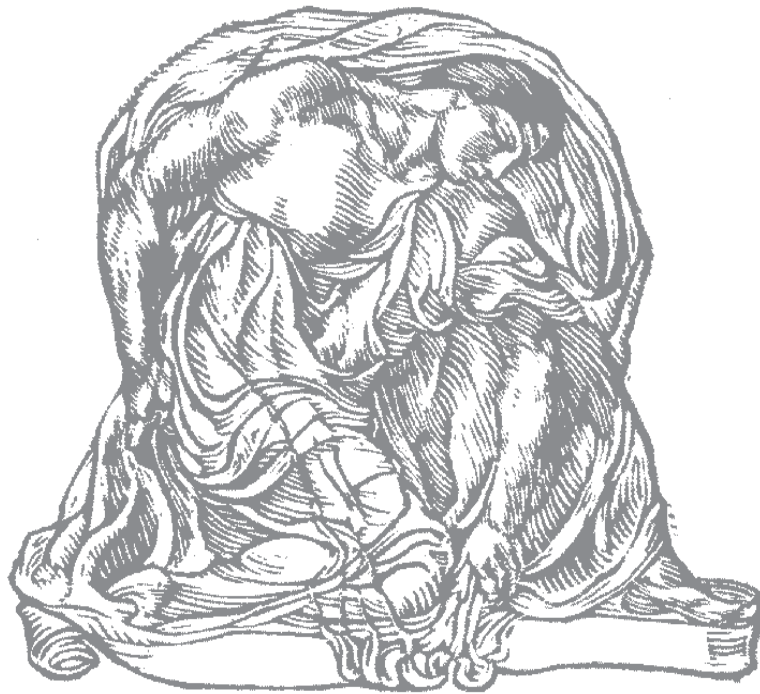
20 Para referencia del tema léase, Santiago Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008.

un conjunto de nociones supra-jurídicas que ni siquiera precisan del derecho positivo para su operativización.

Conclusión

Los vicios formales encontrados en la Opinión de la Corte constituyen graves errores que reflejan el desapego a las normas y el Derecho, que posee este órgano jurídico, lo cual conlleva una pérdida de legitimidad y credibilidad. Un claro quebrantamiento del orden internacional establecido y acordado por los Estados, que tiene graves repercusiones para la democracia de los países de toda la región.

Es menester que los representantes de los Estados miembros, los parlamentos y los jueces nacionales, comprendan la gravedad de este tipo de resoluciones que la Corte está emitiendo, sin ningún tipo de rendición de cuentas, avasallando uno de los derechos más preciados por nosotros, ciudadanos del continente americano: nuestra libertad para tomar decisiones y elegir cómo nos queremos regir como nación.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

PÉREZ DEL CASTILLO, Matías

**Acción de amparo preventivo como forma de dilucidar
conflictos colectivos**

ACCIÓN DE AMPARO PREVENTIVO COMO FORMA DE DILUCIDAR CONFLICTOS COLECTIVOS

MATÍAS PÉREZ DEL CASTILLO*

I. INTRODUCCIÓN

La negociación bipartita entre empresas y sindicatos, intentando lograr acuerdos sobre los más diversos temas, sin necesidad de intervención de terceros, es una forma de practicar el diálogo, que previene desencuentros o procura solucionarlos en una etapa temprana.

Claro está, el diálogo parte de la base del mutuo respeto de los involucrados y esto no siempre existe. No obstante, nunca debe renunciarse a construirlo, o reconstruirlo cuando se haya perdido. En ese sentido un empleador tiene que estar siempre dispuesto a dar el primer paso. Así lo exige su condición de directivo de esa comunidad de trabajo que es una empresa. Vale para todos los involucrados en el diálogo, reflexionar que no se trata de ignorar los defectos propios de los seres humanos que forman esa comunidad, si no de confiar en que pueden ser superados.

Ahora bien, cuando esas instancias no son fructíferas, es necesario acudir a otras instancias, donde debe promoverse la aplicación práctica de los principios consagrados en las leyes y convenios internacionales del trabajo. Como muestra, basta una somera reseña de algunos principios que recoge la LNC¹.

Por ejemplo, según el artículo 3, el Estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles. El artículo 4 impone el *deber de negociar de buena fe*, lo que implica una obligación de fundar suficientemente las posiciones que asume cada parte en la negociación. Finalmente, el artículo 5 también impone “la colaboración y consultas entre las partes” y señala como objetivo general “el fomento de la comprensión mutua y de las buenas relaciones entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como entre las propias organizaciones, a fin de desarrollar la economía en su conjunto o algunas de sus ramas, de mejorar las condiciones de trabajo y de elevar el nivel de vida”. La aplicación de estas normas en todas sus consecuencias debería reducir las medidas colectivas ilegítimas.²

* Abogado por la Universidad de la Republica. Autor de diversos libros sobre relaciones laborales individuales y colectivas. Docente de Derecho Laboral y sindical Aplicado en la Universidad de Montevideo. Socio de PÉREZ del CASTILLO & Asociados.

1 También los lineamientos del artículo 5 del CIT 154 (Ley 16.039) sobre fomento de la negociación colectiva pueden y deben seguirse en todas sus consecuencias.

2 Con GARI planteamos que la aplicación de estas normas en todas sus consecuencias debería reducir drásticamente casos en los que una parte insiste en la imposición “no negociable” de sus reivindicaciones o posiciones, bajo amenaza de “medidas de conflicto”, de “abandonar la negociación”, o similares. O sea, la negociación, con mutuas concesiones, es prácticamente inexistente. O cuando un sindicato promueve una ocupación de la empresa que es ejecutada por minorías y extraños, en perjuicio no solo del empleador sino de los trabajadores no adherentes a la medida, haciendo que estos últimos pierdan salario contra su voluntad. O cuando promueve entre sus afiliados en distintas empresas proveedoras o clientes, un boicot contra la empresa “target”, para que el empleador que necesita suspender trabajadores por reducción

Cuando se dan o se presume que pueden darse ese tipo de medidas, es necesario que se lo haga saber a la autoridad de aplicación de las normas, es decir a los órganos con competencia –expresa o derivada– para intervenir en conflictos colectivos.

Los Consejos de Salarios y el MTSS tienen la competencia específica de mediar en la procura de la solución de conflictos colectivos de trabajo. Mediación que no implica arbitraje ni el pronunciamiento de la ilegitimidad de medidas de conflicto colectivo, ni mucho menos la determinación de la responsabilidad que esas medidas pueden generar. No obstante, las normas permiten que las partes acuerden en la creación de un órgano o sistema específico de resolución de conflicto colectivo, posibilidad que escapa a la intervención estatal.

Otros órganos del Estado que tienen competencia específica para defender el orden público o derechos fundamentales, como la Policía, tampoco suele inmiscuirse en cuestiones laborales colectivas. Criterio que también adoptan otros órganos administrativos, como ser la Comisión de Defensa de la Competencia.

A nivel judicial la situación no es diferente, pues no existen tribunales con competencia específica para dirimir conflictos colectivos, mucho menos para pronunciarse sobre la regularidad de las medidas de conflicto o sobre la responsabilidad que generan. Termina interviniendo la justicia civil y eventualmente la penal, muchas veces luego de que el daño se produjo.

En resumen, la intervención de diversos órganos en la materia muchas veces resulta estéril para evitar la ejecución de medidas de conflicto ilegítimas o lograr la resolución de un conflicto colectivo.

En este contexto, un reciente caso da pie para considerar al amparo preventivo como una herramienta para limitar medidas colectivas de trabajo ilegítimas, al menos por tiempo determinado. Previo a considerarla y como introducción a lo planteado, referiremos en concreto a los órganos con competencia para intervenir en conflictos colectivos del trabajo.

II. COMPETENCIA PARA DIRIMIR CONFLICTOS COLECTIVOS³

1. Órganos administrativos

Diversas normas establecen la competencia a nivel administrativo del MTSS, a través de la DINATRA, para intervenir en conflictos colectivos, por medio de diferentes órganos de negociación, mediación y conciliación. Así la Ley 13.720, establece que es necesario comunicar las medidas de huelga o de lockout patronal con siete días de antelación a su efectiva adopción precisamente para que el MTSS pueda intentar la conciliación entre las partes. La Ley 18.566 especifica la competencia en materia de mediación.

de la actividad, no suspenda a ningún sindicalizado, en clara discriminación del resto de sus trabajadores (GARI, Pedro y PÉREZ DEL CASTILLO, Matías, "Manual de Derecho colectivo del Trabajo", FCU, 2012, p. 217 y ss.).

3 A partir de este apartado se transcribe, con modificaciones, el artículo publicado en Cade, en la revista Profesionales y Empresas, bajo el título "Amparo Preventivo", en junio de 2018.

Los Consejos de Salarios también tienen el cometido de actuar como organismos de conciliación en los conflictos que afecten a empresa o empresas del grupo para el que fueron constituidos.⁴

Según las particularidades y el momento de un conflicto, se podrá solicitar la intervención de uno u otro órgano.

Cabe señalar que el Consejo Superior Tripartito, “órgano de coordinación y gobernanza de las relaciones laborales”,⁵ también tiene el cometido de estudiar y adoptar iniciativas en temas que considere pertinentes para el fomento de la consulta, la negociación y el desarrollo de las relaciones laborales.⁶

Ante ciertas medidas puede caber la intervención de la policía. Según el art. 168 num. 1º de la Constitución, al Poder Ejecutivo le compete la conservación y tranquilidad en lo interior, y la seguridad en lo exterior. Cumpliendo ese mandato, las leyes 13.963, 18.315 y la Ley Orgánica Policial n° 19.315 se explayan sobre las prerrogativas de la policía para proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar el orden y la seguridad interna.

Vale recordar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT justifica la intervención de fuerzas de seguridad en situaciones de conflicto colectivo laboral cuando ella se circunscribe al mantenimiento del “orden público”, no significando esa intervención una limitación al legítimo ejercicio del derecho de huelga.⁷

De lo anterior, resulta que la policía debe intervenir en casos de medidas sindicales abusivas que generan una alteración del orden público y una lesión a libertades y derechos fundamentales. Y debe hacerlo no sólo a pedido de parte, sino también de oficio, cumpliendo con las normas que se lo imponen.

No nos cabe duda por ejemplo, que el mero hecho de la ocupación de un lugar de trabajo no inhibe la facultad del Ministerio del Interior para disponer la penetración de la fuerza pública en los lugares ocupados, y ello a pesar de lo establecido en el decreto 165/006. Encuadra en el poder general de policía que tiene el Ejecutivo. La Constitución impone a éste la conservación del orden y la tranquilidad en lo interno, y de las leyes surge esa competencia. De modo que la circunstancia de que el particular afectado realice o no la gestión no debería resultar indiferente, al requerir oficialmente de la autoridad competente que ésta ejerza su poder-deber.

Lo mismo respecto de los piquetes duros, por los que cabe una mención al decreto 76/016 del 20.III.2017 que faculta al Ministerio del Interior para levantar piquetes, previendo que dispondrá las medidas pertinentes a los efectos de preservar el uso público de las calles, caminos o carreteras cuyo tránsito se pretenda obstaculizar o interrumpir por personas, vehículos u objetos de cualquier naturaleza.

4 Art. 20 de la Ley 10.449, y art. 20 de la Ley de Negociación colectiva (LNC).

5 Art. 7 de la LNC.

6 Art. 10, lit. E de la LNC.

7 "OIT. La Libertad Sindical", "Recopilación de decisiones y principios del comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT", 5ª edición (revisada), Ginebra 2006. n° 642, p. 138.

Aunque su artículo 4 aclara que “Lo establecido en el presente Decreto Reglamentario no será de aplicación ante lo previsto en el Artículo 57 de la Constitución de la República”, artículo este último que reconoce el derecho de huelga. De lo que resulta que el Poder Ejecutivo determinará si una medida es huelga o no, y en consecuencia, si la manda a levantar o no. Siendo cuestionable que no sea un órgano independiente y con competencia en cuestiones laborales que se pronuncie al respecto, como el Ministerio de Trabajo que incluso podría entenderse que tiene facultades para hacerlo en virtud de ser la policía del trabajo.

2. Justicia

La justicia laboral no tiene competencia para resolver un conflicto colectivo porque el art. 2 de la Ley 18.572 del 13.9.2009 solo le atribuye competencia para entender en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo.

De ello resulta que en los hechos, sea la justicia civil la que ha debido tomar intervención en conflictos colectivos de trabajo, sobre todo a partir del año 2005, en virtud de acciones de amparo que se promovieron buscando hacer cesar ciertas medidas sindicales (ocupaciones, piquetes, etc.). Ello en virtud de su competencia residual.

Así es que lo habitual es que en el plano judicial, los conflictos colectivos procuren dirimirse en el marco de acciones de amparo, en las que una parte solicita la protección de derechos fundamentales que son vulnerados por medidas colectivas. A continuación profundizamos sobre esa acción judicial.

III. ACCIONES DE AMPARO DEFENSIVO

1. Amparo represivo

Es sabido que es a través de la vía de la acción de amparo (regulada por la Ley 16.011) que se suelen dirimir conflictos colectivos de trabajo, fundamentalmente los que resultan en la ejecución de medidas colectivas ilegítimas. Como piquetes u ocupaciones, de un lado, o actos de injerencia sindical, del otro.

Su alcance surge del art. 1 de la ley 16.011: “ *Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (artículo 72), con excepción de (...).*”

Lo habitual es que se entable como una medida represiva ante la afectación actual de derechos, y que la medida implique el pedido de terminación de la afectación respectiva. Esto es: el amparo suele ser defensivo o represivo, como respuesta a una medida ilegítima actual.

La medida judicial se promueve ante la justicia civil y el procedimiento, sumarísimo, rara vez toma (en primera instancia) más de una semana. Si la sentencia concede amparo

contra la acción, hecho u omisión de una autoridad o un particular, identificará a éste en forma concreta y determinará con precisión lo que deba hacer o no hacer en no más de 24 horas. El juez también podrá imponer sanciones pecuniarias para conminar al cumplimiento de su sentencia.

Debe considerarse que la acción procede únicamente “cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el resultado” que se busca con la orden judicial. De allí la importancia que tiene el poder acreditar ante el juez haber intentado –sin éxito– cumplir algunas de las gestiones como las comentadas previamente.

2. Medida anticipada y provisional

En el marco de los procesos de amparo se permite solicitar una medida anticipada y provisional, la que puede ser decretada inmediatamente luego de presentada la demanda.

Así es que, conforme a lo establecido en el art. 7 de la Ley 16.011, puede haber que se disponga la prohibición de realizar una medida de conflicto ilegítima. Por ejemplo, planteando que no se admita realizar piquetes en el acceso u ocupación de un establecimiento, asegurándose el trabajo de los no huelguistas y el retiro de mercaderías para cumplir con compromisos comerciales.

Vale considerar que la disposición mencionada permite a la Sede disponer la medida aún respecto de derechos o libertades “presuntamente violados”. Dice el artículo 7º.- “Si de la demanda o en cualquier otro momento del proceso resultare, a juicio del Juez, la necesidad de su inmediata actuación, éste dispondrá, con carácter provisional, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente violados”.

En virtud de lo cual, debe considerarse que no es necesario para que se disponga la medida, la prueba de los hechos que se acreditarán a la postre.

IV. AMPARO PREVENTIVO

1. Lo que dice la ley 16.011

Además de la medida anticipada y provisional, y del amparo represivo, la acción de amparo cabe también respecto de derechos actualmente lesionados, como de derechos “inminentemente lesionados”. Así surge expresamente del art. 1 de la ley 16.011. La disposición lo dice textualmente: “...que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades...”.

Este es un segundo aspecto de relevancia trascendental: la ley además de hacer procedente el amparo respecto de derechos inminentemente lesionados, lo hace respecto de los que a juicio del promotor pueden vulnerarse. Lo que equivale a decir que no bastaría, según la letra de la ley, con probar que los derechos efectivamente se lesionarán. Si no que es suficiente con que –luego de acreditar los requisitos del amparo– el actor contextualice porque considera que pueden afectarse.

Lo planteado resulta de otras disposiciones de la ley. El art. 4 por ejemplo, hace referencia a derechos o libertades “*lesionados o amenazados*.”

2. Opinión de la doctrina

Daniel OCHS OLAZÁBAL, en su obra “La Acción de Amparo”,⁸ al analizar los presupuestos objetivos y en relación a la “inminencia”, se pregunta: ¿cuándo será procedente el amparo de carácter preventivo? Y responde: “*No cabe duda alguna en orden a que la ley habilita la promoción del Amparo jurisdiccional ex ante de configurarse el acto o el hecho ostensiblemente ilegítimo. El empleo del vocablo “inminente” que es, por definición aquello que aún no ha ocurrido, y del verbo “amenace”, sumados a la historia fidedigna de la sanción de la ley reglamentaria, acredita inconcusamente tal aserto. Resulta sumamente dificultoso empero el establecer cuán grave e intensa debe ser la amenaza. A nuestro juicio habrá de exigirse al amparista, por un lado, una de datos y de hechos tangibles a partir de los cuales pueda, razonablemente, vislumbrarse la inminencia de la amenaza que será -naturalmente- la expedición de un acto o el cometimiento de un hecho; y, segundo, el Magistrado habrá de coincidir, luego de una apreciación superficial y periférica, en la manifiesta ilegitimidad del acto o del hecho con el contenido detallado en la demanda- cuya ejecución dañosa se quiere neutralizar in ovo. En cambio, no se podrá repeler por manifiesta improponibilidad la demanda aduciendo que el demandante no probó inequívocamente, que la persona accionada vaya a emitir el acto o a emprender el hecho. Las dudas que pueden surgir al respecto desaparecerán en la audiencia de rigor donde el reo suministrará las explicaciones a que alude el art. 6 ord. 2 de la ley. Entonces: si éste descartase la futura ocurrencia del acto o del hecho, se clausurará el pleito por carencia de objeto.*”

En el mismo sentido, Luis VIERA, en obra titulada “Ley de Amparo”⁹ en la que participaron Selva KLETT y Graciela BERRO, dan cuenta de que la fórmula legal de la Ley 16.011 “*contempla tanto el amparo represivo (medio de protección de un derecho o libertad lesionado, restringido o alterado) como el preventivo (protección frente a la amenaza de la producción de cualquiera de esos eventos).*” Anotan que “*Inminente es todo suceso que aún no se ha producido pero que amenaza con ocurrir de inmediato (...). Todo el instituto del amparo está dominado por la necesidad de un actuar sin tardanza y eso determina cuál debe ser la amenaza de lesión que se quiere evitar (...). Por lo tanto, no debe ser sólo el temor de una amenaza, ni una amenaza meramente posible, sino una amenaza que presente indicios serios de que se va a realizar si no se actúa prontamente.*”

3. Opinión de la jurisprudencia

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de la admisión del amparo preventivo. Destacamos dos antecedentes.

Uno, del 2015, por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Salto de 5^a Turno, en el cual se dispuso como medida provisional a futuro la prohibición del sindicato de ocupar locales de la empresa en un período determinado.¹⁰

8 Daniel OCHS OLAZÁBAL, “La Acción de Amparo”, FCU, 2001, 2^a edición, p. 57 y 58.

9 Luis VIERA, “Ley de Amparo”, Ed. IDEA, 1993, p. 14.

10 Sent. 12/015 del 27.3.15.

Otra también del 2015, por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Durazno de 2ª Turno, en la comentada sentencia n° 21/015-2, amparando derechos inminentemente lesionados en virtud de piquetes internos en un establecimiento.¹¹

V. UN CASO RECIENTE

1. El caso planteado y su contexto¹²

Menos de diez trabajadores realizaron piquetes duros en el acceso a una empresa industrial donde trabajan aproximadamente cien empleados. Las medidas limitaron el ingreso y egreso de camiones, impidiendo la distribución de la mercadería de productos perecederos.

Las medidas se reiteraron en hasta seis oportunidades en un lapso de poco más de un año, y tenían un denominador común: se realizaban con un convenio colectivo de empresa vigente y sin que la empresa estuviera incumpliendo norma alguna, y por minorías que procuraban beneficios extras a los acordados convencionalmente.

Ante la constatación de dichos piquetes duros, en dos oportunidades se promovieron acciones de amparo ante la justicia por parte de la empresa y trabajadores no adherentes, solicitando el resguardo de los derechos lesionados por los mismos: el derecho al trabajo, libertad de industria y comercio, libre circulación y propiedad.

Al recibir la demanda de amparo, los piqueteros levantaban las medidas y en la audiencia judicial el juez interviniente no tenía más remedio que clausurar el proceso por falta de objeto. Porque la medida cuestionada no estaba siendo *actualmente* realizada.

Pero a los pocos días: los demandados volvían a realizar piquetes duros, generando nuevamente los perjuicios anunciados. Resultando que el proceso de amparo se tornaba ineficaz para limitar los abusos referidos.

2. Admisión judicial del amparo preventivo

a. Medidas solicitadas

Se promovió una demanda de amparo preventiva ante posibles e inminentes medidas que se anunciaban, antes de que se concretaran, procurando el resguardo de derechos que serían inminentemente lesionados de volver a reiterarse las medidas cuestionadas.

Concretamente, se solicitó el amparo de derechos *inminentemente* lesionados por piquetes duros u ocupación que se anunciaban previo a la zafra de diciembre y enero. En consecuencia, se solicitó: (a) Una medida provisional, que impidiera medidas hasta la celebración de la audiencia de amparo. (b) Una medida provisional que impidiera medidas hasta el fin de la zafra. (c) Una medida a futuro que declarara que el ingreso y egreso al establecimiento de personas, vehículos y bienes, depende de la sola voluntad del propietario.

¹¹ V. a texto completo en CADE, Doctrina & Jurisprudencia t. XXXIII, set. 2015.

¹² Los hechos narrados surgen de la demanda tramitada en el expediente que dio lugar a los fallos.

El Juzgado Letrado de Las Piedras de 3er Turno hizo lugar a la medida previsional, e intimó *“la prohibición de ocupar el establecimiento así como impedir el libre ingreso, egreso y circulación de vehículos de cualquier porte, de personas y de mercaderías en el establecimiento y en las puertas de acceso al mismo hasta la finalización de la audiencia que se convocará”*.¹³

En la audiencia, al contestar la demanda, los demandados no controvertieron la demanda y argumentaron que las medidas cuestionadas y que se anunciaban suponían modalidades del ejercicio del derecho de huelga. El Tribunal instó a entablar mesas de negociación para prevenir conflictos y evitar medidas como las cuestionadas y las partes acordaron negociar durante la zafra. Finalmente, el Tribunal amplió la sentencia provisoria hasta principios de febrero.¹⁴

b. Sentencias

Luego de reiniciado el proceso y manteniendo las partes sus posiciones, se dictó sentencia y en primera instancia se hizo lugar a los tres petitorios de la demanda.

Se amparó las medidas provisorias, según vimos. Pero además, intimó *“a la parte demandada a que se abstenga de adoptar y/o promover medidas que obstruyan o entorpezcan el libre acceso al establecimiento y explotación, para personas, vehículos o bienes”*. Y declaró *“reconocer el derecho al libre acceso de personas, vehículos y bienes al establecimiento es enteramente libre, dependiente únicamente de la previa autorización de los representantes de sus propietarios o comodatarios, debiendo los demandados abstenerse de adoptar y/o promover medidas que obstruyan o entorpezcan el libre acceso al establecimiento y la explotación para personas, vehículos o bienes (...)”*.¹⁵

En segunda instancia se revocó la sentencia declarativa a futuro, precisamente validando el amparo preventivo. Anotando que la medida solicitada por la empresa procuraba impedir la realización de piquetes u ocupaciones durante la zafra, y que ello se había logrado con las medidas provisorias.¹⁶

VI. CONCLUSIONES

Los órganos con competencias para dirimir conflictos colectivos del trabajo suelen promover la autocomposición de los mismos, adoptando una actitud abstencionista. Esto es, dejan que las empresas y sindicatos auto regulen sus diferencias.

Es la justicia civil la que suele adoptar una posición diferente en acciones de amparo *defensivas o represivas*, ordenando la cesación de ciertas medidas de conflicto.

Pero la letra clara de la ley 16.011 acompaña la elocuencia con la que la doctrina especializada en el proceso de amparo y reciente jurisprudencia se pronuncia sobre la procedencia de la medida de amparo *preventivo*.

13 Juzgado Letrado de Las Piedras de 3er Turno, sentencia 1940/017 del 19.12.2017.

14 Sentencia del 21.12.2017: *“(...) Mantiénense (sic) las medidas dispuestas por decreto 1940/017”*.

15 Juzgado Letrado de Las Piedras de 3er Turno, sentencia 2/018 del 8.2.2018.

16 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1 Turno, sentencia 131/018 del 7.3.18.

Resulta pues que además de la medida anticipada y provisional, y del amparo repressivo, la acción de amparo cabe también respecto derechos “*inminentemente lesionados*”: aquellos que pueden ser vulnerados por medidas colectivas ilegítimas.

De modo que no es necesario estar ante una medida actual para que se restrinja su realización, o dicho de otro modo, para que se amparen derechos afectados por la misma, si resultara que, a juicio del promotor de la acción, es factible que ocurra. Basta con que su realización sea inminentemente probable.

En definitiva, configurados los requisitos del amparo y advertido de que medidas colectivas de conflicto que se anuncian fueran adoptadas con ilegitimidad manifiesta,¹⁷ se puede solicitar que se ampare los derechos amenazados o inminentemente lesionados por las mismas.

La acción de amparo preventivo se erige pues como un medio cautelar eficaz para paliar ciertas medidas de conflicto ilegítimas, en tanto permite que se restrinja su realización por tiempo determinado. La cual cabe tanto respecto de medidas realizadas por trabajadores y sindicatos (como ocupaciones de lugares de trabajo o piquetes duros), como en relación a otras que puede realizar una empresa (como un lock out agresivo).

17 LÓPEZ MANGARELLI, Claudio, “La acción de amparo en el ámbito del derecho laboral”, Revista Derecho del Trabajo, La Ley Uruguay, ene/mar 2018, año vi, n° 18, p. 112 a 114.



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

NOTICIAS DE GRADO Y POSTGRADO

Profesora de FDER preside Asociación Uruguaya de Derecho Procesal



La Dra. Margarita de Hegedus, profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo, se encuentra presidiendo la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal “Eduardo J. Couture”.

La AUDP es una asociación civil constituida en el año 2008 y entre los objetivos que procura se encuentra el de fomentar en todos los órdenes la investigación, el estudio, el desarrollo científico y la difusión del derecho y la cultura, en especial del derecho Procesal en sus distintas ramas. La presidencia de la Asociación fue ejercida anteriormente por el Prof. Ángel Landoni.

La Prof. de Hegedus destacó: “Desde que asumí, he tenido por objetivo fundamental la unión de todos los profesores de Derecho Procesal, así como el reconocimiento de las distintas Facultades de Derecho”.

En mayo de este año tendrá lugar el seminario anual que desarrolla la AUDP, en el que participarán profesores y especialistas nacionales y extranjeros, quienes debatirán en torno a una amplia temática sobre el Derecho Procesal a la luz de los actuales desafíos.

La Prof. de Hegedus se desempeña, además, como miembro del Consejo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), un organismo internacional, creado en 1999 por las instituciones del Sistema Interamericano e integrado por todos los países miembros activos de la Organización de Estados Americanos (OEA), y cuya misión es apoyar a los estados de la región en sus procesos de reforma a la justicia.

Experta expuso sobre derechos humanos

La Dra. Neydy Casillas, representante de Alliance Defending Freedom International, habló en la UM sobre «Los “nuevos derechos” y la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Costa Rica»



Durante su último año de carrera, la actual *alumni* de Facultad de Derecho de la UM Pilar Peña, viajó a Washington para una capacitación de Alliance Defending Freedom (ADF), una organización que promueve los derechos fundamentales. Luego, siguió sus pasos otro estudiante, Julián Barquín. En julio de este año será el turno de la graduada de FDER Sofía Maruri, que fue recientemente aceptada por ADF para un curso de estudios jurídicos en EEUU.

El pasado 8 de marzo, la Dra. Neydy Casillas, representante de ADF International, que tiene sedes en Washington, Nueva York, Viena, Bruselas, Londres y Nueva Delhi, visitó la UM y expuso sobre «Los “nuevos derechos” y la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Costa Rica». Antes del encuentro, Casillas, que representa a ADF frente a la Organización de Estados Americanos (OEA) y para América Latina, desarrolló en una entrevista el trabajo de la organización:

¿En qué consiste Alliance Defending Freedom?

Es una barra de abogados *non profit*, sin fines de lucro, que se dedica a litigio en el área internacional y a *advocacy*, un concepto que no tiene traducción en español e implica un seguimiento de cómo se crea e interpreta el derecho en las organizaciones internacionales, que es la base con la que litigaremos en las cortes internacionales donde trabajamos.

¿Qué implica el concepto “nuevos derechos”?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que marca la base para todos los derechos y para todas las declaraciones y convenciones que existen en el ámbito internacional, surgió para proteger al hombre de las tragedias de la Segunda Guerra

Mundial, del genocidio de los nazis. Fue necesario porque una persona tenía una idea en la que su derecho prevalecía sobre otra, entonces viene la declaración universal de los derechos humanos que establece la base y a decir “tú de aquí para arriba puedes tocar, pero de aquí para abajo es intocable”. Esos derechos son universales: innatos, inherentes a la persona.

Desde hace unos años, algunos organismos internacionales están reinterpretando aquellos tratados que los estados firmaron y ratificaron. En ese sentido, los derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos están siendo cambiados y de ahí se desprenden los supuestos “nuevos derechos”. En realidad no han surgido nuevos derechos, los derechos son unos y si bien estos puede hacerse realidad de distintas formas, el derecho no cambia. Esa es la realidad de la que debemos de partir. Esa es nuestra argumentación.

En muchos de estos casos, los organismos internacionales ignoran las reglas de interpretación del Derecho y, además, el hecho de que las cortes internacionales no se ajusten a ese marco jurídico violenta la soberanía y la autodeterminación de los pueblos. Es al final el pueblo quien debe decidir qué tipo de leyes le deben de regir.

Así, estamos volviendo al problema original, porque la tendencia actual es a la individualización de derechos y, entonces, ¿qué derecho debe prevalecer frente a otro?, ¿el del no nacido o el de la mujer? Hoy nuevamente los derechos están siendo atropellados, pero no es porque existan derechos como tal, sino por la reinterpretación que se ha dado al fundamento de los derechos.

El contenido de fondo de la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Costa Rica de la que formaste parte y de la que hablarás en FDER está presente también en Uruguay. Como sabés, el año pasado, la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) intentó promover en los centros de enseñanza, desde la primera infancia, material vinculado a ideología del género, lo que provocó discusión en la opinión pública. ¿Cuál es tu opinión como abogada sobre esto?

La ideología de género es una la razón por la que estamos presentes en organismos internacionales. Es un tema que viene desde hace mucho tiempo y es una agenda que está planeada. Estuve basada por cinco años ante Naciones Unidas representado a ADF Internacional y también a mi país, México, por ello fui parte de varios procesos de negociación.

La agenda de género fue lanzada en Naciones Unidas en dos instancias: la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo en El Cairo, en 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, en 1995. Ahí sale abiertamente al mundo esta agenda, que no se visualizaba cómo iba a impactar, y que se ha ido permeando de manera muy simple. Lo hemos visto como sociedad y ahora lo estamos viendo de forma más tangible porque está tocando nuestra realidad, que son nuestros hijos, y es lo que pasó en Uruguay.

Sin embargo, no está sólo presente en la educación, es un tema transversal que abarca

todos los ministerios, todas las leyes, todos los organismos de la sociedad. Ahora afecta a más personas en la medida que toca a sus hijos. Es casi uno de los últimos puntos de toda esta agenda, pero no es el último. Es una agenda que viene desde el nivel internacional y está planeada para ser impuesta en todos los países.

FDER presente en el Congreso de Derecho Público del Mercosur

El Dr. Pablo Schiavi, profesor de la FDER de la UM, participó en el panel de debate sobre Principios de Derecho Administrativo



En la ciudad de Foz de Iguazú, entre el 1 y 3 de marzo, se desarrollaron el VIII Congreso de la Asociación de Derecho Público del MERCOSUR y el VII Congreso Sudamericano de Derecho Administrativo, organizado por el Instituto Paranaense de Derecho Administrativo. A dichos eventos concurre el Dr. Pablo Schiavi, profesor de la FDER de la UM, quien participó en el panel de debate sobre Principios de Derecho Administrativo.

Schiavi centró su presentación en el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva bajo la perspectiva de la teoría de los Derechos Humanos, abordando la eficacia de este instrumento, además de medidas cautelares y sanciones en la Jurisprudencia reciente en Uruguay, en aquellos casos en que se aplicó este instituto.

En dicho panel participaron, asimismo, el Dr. Hernán Celorrio (Argentina), y el Dr. Renato Cardoso De Almeida Andrade (Brasil), secretario de la oficina paranaense de Derecho Administrativo.

La UM en Londres: “Doing Business in a Global World”

Los decanos de Derecho e Ingeniería, alumni y estudiantes de postgrado de la UM participaron en un programa en la London School of Economics.

Durante la semana del 19 al 24 de marzo, un grupo de veintidós profesionales asistieron al curso “Doing Business in a Global World” (Negocios y Comercio en el Mundo Global) en la London School of Economics (LSE). La actividad fue especialmente diseñada —tanto en las materias como en su extensión— para estudiantes de postgrado de la UM en sus diversas unidades académicas o provenientes de la Escuela de Negocios IEEM de esa Universidad.



Abogados, contadores, empresarios, personas vinculadas a la banca internacional y a las inversiones, así como también el decano de Ingeniería y el de Derecho de la UM se reunieron durante esa semana de las 9:00 h hasta las 17:00, todos los días, para participar en diversos tópicos, tales como la competitividad estatal y privada en el siglo XXI; los desafíos laborales frente al avance de la robotización; liderazgo e influencia en el mundo empresarial actual; el papel de las redes sociales a la hora de tomar decisiones con cierta urgencia; el futuro del Reino Unido luego del referéndum del Brexit; o la importancia de la comunicación adecuada en las situaciones de crisis frente a clientes o inversores, como la que se vivió en 2008. Las sesiones teóricas se complementaron en algunos casos con el *role play* que debieron hacer los participantes para resolver situaciones concretas e imprevistas.

El curso-programa en la LSE se complementó con visitas a lugares estratégicos vinculados a los temas que se fueron abordando, a modo de ejemplo, el Banco de Inversión y Desarrollo Europeo, el club Carlton, o el Pub de la LSE que subsidia la alcaldía de Londres por considerarlo una buena usina de ideas e innovación donde convergen profesores y estudiantes para seguir conversando sobre tópicos abordados en clase.

El grupo que asistió a la semana se nutrió de los aportes que le hicieron profesores de altísimo nivel como fueron Julius Sen, Michael Cox, Robyn Klinger-Vidra, Rebecca Newton, Carsten Sorensen y Daniel Beunza. Fue de indudable e invaluable ayuda el rol que desempeñó el profesor Raúl Rosales de LSE para lanzar este programa especialmente diseñado para que la UM pudiera asistir por primera vez a Londres en forma de grupo de trabajo.

El decano de FDER expresó: “También es justo decir que el grupo que asistió a Londres y plantó bandera académica de la UM por vez primera en LSE, fue un grupo muy destacado y elogiado por todos los profesores que intervinieron en el programa”. Agregó que el grado de interés y de participación de los asistentes, así como el nivel de las preguntas realizadas durante la semana académica fueron algo muy comentado y significativo para el cuerpo docente de LSE. “En pocas palabras, llegaron a afirmar que el grupo de participantes fue uno de los mejores que han tenido en los últimos años. Sin lugar a dudas, la sinergia y retroalimentación entre docentes y participantes durante esa semana de marzo fue muy enriquecedora”, dijo.

“La bandera académica plantada en LSE por el grupo UM 2018 quedó muy firme y muy alta. Ahora solo queda esperar que esta experiencia se repita en los años venideros con más grupos interesados en continuar afianzando conocimientos y experiencias tales como la vivida en marzo 2018. Los relatos entusiastas de los que fueron esta primera vez a los nuevos posibles candidatos, con seguridad no van a faltar”, concluyó Etcheverry.

Un sistema para promover el acceso a la justicia

El vicedecano de FDER, Miguel Casanova, participó de una conferencia en Ciudad de México sobre la asistencia jurídica pro bono en América.



El vicedecano de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, Miguel Casanova, participó en Ciudad de México de la “2018 Conference on Pro Bono Practice in the Americas” organizada por el *Vance Center* de Nueva York, la Red Pro Bono de las Américas, *Appleseed Mexico*, el Centro Mexicano Pro Bono y la Fundación Barra Mexicana. Asistieron representantes de más de 150 importantes estudios jurídicos y universidades de toda América.

Casanova contó que la conferencia se centró en cómo la profesión de los abogados, trabajando en conjunto y de manera desinteresada, pueden promover que el Derecho (*the rule of Law*) y los derechos humanos sean respetados en “los difíciles momentos que vive América Latina actualmente”.

La UM fue elegida como *clearinghouse* por la recientemente formada organización Pro Bono de Estudios jurídicos uruguayos. Esto implica que cumplirá la función de coordinación y seguimiento del trabajo de los abogados que participen en este proyecto de promover desinteresadamente que todas las personas tengan acceso eficiente a la justicia, y que la falta de recursos económicos no sea un obstáculo insalvable.

¿Cómo surgió la posibilidad de participar de la conferencia?

La posibilidad surgió por un proyecto en el que está embarcada la Facultad desde hace un par de años. Por invitación de un estudio uruguayo, nuestro decano Nicolás Etcheverry asistió a una conferencia organizada por el *Vance Center de Nueva York*. El Vance es una organización que se dedica a promover el trabajo Pro Bono en América. La Facultad se entusiasmó con el tema y desde entonces, junto a varios estudios de Montevideo, está trabajando en la puesta en marcha de una fundación uruguaya dedicada al trabajo jurídico *pro bono*. La idea es que abogados de primer nivel dediquen tiempo a asistir jurídicamente de manera gratuita a personas y organizaciones que lo necesiten. Los casos llegarán a la UM, que se encargará de canalizarlos a los estudios. Además, nuestros estudiantes participarán ayudando a los abogados. De esta manera, aprenderán a trabajar junto a prestigiosos profesionales, al tiempo que adquirirán la cultura de servicio a la sociedad que está en la base de la profesión del abogado.

¿Qué temas se trataron en la conferencia y cuáles fueron las conclusiones?

Durante los dos días que duró la conferencia se trataron varios temas. Entre ellos destacaría especialmente dos, porque son particularmente interesantes para la realidad uruguaya: el acceso a la justicia y la protección de los derechos humanos. Con relación al primero, fue muy interesante la experiencia mexicana ocurrida después del grave terremoto que sufrió el país el año pasado. Las organizaciones *pro bono* tuvieron una muy destacada participación ayudando a los damnificados a recibir ayudas estatales e iniciar los reclamos correspondientes en cada caso. Sin su ayuda, muchísimas personas afectadas habrían quedado fuera del sistema. En seguida pensé en el caso del tornado de Dolores...

Sobre derechos humanos, destacaron especialmente las experiencias en los países latinoamericanos donde actualmente el Estado de Derecho es particularmente frágil. En este sentido, se debatió acerca de cuál debe ser el rol de los abogados en el fortalecimiento de las instituciones jurídicas y la aplicación de las *reglas de Derecho*, aún en contextos donde el gobierno de turno no es proclive, sobre todo en lo que refiere a derechos civiles y políticos.

Los diferentes paneles en los que participé fueron muy estimulantes y disparadores de ideas a implementar en Uruguay donde, gracias a Dios, no sufrimos los graves problemas políticos y sociales que viven otros países de la región, pero tenemos mucho por mejorar en varios ámbitos: salud, educación, seguridad, medio ambiente.

Una conclusión importante de la conferencia es que existe una necesidad muy importante en la que los abogados tienen un gran desafío por delante: la reconstrucción de la confianza de la sociedad civil en las instituciones jurídicas, sobre todo de los sectores más carenciados. El objetivo es lograr que las personas de bajos recursos confíen en el

sistema judicial para hacer valer sus derechos. Es en esta área donde nosotros con el trabajo *pro bono* bien hecho, eficaz, podemos hacer mucho.

Desde la designación de la UM como Clearinghouse de Uruguay, ¿qué avances ha habido en FDER en este tema y qué planes hay para el futuro?

Asistir a la Conferencia en México fue clave para conocer la experiencia de la organización y puesta en marcha del trabajo *pro bono* en otros países de América. En Chile, Colombia y México hay mucho camino recorrido. También fue muy útil conocer experiencias de países con culturas y problemáticas semejantes a las nuestras, como Argentina. Uno de los argentinos que asistió contó una pequeña anécdota: pocas semanas antes, desde Pro Bono Argentina habían logrado que una niña de muy bajos recursos obtuviera un medicamento que necesitaba para vivir. Por dificultades administrativas no lo lograban y gracias a la participación de un abogado de la *red pro bono* con experiencia en el tema, rápidamente lo consiguieron. Ese tipo de cosas que implican un servicio concreto y tangible, a corto y mediano plazo, contribuyen a la mejora de la sociedad. Desde el Pro Bono Uruguay buscaremos contribuir al país desde ese lugar. Cuantas más personas tengan acceso eficiente —y a tiempo— a sus derechos, a la justicia, mejor funcionaremos como sociedad.

Actualmente, estamos en fase de elaboración de los estatutos de la Fundación Pro Bono a través de la cual se desarrollará el proyecto. Hay varios estudios trabajando, definiendo la forma de trabajo y los procesos a seguir. El paso siguiente es cómo llegar a las personas que requieren el servicio. Para eso estamos conectando con ONGs especializadas con las que trabajar en conjunto en pro del bien común.

FDER realiza donación de libros a la SCJ

El martes 19 de abril la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM) tuvo el agrado de recibir la visita del director de la biblioteca de la Suprema Corte de Justicia, Lic. Javier González Ayala



El Lic. González recibió de la FDER varios libros de Derecho recientemente editados

por esta Facultad. La donación, orientada a contribuir al fortalecimiento del acervo académico y técnico de la Suprema Corte de Justicia, quedará como material de consulta para Magistrados y Asesores del Poder Judicial. Esta partida de publicaciones complementa y actualiza la anterior donación realizada a dicha Institución en abril del 2017.

González Ayala fue recibido por el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Nicolás Etcheverry y por el coordinador académico de Maestrías y Postgrados de FDER, Dr. Pablo Genta.

Tiempo de debate: el nuevo sistema procesal penal

En el seminario organizado por FDER, CEJA e INECIP participaron, entre otros, la presidenta de la Suprema Corte de Justicia, el Fiscal General de la Nación y el director ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas



“Vamos a abrir tiempos de debate, pero tiempos de debate en serio”. Esas fueron palabras de Jaime Arellano, director ejecutivo del consejo directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) durante un seminario en el que la academia, el estudio en profundidad y la experiencia profesional se unieron para reflexionar sobre un fenómeno jurídico nacional que involucra a distintos actores, repercute en toda la sociedad y compete por titulares en la prensa: el nuevo sistema procesal penal.

La apertura del seminario “Balance y desafíos del sistema penal adversarial en Uruguay. El rol de los operadores” el jueves 10 de mayo, en el que se presentó el libro “Código del proceso penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema penal en Uruguay” estuvo a cargo de la Presidenta de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), Elena Martínez; el Fiscal General de la Nación, Jorge Díaz; el Director Nacional de Educación Policial y representante del Ministerio del Interior, Henry de León; el decano de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, Nicolás Etcheverry; el director ejecutivo de CEJA, Jaime Arellano; y la integrante del consejo directivo de CEJA y profesora de FDER, Margarita de Hegedus. La actividad fue organizada por FDER, CEJA y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

El coordinador académico de Maestrías y Postgrados de FDER, Pablo Genta, explicó que la UM ha acompañado el proceso de transición en conjunto con el CEJA y los sectores involucrados desde antes de la implementación del nuevo código. Indicó que “ningún cambio es fácil”, en especial cuando no hay tiempo de “parar e implementar, sino que es sobre la misma marcha”. Afirmó que el nuevo proceso penal ha recibido el apoyo de los distintos operadores y el sistema político y cuenta además con la experiencia favorable de otros países de la región que han ido en la misma línea.

Genta agregó que es ahora la sociedad la que debe “tomar conciencia y participar” de este nuevo camino. “Es la ciudadanía la que en definitiva tiene que ver las bondades, es a ella a la que va dirigido todo este sistema y a veces las urgencias de los tiempos nos llevan a precipitarnos, a exigir resultados rápidos y, como en la vida, las cosas importantes siempre tienen un proceso”, dijo.

Afirmó que “el camino es el adecuado” e indicó que la UM seguirá con el compromiso de “acompañar y colaborar” en la implementación del nuevo sistema procesal penal. “Un ejemplo de esto es la obra que hoy estamos presentando, un trabajo de compendio de los mejores doctrinos, que además han tenido mucha participación, en mayor o menor medida, en este proceso”, indicó.

Luego de la inauguración y presentación del libro, participaron del panel “Una nueva forma de litigación en el proceso penal” Leonel González, director de capacitación de CEJA; Gonzalo Rua, Director de Reforma y Democratización a la Justicia de INECIP; Alberto Reyes, presidente de la Asociación de Magistrados de Uruguay; y Graciela Gatti, Ministra del Tribunal de Apelaciones en lo Penal. El coordinador fue Santiago Pereira Campos, profesor titular de Derecho Procesal de FDER.

El segundo panel se tituló “Desafíos de las instituciones para fortalecer el nuevo sistema de justicia penal” y estuvo a cargo de Gustavo Nicastro, secretario letrado de la SCJ; Patricia Marquisá, directora del área Sistema Penal Acusatorio de la Fiscalía General; Verónica Acuña, directora nacional de la Defensa Pública; y Henry de León, Director Nacional de Educación Policial. La coordinadora fue Raquel Landeira, profesora de Derecho Procesal de FDER.L

Taller del Esc. Raúl Anido, sobre la Ley de Inclusión Financiera y su repercusión en el ámbito Notarial.

Los días 24 y 31 de mayo de 2018 el Esc. Raúl Anido Bonilla, brindó un Taller dirigido especialmente para Escribanos a fin de abordar la problemática que implica esta norma en el ejercicio de la profesión Notarial.

Se trataron los siguientes temas: lo relativo a los negocios comprendidos en la limitación,



la extinción de las obligaciones dinerarias por paga, paga por entrega de bienes y novación, la problemática de la subrogación *ope legis*, los negocios de apoderamiento por los que se otorgan poderes a fin de la enajenación por compraventa y cobro del precio, la representación directa e indirecta, la cláusula de precio pagado con anterioridad.

Durante la exposición del Esc. Anido el público podía hacer preguntas y comentarios de aspectos prácticos, lo que enriqueció mucho el Taller. El mismo originalmente se iba a realizar en una única jornada pero por el éxito de convocatoria y asistentes que colmaron la primer sesión se realizó una segunda en la semana siguiente, la cuál también contó con un número muy importante de asistentes.



Experto internacional en Filosofía del Derecho y Política visitó la FDER.

El Dr. Ricardo Calleja impartió clases especiales a alumnos de 4to año de la carrera de Derecho



Los días 29 y 31 de mayo visitó nuevamente la Facultad de Derecho (FDER) el profesor Dr. Ricardo Calleja Rovira. Invitado por el decano Dr. Nicolás Etcheverry para participar en dos jornadas dentro del curso de Filosofía del Derecho (materia de su especialidad) abordó el tema de la Justicia y su vinculación con la ética, según el enfoque del filósofo contemporáneo Robert Spaemann.

Los alumnos de 4º año de la Facultad participaron muy activamente en ambas sesiones

con preguntas e intervenciones de muy buen nivel. Como en anteriores oportunidades, el profesor Calleja quedó gratamente impresionado con el nivel de los estudiantes de la Facultad. Un participante adicional e invitado de honor fue el Dr. Carlos Loaiza, egresado e la primera generación de la Facultad de Derecho, hoy un reconocido tributarista.



Ciclo de Conferencias en Comercio Internacional.



En el marco del Máster y Postgrado en Integración y Comercio Internacional se viene desarrollando un Ciclo de Conferencias de actualización para alumnos y egresados de esos Programas.

En abril de este año la FDER recibió al Embajador Guillermo Valles quien disertó sobre “Globalización y Comercio Mundial: ¿Hacia dónde va el mundo hoy? “.

El Embajador Valles destacó que el paso del comercio internacional al comercio global ha sido uno de los acontecimientos económicos más trascendentes en los últimos años, impulsando la integración de las economías locales a un mercado mundial donde los métodos de producción y las transacciones económicas se configuran a escala planetaria.

Señaló asimismo que, la necesidad de conocer las tendencias, incertidumbres y expectativas de ese mercado mundial, es uno de los principales temas de la agenda externa e interna de nuestro país y analizó junto al público varios casos actuales relacionados.

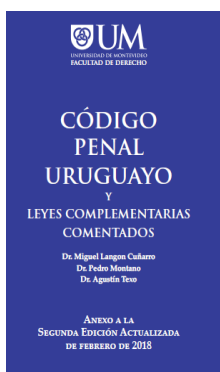
En el desempeño de su actividad profesional, el Emb. Valles ha sido un participante privilegiado de las realidades del comercio mundial.

Con 43 años de servicio y un Doctorado en Diplomacia, fue negociador del estableci-

miento de relaciones diplomáticas con Beijing y primer Embajador de Uruguay en la República Popular de China. Fue Embajador en la Unión Europea, Bélgica, Luxemburgo, Naciones Unidas y la Organización Mundial del Comercio, desempeñándose también en Japón y Argentina. Fue negociador principal del MERCOSUR entre 1992-1996 y Vice-Canciller de Uruguay entre 2000 y 2004. En ONU presidió las negociaciones de Normas Comerciales, siendo Árbitro Panelista de la OMC en numerosas disputas comerciales. Por 6 años dirigió la División de Comercio Internacional de Bienes y Servicios y de Materias Primas de la ONU (UNCTAD).



PUBLICACIONES PRIMER SEMESTRE 2018

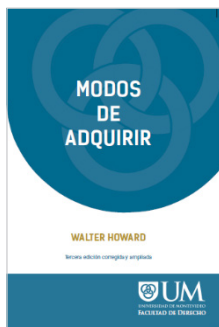


Anexo a la Segunda Edición del Código Penal Uruguayo y Leyes complementarias comentados

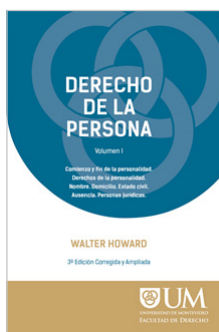
Dres. Miguel Langón, Pedro Montano, Agustín Texo



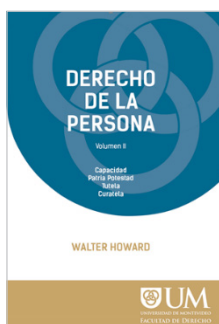
Código Penal Uruguayo y Leyes Complementarias Comentados (Segunda Edición) - Dr. Miguel Langón.



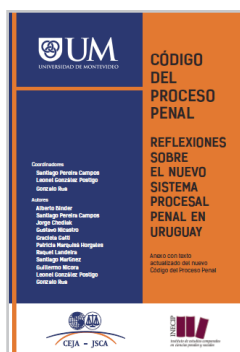
Modos de Adquirir – Dr. Walter Howard



Derecho de la Persona I – Dr. Walter Howard

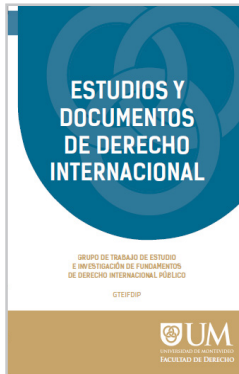


Derecho de la Persona II – Dr. Walter Howard



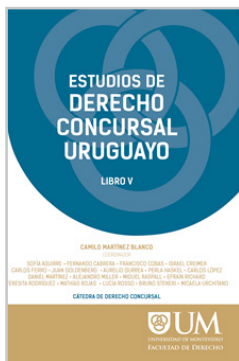
Reflexiones sobre el Código de Proceso Penal

Dres. Santiago Pereira Campos, Leonel González Postigo,
Gonzalo Rúa (Coord.)

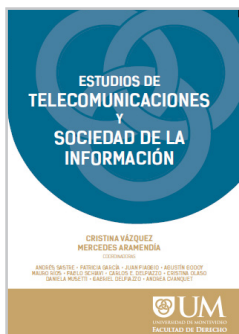


Estudios y Documentos de Derecho Internacional Público

Grupo de Trabajo de Estudios e Investigación de Fundamentos de Derecho Internacional Público (GTEIFDIP)

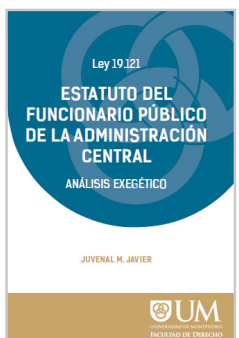


Estudios de Derecho Concursal Uruguayo V. Dr. Camilo Martínez Blanco (Coord.)



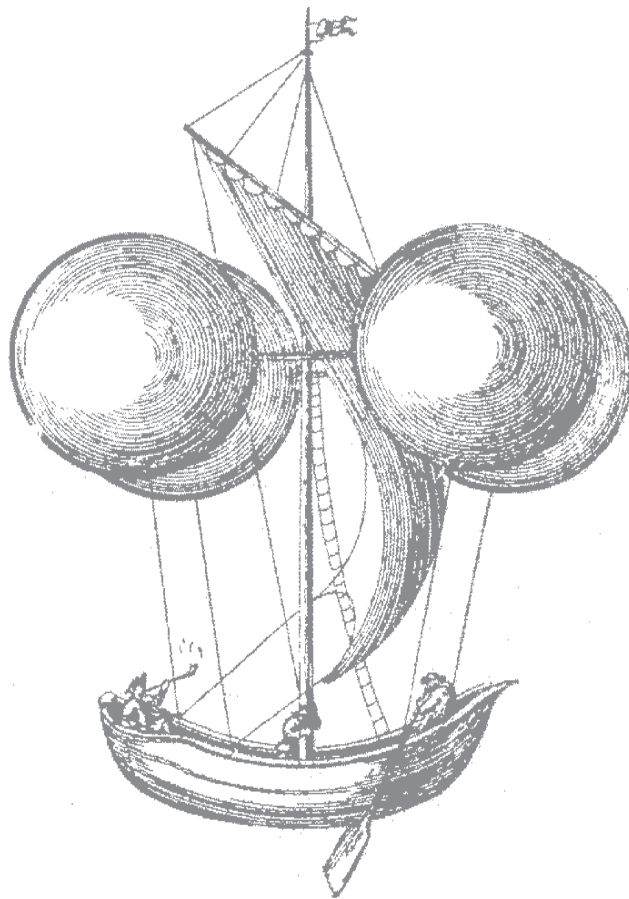
Telecomunicaciones y Sociedad de la Información

Dras. Cristina Vázquez y Mercedes Aramendía (Coord.)



Estatuto del Funcionario Público

Dr. Juvenal Javier



TESINAS DE MASTERS

IGARZA FUNES, Gustavo Pablo

Negociación colectiva en el sector público estatal

NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

Alcances y contenidos

GUSTAVO PABLO IGARZA FUNES

Dedicado a Máxima mi madre, y a la memoria Antonio mi padre, quienes cincelaron en mí el valor del estudio como medio de realización, y con su ejemplo me enseñaron el camino de la fe, el trabajo y la constancia para alcanzarla.

1. INTRODUCCIÓN¹

El trabajo en el Estado, constituye un factor central para concretar el fin servicial de la Administración y con ello la satisfacción del interés general.

A su vez, la negociación colectiva es un derecho fundamental de todos los trabajadores, reconocido en forma implícita en la Constitución de la República, Instrumentos Internacionales y Convenios Internacionales del Trabajo aprobados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como también en la legislación nacional.

El derecho a la negociación colectiva surgió en las relaciones de trabajo que se desarrollan en la actividad privada, y es allí en donde aparecen sus primeros reconocimientos jurídicos. Posteriormente, con el transcurso del tiempo, la negociación colectiva también se expandió por la vía de los hechos, a la actividad que se realiza en el Estado.

En nuestro país sin embargo, es recién en el año 2009, con la aprobación de la ley 18.508, que se establece el marco jurídico general que propicia su desarrollo.

Sin perjuicio de la generalidad del tema, el presente trabajo pretende centrar su análisis en dos aspectos.

En primer término, y ya transcurrido un tiempo desde la aprobación de la nueva legislación se ha logrado en forma efectiva crear un sistema de negociación colectiva que abarque al Estado en su extensión.

En segundo término conocer el contenido de los acuerdos logrados, particularmente identificar si en ellos se han incluido asuntos de materia que la Constitución de la República, en su artículo 61, reserva para los Estatutos de los Funcionarios Públicos.

Para ello este trabajo se divide en siguientes partes: en primera instancia se tratará los principales aspectos del trabajo en el Estado, para posteriormente ingresar al campo del Estatuto del Funcionario, luego se abordará la Negociación Colectiva en el Sector Públi-

¹ Tesis Final presentada por el suscripto en el Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo.

co desde la teoría y la práctica analizando los convenios suscriptos con posterioridad a la vigencia de la 18508 hasta el 31 de diciembre de 2016; para finalmente realizar unas conclusiones y reflexiones finales.

2. EL TRABAJO EN EL ESTADO

Los fines asociados al Estado han variado en el transcurso de los años. En efecto desde su origen el Estado moderno, ha transitado por diversas etapas: un Estado Liberal, un Estado Intervencionista, y un Estado Social de Derecho. Sin embargo, en todas ellas, ha sido condición indispensable que el Estado tenga un “soporte humano” que le permita el logro de sus fines.

Es así que Marienhoff señala: *“el cumplimiento de las funciones administrativas del Estado se hace efectivo y se concreta a través de la actividad de personas físicas, es decir de personas individuales”*².

En igual sentido, Sánchez Morón expresa: *“El vasto complejo organizativo que hoy componen las instituciones públicas y, muy en particular, las Administraciones Públicas, es animado por un conjunto muy numerosos de personas físicas que en ellas trabajan”*³.

Por su parte, Sayagués Laso afirma: *“Las personas jurídicas públicas actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. El elemento humano es el nervio motor de dichos entes. En algunos casos el querer de esos humanos vale como expresión de voluntad de la persona pública, otras veces las personas físicas al servicio de ésta se limitan a realizar actividades materiales o técnicas, cuyas consecuencias se imputan a la misma. Los primeros son titulares de los órganos de la persona pública; los segundos no tienen esa calidad.*

*Las distintas personas públicas estatales utilizan para el cumplimiento de sus fines un número elevadísimo de personas físicas. Ese conjunto de personas al servicio de las entidades estatales constituye el funcionario público y su actividad se regula por normas y principios especiales,...”*⁴.

El Derecho Administrativo centra su estudio en dos grandes áreas, por un lado la organización estatal y por otro su actividad, constituyendo el trabajo en el Estado un factor neurálgico para esta última.

Las condiciones en las cuales se desarrolla el trabajo y la determinación del alcance de los derechos y obligaciones de los trabajadores - funcionarios públicos, constituye desde la teoría y también desde la práctica un elemento fundamental para la satisfacción del interés general, razón por la cual no debe ser ajeno al estudio del Derecho Administrativo.

En el sentido expuesto, resulta interesante a efectos de dimensionar su trascendencia, recordar que en Uruguay a la fecha existen aproximadamente 260.000 funcionarios públicos que representan un 23% de la Población Económicamente Activa (P.E.A)⁵.

2 Marienhoff Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo” Abeledo Perrot Buenos Aires 2011. Tomo III B página 27.

3 Sánchez Morón, Miguel. “El Derecho de la Función Pública” Tecnos Madrid 2014 8va. Edición página 17.

4 Sayagués Laso, Enrique. “Tratado Derecho Administrativo”. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1991 Tomo I páginas 255 y siguientes.

5 Datos mencionados por Vázquez Pepe, Rodrigo. “Sistemas de Negociación Colectiva en el Sector Público y la Ley

2.1 Nacimiento de la Función Pública.

Racciatti estudia la génesis de la función pública asociándola con la estructura y forma del Estado: *“Ese régimen y esa organización están estrechamente vinculados con las distintas concepciones de la estructura y funciones del estado, y con el distinto alcance que se asigne a la “función pública”. Aún en un análisis abstracto, será difícil encontrar semejanzas entre el cuerpo de servidores de un estado monárquico absolutista y el régimen de función pública de un estado de derecho. Régimen político, sistema jurídico, organización administrativa son factores que explican diversas concepciones sobre el rol y la situación jurídica de los agentes o servidores del estado. En los países europeos en una evolución que transcurre desde fines del siglo XVIII y el siglo XIX, se abandona la concepción patrimonialista, en la cual la actividad administrativa tenía como finalidad la satisfacción de los intereses del soberano que gestionaba la “cosa pública” y en cuyo marco el empleo público era en realidad un empleo privado a favor de quien detentaba los poderes públicos. En el continente europeo, bajo diferentes modalidades, y con influencia francesa, se generalizan los sistemas de función pública que se apartan tanto de la relación personal del absolutismo como del arrendamiento de servicios del derecho civil. En su origen, el modelo francés es de cuño autoritario, fruto de la concepción centralista del régimen de Napoleón; pero lentamente, acompañando la evolución política, el sistema de función pública pasa a caracterizar el Estado contemporáneo al establecer un cuerpo de funcionarios dedicados al servicio del estado, independiente e imparcial, sometido a una disciplina jerarquizada, en cuya actividad debe prevalecer el interés público”*⁶.

En Uruguay, el desarrollo de la función pública acompañó la evolución del Estado. Luego de que la Carta Fundacional de 1830 estableciese un sistema de corte liberal con escasa participación del Estado en la vida socio - económica del país, en los albores del siglo XX comienza, en forma paulatina, un proceso de carácter intervencionista en sus diversas actividades y explotaciones industriales y comerciales, así como en servicios sociales, todo lo cual implicó un desarrollo significativo de la función pública, convirtiéndose así el Estado en el principal empleador del país.

En tal sentido Correa Freitas señala: *“La República Oriental del Uruguay nació a la vida independiente en el año 1830, con una Constitución tomada del modelo norteamericano, consagrándose la separación de los tres poderes del Estado, con un sistema de gobierno presidencialista. El Estado fue el típico del siglo XIX, es decir un Estado liberal “juez y gendarme”, en donde tomó a su cargo los cometidos esenciales, es decir la defensa nacional, la seguridad interna, las relaciones exteriores, la actividad financiera básica para el funcionamiento del Estado y la justicia.*

*En las primeras décadas del siglo XX, el Estado uruguayo tomó a su cargo otras actividades o tareas que, o bien no se desarrollaban hasta ese momento por los particulares, o en su defecto se entendió que era conveniente que el Estado se hiciera cargo de ella para evitar los monopolios y la transferencia de ganancias hacia el exterior”*⁷.

2.2 Protección jurídica del trabajo en el Estado.

18508” en revista Derecho del Trabajo Julio – Setiembre de 2015 Editorial La Ley. Cita Online UY/DOC/472/2015 página 2 (consulta online).

6 Racciatti, Octavio. “El Derecho del Trabajo en el Sector Público” en revista Derecho Laboral. Montevideo 2001. Tomo XLIV No. 204 páginas 730 y siguientes.

7 Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. “Manual de Derecho de la Función Pública” Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2011 2da Edición pagina 67.

La protección del trabajo en el sector público está insoslayablemente ligada a la concepción predominante acerca de la naturaleza jurídica del vínculo entre el Estado (empleador) con las personas que trabajan en él, pudiéndose distinguir dos posiciones una clásica que se sostiene la preminencia del Estatuto del Funcionario, y otra más amplia que reconoce la existencia de un Derecho General del Trabajo.

2.2.1 Posición Clásica

En sus orígenes, las denominadas posiciones clásicas negaban la aplicación del carácter protector del Derecho del Trabajo a los servidores públicos, sosteniéndose que los funcionarios se regían únicamente el Estatuto del Funcionario entendiéndose por tal, el conjunto normativo impuesto en forma unilateral por el Estado.

En nuestro país, Martins sostuvo una nítida separación entre el régimen jurídico de los trabajadores de la actividad privada sustentado en el criterio protector establecido por el artículo 54 de la Constitución y el de los funcionarios públicos el cual se sustenta en la base fundamental de que *“el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”* (artículo 59). El citado autor señaló: *“No compartimos la opinión ampliamente mayoritaria de la existencia de un derecho general del trabajo. Tampoco creemos que el derecho laboral sea aplicable a la relación funcional ni aún como norma analógica a acudir en caso de laguna normativa”*⁸.

García Pullés recuerda a quienes –en Argentina– sostenían esa posición: *“Algunos autores entienden que el empleo público constituye una especie de relación estatutaria, es decir una relación gobernada por las normas dictadas por el legislador y la administración, subestimando completamente el peso de la voluntad del empleado, entendiendo que ella resulta casi inocua, comparado con la trascendencia que adquiere el poder regulatorio estatal sobre la materia. Así, Díez hubo de expresar que la causa jurídica del empleo público estaba dada por un acto unilateral del Estado, al cual daba validez o eficacia el consentimiento del administrado y que la situación jurídica del agente y empleado tenían forma legal o reglamentaria y Alberto B. Bianchi se inclina a pensar que la función pública está muy alejada de lo que es un régimen contractual y, pese a reconocer que la noción clásica del contrato perfectamente bilateral nacido del acuerdo ha sido sustituida por la surgida de las contrataciones en masa en las que la autonomía de la voluntad se reduce sustancialmente, termina orientándose por atribuirle carácter estatutario...”*⁹.

2.2.2 Derecho General del Trabajo

Con el transcurso del tiempo esta tendencia se fue mitigando, comenzándose a advertir una tendencia expansiva hacia la protección del trabajo humano donde sea que éste se cumpliera.

Es así que Cassinelli Muñoz indentifica la existencia de un “Derecho del Trabajo General” aplicable a todas las personas que trabajan tanto sea en la actividad privada como

⁸ Martins Daniel Hugo “Influencia Recíproca de los Principios del Derecho del Trabajo y del Derecho Administrativo” en “Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos”. Biblioteca Derecho Laboral No. 5 Montevideo 1977 página 201.

⁹ García Pullés Fernando, “Lecciones de Derecho Administrativo” Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires Argentina 2015, página 423

en la pública y un conjunto de normas aplicables exclusivamente a los funcionarios públicos: “...En la doctrina se podría decir que si una norma de Derecho del trabajo es aplicable a todos los trabajadores, es una norma del Derecho General del trabajo. En cambio una norma que se aplica a un solo sector, que sería inválida en otro sector, sería una norma particular para ese sector. Ahora la importancia que tiene el concepto en la Constitución uruguaya proviene de que hay normas constitucionales que se refieren al trabajador sin decir nada. Al decir que estas normas son de Derecho General del trabajo, lo que se quiere decir es que esas normas abarcan a todos los trabajadores incluso a los funcionarios públicos. Mientras que hay otras normas que son particulares a los funcionarios públicos. Podría haber normas –es un punto de discusión, si habría algunas disposiciones- que se aplicarían solo a los trabajadores privados”¹⁰.

Cajarville se suma a una visión incluyente de las relaciones laborales en el sector público en la protección jurídica del trabajo, expresando: “La técnica constitucional de la regulación del trabajo consiste en acumular paulatinamente la consideración de los factores que van configurando progresivamente la situación jurídica de los distintos tipos de trabajadores”¹¹.

El citado autor sistematiza las disposiciones constitucionales de la siguiente manera:

a) El art. 53 de la Constitución establece la protección especial de la Ley al trabajo, entendiendo este en su sentido más amplio y tanto se realice en forma subordinada o independiente.

b) En los artículos 54 a 57 inclusive se protege al trabajo subordinado, sea en el ámbito público como en el privado, estableciéndose los siguientes derechos: a la independencia de la conciencia moral y cívica, la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal y la higiene física y moral (artículo 54), la distribución imparcial y equitativa del trabajo (artículo 55), la alimentación y el alojamiento para trabajadores que deban permanecer en el lugar del trabajo (artículo 56) y los derechos sindicales colectivos (artículo 57).

c) En los artículos 58 a 66 se establecen las condiciones de trabajo para quienes trabajan en el sector público.

Contemporáneamente en Argentina, Ivanega ha sostenido que: “...la interpretación de la relación de empleo público, ya no depende del debate de su naturaleza jurídica, pues, ha de atenderse a los principios constitucionales contenidos en los pactos y tratados de derechos humanos y en las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”¹².

Asimismo desde la doctrina laboralista se ha denunciado la inequidad de tratamiento y bregado por la protección del trabajo en el Estado, es así el laboralista mexicano Mario De la Cueva expresó: “el trabajo humano es idéntico, en todos sus matices por lo que exige una reglamentación uniforme”¹³.

10 Casinelli Muñoz, Horacio. “Disposiciones Constitucionales sobre el Trabajo” en “Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos”. Biblioteca Derecho Laboral No. 5 Montevideo 1977 pagina 116.

11 Cajarville, Juan Pablo. “Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos” en “Sobre Derecho Administrativo” Tomo II Fundación de Cultura Universitaria Segunda Edición Ampliada Montevideo 2008, pagina 484.

12 Ivanega, Miriam Mabel. “Las Relaciones de Empleo Público” La Ley Buenos Aires 2009 página 102.

13 Mencionado Plá Rodríguez Américo, “El Trabajador Público y los Convenios Colectivos” en revista Derecho Laboral Tomo XXIX No. 143 Julio – Setiembre de 1986 paginas 415 y 416.

A su vez Plá Rodríguez en el año 1986 señaló: *“Debemos empezar por destacar que existe una firme y creciente tendencia hacia la extensión del derecho del trabajo a los servidores del Estado. Esta corriente de ideas ha tenido que remontar una convicción generalizada sobre la existencia de una dicotomía que los administrativistas clásicos resumían en esta forma: el servidor del Estado está regido por una relación estatutaria establecida unilateralmente por el Estado; el trabajador privado está regido por una relación contractual concertada de común acuerdo entre el empleador y el que prestaba el trabajo. La relación estatutaria era regulada por el derecho administrativo, el cual tenía como criterio fundamental la prioridad del interés público y el aseguramiento de la continuidad de los servicios. La relación laboral era regulada por el derecho del trabajo, que está inspirado por el principio protector del trabajador.”*¹⁴

En similar sentido Ermida Uriarte expresa: *“...la desacralización del Estado verdad, aquella idea del Estado decimonónico propio de la revolución francesa, heredero de la monarquía como un ser todopoderoso y sacrosanto, fue cambiando, se fue deteriorando, pero también fue cambiando por la propia democratización de las sociedades y junto con esto también va desapareciendo la idea del Estado buen empleador, que era la idea que se podría tener inclusive entre nosotros, hace muchos años donde el Estado era el empleador modelo, para que entonces una legislación de protección frente a ese empleador que era el empleador modelo...”*¹⁵.

2.2.3 Jurisprudencia.

Nuestra Jurisprudencia reciente, también se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica del vínculo del funcionario público con el Estado, es así que la Suprema Corte de Justicia en su Sentencia No. 445/2014 de 23 de abril de 2014 expresó: *“...resulta importante recordar la posición de la Suprema Corte de Justicia en torno a la posibilidad de aplicación de los principios y de las disposiciones propias del Derecho del Trabajo a los vínculos emergentes de la relación entre el Estado y los funcionarios públicos. A tal efectos corresponde reiterar fundamentos expuestos en su sentencia No. 95/2007, ocasión en la cual la Corporación sostuvo: “... Rubén Correa Freitas – Cristina Vázquez al analizar el trabajo de los funcionarios públicos y el vínculo que existe entre la relación funcional y derecho general del trabajo han señalado que “El ejercicio de la función pública, objeto de la relación funcional, se lleva a cabo mediante la aplicación de las energías intelectuales o corporales del funcionario, en forma que redundan en beneficio de la colectividad, y dándole la posibilidad de ganar su sustento...”. Precisando seguidamente: “En este sentido, el funcionario público es un trabajador que, como tal, resulta alcanzado por las disposiciones que rigen el trabajo como hecho social y, en especial, el que sería fronteriza entre el derecho público y el derecho privado, en cuanto alcanzan a sujetos y relaciones públicas y privadas y tutelan intereses de ambos tipos. No constituyen una disciplina jurídica autónoma sino un “régimen jurídico.” ...Si bien se reconoce, como se señaló, que el vínculo que une al Estado con sus funcionarios puede considerarse, en esencia, de naturaleza laboral, también debe tenerse particularmente en cuenta que, a la vez se encuentra sujeto a una regulación específica emanada tanto de disposiciones de carácter constitucional (por ejemplo, el art. 63 de la Carta) como legal, siendo menester analizar, en cada caso, cuál es el marco regulatorio de la actividad de que se trate, y a él corresponde estar...”*¹⁶.

14 Plá Rodríguez, Américo. Obra citada pagina 413.

15 Ermida Uriarte, Oscar. “El trabajador ante el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo” en revista “Transformación, Estado y Democracia” No. 31 editada por la Oficina Nacional del Servicio Civil.

16 La Justicia Uruguaya Caso 16783 Cita Online UY/JUR/149/2014.

Por su parte, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia No. 151/2010 de 16 de marzo de 2010 ha expresado: *“El funcionario es sujeto de un vínculo en el cual la otra parte es una entidad estatal. Esta circunstancia introduce características muy particulares en esa relación de trabajo que determinan que “el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario; principio que surge del art. 59 inc. 1° de la Constitución y que, según la doctrina más autorizada, consagra una prevalencia del interés de la función.... Asimismo, corresponde destacar que no pueden traspolarse en forma automática al campo estatutario, soluciones y principios que son propios del Derecho del Trabajo; y ello, por cuanto como señala el Profesor Cajarville, tales ramas del Derecho se guían por distintos principios: la primera, por el principio del interés prevalente de la función y la segunda –Derecho Laboral o del Trabajo– por el principio tuitivo, de protección del trabajador...”*¹⁷.

Asimismo en su Sentencia No. 444 del 2015 el órgano citado precedentemente señaló: *“A juicio de la Sede, debe ciertamente admitirse que los derechos y deberes que conforman el estatuto de los funcionarios públicos presupuestados, no reconocen su fuente en el contrato de trabajo (como sucede con los trabajadores privados) sino en reglas de Derecho. Como señala Cassinelli el carácter estatutario del vínculo que liga a los funcionarios públicos con el Estado determina que no tienen un derecho adquirido a que se conserve su situación, es decir, sus derechos o deberes. Al ingresar a la relación de empleo público adquiere los derechos que emergen de su situación estatutaria. Expresa textualmente el autor que: “Éstos no tienen su fuente en el contrato de trabajo sino en reglas de Derecho, en disposiciones de carácter general que describen en abstracto los derechos y obligaciones de cada categoría de funcionarios”.... Por igual, desde la óptica ius-laboralista, señalaba Sarthou que “Sin duda aspectos esenciales del derecho individual del trabajo, especialmente los relativos a las limitaciones de la voluntad y al principio de irrenunciabilidad, a la primacía de la realidad, a la continuidad y al principio protector que en forma tan excelente ha desarrollado el Dr. Plá Rodríguez en su libro “Principios de derecho del trabajo”, habrán de provocar con su aplicación de empleo público alteraciones radicales y polémicas en la relación de empleo público hoy dominada por el principio de autoridad, jerarquía e imposición del Estado, no obstante los medios de control jurisdiccional”*¹⁸.

En suma en función a la doctrina indicada y la jurisprudencia mencionada se puede afirmar una evolución en cuanto a la concepción del trabajo en el Estado, la cual originariamente identificaba a la relación funcional como un acto exclusivamente unilateral determinado por el Estado mediante los Estatutos del Funcionario, para posteriormente aceptar que todo trabajo (sea en el sector público o privado) tiene una protección jurídica derivada de las normas constitucionales e instrumentos internacionales.

No obstante, compartiendo lo señalado por Cajarville las particularidades propias del trabajo en el Estado, justifican que también sean aplicables “principios propios” de la función pública, basados en el carácter servicial de la función pública que están plenamente reconocidos por la Constitución de la República. Es por ello que los principios clásicos del derecho laboral deben ser aplicados al trabajo en el Estado, en forma conjunta y complementaria con los propios de la función pública.

17 La Justicia Uruguaya Caso 16180 Cita Online: UY/JUR/232/2010

18 Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adoptada en autos caratulados: “Prado, Federico con Estado, Ministerio de Defensa Nacional, Acción de Nulidad” Ficha No. 751/11.

2.3 Modalidades de trabajo en el Estado.

El Estado necesita del trabajo humano -en su sentido más amplio como cúmulo de energías corporales e intelectuales puestas al servicio de un fin-, para la consecución de sus cometidos.

Este trabajo puede desarrollarse a través de diferentes formas o modalidades que variarán de acuerdo con los ordenamientos jurídicos y las realidades socioeconómicas coyunturales.

Si se toma en cuenta el criterio de la “incorporación” al Estado podríamos distinguir en principio dos grandes modalidades: a) las que suponen la incorporación del trabajador a la Administración y en consecuencia otorgan la condición de funcionario público; y b) aquellas que no incorporan al trabajador a la función pública, si bien trabajan “para” la Administración.¹⁹

Dentro de las modalidades que otorgan la condición de funcionario público, podemos distinguir: a) los funcionarios públicos presupuestados y b) los funcionarios públicos en “régimen de contrato de función pública”. En nuestro ordenamiento, la distinción la precisa el artículo 56 de la ley 15.809 del 8 de abril de 1986, se establece, que el ejercicio de la función pública en tareas permanentes deberá efectuarse en cargos presupuestados y bajo el sistema de carrera administrativa de acuerdo con las normas constitucionales y estatutarias vigentes.

Por su parte dentro de las modalidades que no otorgan la condición de funcionario o servidor público podemos distinguir entre otras figuras: becarios, pasantes, contrato artístico, arrendamiento de servicio y arrendamiento de obra.

Ante la proliferación de estos fenómenos de vinculación con el Estado, Racciatti advierte “...fenómenos de “desfuncionización” y de “huída del derecho administrativo”. Esta huída tiene diferentes direcciones, pues va hacia el derecho civil (mediante “tercerizaciones” y arrendamientos de obra o de servicios) y hacia el derecho del trabajo”²⁰.

2.4 Concepto de Funcionario Público

Los diferentes ordenamientos jurídicos, contemplan diferentes conceptos de funcionario público, dotándolos de una mayor o menor amplitud, en cuanto al número de las personas que incluye.

En Francia se considera que es “la persona que ocupando un cargo permanente comprendido en los cuadros administrativos participa en el funcionamiento de un servicio público”; en Italia se maneja un concepto restrictivo ya que solo se considera funcionario público las “las personas que ocupan los pubblici uffei es decir los titulares de los órganos, en cuyo carácter expresan la voluntad de la administración para la cual actúan. Todas las demás personas que trabajan en la administración son “dependientes no funcionarios”. Mientras tanto en España

19 Conforme, Racciatti, Octavio, “El derecho del trabajo en el sector público”.... páginas 792 y siguiente.

20 Racciatti Octavio. “El derecho del trabajo en el sector público” página 736

existe una concepción de mayor amplitud al referir a: *“la persona que designada, por autoridad competente, ejerce funciones públicas”*.²¹

En Argentina, para Marienhoff: *“La noción conceptual de funcionario público y de empleado público puede considerarse desde dos puntos de vista: uno amplio referido al Estado, en general y otro limitado, referido a la Administración Pública en particular:*

Desde el punto de vista amplio, funcionario público y empleado público, es toda persona que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales y específicas del Estado, es decir fines públicos propios del mismo.

Desde el punto de vista restringido, funcionario público y empleado público es toda persona que, ... realice o contribuya a que se realicen funciones esencial y específicas propias de la “Administración Pública”, considerada ésta en sentido sustancial, material u objetivo. Por tanto, en el concepto de funcionario o empleado público quedan incluidas todas las personas que realicen o contribuyan a que se realicen funciones “administrativas”, propiamente dichas, por cualquiera de los tres órganos esenciales del Estado (Legislativo, Judicial y Ejecutivo). De ahí, también, que tanto puede haber “función pública” o “empleo” público en la actividad común u ordinaria de la Administración, como en la actividad militar de ella, sin perjuicio de que ambos tipos de actividad estén disciplinados por regímenes jurídicos diferentes o especiales. Los tratadistas franceses, fieles a su concepción básica, refieren la actividad del funcionario o del empleado al “funcionamiento de un servicio público”²².

En nuestro país Sayagués se pronuncia por un concepto amplio de funcionario público. Así es que expresa: *“Se justifica sobradamente este criterio ya que por el solo hecho de incorporarse a una entidad estatal, las personas que actúan para la misma quedan investidas con un régimen jurídico que presenta muchos caracteres comunes. Surge así naturalmente el concepto amplio de funcionario público.”*, agregando posteriormente: *“...no todas las personas que entran en el concepto amplio de funcionario público están sometidas a un mismo régimen jurídico. Pueden individualizarse muchas categorías de funcionarios. Así, hay funcionarios gobernantes y no gobernantes, permanentes, a término y temporarios; judiciales y administrativos, y entre éstos civiles, policiales, militares, etc. hay quienes hacen de la función pública su carrera profesional y quienes la ejercen accidentalmente; etc. Pero cualesquiera sean las diferencias entre unos y otros, todos son funcionarios públicos”*.

En suma Sayagués lo define como: *“todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal”*²³.

La doctrina nacional ha seguido la posición de Sayagués, sosteniendo una definición amplia, entendiendo por tal: a toda persona que designada por la autoridad competente preste servicios en una entidad estatal²⁴.

Así es que Delpiazzo señala: *“En el Uruguay, rige una noción singularmente amplia de*

21 Sayagués Laso, Enrique. Obra citada página 257 a 259.

22 Marienhoff, Miguel. Obra citada, páginas 12 y 13.

23 Sayagués Laso, Enrique. Obra citada, páginas 262 y 263.

24 Conforme: Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. Obra citada página 38.

funcionario público, impuesta por la Constitución, desarrollada por el Derecho Positivo, explicitada por la doctrina y seguida por la jurisprudencia”²⁵.

En similar sentido se expresa Rotondo: *“La doctrina y jurisprudencia nacionales siempre han seguido un concepto amplio de funcionario público, que comprende a los que ejercen funciones políticas, los de alta administración o los que cumplen actividades subordinadas; a los que lo hacen permanentemente o en forma transitoria; a los presupuestados y a los contratados; a los que son retribuidos y a los honorarios, etc. En nuestro país se habla de agentes, empleados o servidores públicos como sinónimo de funcionarios públicos, sin efectuarse distinciones que se formulan en otros regímenes”²⁶.*

El derecho positivo más reciente; lo ha definido en los siguientes términos:

“A los efectos del presente Estatuto y de acuerdo con lo previsto por los artículos 60 y 61 de la Constitución de la República, es funcionario público todo individuo que, incorporado mediante un procedimiento legal, ejerce funciones públicas en un organismo del Poder Ejecutivo bajo una relación de subordinación y al servicio del interés general...”²⁷.

Sobre dicha definición legal, Ruocco ha advertido que si bien sigue el sentido amplio ya expresado, se encuentra *“acotada en algunos aspectos, por el ámbito en el que se aplica (el Poder Ejecutivo y sus dependencias, en solución claramente inconstitucional) por la naturaleza del vínculo (de subordinación) y por el servicio al “interés público” que reclama...”²⁸.*

3. ESTATUTO DEL FUNCIONARIO

3.1 Apreciaciones preliminares

En una primera aproximación a su Estudio, se citarán antecedentes, definición, así como la distinción entre estatuto formal y material.

3.1.1 Antecedentes.

Martins refiere a los siguientes antecedentes de los Estatutos del Funcionario:

- a) El Imperio Alemán, en 1873 dictó un ordenamiento en el cual recopiló en un solo cuerpo normativo, todas las garantías concedidas a los funcionarios desde el año 1794.
- b) En España, en 1852 se adoptó un real decreto que rigió en la materia hasta 1918, año en que fue sustituido por otra norma.

²⁵ Delpiazzo Carlos, “Derecho Administrativo General”. Amalio M. Fernández Montevideo 2013. Volumen 2 página 25.

²⁶ Rotondo Tornaría Felipe, “Manual de Derecho Administrativo” 9na. Edición Abril 2015, página 195.

²⁷ Artículo 3ero. de la Ley 19121 de 20 de agosto de 2013 que aprueba el Estatuto del Funcionario para el Poder Ejecutivo. Asimismo esta norma distingue al funcionario público presupuestado del contratado y deja fuera del concepto de funcionario público a las situaciones de arrendamiento de obra, becarios y pasantes, contrato artístico, el denominado “contrato laboral” y a los adscriptos a los Ministros de Estado

²⁸ Ruocco, Graciela. “Definición Legal de Funcionario Público. Especial Referencia a Funcionarios Presupuestados y Contratados (Ley 19121) en “Funcionarios Públicos. Especial énfasis en la ley No. 19121. Coordinador Durán Martínez Augusto. Universidad Católica del Uruguay 2014, página 107.

- c) En Italia, se dictaron leyes desde 1853 que fueron refundidas en un texto único aprobado por un Real Decreto de 1908, el cual tuvo vigencia hasta 1923, habiendo sido dejado sin efecto por el gobierno fascista.
- d) En Francia, desde 1834 se adoptaron leyes de carácter general en la temática.

En el desarrollo del siglo XX, los regímenes democráticos de gobierno establecieron por intermedio de la ley, Estatutos consagratorios de garantías, algunas logradas a través de la presión sindical ²⁹.

Es así que Martins señala: “...Por esa razón, en 1916 Fernando de Velazco decía que el Estatuto del Funcionario es el “Código de los derechos fundamentales de los funcionarios del Estado para garantizarlos de toda dañosa acción pública, otorgado –conquistando más bien” y Bielsa en 1947 definía el estatuto del funcionario como “un conjunto de reglas legales establecidas en forma general, cierta y permanente con el fin de garantizar a los funcionarios públicos sus esenciales derechos al empleo y a la carrera, y a determinar los deberes que la función o empleo imponen” ³⁰.

3.1.2 Definición de Estatuto de Funcionario.

Sayagués Laso lo define como: “Conjunto orgánico de normas legales que regulan los derechos, deberes y obligaciones de los funcionarios públicos. Todo Estatuto, pues debe contener las disposiciones protectoras de los funcionarios relativas al ascenso, estabilidad, garantía de permanencia, derechos pecuniarios, etc., así como las que imponen obligaciones y deberes a fin de asegurar un correcto ejercicio de las funciones públicas” ³¹.

En similar sentido Marienhoff señala: “Se entiende por “estatuto de funcionarios o empleados públicos” el conjunto orgánico de normas que establecen los derechos y obligaciones de dichos funcionarios o empleados. Un estatuto, entonces debe comprender todo aquello que se relacione con los derechos y obligaciones de los agentes estatales” ³².

Martins utiliza un concepto de mayor amplitud en tanto incluye aspectos propios de la ciencia de la administración como ser los sistemas técnicos que determinan el ingreso, ascensos, calificaciones, remuneraciones y organización; en consecuencia expresa:

“...Al definir el estatuto del funcionario, la mayoría de los autores como Ruiz y Gomez, destacan que es un conjunto de reglas que precisan el régimen jurídico especial de los funcionarios públicos, determinan sus derechos y deberes y otorgan las garantías en el cargo público.

Tal vez desde un punto de vista exclusivamente jurídico, la definición sea completa. Pero si realizamos una observación más detallada de los estatutos vigentes en los más diversos países, encontraremos que no sólo se regulan derechos, deberes y garantías de los funcionarios, sino que también se determinan los sistemas técnicos que regirán el ingreso, el ascenso, las calificaciones,

29 Martins Daniel Hugo, “Estatuto del Funcionario” en “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad”. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2014 página 361.

30 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” en “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad”... página 361.

31 Sayagués Laso, Enrique. Obra citada página 271.

32 Marienhoff, Miguel. Obra citada página 44.

el sueldo y la organización del personal administrativo.

En todo estatuto se pueden distinguir dos aspectos: uno, el régimen jurídico, que determina la situación jurídica del funcionario, sus deberes, sus derechos y garantías y otro, el aspecto técnico – administrativo, que establece normas técnicas relativas a la selección, formación, calificación, promoción, retribución y dirección de esos funcionarios.

Del primer aspecto, se ocupa el Derecho Administrativo; del segundo la Ciencia de la Administración. Pero como la realidad es indivisible, sólo podrá obtenerse una idea cabal del objeto en estudio si se examina todos los puntos de vista posible”³³.

3.1.3 Estatuto Formal y Material.

La doctrina ha distinguido entre una acepción formal y otra material de Estatuto de Funcionario.

Por “Estatuto Formal” se entiende el cuerpo normativo aprobado por el procedimiento establecido en la Constitución de la República que contiene las disposiciones referentes a los funcionarios públicos, en tanto por “Estatuto Material” se considera a todo el conjunto de normas de diferente naturaleza jurídica, diseminadas, que refieren a los contenidos propios del Estatuto del Funcionario³⁴.

Así es que Rotondo expresa: *“El Estatuto de los funcionarios, en un sentido material, es el conjunto de normas relativas a la situación jurídica y técnica de los funcionarios públicos en cuanto tales. Estas normas provienen de actos de valor y fuerza constitucional, convenios internacionales, normas legislativas o reglamentarias y regulan la relación funcional, determinando quienes son los sujetos, el objeto y el contenido de la relación, las formas para su nacimiento, desarrollo y extinción y los procedimientos técnicos de administración de personal.*

En otro sentido formal, Estatuto es el “cuerpo jurídico, armónico y sistemático que contiene la mayor parte de aquellas normas”, a este sentido refiere la Constitución cuando utiliza la palabra Estatuto estableciendo sus procedimientos de formación, órganos para dictarlos y contenido básico”³⁵.

A su vez Cassinelli Muñoz advierte: *“...no todas las normas aplicables a los funcionarios integran su estatuto material: se ha dicho que éste es el régimen jurídico aplicable a los funcionarios en cuanto tales, para excluir del concepto definido las normas que puedan aplicarse a los funcionarios en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos, o en cuanto trabajadores, o en cuanto habitantes por ejemplo.*

El contenido del estatuto material de los funcionarios está necesariamente condicionado al régimen jurídico de las personas en cuanto tales, desde que los funcionarios son personas; por el régimen jurídico de la ciudadanía, salvo el caso excepcional del profesorado en la enseñanza supe-

33 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo 1963 páginas 73 y 74.

34 Conforme, Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ...páginas 77 y siguientes.

35 Rotondo Tornaría, Felipe. Obra citada página 199.

rior, por el régimen jurídico de los trabajadores en todo aquello que resulte del trabajo como hecho (y no en lo que resulte del vínculo contractual laboral), desde que los funcionarios trabajan (pero la naturaleza del vínculo no es de Derecho privado, sino de Derecho Administrativo); en fin, por el régimen jurídico que ampara a los habitantes del país ”³⁶.

En definitiva el Estatuto Material es más amplio que el Estatuto Formal, ya que el primero se conforma con todas aquellas normas que refieren a los funcionarios públicos, en su condición de tales; en tanto el Estatuto Formal es únicamente “la porción” del Estatuto Material que fue aprobado en la forma preceptuada en la Constitución de la República para cada organismo estatal.

3.2. MARCO JURIDICO

En esta parte se analiza el régimen jurídico del Estatuto del Funcionario en nuestro país.

3.2.1 Evolución normativa

La **Constitución de 1830** no estableció normas estatutarias (en sentido material) ni refirió a las obligaciones y derechos de los funcionarios, limitándose a reconocer el derecho que tenía todo ciudadano a ser llamado a los empleos públicos y establecer la competencia del Presidente de la República de proveer los empleos civiles y militares, así como destituir “por ineptitud, omisión o delito”, con el acuerdo del Senado y en caso de delito, remitiendo los antecedentes al Poder Judicial.

En la **Constitución de 1918** no se innovó al respecto, destacándose la eliminación de la venia para el caso de destituciones de policías y militares.

En la **reforma del año 1934** se mantuvo el texto de 1830 referente a la destitución y se agregó una nueva causal en la que podían incurrir los funcionarios diplomáticos quienes podrían ser destituidos por participar en “actos que afecten su buen nombre o el prestigio del país y de la representación que invisten”. También se estableció el procedimiento a seguir cuando no se obtenía la venia del Senado: “Si el Senado o la Comisión Permanente no dictaran resolución definitiva dentro de los noventa días, el Poder Ejecutivo prescindirá de la venia solicitada, a los efectos de la destitución.”

Asimismo la Carta de 1934, agregó el poder jurídico de destituir a los funcionarios que la ley declarase “amovibles” por la mayoría de componentes de cada cámara, necesi-tándose únicamente la venia para los “inamovibles”.

A su vez, es en este texto constitucional que se incorpora la norma que establece: “La ley establecerá el Estatuto del funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario. Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y horas de trabajo, la actividad proselitista será ilícita y, como tal, reprimida por la ley”.

36 Cassinelli Muñoz, Horacio. “Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios Complilados por Carlos Sacchi”, La Ley Uruguay Montevideo 2014, página 954 (publicación original Revista D.J.A tomo 65 páginas 277 y siguientes)

Su artículo 57 determinó el contenido que debía tener el Estatuto General para todos los funcionarios públicos: las condiciones de ingreso, las reglas de ascenso, las garantías de la permanencia, de la cesación, de la suspensión o del traslado, los deberes de los funcionarios y los recursos sobre las resoluciones que los afecten.

Es en este período que se aprueba el Decreto Ley 10.388 de 13 de febrero de 1943 que contiene el Estatuto del Funcionario Público, cumpliendo el mandato constitucional del año 1934.

Martins sostuvo una visión crítica de este Estatuto expresando que previo a su vigencia existía un conjunto de normas que ya regulaban los derechos de los funcionarios y la eficacia de la Administración; destacando que en algunos aspectos el Estatuto de 1943 significó un retroceso en tanto omitió regular temas fundamentales como el disciplinario³⁷.

En la **Constitución de 1952** se establece el sistema usualmente denominado como de “*estatutos múltiples*”, por el cual coexisten diferentes Estatutos del Funcionario dependiendo del organismo en el cual preste funciones y la naturaleza de éstas.

La **Constitución de 1967** tiene como innovación lo previsto en el art. 60: “*La ley crea el Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que tendrá los cometidos que ésta establezca para asegurar una administración eficiente*”³⁸.

3.2.2 Sistema de Estatutos Múltiples.

Como ya se expresó, desde 1952 la Constitución establece un sistema de “*Estatutos múltiples*”; es decir no se prevé la existencia de un Estatuto único aplicable todos los servidores públicos, sino que por el contrario coexisten diversos Estatutos según los diferentes órganos existentes en el Estado.

Desde el punto de vista formal los Estatutos del Funcionario son aprobados mediante diferentes instrumentos jurídicos (Ley, Decreto con fuerza de ley en su jurisdicción, Decretos del Poder Ejecutivo, Ordenanzas, etc.).

El art. 59 de la Constitución mandata a la Ley la aprobación del “Estatuto Central” que será de aplicación a los funcionarios del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral y Servicios Descentralizados; en tanto que por leyes especiales se regulará el estatuto de los policías, militares, diplomáticos y los cargos de la Judicatura.

Los funcionarios de las Cámaras legislativas (Senadores y Representantes) verán su Estatuto aprobado por acto de la respectiva cámara, el cual, desde el punto de vista de su caracterización jurídica, es un Reglamento. En tanto la ley 16.821 de 23 de abril de 1997 en su art. 8º mandata a la Cámara de Senadores a aprobar el Estatuto del Funcionario de la Comisión Administradora del Palacio Legislativo.

37 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” en “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad”...páginas 363 y 364.

38 Conforme, Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” en “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad” ...páginas 361 a 363.

El artículo 62 de la Constitución establece que mediante Decretos con fuerza de Ley en su jurisdicción se aprobará el Estatuto de los funcionarios de los Gobiernos Departamentales.

El artículo 63 dispone que los Estatutos de los Funcionarios de los Entes Autónomos del dominio industrial y comercial, se aprobarán mediante un acto jurídicamente complejo consistente en un proyecto del propio Ente y aprobación por parte del Poder Ejecutivo mediante un Decreto.

Los Entes Autónomos de Enseñanza aprobarán sus Estatutos por acto propio (Reglamento) de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 204 de la Carta Constitucional, de conformidad con los artículos 58 a 61 de la misma y las reglas fundamentales que establezca la ley respetando la especialización de cada Ente.

Por su parte la Constitución en su artículo 64 establece la posibilidad de que por medio de la ley se dispongan reglas generales aplicables a los funcionarios de todos los Gobiernos Departamentales y de los Entes Autónomos o a parte de estos, para lo cual deberá haber sido adoptada con una mayoría especial: dos tercios de votos del total del componentes de cada Cámara.

3.2.3 Estatuto del Funcionario y Principios Constitucionales.

En esta parte se citará las máximas constitucionales que debe seguir el Estatutos del Funcionario.

El contenido primario de estos debe buscarse en la propia Constitución, al respecto Martins señala: *“Dentro del proceso de constitucionalización del derecho administrativo debe destacarse la frecuencia e importancia con que las Constituciones de mediados del siglo XX han incorporado a sus textos diversas disposiciones respecto del estatuto de los funcionarios.*

Salvo el principio de que todos los ciudadanos tienen acceso a los empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos, tomada de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, las Constituciones del siglo XIX contienen muy raramente normas sobre los empleados públicos.

Pero a partir de las Constituciones de la primera post guerra mundial se van inscribiendo preceptos sobre algunos aspectos de la administración de personal y se convierten en capítulos enteros dedicados al tema en las Constituciones sancionadas últimamente.

*La constitucionalización de los principios que deberán ajustarse los estatutos de los funcionarios tiene una gran trascendencia”*³⁹.

Por ello y siguiendo a Martins se identifican los siguientes principios constitucionales que rigen nuestro sistema estatutario desde la Carta de 1934 hasta nuestros días:⁴⁰

39 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ... páginas 80 a 81.

40 Martins. Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ... páginas 237 a 239. La denominación de Principio de Independencia y Dedicación Funcional se la otorga Correa Freitas Rubén y Vázquez Cristina en Obra citada... páginas 180 y 181.

a) Principio de Independencia.

Es el contenido en el art. 58 de la Constitución que establece:

“Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie.

No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes.”

Este mandato constitucional impone la clara separación de la función pública, al servicio exclusivo de la Nación; de los intereses partidarios u de otra especie. Claramente, marca el sentido profesional de la Administración, que debe quedar separado de la política.

b) Principio de Dedicación Funcional.

Es el previsto en el art. 59 que dice:

“La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”.

El Estatuto del Funcionario debe construirse sobre el concepto medular del derecho de la función pública: el funcionario esta para cumplir una función pública que ha sido asignada para la satisfacción de los intereses generales y no los propios particulares del funcionario.

Expresa el carácter servicial de la función pública con respecto a los intereses de la sociedad a cuya satisfacción debe ser guiado su accionar. Asimismo constituye el criterio sobre el cual deberá interpretarse toda la normativa referente a los funcionarios públicos.

Con magistral claridad Brito expresa: *“El servicio público es constitutivamente, por su razón de ser, para “servir al público”, y como tal, para “servir” le corresponde “ofrecer, atender, dedicar, recurrir”. Una ineludible conexión de sentido nos habla de la relación entre la actitud operativa de servicio público –para servir- y la consecuente situación personal (de servicio) cara a la Administración y a los terceros, con responsabilidad institucional y personal”*⁴¹.

c) Contenido del Estatuto.

Establecido por el art. del Funcionario en su art. 61:

“Para los funcionarios de carrera, el Estatuto del Funcionario establecerá las condiciones de ingreso a la Administración, reglamentará el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad, las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resolu-

41 Brito, Mariano. “Derecho Administrativo su Permanencia- Contemporaneidad – Prospectiva” Universidad de Montevideo, Montevideo 2004 página 540.

ciones que los afecten, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección XVII”.

Dispone aquellas materias que necesariamente debe contener un Estatuto del Funcionario, lo cual no solamente será aplicable a los funcionarios comprendidos el art. 59 de la Carta, sino que por reenvío alcanzará a los funcionarios de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos del Dominio Industrial y Comercial del Estado, Poder Legislativo, Entes Autónomos de Educación, en suma a todos los funcionarios públicos⁴².

d) Derecho al debido proceso.

Instituido en el art. 66 que dispone:

“Ninguna investigación parlamentaria o administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, se considerará concluida mientras el funcionario inculcado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa”.

El cumplimiento cabal de este precepto supone que el funcionario tenga vista de las actuaciones, posibilidad de tener asesoramiento profesional y de presentar sus descargos en un plazo razonable, proponer, producir y controlar prueba.

Delpiazzo señala que los principios constitucionales detallados precedentemente, sumadas al artículo 64, (ya mencionado en el numeral 3.2.2 in fine) son las que establecen los derechos, deberes y garantías de los funcionarios públicos y constituyen las bases del estatuto del funcionario en sentido material⁴³.

A fin de completar este análisis, corresponde señalar que estos principios constitucionales deben ser aplicados de inmediato de conformidad al artículo 332 de la Carta, el cual establece que:

“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriéndose a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.”

3.2.4 Estatuto del Funcionario Público Ley 19.121.

Mediante la ley 19.121 de 20 agosto de 2013, se aprueba un Estatuto del Funcionario del Poder Ejecutivo del cual se señala las siguientes particularidades:

a) Ámbito de Aplicación.

El legislador optó por restringir el ámbito de aplicación, determinado por el artículo 59 de la Constitución de la República, acotándolo exclusivamente para los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo con las siguientes excepciones: militares, policiales, diplomáticos, consulares y magistrados del Ministerio Público y Fiscal.

⁴² Constitución de la República artículos: 62, 63, 107 y 204.

⁴³ Delpiazzo, Carlos. Obra citada páginas 27 y siguientes.

Se produce una doble limitación. En efecto una primera restricción se da porque solamente refiere a los funcionarios del Poder Ejecutivo (literal A de la norma constitucional), no regulando en consecuencia a los funcionarios del Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Servicios Descentralizados (literales B a E inclusive). Una segunda restricción consiste, en que aún dentro del universo de servidores del Poder Ejecutivo se acota su aplicación en mayor grado a lo que preceptúa la Constitución. En efecto el texto Constitucional excluye del “Estatuto General” a militares, policías y diplomáticos, en tanto la nueva ley, excluye además a los funcionarios consulares y a los magistrados dependientes del Ministerio Público y Fiscal, lo cual en definitiva constituye una limitación adicional a la ya señalada.

Con posterioridad a la aprobación del citado Estatuto, por ley 19.334 del 14 de agosto de 2015, se crea la Fiscalía General de la Nación como Servicio Descentralizado en sustitución de la Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación.

En el artículo 12 de dicha norma, se encomienda al Director General a elevar al Poder Ejecutivo un anteproyecto de Estatuto del Funcionario de conformidad con el artículo 59 literal E) de la Constitución.

Asimismo en el propio texto de la ley 19.121 (artículo 102 literales B y C) se realiza una exclusión parcial en tanto a los funcionarios de la Dirección General Impositiva y de la Dirección Nacional de Aduanas no se les aplicará Título II Capítulo VI (“*Funciones de Administración Superior*”) y a los funcionarios de la Dirección General de Casinos no les corresponderá los Títulos II y III (“*De los Funcionarios de Carrera*” y “*De los Funcionarios Contratados*”).

Posteriormente, el artículo 226 De la ley 19.355 del 19 de diciembre de 2015, derogó la exclusión de los Funcionarios de la Dirección General de Casinos (art. 102 C del Estatuto) y por lo tanto amplió el ámbito subjetivo de aplicación dispuesto en la norma original.

Por su parte, el artículo 227 de la ley citada precedentemente, excluye de todo el Estatuto del Funcionario a los funcionarios de las Salas de Juego de la Dirección General de Casinos, con lo cual se mantiene la exclusión ahora más acotada.

En suma, el Estatuto del Funcionario aprobado, comprende un ámbito de aplicación notoriamente inferior al que surge del texto constitucional.

b) Contenido.

El nuevo Estatuto del Funcionario, tiene una vasta regulación. Contempla una definición de funcionario público presupuestado y contratado y enuncia una serie de principios fundamentales de la función pública y valores organizacionales: mérito personal, igualdad de oportunidades, perfil del funcionario orientado hacia el servicio, carrera administrativa, adaptabilidad organizacional, valores, y capacitación y formación.

Establece los requisitos formales para el ingreso a la función pública: Cédula de Identidad, ciudadanía natural o legal en las condiciones establecidas por la Constitución de la

República, haber sufragado en el último año electoral para los mayores de 18 años, carné de salud vigente, no haber sido destituido en forma previa de otro vínculo con el Estado e inexistencia de inhabilitación como consecuencia de sentencia penal ejecutoriada.

En forma detallada se regulan las diversas condiciones de trabajo: jornada ordinaria de trabajo, descanso semanal, horas a compensar, trabajo nocturno, feriados, tareas insalubres, reducción de jornada, comisión de servicios, licencia anual reglamentaria, licencias especiales, acumulación y pago de licencias, descuentos y retenciones sobre sueldos, sueldo anual complementario, hogar constituido, asignación familiar, prima por antigüedad, prima por matrimonio o concubinato reconocido judicialmente, prima por nacimiento o adopción, Fondo Nacional de Salud, seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y jubilación⁴⁴.

Una mención especial merece la disposición contemplada en el artículo 28 del citado cuerpo normativo, en el cual se declara en forma expresa el derecho de los funcionarios a los derechos colectivos del trabajo y en especial a la negociación colectiva, en estos términos:

“Libertad Sindical. Derechos Colectivos. Declárase, de conformidad con los artículos 57,72 y 332 de la Constitución de la República, con los Convenios Internacionales del Trabajo Nos. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización; 98, sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva; 151, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, y 154 sobre la negociación colectiva; con los artículos 8° a 13 de la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR, y con la ley No. 18508, de 26 de junio de 2009, que los funcionarios comprendidos en el presente Estatuto, tienen derecho a la libre asociación, a la sindicalización, a la negociación colectiva, a la huelga y a la protección de las libertades sindicales.”

Posteriormente, el Estatuto procede a enumerar los deberes y obligaciones, así como las prohibiciones e incompatibilidades⁴⁵.

Asimismo procede a regular diferentes aspectos de la relación funcional que se limitará a su mención, por no ser objeto del presente estudio: evaluación de desempeño, incorporación a un cargo presupuestal, conformación de la remuneración, sistema escalafonario, ascenso, sistema de rotación, funciones de administración superior, subrogación, responsabilidad disciplinaria, recursos administrativos, desvinculación del funcionario público y normas sobre los funcionarios públicos contratados.

c) Efecto “expansivo” a través de la negociación colectiva.

El artículo 102 literal F) dispone:

“El contenido de lo dispuesto en los artículos que refieren al objeto, definición, principios fundamentales y valores organizacionales, requisitos formales para el ingreso a la función pública, descanso semanal, reducción de jornada, licencia anual reglamentaria, licencias especiales, acumulación de remuneraciones y excepciones, descuentos y retenciones sobre sueldos, sueldo

⁴⁴ Artículos 6 a 27 de la ley 19.121.

⁴⁵ Artículos 29 y 30 de la ley 19.121.

anual complementario, hogar constituido, asignación familiar, prima por antigüedad, prima por matrimonio o concubinato reconocido judicialmente, prima por nacimiento o adopción, Fondo Nacional de Salud, seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, jubilación, libertad sindical, derechos colectivos, enumeración de deberes y obligaciones, enumeración de prohibiciones e incompatibilidades, evaluación de desempeño, principios generales, definición de evaluación por desempeño, definición de cargo, titularidad de cargo, ascenso, derecho al ascenso, obligación de subrogar, potestad disciplinaria, principios generales, definición de falta, apreciación de la responsabilidad disciplinaria, recursos administrativos, desvinculación del funcionario público, en lo que correspondiere, será tenido en cuenta para su aplicación gradual a los funcionarios dependientes de los organismos comprendidos en los literales B a E) del artículo 59 de la Constitución de la República, en un plazo máximo de veinticuatro meses, previo a dar cumplimiento con lo dispuesto por la Ley 18508, de 26 de junio de 2009.”

La norma transcripta, circunscripta en el capítulo de disposiciones especiales y transitorias, constituye lo que se puede denominar como un “mandato expansivo” de las disposiciones contenidas en el Estatuto a los organismos comprendidos en el artículo 59 de la Constitución de la República literales B) a E) es decir: Poder Judicial y Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Servicios Descentralizados, estableciendo que deberá utilizarse a tales efectos el instrumento de la negociación colectiva.

La interpretación del texto transcripto, en tanto incluye a una fuente diferente (negociación colectiva) a la prevista en el texto constitucional motivan el análisis jurídico. Es así que Larrañaga y Figueredo expresan al respecto: “...Si bien desde el punto de vista político – gremial es loable que el Estado discuta en forma previa con sus funcionarios las normas que van a regir sus tareas, el camino escogido debe conciliarse con la normativa constitucional en la materia, y en especial con el Artículo 59 de la Carta. De este modo, todo acuerdo al que se llegue ente ambas partes no podrá ser instrumentado mediante un convenio colectivo u otra convención análoga, sino que deberá implantarse mediante una Ley en el sentido orgánico formal como prescribe la norma constitucional señalada...”⁴⁶.

La norma citada propone un proceso complejo de aprobación del Estatuto, en tanto la misma establece que en forma previa a su aprobación legal se recurra al instrumento de la negociación colectiva, lo cual nos lleva a pensar en un sistema de “ley negociada”, es decir que la aprobación formal de la norma jurídica sea precedida de un proceso de negociación que incluya necesariamente a los actores profesionales involucrados en la misma.

En modo alguno supone una reasignación de la competencia constitucional del legislador para aprobar el Estatuto de los Funcionarios de los organismos previstos en los incisos B a E del artículo 59 de la Constitución, sino establecer un mecanismo deseable para la aprobación de dichas normas.

Asimismo si en el futuro el legislador aprobara un Estatuto de los organismos men-

46 Larrañaga, María Victoria y Figueredo, Roberto. “La incidencia del Derecho Laboral en la ley 19121” en “Funcionarios Públicos. Especial énfasis en la ley No. 19121” Durán Martínez Augusto Coordinador. Universidad Católica del Uruguay Montevideo 2014, página 139.

cionados sin recurrir al proceso de negociación colectiva, la jurisdicción de dicho Estatuto, en nada se vería afectada en tanto la jerarquía de la norma que impone la negociación previa, como la que aprueba el Estatuto sin la negociación colectiva es idéntica, prevaleciendo la última en tiempo.

Asimismo, el artículo 102 F) y el propio artículo 28 de la ley 19.121 constituyen un claro ejemplo de la aceptación –en el campo legislativo- de la negociación colectiva en la materia estatutaria.

3.3 LA MATERIA ESTATUTARIA

A continuación se analizará el contenido de la denominada “materia estatutaria”, a la luz de las disposiciones constitucionales.

El texto constitucional, en su artículo 61 enuncia las temáticas que necesariamente debe regular el Estatuto del Funcionario, sin explayarse sobre su contenido concreto.

Sin perjuicio de lo cual, entendemos que el artículo 61 establece un contenido mínimo de derechos que su instrumentación no puede convertirlos en mera norma declarativa, sino que debe garantizar su efectivo cumplimiento con el alcance que surge de los principios generales del derecho.

En tal sentido, resulta de plena aplicación lo dispuesto por el art. 332 de la Constitución (ya se ha referido en el numeral 3.3.3 d), y por el cual los derechos de los individuos, así como las facultades y deberes de la Administración Pública, deberán de aplicarse sin que su no reglamentación sirva de excusa.

a) Condiciones de Ingreso

Las condiciones de ingreso comprenden dos aspectos diferentes: a) los requisitos que debe cumplir la persona para acceder al cargo público, y b) el proceso de selección previo, estableciéndose en el Estatuto las formas básicas y procedimientos de cómo se proveerán los cargos vacantes del organismo.⁴⁷

b) Derecho a la Permanencia en el Cargo

Según Martins este derecho comprende varias situaciones: a) el derecho a la permanencia en el cargo, el cual nunca es absoluto pues existen procedimientos para remover a aquellos funcionarios indignos, en definitiva es el “*derecho a permanecer en el cargo mientras duren las condiciones exigidas y a no ser removido sino por los procedimientos legales*” Mientras el cargo exista el funcionario tiene derecho a permanecer en él de acuerdo con las condicionantes legales, b) el derecho al desempeño del cargo, es decir el funcionario una vez en posesión del mismo tiene el derecho a desempeñarlo, salvo que existan razones fundadas para trasladarlo a otra repartición o suspenderlo y c) derecho a los honores del cargo⁴⁸.

47 Cassinelli Muñoz, Horacio. “Derecho Público” Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1999, pagina 431.

48 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ...páginas 195 y 196.

Cassinelli Muñoz advierte que no debe confundirse este derecho con el de “permanencia del cargo”, ya que el funcionario de carrera tiene derecho a ocupar el cargo mientras éste exista, pero es potestad de la Administración su supresión, en cuyo caso el funcionario quedará cesante o será puesto a disponibilidad⁴⁹.

d) Derecho al ascenso - a la carrera administrativa

Martins señala: “*implica la posibilidad para el funcionario de no permanecer de por vida en el cargo en que fue designado, sino de ir pasando a cargos de mayor importancia y responsabilidad y, consiguientemente de mayor retribución y expectatibilidad*”⁵⁰.

Por su parte Cassinelli Muñoz destaca que no hay que confundir el derecho al ascenso con el derecho a ascender: “*Ningún funcionario tiene normalmente el derecho a ascender. El derecho al ascenso es en realidad, un derecho a que un cargo superior al que ocupa el funcionario no sea provisto con personas de afuera, es decir, que si se provee se lo haga con alguna de las personas que tienen derecho al ascenso respecto de ese cargo. Pero puede ocurrir que ese derecho al ascenso no tenga oportunidad de ejercicio, es decir que no se produzca la vacante del cargo superior o que haya otras personas que también tengan derecho al ascenso y que resulten escogidas mediante el procedimiento que se haya establecido al reglamentar el derecho al ascenso. Por eso digo que el derecho al ascenso no significa el derecho a ascender, significa simplemente el derecho a excluir del ascenso a las personas que no tengan derecho al ascenso. Junto con ese derecho subjetivo al ascenso, de contenido negativo, coexiste un interés legítimo en ascender. Pero, puede ocurrir o que se deje vacante el cargo superior o que no se produzca esa vacante....De modo que esto es una especie de derecho negativo, derecho de que no venga gente de afuera, pero no significa derecho a ocupar realmente un cargo...*”⁵¹.

e) Descanso Semanal

Este derecho se manifiesta a través de la limitación de la jornada (diaria) y del descanso en la semana.

La limitación de la jornada diaria está reconocida por la ya centenaria, ley 5.350 de 17 de noviembre de 1915 y supone el límite de ocho horas de labor diaria. En cambio el descanso semanal lo está por la propia Constitución de la República, sin especificar su duración, pero su goce los días sábados y domingos es la práctica habitual⁵².

e) Licencia anual y por enfermedad

Está íntimamente relacionada con el Derecho al Descanso y se fundamenta en la higiene física y mental del funcionario. Su extensión mínima es de veinte días anuales más un suplemento por antigüedad de un día cada cuatro años de trabajo después del quinto año de servicio.

49 Cassinelli Muñoz, Horacio. “Derecho Público” ...página 434.

50 Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” ... páginas 197.

51 Cassinelli Muñoz Horacio “Derecho Público”...páginas 434 y 435.

52 Conforme Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. Obra citada, página 236.

La licencia por enfermedad es aquella que se motiva en la enfermedad del funcionario y ha sido debidamente justificada por los servicios competentes.

f) Condiciones de suspensión y traslado.

Abarca las disposiciones atinentes al procedimiento disciplinario y a la movilidad del funcionario entre los diversos sectores del organismo en el cual presta funciones.

En efecto, los funcionarios podrán ser suspendidos preventivamente mientras se sustancia el procedimiento disciplinario destinado a determinar su eventual responsabilidad administrativa en un caso puntual.

A su vez, una vez finalizado el procedimiento disciplinario, de encontrarse responsable al funcionario, este será pasible de una sanción la que podrá ser una suspensión ya no preventiva sino correctiva.

Asimismo el procedimiento disciplinario establecerá la calificación del grado de la culpa y la gradualidad de las sanciones que variarán desde la observación hasta la destitución.

El procedimiento disciplinario debe cumplir estrictamente con las disposiciones del art. 66 de la Constitución de la República que consagra una garantía dentro del procedimiento administrativo (es decir en forma previa a adoptar una eventual resolución que le cause perjuicio), disponiéndose que ninguna investigación culminará sin otorgar vista al interesado.

En cuanto a las condiciones de traslado refiere a la potestad que tiene la Administración de determinar el cambio de destino físico de un funcionario y las garantías que este procedimiento debe tener.

g) Obligaciones funcionales

Refiere al conjunto de obligaciones que como tal es sujeto el funcionario público, siendo una especie del genero “deber” conjuntamente con las prohibiciones e incompatibilidades.

Cristina Vázquez, ha definido al “deber” como: “...una de las situaciones jurídicas pasivas, de desventaja o gravamen que limitan la esfera jurídica del sujeto que, para el caso de este análisis, es el funcionario público. Y su contenido puede implicar hacer algo en interés de un tercero o para que prevalezca un interés propio, no hacer algo, o soportar la actuación de un tercero”⁵³.

Por su parte, Correa Freitas sintetiza las obligaciones de la siguiente manera: “son las acciones positivas, las cosas que deben de hacer los funcionarios en el ejercicio de la función pública y aún observar en la vida privada, como por ejemplo el deber de lealtad a la Administración o el deber de reserva”⁵⁴.

53 Vázquez Cristina “Deberes de los funcionarios públicos en el Estatuto del Funcionario de la Administración Central” Revista Derecho del Trabajo Enero – Marzo 2014 Editorial La Ley, cita online: UY/DOC/44/2014 (página 2 cita online).

54 Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. Obra citada página 217.

Rodríguez Arana – Muñoz, señala que existe un “...plus de responsabilidad que gravita sobre el trabajo al servicio de las Administraciones, encierra una fuerte carga de dimensión ética. En efecto el trabajo al servicio objetivo de los intereses generales implica una serie de características como imparcialidad, honestidad o integridad entre otras cosas...”⁵⁵.

El Estatuto del Funcionario, aprobado en la ley 19.121 en su art. 29 establece las siguientes obligaciones:

“Los funcionarios deben actuar con arreglo a los siguientes deberes y obligaciones:

- 1) Respetar y cumplir la Constitución de la República, las leyes y disposiciones reglamentarias.
- 2) Desarrollar sus funciones, atribuciones y deberes administrativos, con puntualidad, celeridad, economía, eficiencia y cortesía.
- 3) Dar cumplimiento a las determinaciones de sus superiores jerárquicos. Si el funcionario entendiere que lo que se le ordena es contrario al derecho o a las normas de ética, podrá pedir a su jerarca que se le reitere la orden por escrito.
- 4) Desarrollar las iniciativas que sean útiles para el mejoramiento del servicio.
- 5) Cumplir con la jornada laboral establecida, dedicando la totalidad del tiempo de la misma al desempeño de sus funciones, sin perjuicio del descanso intermedio establecido en el inciso primero del artículo 6° de la presente ley.
- 6) Atender debidamente las actividades de formación, capacitación y efectuar las prácticas y las tareas que tales actividades conlleven, las que se procurará se realicen en el horario de trabajo.
- 7) Mantener reserva sobre asuntos e informaciones conocidos en razón de su función, aun después de haber cesado en la relación funcional.
- 8) Vigilar y salvaguardar los intereses, valores, bienes, equipos y materiales del Estado principalmente los que pertenezcan a su área de trabajo o estén bajo su responsabilidad.
- 9) Actuar imparcialmente en el desempeño de sus tareas dando trato y servicio por igual a quien la norma señale, sin discriminaciones político-partidarias, de género, religioso, étnico o de otro tipo, absteniéndose de intervenir en aquellos casos que puedan dar origen a interpretaciones de falta de imparcialidad.
- 10) Responder por el ejercicio de la autoridad que les haya sido otorgada y por la ejecución de las órdenes que imparta.
- 11) Declarar por escrito su domicilio real y comunicar en la misma forma todos los cambios posteriores del mismo, teniéndose al declarado como domicilio real a todos los efectos.
- 12) Denunciar ante el respectivo superior jerárquico y si la situación lo amerita ante cualquier superior, los hechos con apariencia ilícita y/o delictiva de los que tuvieren conocimiento en el ejercicio de su función.”

⁵⁵ Rodríguez Arana Jaime, “Los deberes del personal al servicio de las Administraciones Públicas.” En Revista Andaluza de Administración Pública 60/2005 Octubre – Noviembre – Diciembre. Instituto Andaluz de Administración Pública. Universidad de Sevilla, página 119, (<http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/descarga?up=21275>)

h) Prohibiciones e Incompatibilidades.

Constituyen respectivamente aquellas conductas prohibidas a los funcionarios, y las situaciones jurídicas incompatibles con la condición de servidor público.

En el elenco de prohibiciones e incompatibilidades desarrolladas en el Estatuto del Funcionario aprobado por la ley 19.121, en su artículo 30, encontramos las siguientes:

“1) Realizar en los lugares y horas de trabajo, toda actividad ajena a la función, salvo las correspondientes a la libertad sindical en las condiciones establecidas en la normativa vigente, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie.

2) Constituir agrupaciones con fines proselitistas, utilizando el nombre de la repartición, o invocando el vínculo que la función determina.

3) Tramitar asuntos como gestores, agentes o corredores, y, en general, tomar en ellos cualquier intervención que no sea la correspondiente a los cometidos del cargo o función de la repartición en la que revista.

4) Intervenir en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en la atención, tramitación o resolución de asuntos que impliquen un conflicto de intereses.

5) Hacer indicaciones a los interesados respecto de los profesionales universitarios, corredores o gestores, cuyos servicios puedan ser requeridos o contratados.

6) Solicitar o recibir cualquier obsequio, gratificación, comisión, recompensa, honorario o ventaja de terceros, para sí o para otros, por los actos específicos de su función, excepto atenciones de entidad razonable que se realicen por razones de amistad, relaciones personales o en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan.

7) Disponer o utilizar información previamente establecida como confidencial y reservada con fines distintos a los de su función administrativa.

8) Utilizar, sin previa autorización, documentos, informes y otros datos, salvo que el ordenamiento jurídico permita su uso sin limitaciones.

9) Actuar bajo dependencia directa dentro de la misma repartición u oficina de aquellos funcionarios que se vinculen por lazos de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad y afinidad, matrimonio o unión concubinaria. Los traslados necesarios para dar cumplimiento a lo previsto en el inciso anterior, no podrán causar lesión de derecho alguno, ni afectar su remuneración.”

Por su parte en las “Normas de Conducta de la Función Pública” aprobadas por el Decreto del Poder Ejecutivo 30/003 de 23 de enero de 2003 se establecieron las siguientes prohibiciones e incompatibilidades:

- a) prohibición de contratar con el organismo público al que pertenecen; prohibiciones de intervenir en razones de parentesco;
- b) prohibición de relaciones con actividades controladas;
- c) prohibición de relaciones con actividades vinculadas;

- d) prohibición de recibir regalos y otros beneficios;
- e) prohibición de comunicaciones telefónicas y uso de teléfonos celulares; prohibición de uso indebido de fondos;
- f) prohibición de revistar en la misma oficina por razones de parentesco, prohibiciones de uso indebido de bienes públicos;
- g) prohibición de proselitismo de cualquier especie.

i) Recursos Administrativos

Corresponde al derecho de los funcionarios de interponer recursos administrativos contra las resoluciones que adopte la administración de acuerdo a las disposiciones constitucionales (arts. 317 y siguientes). En tal sentido el Decreto 500/991 de 27 de setiembre de 1991 que establece el “Procedimiento Administrativo”, en su artículo 152 dispone: “*Podrán interponer recursos administrativos, los peticionarios y las personas que se consideren directamente lesionadas en sus derechos o intereses por el acto administrativo impugnado*”.

En consecuencia un funcionario que se desempeñe en el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Ente Autónomo o Servicio Descentralizado que se considere lesionado por un acto administrativo podrá interponer Recurso de Revocación contra quien adoptó el acto, y para el caso que éste estuviese sometido a jerarquía también podrá interponer en forma subsidiaria el Recurso Jerárquico contra el jerarca máximo del órgano. Para el caso de que se tratase de un Servicio Descentralizado deberá sumar a los dos expresados el Recurso de Anulación ante el Poder Ejecutivo.

Los funcionarios de los Gobiernos Departamentales podrán interponer Recurso de Reposición contra quien adoptó el acto y Recurso de Apelación contra el jerarca del organismo.

Asimismo debe tenerse presente que de acuerdo con el art. 66 de la Constitución de la República se consagra el derecho al debido proceso, el cual debe de ser cumplido y respetado durante la sustanciación del recurso administrativo.

Finalmente corresponde decir que la interposición de los recursos administrativos en tiempo y forma (“*agotar la vía administrativa*”), constituye un requisito de admisibilidad para tener legitimidad para solicitar el control jurisdiccional de los actos administrativos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración confirmase el acto, o en su no se pronunciase dentro de los plazos previstos por la norma, el recurrente en tanto sea titular de un derecho subjetivo o de un interés directo personal y legítimo queda habilitado para accionar la nulidad del acto ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo dispuesto por el art. 309 de la Constitución de la República.⁵⁶

⁵⁶ De acuerdo a lo dispuesto por la ley 17292 de 25 de enero de 2001 arts. 40 y siguientes, los plazos de que dispone la Administración para pronunciarse son de 150, 200 o 250 días según se hayan interpuesto uno, dos o tres recursos administrativos.

Dicho órgano apreciará la legalidad del acto, en tanto no haya contrariado una regla de derecho o hubiese sido adoptado con desviación de poder, teniendo competencia para confirmar el acto o anular dicho acto pero no modificarlo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 311 de la Carta, se establece con criterio general el fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo solo tiene efectos para el caso concreto, sin perjuicio de la potestad de que el mismo tenga efectos generales para el caso de que sea en interés de la regla de derecho o buena administración.

4. NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

4.1 Aproximación a la noción de Negociación Colectiva

La negociación colectiva constituye uno de los pilares (conjuntamente con la huelga y los sindicatos) sobre el cual se cimienta el principio de Libertad Sindical, piedra angular sobre la cual se desarrolla el denominado “Derecho Colectivo del Trabajo” o también llamado “Derecho Sindical”.

Es el proceso a través del cual los actores colectivos del mundo del trabajo interactúan, a efectos de regular en forma autónoma las condiciones de trabajo, estableciendo condiciones generales tanto sea en el sector privado como en el público.

Palomeque lo ha definido como el *“conjunto de relaciones y procesos de acercamiento y diálogo en cuyo seno la autonomía colectiva de los grupos antagonistas sociales (organizaciones de trabajadores y empresarios) produce el convenio colectivo. O, por decirlo en términos del Convenio 154 OIT (1981), sobre el fomento de la negociación colectiva, cuantas negociaciones “tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores y una organización o varias de empleadores por una parte, con el fin de a) fijar las condiciones, de trabajo y empleo, b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”*⁵⁷.

Por su parte el Convenio Colectivo *“es la expresión formal del acuerdo alcanzado en la negociación colectiva desarrollada por los representantes de los trabajadores y empresarios, en virtud de su autonomía colectiva, para regular las condiciones de trabajo y en general, las relaciones de los trabajadores y de los empresarios. Su naturaleza jurídica (delimitada por su función y estructura) es compleja. F. Carnelutti pudo decir, con acierto, que el convenio colectivo es un “hibrido jurídico que tiene cuerpo de contrato y alma de ley”, y Duguit afirmaba que se trataba de una “ley de la profesión”...*”⁵⁸.

La negociación colectiva tiene su sustento en el denominado *“pluralismo jurídico”*, que supone aceptar que el poder normativo no es potestad absoluta y única del Estado, sino que también los particulares ejerciendo la autonomía colectiva tienen la capacidad de adoptar normas con carácter general.

57 Palomeque López, Carlos Manuel. “Curso Introductorio de las Relaciones Laborales - Selección de Lecturas a cargo de Oscar Ermida Uriarte” Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1996 página 191

58 Monereo Pérez, José Luis y otros en “Manual de Empleo Público” Editorial Comares Granada España 2010, página 308.

Al consolidarse los Estados modernos, primó una concepción monista del Estado, según el cual éste era el único que tenía la capacidad de dictar normas con carácter general y abstracto, la misma se afianzó con la revolución francesa, siendo la denominada “*ley de Chapelier*” (aprobada en Francia en 1791) un claro ejemplo de ella.

El comienzo no fue fácil, así Pérez del Castillo señala: “*Frente a sus primeras reivindicaciones, el fenómeno sindical estuvo prohibido. Así por ejemplo, a lo largo del Siglo XIX los tribunales norteamericanos estuvieron castigando a los sindicalistas por el delito de conspiración contra la libertad de comercio*”⁵⁹.

Posteriormente con el desarrollo industrial, y la aparición de la denominada “*cuestión social*” y su respuesta en la llamada “*legislación obrera*” se comenzó tolerando, para posteriormente legitimar y promover el surgimiento en la actividad privada, de sujetos colectivos (asociaciones, sindicatos) con la capacidad de generar normas jurídicas a través de la negociación colectiva con carácter más o menos general (convenios colectivos) que cohabitaban con aquellas de carácter heterónomo que provenían del Estado (leyes, reglamentaciones).

4.1.1 Modelos de Negociación Colectiva en el Sector Público.

Racciatti identifica tres modelos de negociación colectiva en el Sector Público: a) Acuerdos sin valor jurídicos, b) Convenios con eficacia jurídica condicionada a un sistema complejo, y c) Convenios colectivos validos de pleno derecho.⁶⁰

a) Acuerdos sin valor jurídico.

Este primer modelo es aquel llamado “*pactos de caballeros*”, en el cual las partes tienen una resistencia a la celebración formal de un convenio colectivo, se admite el proceso de la negociación pero no su resultado el cual queda supeditado a una decisión de la Administración (unilateral) de plasmar lo negociado, asumiendo el compromiso de obrar en consecuencia, siendo las obligaciones contraídas de naturaleza política y no jurídica.

b) Convenios con eficacia jurídica condicionada a un sistema complejo.

En este modelo el convenio tiene sí valor jurídico, pero es únicamente una parte de un proceso complejo en el cual primero se celebra el acuerdo, el cual queda supeditado a la aprobación del órgano competente para que tenga valor jurídico. El ejemplo más común es que lo pactado en el convenio colectivo sea reflejado en el Presupuesto del organismo correspondiente.

Esta diferencia fundamental con lo que sucede en la actividad privada se cimienta en razón del interés público que justifica la actividad estatal.

c) Convenios colectivos válidos de pleno derecho.

59 Pérez del Castillo, Santiago. “Introducción al Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo” Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo, 1995 página 34.

60 Racciatti, Octavio. “Los efectos jurídicos de los Convenios Colectivos en la Administración Pública” en “7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo”. Cuadernos Facultad de Derecho. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1994 páginas 62 a 66.

En este último modelo el convenio colectivo tiene valor jurídico sin ningún tipo de condicionantes, generando obligaciones para las partes una vez suscrito.

La vigencia de cada uno de estos modelos dependerá de circunstancias históricas, así como de la materia negociada. En efecto el primer modelo denominado “pacto de caballeros”, será el propio de los inicios de la negociación colectiva en el sector público en la cual no se le reconocía valor jurídico. En tanto la vigencia de los otros dos modelos dependerá más del objeto de la negociación. En efecto en aquella materia en que no hubiese restricciones presupuestales o estatutarias, los convenios tendrán valor de pleno derecho, y para el caso de que existieran límites formales se deberá acudir al modelo llamado convenios con eficacia condicionada.

4.1.2 Evolución de la Negociación Colectiva en el Sector Público.

El derecho colectivo del trabajo nació en el seno del trabajo industrial. En el ámbito estatal su surgimiento fue más tardío y concomitante al momento de que el Estado deja su papel de “Juez y Gendarme” y comienza a participar en las actividades económicas de los países, en especial aquellas industriales y comerciales, que supusieron la incorporación de mayor personal.

Las relaciones colectivas del trabajo en el sector público presentan características y condicionantes que han llevado a que se afirmarse: *“El desarrollo del sindicalismo en la función pública es uno de los hitos, si no el más importante, que han marcado la transformación sustancial del régimen jurídico de los funcionarios que se han producido a lo largo del siglo XX”*⁶¹.

Supuso fuertes resistencias, es así que se ha dicho: *“Para la mayoría de los autores clásicos del Derecho Administrativo la introducción de la confrontación del interés sindical en el empleo público carece de justificación, pues se considera que es una manifestación de la lucha de clases que solo tiene sentido allí donde existe contraposición de intereses, es decir en la empresa privada, pero no en el empleo público, puesto que el funcionario esta por esencia identificado con el Estado y actúa al servicio del interés general”*⁶².

Resulta sumamente ilustrativo el dato histórico citado por Vázquez Pepe, quien recuerda que el Presidente de Estados Unidos Franklin Roosevelt afirmó que la negociación colectiva en el sector público era *“inconcebible”*⁶³.

Monereo Pérez señala: *“Tradicionalmente la fijación de las condiciones de trabajo y, en general, el régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos ha sido el de sometimiento a un régimen de Derecho Administrativo impuesto unilateralmente por el poder público. De este modo se hacía prevalecer la “relación orgánica” del trabajador funcionario con la administración sobre la “relación de servicios profesionales” que efectivamente concurre en la posición jurídica del funcionario y del personal estatutario.*

Sin embargo, con la expansión de las actividades de las Administraciones públicas a sectores

61 Sánchez Morón, Miguel. Obra citada, página 253.

62 Sánchez Morón, Miguel. Obra citada página 253.

63 Vázquez Pepe, Rodrigo. Obra citada página 1 (consulta online).

productivos (económicos, sociales, culturales etc-) y la disociación entre empleado público, funcionario público y ejercicio de función o autoridad pública en sentido estricto (es evidente que la mayor parte de los funcionarios no las ejerce), se ha venido produciendo una aproximación entre la condición profesional del empleado y del funcionario y la del resto de los trabajadores. Una vez más pues es necesario diferenciar, dentro del Sector Público de empleo, entre el personal laboral y el personal funcional o en régimen jurídico estatutario del Derecho Público, y autoridades públicas”⁶⁴.

Es así que Ramón Parada y Jesús Fuentetaja señalan: “La negociación colectiva es un elemento contingente, no necesario, del derecho sindical en la función pública que tropieza con la dificultad de suponer un acuerdo sobre materias extra commercium – las retribuciones o la ordenación misma de la función pública- que son competencia de un órgano soberano, el Parlamento, por lo que el gobierno no puede, en principio, pactar sobre ellas como empresarios...”⁶⁵.

Por su parte Luciano Parejo Alfonso expresa: “La negociación colectiva es una conquista histórica de los trabajadores superadora del paternalismo y la imposición en que se había movido el Derecho del trabajo tradicional y que permite a aquéllos consensuar las condiciones de la prestación del servicio. En síntesis, la negociación colectiva de los funcionarios es parte de su estatuto. Su establecimiento o negación se debe realizar en la Ley y en las normas, que dado el modelo de reparto competencial, correspondan”⁶⁶.

En suma, el avance del Estado interviniendo en la vida económica y el aumento consecuente del trabajo en el ámbito estatal hizo aceptar la existencia de la actividad sindical y la negociación colectiva, en definitiva como señala Sánchez Morón “La realidad, sin embargo, suele ser más terca que la dogmática jurídica”⁶⁷.

4.1.3 Evolución de la Negociación Colectiva en el Sector Público en Uruguay.

Biasco comenta el antagonismo inicial de la negociación colectiva y la función pública: “Desde el punto de vista histórico – evolutivo la negociación colectiva en la Administración Pública – como casi todos los institutos vinculados al derecho del trabajo- ha transitado de las etapas de hecho –generalmente extralegales-, a las etapas de derecho.

La idea de una posible negociación entre el Estado y sus funcionarios se vio largamente obstaculizado por una especial y celosa aplicación del importante apotegma constitucional que señala que: “La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”, a cuyo amparo se considera priorizada la función respecto del funcionario; quien de esa manera vio mediatizada la aplicación del principio –también de rango constitucional- que dispone “El trabajo está bajo la protección especial de la ley”.⁶⁸

64 Monereo Pérez, José Luis. Obra citada página 334.

65 Parada, Ramón y Fuentetaja, Jesús. “Derecho de la Función Pública” Open Ediciones Universitarias 3era. Edición Madrid año 2015, página 384.

66 Parejo Alfonso, Luciano. “Lecciones de Derecho Administrativo” Tirant Lo Blanch 8va. Edición Valencia 2016, página 1034

67 Sánchez Morón, Miguel. Obra citada pagina 253 y siguientes

68 Biasco, Emilio. “Los Convenios Colectivos en la Administración Pública” páginas 6 y 7 (Consultado Internet en: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/2011-08-15%20ConveniosColectivos.pdf>)

Por su parte Racciatti señala *“El reconocimiento de los derechos de sindicalización de huelga y de negociación colectiva ha sido paulatino, y ha debido enfrentar mayores obstáculos que los que se presentaron para su aplicación en el sector privado. Las objeciones a la aplicación de algunos o de todos estos institutos tienen fundamentos diversos. En algunos casos, se ha señalado que el estado es “el mejor patrón”. Otras veces, se suele aludir a la naturaleza de la relación de empleo público, cuyo carácter excluiría la aplicación de institutos originados en el sector privado que suscitan un “conflicto de lealtades” en detrimento del interés público y de la fidelidad y neutralidad del servidor del estado.”*⁶⁹

Zapirain identifica cinco grandes etapas en las relaciones colectivas en el sector público en nuestro país⁷⁰.

a) Etapa Inicial. Ubicada entre los años 1930 y 1950, es una época caracterizada por la incipiente industrialización del país, la migración del campo a la ciudad, la incorporación de la mujer a la actividad laboral, el aumento de las actividades terciarias tanto sean estatales como privadas. El número de servidores públicos oscila entre las 46.000 y 50.000 personas.

En esta etapa hay una transformación del sindicalismo en nuestro país *“...se pasa del “sindicalismo de oficio” estructurado en torno a un oficio o profesión al “sindicalismo de masa” que nuclea al trabajador con independencia de su profesión u oficio, donde prima la organización por rama o sector de actividad. Un sindicalismo con finalidad dualista, que combina la acción sindical con la negociación y la presión política.”*

Es en esta época que surgen las asociaciones o sindicatos de funcionarios públicos: Asociación de Bancarios del Uruguay (AEBU, 1942) la que nuclea a privados y públicos, Federación Uruguaya de Magisterio (FUM, 1942), Asociación de Funcionarios Judiciales (AFJU, 1943), Federación de ANCAP (FANCAP, 1944), Federación de Funcionarios de OSE (FFOSE, 1946), Asociación de Empleados y Obreros Municipales (ADEOM, 1947), Sindicato Único de la Administración Nacional de Puertos (SUANP, 1948), Unión de Funcionarios Docentes y Administrativos de UTU (UFDAUTU, 1948) y la Agrupación UTE (AUTE, 1949).

b) Segunda Etapa. Se sitúa entre 1950 y 1973. Esta marcada por el comienzo de los problemas económicos que atravesó el país y las tensiones sociales y políticas que culminaron con la ruptura institucional.

El relacionamiento entre las organizaciones de empleados públicos y el Estado, era puntual y a través del conflicto, especialmente en ocasión de la discusión y tratamiento del Presupuesto Nacional. Si bien existía una tradición de contactos y dialogo informal, era casi nula la negociación colectiva en el sector, más allá de acuerdos puntuales destinados a poner fin a los conflictos.

⁶⁹ Racciatti, Octavio. “El derecho del trabajo en el sector público”, ... página 761.

⁷⁰ Zapirain, Héctor. “Las Relaciones Colectivas de Trabajo en el Estado. Evolución Reciente” en XXVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Punta del Este 2015 Fundación de Cultura Universitaria. Páginas 206 a 209.

No obstante se advierte el germen de la negociación colectiva forma permanente, en oportunidad de la discusión del Presupuesto correspondiente al gobierno que se iniciaba en el año 1967, oportunidad en que se suscitaron negociaciones también informales que finalmente quedaron truncas.

c) Tercera Etapa. Es aquella que transcurre durante el gobierno de facto y se caracterizó por la prohibición y persecución del movimiento sindical e intentos de reglamentación de los derechos colectivos.

d) Cuarta Etapa. Es la que se ubica entre 1985 (reinstitutionalización democrática) y el 2005. En primer término desde el punto de vista normativo se ratificaron los Convenios de la OIT 151 y 154 referentes a la negociación colectiva. Se retomó la práctica del diálogo y entre el gobierno y las organizaciones sindicales de funcionarios públicos.

En especial a partir de 1990, con el gobierno del Dr. Lacalle de Herrera comienzan procesos de negociación con importantes sectores de funcionarios públicos.

Racciatti destaca algunos acuerdos suscritos en el ámbito del sector público en estos años:⁷¹

- Decisión negociada sobre la recomposición y regularización de carreras de los funcionarios del Instituto Nacional de Colonización (INC).

Las resoluciones del INC que dispusieron dicho acuerdo, fueron impugnadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, quien desestimó la acción señalando: *“La actora impugnó esta resolución, porque a su juicio desconocía el art. 28 del Estatuto del Funcionario, que establece que los ascensos deben hacerse por antigüedad calificada y por haber ingresado con posterioridad a 1974 y carecer de calificaciones, quedaría relegada en futuras promociones. Olvida la actora, que el procedimiento seguido en el caso fue propuesto por la A.F.I.N.C.O, gremial representativa de los funcionarios del Organismo, conforme a lo dispuesto por el C.I. No. 151, ratificado por la ley No. 16.039 de 8/5/89, como única manera de superar el caos anterior a 1985...”*⁷².

- Convenio entre los Diques del Estado y la Asociación de Trabajadores Civiles de Diques del Estado de 17 de marzo de 1993. Se acuerda Salario y una Cláusula de Paz.
- Convenio entre el Sindicato Único de la Administración Nacional de Puertos, el PIT – CNT, la Administración Nacional de Puertos, y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 17 de junio de 1992, sobre la cuota médica, redimensionamiento del servicio médico, no redistribución compulsiva del personal fuera del organismo, clausula de paz y otros aspectos incluso salariales.
- Convenio Laboral UTE – AUTE celebrado el 22 de julio de 1993 que constituye un verdadero estatuto de relaciones laborales aplicables en dicho organismo.

⁷¹ Racciatti, Octavio. “Los efectos jurídicos de los Convenios Colectivos en la Administración Pública” en “7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo”... páginas 80 y siguientes.

⁷² Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 820 de 4 de agosto de 1993, dictada en autos caratulados “García De Souteras, María Cristina con Instituto Nacional de Colonización. Acción de Nulidad” Ficha No. 516/91.

- Convenio celebrado entre la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Mesa Sindical Coordinadora de Entes el 27 de diciembre de 1993, que tiene por objeto el ajuste salarial de las siguientes empresas públicas: AFE, ANCAP, ANP, ANTEL, Compañía del Gas de Montevideo, INC, OSE y UTE.
- Convenio entre el Banco de Previsión Social y Asociación de Trabajadores de la Seguridad Social en 1993. La celebración de este convenio en particular constituye un ejemplo de las dificultades para aceptar la negociación colectiva en el sector público motivándose que se aprobase dos disposiciones legales a efectos de determinar la competencia para negociar colectivamente ⁷³.
- También se suscribieron acuerdo en el ámbito de los Gobiernos Departamentales Maldonado, el 28 de junio de 1991 y Canelones el 30 de setiembre de 1991.
- En 1998 en el ámbito de la Banca Oficial que incluye al Banco de la República Oriental del Uruguay, Banco Central del Uruguay, Banco de Seguros del Estado y Banco Hipotecario del Uruguay, se celebra el primer “autodenominado” convenio colectivo que recoge una serie de “Actas de Acuerdo” que se venían celebrando desde el año 1991.

e) **La Quinta Etapa.** Discurre a partir del año 2005 acompañando el cambio político ocurrido en el país y se caracteriza por el fomento de la negociación colectiva general y en el sector público, destacándose la aprobación de la ley 18.508 de 26 de junio de 2009.

4.1.4 Contexto Iberoamericano.

Se señala el grado de desarrollo de la negociación colectiva en el sector público, en algunos países de la comunidad iberoamericana.

En **España** se distinguen dos clases de empleados públicos con diferente régimen jurídico, los funcionarios públicos a quienes se les aplica el Derecho Administrativo y el personal laboral a quien le rige el Derecho del Trabajo ⁷⁴.

El derecho a la negociación colectiva del “*personal funcional*” tiene su fuente no en la Constitución, sino en la ley más precisamente en el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado en el año 2007. Este derecho se reconoce a todos los funcionarios públicos con excepción de los: Jueces, Magistrados y Fiscales, miembros de las Fuerzas Armadas y miembros de las Fuerzas de Seguridad, pero si a los cuerpos de Policía Local.

La ley remite a cuatro tipos de materias a negociar: a) materia negociable sin eficacia jurídica por existir una reserva de la ley material, b) materia negociable con eficacia jurídica pero con carácter de propuesta, c) materia negociable con eficacia jurídica pero con criterios generales, a vía de ejemplo: el acceso, la carrera, la provisión, calificaciones, planificación de recursos humanos, evaluación de desempeño, capacitación, prestacio-

⁷³ Las normas que se aprueban son el art. 224 de la ley 16.462 y la ley 16.560 las cuales se desarrollarán en el punto 3.6.2 del presente trabajo.

⁷⁴ Sala Franco, Tomás. “La negociación colectiva de los empleados públicos en España” en “La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. Valencia España 2013 páginas 184 a 191.

nes sociales, acción social, ofertas de empleo público, y d) materia negociable con eficacia jurídica y sin limitaciones: determinación de retribuciones a funcionarios, planes de previsión complementaria, protección de riesgos laborales, calendario laboral (horarios, jornada, vacaciones, permisos, movilidad geográfica etc).

Se excluye de la negociación: las potestades de organización de la Administración de organización salvo que afecten a los funcionarios en sus condiciones de trabajo, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, las condiciones de trabajo del personal directivo, los poderes de dirección y control, la determinación concreta en cada caso de los sistemas de acceso al empleo público.

Se impone asimismo que los convenios deberán determinar el ámbito de aplicación personal, espacial, y temporal, así como la implementación de comisiones de seguimiento de su ejecución.

En **Argentina**, primaron las teorías que establecían que el Estado era quien forma unilateral fijaba las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, no obstante en los últimos años y en forma posterior a la reinstitucionalización democrática de 1983 se ha registrado la aceptación de la negociación colectiva en el Estado, aprobándose en 1992 la ley No. 24.185 referente a la negociación colectiva en el Sector Público. En la reforma Constitucional de 1994 el artículo 14 bis eleva el rango jurídico de la misma ^{75 76}.

En cuanto al contenido de la ley es suficientemente amplio para el pleno desarrollo de la autonomía de las partes, con la limitante impuesta por el orden legal que deja “fuera” de la negociación colectiva: la estructura orgánica del Estado, las facultades de dirección estatal, y las previsiones constitucionales que garantizan la estabilidad del empleo como el principio de idoneidad como requisito de ingreso.

La autonomía de las partes se podrá entonces desenvolver en ámbito de plena libertad, teniendo como referencia a la norma legal, la cual opera como un “norma mínima” que podrá ser superada a través de la propia negociación colectiva.

La eficacia de los acuerdos alcanzados, está reconocidos por la propia ley que man-

75 Mugnolo, Juan Pablo. “La Negociación colectiva del Sector Público en la República Argentina” en “La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. España Valencia 2013 páginas 30 a 44.

76 El artículo 14 bis de la Constitución de la República Argentina establece: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

data al Poder Ejecutivo instrumentarlo en el plazo de 30 días desde su suscripción, lo cual excluye la necesidad de homologación (control de oportunidad y legalidad) y en consecuencia supondría un mayor grado de intervención estatal.

En **Brasil**, se parte de una estructura organizacional que requiere realizar las siguientes precisiones para su comprensión. Debe distinguirse: a) Administración Pública directa que es en la cual están los servicios integrados a la estructura misma del Estado (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial); b) Administración Pública indirecta se conforma con instituciones dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio que constituyen una suerte de descentralización y adquieren formas de entidades autárquicas, fundaciones públicas, las empresas públicas y las sociedades de economía mixta⁷⁷.

Asimismo el personal tiene dos regímenes: a) el personal laboral de las empresas públicas y sociedades de economía mixta sometidos al Derecho del Trabajo, y b) el personal funcional de la Administración Pública Directa y las entidades autárquicas y fundaciones públicas que ser rigen por el Derecho Administrativo.

Si bien el artículo 37 de la Constitución de Brasil, en sus apartados VI y VII reconoce el derecho a la sindicalización y huelga de los funcionarios de la Administración Pública directa y fundaciones públicas de la Administración Pública indirecta, el derecho a la negociación colectiva en el sector público “*strictu sensu*” no es reconocido, ni tampoco existen disposiciones sobre acuerdos o convenios colectivos celebrados con el personal funcional. En tal sentido tanto el Supremo Tribunal Federal, como el Tribunal Superior de Trabajo han señalado que la fijación de salarios del personal funcional no puede ser objeto de convenio colectivo y que las entidades autárquicas y fundaciones públicas de Administración Pública indirecta no tienen garantizado el derecho a la negociación colectiva.

En cambio el personal de las empresas públicas, y las sociedades de economía mixta tienen reconocido el derecho a la negociación colectiva. En efecto la propia Constitución de la República (artículo 7 apartado XXVI) prevé como derecho fundamental de los trabajadores el “reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo”, extendiéndose este derecho a los trabajadores de las empresas públicas y sociedades de economía mixta, con determinadas restricciones que obligan a una negociación sujeta a revisión constante y cláusulas económicas sujetas a determinados indicadores y disponibilidad presupuestaria.

En Brasil la negociación colectiva es subsidiaria de las leyes laborales, por lo cual su función es ampliar el nivel de protección del trabajador, en el ámbito público pueden tratar temas como: participación, carrera del personal, y normas generales del trabajo.

La eficacia de los convenios colectivos alcanza a todos los trabajadores comprendidos en la unidad de negociación a partir de los tres días de su depósito en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

⁷⁷ García Schwarz, Rodrigo. “La negociación colectiva en el sector público en Brasil” en La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. España Valencia 2013 páginas 53 a 70.

Como se expresó el personal de la Administración Pública directa y las entidades autárquicas no tiene un reconocimiento jurídico de la negociación colectiva. En efecto si bien tienen derechos a la sindicalización y a la huelga reconocidos en la propia Carta Magna, no existen disposiciones referentes a la negociación colectiva. Los derechos en este ámbito son fijados únicamente a través de la ley.

No obstante en la vía de los hechos *“en innumerables situaciones algunos conflictos de trabajo podrán ser objeto de negociación directa entre el personal funcional y el administrador público. Si no es posible, por ejemplo la fijación de salarios por negociación colectiva, es cierto que, fácticamente, acuerdos sobre normas generales de trabajo (prevención de riesgos laborales, el calendario laboral, los horarios, la jornada, las vacaciones etc) son habituales en el ámbito del sector público stricto sensu, incluso como consecuencia del propio derecho de sindicalización constitucionalmente reconocido al personal funcional”*⁷⁸.

En **Chile**, supone una realidad diametralmente diferente a las enunciadas, en tanto no existe libertad de negociación colectiva en el sector público, la Constitución prohíbe en forma expresa el ejercicio de la huelga a los funcionarios estatales y municipales; sin perjuicio de lo cual en la vía de los hechos existen negociaciones de carácter informal que generan acuerdos y protocolos que hacen de convenios colectivos⁷⁹.

En **México** la negociación colectiva está reconocida para los trabajadores al servicio del Estado, en la propia en el histórico artículo 123 de la Constitución y la legislación complementaria, con un esquema de negociación instaurado desde principios del siglo XX, y por el cual se deja un margen muy estrecho para la participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones de trabajo, pero que es superado en la vía de la realidad⁸⁰.

Es así que se ha señalado: *“El acto jurídico en el cual se plasman las condiciones de trabajo en el Sector Público mexicano toman el nombre de Condiciones Generales de Trabajo (CGT en lo sucesivo): esta expresión tiene un significado amplio, al referirse de manera general a todas las condiciones, prestaciones y derechos que forman parte de la relación laboral de un trabajador del Estado; sin embargo desde un punto de vista estricto, tal y como aquí lo asumimos, las CGT son el documento en el cual se plasman y reconocen legalmente derechos y normas de funcionamiento de la relación laboral de estos trabajadores. Se trata de un documento que debe de cumplir ciertas formalidades para su plena validez, y el cual, por lo menos formalmente es el resultado de un proceso de negociación entre un sindicato y los funcionarios de la dependencia pública en donde se aplica, pero que presenta características singulares”*⁸¹.

En cuanto a los contenidos de la negociación, la ley “remite” al ámbito negocial los siguientes temas: intensidad y calidad del trabajo, prevención de riesgos laborales, disposiciones disciplinarias y formas de aplicarlas, fechas y condiciones en que se realizarán

78 García Schwarz, Rodrigo. Obra citada página 70.

79 Vázquez Pepe, Rodrigo. Obra citada pagina 5 (cita online).

80 Reynoso Castillo, Carlos. “La negociación colectiva en el sector público en México” en “La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. España Valencia 2013 página 244.

81 Reynoso Castillo, Carlos. Obra citada página 246.

exámenes médicos a los trabajadores y trabajos calificados como insalubres. No obstante en la vía de los hechos la negociación “*va más allá...*” de los límites fijados por la ley, y así se pueden encontrar las siguientes materias: estabilidad laboral, cláusulas sobre condiciones de trabajo (jornada, descanso semanal, vacaciones), derechos y obligaciones de las partes, apoyo económico y social a los trabajadores, salario, relacionamiento con el sindicato⁸².

En **Perú** la función pública está regulada en la Constitución de la República en función del principio de jerarquía, y el régimen de la negociación colectiva del sector público tiene rango de ley⁸³.

Al no encontrarse la previsión expresa que reconozca el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Carta fundamental la doctrina se encontraba dividida en cuanto a la procedencia de ese derecho a los servidores públicos. No obstante el Tribunal Constitucional se pronunció en el año 2005 en estos términos: “...*la Constitución reconoce los derechos de sindicalización y huelga a los trabajadores, derechos que también son aplicables a los empleados públicos con las limitaciones que la propia Constitución establece. Así, el artículo 42 de la Constitución prescribe que se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos, aunque precisando que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza, o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no son titulares de tales derechos*”⁸⁴.

En cuanto a la materia de negociación solo puede negociarse las “*condiciones generales de trabajo*”, entendiendo por tales aquellas que facilitan la actividad del trabajador y pueden cubrirse con los requisitos presupuestales existentes, no aquellas que supongan un gasto presupuestal extraordinario. Así es que el Tribunal Constitucional se pronunció en estos términos: “*La negociación colectiva en el ámbito laboral implica contrapositiones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical*”⁸⁵.

4.1.5 Marco Jurídico – Tratados Internacionales

En primera instancia se analizan aquellas disposiciones contenidas en instrumentos de derecho internacional referentes a la negociación colectiva en el sector público, con la excepción de los Convenios Internacionales del Trabajo que se analizarán separadamente a continuación de este numeral.

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 16 de diciembre de 1966 de las Naciones Unidas artículo 8vo (aprobado por ley 13.751 de 11 de julio de 1969).

82 Reynoso Castillo, Carlos. Obra citada página 248 y siguientes.

83 Ciudad Reynaud, Adolfo y Sánchez Matos, Andrea. “La negociación colectiva de los trabajadores públicos en Perú” en “La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina” Autores Varios Editorial Tirant lo Blanch. España Valencia 2013 página 291.

84 Ciudad Reynaud Adolfo y Sánchez Matos Andrea, obra citada página 297.

85 Ciudad Reynaud Adolfo y Sánchez Matos Andrea, obra citada página 302 y siguiente.

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”

b) Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido como “Protocolo de San Salvador”, suscripto el 17 de noviembre de 1988 artículo 8vo (aprobado por la ley 16.519 de 22 de julio de 1994).

“Derechos Sindicales

1. Los Estados Partes garantizarán:

a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. El derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restric-

ciones que imponga la ley.

3. *Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.*"

c) Declaración socio laboral del MERCOSUR suscrita en Brasilia el 17 de julio de 2015 artículo 17.1.⁸⁶

"Los empleadores o sus organizaciones representativas, incluso los del sector público, las organizaciones representativas de trabajadores, incluso las del sector público, tienen derecho a negociar y celebrar convenios y acuerdos colectivos para regular las condiciones de trabajo, de acuerdo a las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados Partes..."

4.1.6 Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional del Trabajo.

Se señalan los siguientes Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, adoptados en la materia:⁸⁷

a) Convenio Internacional del Trabajo No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de Sindicalización, del año 1948, artículo 9no.

"1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.

2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, no deberá considerarse que la ratificación de este Convenio por un Miembro menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio."

b) Convenio Internacional del Trabajo No. 98 sobre derechos sindicales y negociación colectiva del año 1949, artículo 4to.

"Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo."

c) Convenio Internacional del Trabajo No. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de 1978 art. 7mo.

"Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las

86 Esta Declaración Sociolaboral del Mercosur, revisa similar texto aprobado el 24 de diciembre de 1998.

87 Conforme: Racciatti, Octavio, "Los efectos jurídicos de los Convenios Colectivos en la Administración Pública" en "7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo"...páginas 59 y siguientes.

condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.”

d) Convenio Internacional del Trabajo No. 154 sobre la negociación colectiva de 1981 artículos 2 y 5.2.

Artículo 2: *“A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:*

- a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*
- b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*
- c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”*

Artículo 5.2. *“...Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.*

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:

- a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;*
- b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;*
- c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;*
- d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;*
- e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.*

e) Recomendación No. 159 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de 1978.

“1.1 En los países en que existan procedimientos para el reconocimiento de las organizaciones de empleados públicos con miras a determinar las organizaciones a las que han de atribuirse derechos preferentes o exclusivos a los efectos previstos en las partes III, IV o V del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, dicha determinación debería basarse en criterios objetivos y preestablecidos respecto del carácter representativo de esas organizaciones.

1.2 Los procedimientos a que se hace referencia en el subpárrafo 1) del presente párrafo deberían ser de tal naturaleza que no estimulen la proliferación de organizaciones que cubran las mismas categorías de empleados públicos.

2.1 En caso de negociación de las condiciones de empleo de conformidad con la parte IV del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, las personas u órganos competentes para negociar en nombre de la autoridad pública, y los procedimientos para poner en práctica las condiciones de empleo convenidas, deberían preverse en la legislación nacional o por otros medios apropiados.

2.2 En el caso de que existan métodos distintos de la negociación para permitir a los representantes de los empleados públicos participar en la fijación de las condiciones de empleo, el procedimiento para asegurar esa participación y para determinar de manera definitiva tales condiciones debería preverse mediante la legislación nacional o por otros medios apropiados.

3. Cuando se concluyan acuerdos entre la autoridad pública y una organización de empleados públicos, de conformidad con el párrafo 2, subpárrafo 1), de la presente Recomendación, normalmente debería especificarse su período de vigencia o el procedimiento para su terminación, renovación o revisión, o ambas cosas.

4. Al determinar la naturaleza y alcance de las facilidades que deberían concederse a los representantes de las organizaciones de empleados públicos, de conformidad con el artículo 6, párrafo 3, del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, se debería tener en cuenta la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971.”

Racciatti señala: “De ese conjunto de normas, se desprende que la participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de empleo puede efectuarse a través de la negociación o de otros métodos.

Pueden existir varios niveles o formas de participación, desde la simple consulta, hasta la participación institucionalizada u orgánica, pasando por la negociación colectiva.

Entre la consulta paritaria y la negociación colectiva, los límites son difusos, porque los debates en el ámbito de un procedimiento de consulta revisten a veces forma de negociaciones.

En el marco de la administración pública y aun manteniendo la determinación formalmente unilateral de las condiciones de empleo, es posible distinguir situaciones que dan origen a decisiones negociadas, en las cuales, en definitiva es la negociación y no la unilateralidad la que predomina”⁸⁸.

4.1.7 Constitución de la República.

Las disposiciones que forman el marco constitucional de la negociación colectiva en el sector público son los artículos 57, 65 y 72.

En nuestro derecho interno, el derecho a la huelga junto con otros derechos de carácter social está reconocido en la Constitución de la República desde el año 1934 sin distinguir ámbitos de actividad públicos privados.

El texto constitucional vigente consagra el derecho a sindicalizarse y a la huelga en su artículo 57.

⁸⁸ Racciatti, Octavio. “Los efectos jurídicos de los Convenios Colectivos en la Administración Pública” en “7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo” ... páginas 61 y 62.

La más distinguida doctrina laboralista considera que si bien en la norma constitucional precitada no está explicitado el derecho a la negociación colectiva, éste va de suyo con una interpretación integral del mismo. En efecto al reconocer la huelga implícitamente se está consagrando los medios de prevención y solución de la misma, entre ellos la negociación colectiva.

Así lo ha expresado Barbagelata expresó: “...no puede olvidarse que la negociación colectiva había recibido consagración constitucional al sancionarse la Carta de 1934. En efecto, si la función inmediata de los sindicatos es la negociación colectiva de las condiciones laborales, cometer a la ley su promoción, como lo hace el inc.1º del actual art. 57, equivale al reconocimiento de la posibilidad y la conveniencia de utilizar ese método para instrumentar la protección del trabajo, para garantizar los derechos de quienes se hallan en una relación de trabajo o servicio, para reglamentar la distribución de las oportunidades de empleo y cualquiera otras materias conexas...”⁸⁹

El mencionado autor destaca la correspondencia directa entre el derecho de huelga y la negociación colectiva ya que no sería comprensible la consagración de ésta (conflicto) sin la inclusión de uno de los medios esenciales y naturales de solución como lo es la negociación colectiva.

Asimismo por ser la negociación colectiva un derecho inherente a la persona humana y a la forma republicana de gobierno por aplicación del art. 72 de la Constitución, adquiere su consagración en la Carta.

Por su parte el artículo 65 establece que dispone que:

“La ley podrá autorizar que en los Entes Autónomos se constituyan comisiones representativas de los personales respectivos, con fines de colaboración con los Directores para el cumplimiento de las reglas del Estatuto, el estudio del ordenamiento presupuestal, la organización de los servicios, reglamentación del trabajo y aplicación de las medidas disciplinarias.”

En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios.”

La norma transcrita “posibilita amplia y explícitamente la coparticipación entre autoridades y funcionarios en la administración, gestión o gobierno de los distintos organismos públicos involucrados”⁹⁰.

En dicha norma, se pueden apreciar dos partes diferentes: una primera parte destinada a los Entes Autónomos, consistente en la coparticipación y colaboración y una segunda parte destinada a la formación de órganos competentes para actuar ante diferencias que pudiesen acontecer entre en aquellos organismos concesionarios de servicios públicos tanto sean estatales o privados.

89 Barbagelata Héctor-Hugo. “Evolución de la Negociación Colectiva en el Uruguay” en “Estudios sobre la Negociación Colectiva en Memoria de Francisco de Ferrari” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1973 página 485.

90 Biasco, Emilio. Obra citada página 35.

La norma constitucional si bien no ha sido reglamentada, establece el principio de la participación de los trabajadores conjuntamente con las jerarquías a cargo de los organismos.

4.2 LEY DE NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

4.2.1 Apreciaciones preliminares

El derecho colectivo del trabajo uruguayo, de forma similar a lo que ocurría en el derecho italiano; se caracterizó porque durante muchos años era un modelo abstencionista, es decir por la ausencia de normas que lo regulasen más allá de las disposiciones constitucionales e internacionales, produciéndose una auto - regulación del conflicto “inter partes”⁹¹.

A partir del año 2005 se produjeron importantes cambios en el sistema de relaciones laborales, al aprobarse leyes que consagran: el fuero sindical para los trabajadores de la actividad pública y privada; un sistema de negociación colectiva general y uno específico para la negociación colectiva en el sector público⁹².

La Ley 18.508 de 26 de junio de 2009 referente a la Negociación Colectiva en el Sector Público instaura un sistema integrado de negociación colectiva, incorporando como suyos los principios y valores establecidos en los instrumentos internacionales.

4.2.2 Antecedentes

a) Ley 16.462 de 11 de enero de 1994, artículo 11

Constituye el primer antecedente legislativo relevante, por el cual autoriza al Banco de Previsión Social a suscribir convenios con sus funcionarios que incluyan aspectos salariales previo acuerdo con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

b) Ley 16.560 de 19 de agosto de 1994, artículo único

Ante desavenencias producidas entre el Banco de Previsión Social y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, se adoptó ésta nueva norma por la cual se facultó a dicho Banco a realizar adelantos a cuenta de los convenios celebrados y estableció que para el caso de diferencias con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, éstos acuerdos deberán ser sometidos a ratificación del Parlamento en la próxima instancia presupuestal.

c) Ley 16.736 de 5 de enero de 1996, artículo 739

Se crea la Comisión Permanente de Relaciones Laborales para la Administración Central, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas,

91 Pessi, Roberto. “Libertá Sindicale, Solidarietá Collettivá e Modello Confederale in Italia” en “Intervención y Autonomía en las Relaciones Colectivas de Trabajo” Coordinador por Ermida Uriarte Oscar. Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo 1993, páginas 173 y siguientes.

92 En este período se aprobaron la ley 17940 de 2 de enero de 2006 que consagra el Fuero Sindical; la ley 18566 de 11 de setiembre de 2009 que establece el sistema General de Negociación Colectiva; y la ley 18508 de 26 de junio de 2009 que establece la Negociación Colectiva en el Sector Público.

Corte Electoral y Entes Autónomos y Servicios Descentralizados con la excepción de aquellos que integren el dominio comercial e industrial del Estado, con el cometido de asesorar en materia salarial, condiciones de empleos y demás temas regulados por los Convenios Internacionales del Trabajo.

Los integrantes de dicha Comisión serían cinco: dos representantes del Poder Ejecutivo, dos designados por las organizaciones representativas de funcionarios y uno del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que la presidirá.

d) Ley 17.566 de 18 de setiembre de 2002, art. 66

Otorga al Poder Ejecutivo la potestad de autorizar convenios entre las empresas públicas y sus funcionarios a fin de flexibilizar las normas estatutarias atendiendo a razones de “mejor servicio”.

Dicha disposición fue utilizada a efectos de flexibilizar una norma del Estatuto del Funcionario del Banco de la República Oriental del Uruguay, a fin de corregir una inequidad que se producía en el sistema de concursos con funcionarios postergados por razones geográficas.⁹³

e) Decretos del Poder Ejecutivo 104/005 y 113/005 de 7 y 15 de marzo de 2005.

Asumido el gobierno del Dr. Vázquez el 1 de marzo de 2005, el Poder Ejecutivo adopta una serie de Decretos por los cuales se da una clara señal de cambios en el sistema de relaciones laborales y en especial, en el sector público.

Por el Decreto No. 104/005 de 7 de marzo de 2005 se dispuso convocar a las organizaciones representativas de funcionarios públicos a una mesa de negociación bipartita, a los efectos de instrumentar una regulación marco de negociación colectiva en la esfera estatal, así como negociar salarios y condiciones relacionadas a las prestaciones de funciones en el ámbito de la Administración Pública.

Mediante Decreto No. 113/005 de 15 de marzo de 2005, se instrumenta el antes citado, estableciéndose tres grupos de negociación: **A)** Poder Ejecutivo e Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay; **B)** Incluye a las denominadas “Empresas del Estado” con forma jurídica de Ente Autónomo y Servicio Descentralizado a saber: Instituto Nacional de Colonización, Administración de Ferrocarriles del Estado, Administración Nacional de Combustible Alcohol y Portland, Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas, Primeras Líneas Uruguayas de Navegación Aérea, Administración de las Obras Sanitarias del Estado, Administración Nacional de Puertos, Administración Nacional de Telecomunicaciones y Administración Nacional de Correos; y **C)** Los denominados “órganos de contralor” (Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral, y Tribunal de Cuentas) más los Entes Autónomos de Enseñanza Pública.

Establece además que los grupos A y B se constituirán de la siguiente manera: dos designados por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, dos designados por la Ofici-

⁹³ Este convenio fue autorizado por Decreto del Poder Ejecutivo de 11 de marzo de 2004.

na Nacional del Servicio Civil, cuatro por las organizaciones sindicales representativas de los funcionarios públicos y un representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que actuará como moderador.

Para el caso del grupo C, se procura guardar una mayor independencia, estableciéndose que cada organismo actuará por separado y la integración será similar a la de los grupos A y B, pero solo habrá un representante de la Oficina Nacional del Servicio Civil y se le sumará uno del organismo involucrado.

Posteriormente se creó un grupo adicional para la Banca Oficial integrado por el Banco Central del Uruguay, Banco de la República Oriental del Uruguay, Banco de Seguros del Estado y Banco Hipotecario.

f) Acuerdo Marco de Negociación Colectiva en el Sector Público.

Fruto de los grupos de negociación mencionados precedentemente el 22 de julio de 2005 se suscribió el “Acuerdo Marco de Negociación Colectiva en el Sector Público” que constituye una declaración de principios que constituirán el antecedente inmediato de la ley 18.508.

Se reconoce el marco normativo integrado por el artículo 57 de la Constitución de la República, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo de 1998, el Convenio Internacional del Trabajo No. 151 y la Recomendación No. 159 relativos a la protección de los derechos de sindicalización y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, Convenio Internacional del Trabajo No. 154 y Recomendación No. 163 sobre el fomento de la negociación colectiva.

Entre los objetivos a alcanzar, el Acuerdo Marco se propone instrumentar un ámbito de regulación de la negociación colectiva, coordinar los diferentes niveles de la misma y su seguimiento. Asimismo se incluyen dentro de los objetivos: el fuero sindical y libertad sindical, condiciones de trabajo, salud e higiene laboral, capacitación y formación profesional, estructura de carrera funcional, sistema de retribuciones en sus diversas formas, modalidades de contratación y reforma del Estado.

Se establece la obligación de negociar de buena fe y el derecho a la información, a cumplir las normas referentes a condiciones de trabajo, salud e higiene laboral y el respeto a la igualdad de oportunidades.

Asimismo el compromiso a realizar estudios técnicos para la diagramación de la carrera administrativa y debatir la reforma del Estado.

También establece una fórmula de prevención de conflictos, y de interpretación e integración de los mismos, confiriendo la competencia al Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público.

En definitiva los Decretos Nos. 104 y 113/005 y el Acuerdo Marco crearon un sistema de negociación colectiva en el Sector Público, instalando ámbitos formales de negocia-

ción en tres niveles: Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público, sectorial o por rama y por inciso u organismo.⁹⁴

4.2.3 Ámbito de aplicación.

En cuanto al ámbito subjetivo se establece un alcance general que comprende a todos los funcionarios públicos pertenecientes a todos los organismos estatales: Estado Central (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas y Corte Electoral), Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales.

En cuanto a los sectores que presentan especificaciones Panizza señala: *“Las únicas particularidades y exclusiones establecidas por la ley son las previstas en el art. 9 del Convenio No. 87 y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio No 151.*

De esta manera, la ley 18508 no excluye directamente a las fuerzas armadas, policía y personal superior del derecho a la negociación colectiva sino que se remite a las exclusiones y particularidades previstas en los convenios referidos. Sin embargo, estos Convenios tampoco excluyen o limitan la negociación a los sujetos referidos sino que se establece que será la legislación nacional la que deberá establecerlo.

En consecuencia, si bien parecería que la intención del legislador fue excluir o limitar el derecho de la negociación colectiva del personal superior, policías y militares atendiendo a lo que disponen los Convenio No. 87 y 151, no lo dispuso expresamente. En los hechos, en el caso de los policías han existido diversas negociaciones con los múltiples sindicatos que se conformaron a partir del año 2005, los cuales no han estado exentas de dificultades”⁹⁵.

4.2.4 Principios

Como expresa Racciatti, la ley 18.508 *“...establece un sistema de relaciones laborales en el sector público (art. 1) que no es meramente de negociación colectiva. Es un instrumento de gobernanza de las relaciones laborales no es solo una forma de determinar condiciones de empleo. Se enmarca en principios que gobiernan el sistema. Los principios cumplen una triple función: informadora o inspiradora, normativa e interpretativa”⁹⁶.*

En efecto la misma establece una serie de principios que sustentan al sistema de relaciones laborales en el sector público:

a) Reconocimiento expreso de derechos fundamentales

Artículo 1: *“(Principios y derechos fundamentales del sistema de relaciones laborales en el sec-*

94 Bajac, Laura. “La negociación colectiva en el sector público en la República Oriental del Uruguay” en XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo Republica Dominicana, 9 al 12 de noviembre de 2010 consultado internet (<https://www.onsc.gub.uy/onsc1/images/stories/Noticias/PonenciaBajac.pdf>).

95 Panizza, Carolina. “La negociación colectiva en el sector público” en XXVI Jornadas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo 2015, páginas 225 y siguientes.

96 Racciatti, Octavio. “Apuntes sobre la ley 18508 de negociación colectiva en el sector público” en revista Derecho Laboral, Tomo LII No. 236. Fundación de Cultura Universitaria octubre – noviembre de 2009, páginas 827 y 828.

tor público).- *El sistema de relaciones laborales en el sector público está inspirado y regido por los principios y derechos que se desarrollan en el presente capítulo y por los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos (artículos 57, 65, 72 y 332 de la Constitución de la República).*"

La inclusión de esta norma se justifica a fin de otorgarle a la negociación colectiva un marco jurídico superior. Se incluyen los artículos 57 y 65 de la Constitución conjuntamente con el artículo 72 que incluye aquellos derechos "*inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*" y el artículo 332 el cual establece que los derechos reconocidos en la Carta no podrán dejar de aplicarse por falta de reglamentación en cuyo caso deberá recurrirse a "*los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas*".

La aplicación conjunta de los artículos 72 y 332 permite aplicar los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.

b) Participación consulta y colaboración

Artículo 2: "*(Participación, consulta y colaboración).- El Estado promoverá de manera efectiva la consulta y la colaboración entre las autoridades públicas y las organizaciones de trabajadores públicos sobre las cuestiones de interés común que pudieren ser determinadas por las partes, con el objetivo general de fomentar relaciones fluidas entre los interlocutores, la comprensión mutua, el intercambio de información y el examen conjunto de cuestiones de interés mutuo.*"

La participación y la consulta son el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo sobre asuntos respecto de los cuales se ha proporcionado previamente información suficiente, a un nivel adecuado de representación de las partes que permita obtener respuestas suficientes sobre las posiciones adoptadas e incluso alcanzar acuerdos previos a posibles decisiones unilaterales."

Se promueven entonces, los grados menores de participación de los trabajadores: colaboración y consulta, dejándose de lado los grados superiores (cogestión, coparticipación), lo cual no resulta admisible en organismos cuyo fin último es la satisfacción del interés general.

En efecto, si bien la búsqueda de la consulta a todos los sectores y construcción de consensos resulta siempre deseable y constituye una manifestación práctica de la "buena administración"; esta tiene sus límites en el interés general cuya satisfacción no se lograría, de "cogestionarse" con intereses sectoriales.

c) Promoción de la negociación colectiva.

Artículo 3: "*(Derecho de negociación colectiva).- Reconócese el derecho a la negociación colectiva a todos los funcionarios públicos con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el artículo 9º del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por la Ley N° 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio N° 151 de la OIT, aprobado por la Ley N° 16.039, de 8 de mayo de 1989.*"

El Estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los

niveles. A tales efectos adoptará las medidas adecuadas a fin de facilitar y fomentar la negociación entre la administración y las organizaciones representativas de trabajadores públicos.”

Se reconoce el derecho a la negociación colectiva para todos los funcionarios públicos con las exclusiones previstas en los Convenios Internacionales (ya referidas en el numeral 3.6.3).

Asimismo se mandata al Estado a tener una política de promoción de la negociación colectiva.

d) Obligación de negociar de buena fe.

Este principio se encuentra en los artículos 4 inciso final y 5.

Artículo 4 inciso final: “Las partes están obligadas a negociar, lo que no impone la obligación de concretar acuerdos.”

Artículo 5to. “(Obligación de negociar de buena fe).- La obligación de negociar de buena fe comporta para las partes los siguientes derechos y obligaciones:

- A) La concurrencia a las negociaciones y a las audiencias citadas en debida forma.
- B) La realización entre las partes de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad que sean adecuadas.
- C) La designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficientes para la discusión del tema que se trata.
- D) El intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate.
- E) La realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso.”

La norma impone no solamente la obligación de negociar, sino que esta debe hacerse de buena fe, estableciéndose una serie de derechos y obligaciones que constituyen una serie de “indicios” del comportamiento deseado.

e) Derecho a la Información.

Artículo 6to “(Derecho de información).- Las partes tienen la obligación de proporcionar, en forma previa y recíproca, la información necesaria que permita negociar con conocimiento de causa.

El Estado, a solicitud de las organizaciones representativas de los trabajadores del sector público, deberá suministrar a las mismas toda la información disponible referente a:

- A) Los avances de los proyectos de Presupuesto y Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal.
- B) La situación económica de los organismos y unidades ejecutoras y la situación social de los funcionarios.

C) Los cambios tecnológicos y reestructuras funcionales a realizar.

D) Los planes de formación y capacitación para los trabajadores.

E) Posibles cambios en las condiciones de trabajo, seguridad, salud e higiene laboral.

Con respecto a este principio Panizza ha expresado: “Sin lugar a dudas, la obligación de informar puede esgrimirse como una expresión o materialización del principio de buena fe en la negociación.

El cumplimiento de este deber ha tenido algunas dificultades en la práctica, en el sentido de que la dinámica de la elaboración de las normas presupuestales, impiden en algunos casos presentar los proyectos con la antelación debida. Este hecho, llevó a que en el año 2011, la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE) presentara una Queja ante el Comité de Libertad Sindical por considerar que el Poder Ejecutivo envió al Parlamento el proyecto de Presupuesto 2010 -2014, sin haber negociado las condiciones de trabajo con la organización sindical. En este caso el Comité aceptó las explicaciones brindadas por el Gobierno Uruguayo y señaló que “no puede concluir que no haya habido negociaciones verdaderas”. Sin perjuicio de ello, recomendó que las normas presupuestales que afecten los intereses de los interlocutores sociales sean puestas en conocimiento de las partes en la negociación.

A partir del año 2011 en adelante, los avances de los proyectos de Rendiciones de Cuentas han sido presentados por el Poder Ejecutivo en el Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público.”⁹⁷

f) Formación para la negociación.

Artículo 7: “(Formación para la negociación).- Las partes en la negociación colectiva adoptarán medidas para que sus negociadores, en todos los niveles, tengan la oportunidad de recibir una formación adecuada.

Constituye una valoración de la capacitación como factor determinante para el desarrollo de la negociación colectiva y para que esta sea realmente útil y efectiva.

4.2.5 Estructura y Niveles de Negociación.

La ley de negociación colectiva establece una estructura de la negociación colectiva con dos módulos diferenciados y una serie de niveles.

En efecto a partir del art. 8vo y siguientes se delimitan dos módulos o sectores nítidamente diferenciados:

a) El primer módulo. Lo conforma el Poder Ejecutivo, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial e industrial del Estado, es decir toda la estructura del Poder Ejecutivo más las usualmente denominadas “empresas públicas”.

Asimismo y si bien no surge del texto del artículo 10 de la ley 18.508, se incluye en

⁹⁷ Panizza Carolina, obra citada página 224.

este módulo a aquellos Servicios Descentralizados que no integran el dominio industrial o comercial del Estado.

La negociación colectiva en este sector se distingue en tres niveles: uno superior, otro por rama o por sector y finalmente por inciso u organismo.

El nivel superior se expresa a través del Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público, órgano que estará conformado por dos representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (uno de ellos lo presidirá), dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos representantes de la Oficina Nacional del Servicio Civil y dos representantes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, por una parte, y por otra ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios públicos.

El nivel Sectorial o por Rama se expresa a través de mesas de negociación según las particularidades y autonomías. Se integran con dos representantes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos representantes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y dos representantes de la Oficina Nacional del Servicio Civil, más ocho representantes de las organizaciones sindicales de ese sector o rama del sector público. Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados podrán designar delegados.

Actualmente funcionan tres mesas:

- a) Administración Central y Servicios Descentralizados no comerciales e industriales.
- b) Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del tipo comercial e industrial.
- c) Banca Oficial

El tercer nivel, se da en los organismos en particular (incisos), entre sus autoridades y organizaciones sindicales representativas, en el que podrán participar representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Oficina Nacional del Servicio Civil y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien actuará como Mediador.

b) El segundo módulo lo integran el resto de los organismos es decir: el Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Gobiernos Departamentales y Entes Autónomos de Enseñanza.

Aquí la negociación colectiva se da a través de Mesas de Negociación que abarcan todos los organismos.

Las Mesas de Negociación se integran con un representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que actuará con el rol de mediador o conciliador, dos representantes del organismo y tres representantes de las organizaciones representativa de trabajadores.

Podrán participar en el rol de asesores, delegados de la Oficina Nacional de Servicio Civil, de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas.

En cuanto a la estructuración de la Negociación Colectiva en el Sector Público, el papel del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es analizado por Panizza en la siguiente forma:

“Según lo previsto en el art. 9 de la ley No. 18508, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es el encargado de velar por la aplicación de la ley y el cumplimiento de los acuerdos y en tal carácter, coordina, facilita y promueve la negociación colectiva en el sector público. A su vez, cumple funciones de conciliación y mediación.

En este sentido, ha tenido un rol activo desde la elaboración del acuerdo marco y hasta la aprobación de la ley como coordinador y facilitador en las distintas instancias de negociación en todos los niveles.

Debe destacarse que en caso del Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público, y en el caso de las mesas de negociación de rama correspondientes al primer módulo (Administración Central, Mesa de Entes y Banca Oficial), el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social integra a su vez la delegación del Poder Ejecutivo que representa al Estado como empleador; lo cual hace que su rol de articulación sea complejo.

Otra cuestión importante a señalar es que las competencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito público y privado en general poseen ciertas diferencias. Una de estas diferencias radica en la posibilidad de aplicar multas en caso de incomparecencia a las instancias de negociación. En este sentido, se ha sostenido que el art. 84 de la ley No. 16002 que establece multas por incomparecencia a las audiencias en la Dirección Nacional de Trabajo, se aplica a las empresas privadas y no a los organismos públicos.

Por otra parte, en el caso del sector público la no existencia de acuerdo entre las partes implica que el organismo que se trate adoptará las medidas que entienda convenientes en el caso dado. Si bien el Ministerio de Trabajo puede realizar diversos planteamientos a efectos de acercar las posiciones de las partes, no existe posibilidad de que dicha Secretaría presente una propuesta a efectos de esta pueda ser aprobada formalmente por “mayoría”, como si ocurre en el caso de los Consejos de Salarios...”⁹⁸.

4.2.6 Contenido de la Negociación Colectiva

El contenido se encuentra regulado por el artículo 4to de la ley que establece una nómina de los temas que pueden ser regulados a través de la negociación colectiva. Ellos son:

- a) Las condiciones de trabajo, salud e higiene laboral.
- b) El diseño y planificación de la capacitación y formación profesional
- c) Estructura de la carrera funcional
- d) Sistema de reforma de la gestión del Estado
- e) Relaciones ente empleadores y funcionarios
- f) Relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de

⁹⁸ Panizza, Carolina. Obra citada páginas 228 y 229

funcionarios públicos correspondientes y todo aquello que las partes acuerden.

Panizza señala: “...la ley realiza una enumeración más detallada que la ley No. 18566 de negociación colectiva en la actividad privada incluyendo una amplia variedad de temas. Si bien no se menciona el salario en forma expresa, se ha entendido que el mismo queda comprendido en la expresión “condiciones de trabajo”. Por su parte, la enumeración que realiza la ley no es taxativa, pudiéndose incluir cualquier otro tema que las partes acuerden incorporar a la agenda”⁹⁹.

4.2.7 La materia salarial

La materia salarial tiene naturaleza eminentemente presupuestal y por lo no integra la materia estatutaria, en consecuencia de lo cual

no forma parte del objeto de este trabajo.

No obstante en razón de su importancia corresponde realizar unas breves apreciaciones sobre la misma ya que ha sido el objeto central y en cierta manera “tradicional” de las reivindicaciones de los movimientos sindicales tanto sea en el ámbito privado como público.

Es así que Pérez del Castillo señala: “...especialmente después de la segunda guerra mundial las organizaciones de funcionarios públicos comenzaron a procurar intervenir en la fijación de sus retribuciones. La idea no era novedosa en algunos países como en Inglaterra y los pertenecientes a la comunidad británica de naciones donde desde muy atrás venían funcionando con existo las Comisiones Whitley, pero sí resultaba n cambio en los países dontre tadionalmente se mantenía el esquema estatutario para regular a los funcionarios públicos.”¹⁰⁰

En nuestro país no ha sido ajeno a lo expuesto y las reivindicaciones salariaes han sido el compontente central de las luchas sindicales y en el nuevo ordenamiento jurídico, tal como lo señala la Panizza en la cita preseñalada su previsión en la ley 18508 se encuentra en “condiciones de trabajo”.

En el período de negociación estudiado (junio 2009 a diciembre de 2016) se ha encontrado negociación salarial pero especialmente circunspecta a los elementos marginales del trabajo es decir primas, incentivos etc.

En lo que respecta a la negociación colectiva en el sector público, la competencia constitucional para la fijación de la retribucion de los servidores públicos se encuentra en los mecanismos de aprobación de los presupuestos (artículos 86,108, 220, 221, y 273) lo cual constituye un limite a la negociación colectiva en el sector público como se analizará en 4.3.2 del presente.

4.2.8 Integración.

Aquellos aspectos no regulados por una norma jurídica, denominados “vacíos legales”, deben de ser suplidos mediante el proceso denominado integración, de acuerdo

⁹⁹ Panizza, Carolina. Obra citada página 226

¹⁰⁰ Pérez del Castillo, Santiago. “La forma de determinar las retribuciones de los trabajadores del Estado” Ponencia oficial a las III Jornadas Rioplatenses de Derecho laboral, Fray Bentos, 28 y 29 de noviembre de 1987, inédito, pág. 25.

con las disposiciones previstas en el artículo 16 del Código Civil en casos que no pueda resolverse con las palabras y espíritu de la ley se deberá acudir a *“las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.”*

La pregunta entonces que debe formularse consiste en: ¿cómo se deben integrar los vacíos que pudiesen existir en la ley 18.508?

Ley 18.566 de 11 de setiembre de 2009, sobre “Negociación Colectiva” constituye una norma de carácter general aplicable a todo el sistema de relaciones laborales, por cuanto consideramos que ante los eventuales “vacíos” que pudiesen existir en la ley 18.508, estos deben de ser cubiertos mediante su aplicación.

Se considera que en función de las disposiciones del artículo 16 del Código Civil, la ley 18.566 constituye una norma “análoga” y por lo tanto debe aplicarse para regular los vacíos explicitados

En particular resulta interesante destacar tres aspectos no regulados en el sector público y sí en las disposiciones de la ley 18.566: la representatividad de los actores sindicales, la vigencia de los convenios en forma posterior a su vencimiento (también llamado ultractividad) y la cláusula de paz.

a) Representatividad de los actores sindicales

En efecto el art. 14 de la ley 18.566 establece quienes son los sujetos habilitados a suscribir un convenio colectivo, para el caso de que exista más de una organización de trabajadores que se atribuya la representatividad de la categoría, debiéndose optar por aquella que cumpla los criterios de *“antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados”*¹⁰¹.

Particularmente interesante resulta la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 508 de 18 de agosto de 2016 dictada en autos caratulados “Asociación de Profesionales y Mandos Medios de UTE c/ UTE. Acción de Nulidad” Ficha 376/2013, en la cual se refirió a los derechos de acceso a la información y negociación colectiva de la organización “menos representativa”. El citado cuerpo expresó: *“...tal como indica la reclamante, más allá de cuál sea el sindicato más representativo dentro de determinado ámbito, todas las organizaciones gremiales tienen derechos mínimos que deben ser respetados. En ese sentido, los derechos a la sindicalización y a la negociación colectiva no admiten limitación, ni se encuentran supeditados a la condición de constituir la organización “más representativa”.*

En efecto, nuestro sistema jurídico se caracteriza por la pluralidad sindical, y en consecuencia, los referidos derechos colectivos de sindicalización y negociación colectiva no son patrimonio exclusivo de la “organización más representativa” dentro del respectivo ámbito, sino que corresponde a todas las organizaciones colectivas legalmente constituidas, independientemente de que sean o no las más representativas.”

101 A la fecha de realización del presente trabajo, en organismos como ANTEL y UTE existen dos organizaciones gremiales que agrupan a sus funcionarios.

Asimismo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo a través de su sentencia No. 359 de 23 de mayo de 2017 dictada en autos caratulados: “Rosengurtt García, Ana y otros con Administración Nacional de Telecomunicaciones. Acción de Nulidad” Ficha No. 619/13 procedió a anular una estructura del ente que no había sido consultada sin la participación del sindicato “menos representativo” señalando: “...ante la conculcación del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios reclamantes en tanto sujetos titulares y del interés legítimo reconocido a la organización sindical co-accionante, el Tribunal se ve impedido, en este caso puntual, de examinar los agravios sustanciales esgrimidos.

*Precisamente, porque al aprobarse una reestructura sin la participación de la referida organización sindical en la mesa de negociaciones priva de efectos las soluciones articuladas, por lo que no resulta posible formalizar un **juicio abstracto hipotético y/o conjetural** sobre condiciones generales de trabajo.”*

b) Vigencia del Convenio en el tiempo.

Por su parte, el art. 17 de la ley 18.566 trata sobre la vigencia del convenio en el tiempo, estableciéndose que las partes podrán pactar su prórroga y procedimientos de denuncia, y en especial se consagra que los convenios colectivos una vez vencidos “mantendrá la plena vigencia en todas sus cláusulas hasta que un nuevo acuerdo lo sustituya, salvo que las partes hubiesen acordado lo contrario”¹⁰².

C) Cláusula de Paz

Por su parte el art. 21 de la ley 18.566 dispone la denominada “obligación de paz” que asumen las partes en cuanto a no adoptar medidas de fuerza sobre los temas acordados en la negociación colectiva, atribuyéndose competencia a la Justicia Laboral.

Esta disposición en particularmente novedosa en tanto atribuye competencia a al Poder Judicial en los denominados conflictos colectivos del trabajo. En el caso estudiado cabe para el caso de que la violación al deber de paz ocurriese en el sector público, si también sería competente la justicia laboral. En su caso y por la especificidad de la norma entiendo de que sí.

4.2.9 El convenio colectivo como regla de derecho

En nuestro sistema el control de jurisdicción de los actos de la Administración es realizado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conforme a los artículos 309 y siguientes de la Constitución de la República, quien tendrá competencia para anular aquellos actos administrativos que hubiesen sido adoptados con desviación de poder, o en contra de una “regla de derecho”.

El concepto de “regla de derecho” ha sido precisado por el Decreto Ley 15524 de 30 de enero de 1984, en su artículo 23 literal a) en los siguientes términos: “...considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”.

¹⁰² Por este artículo se pone un punto final al debate sobre la denominada “teoría de la incorporación” sostenida por la doctrina laboralista clásica y que se fundamentaba en que el contenido del convenio colectivo vencido “sobrevivía” incorporado a la relación individual de trabajo.

La disposición indicada precedentemente es de carácter amplio incluyendo normas derivadas del poder etatico, como aquellas derivadas del acuerdo de voluntades. En consecuencia los contratos integran el marco de legalidad al que debe ceñirse el accionar de la Administración ¹⁰³.

Los contratos son fuente productoras de normas que son vincultantes para las partes, constituyendo reglas de derecho a las que inexorablemente deberán adecuarse los actos administrativos.¹⁰⁴

Ahora bien aceptado que los contratos son regla de derecho cabe preguntarse ¿también lo son los Convenios Colectivos?.

Entiendo que sí en función de que si bien un convenio colectivo no puede asimilarse a un contrato en sentido estricto, comparte con los contratos el carácter esencial del mismo: el ser acuerdo de voluntades. Asimismo en el elemento diferenciador del convenio colectivo con respecto al contrato es decir el alcance a terceros (ejemplo funcionarios que aún no han ingresado al organismo) del primero, no justifica para realizar una diferencia que lo excluya del control jurisdiccional.

4.3 LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

Corresponde preguntarse si la negociación colectiva en el sector público tiene límites en cuanto a los sujetos alcanzados (subjetivos) y a la materia negociada (objetiva).

4.3.1 Subjetivos

Esta refiere a aquellos sujetos que están excluidos del derecho a la negociación colectiva lo cual fue ya abordado en el punto 3.6.3.

El art. 3 de la ley 18.508 establece el alcance del derecho a la negociación colectiva fijando el principio de inclusión a todos los funcionarios públicos, estableciéndose a título expreso las excepciones.

Las limitaciones, exclusiones y particularidades surgen de la remisión a dos normas: el art. 9 del Convenio Internacional del Trabajo No. 87, y el art. 1 numerales 1 y 2 del Convenio No. 151.

Estas normas refieren a tres categorías de servidores públicos: a) fuerzas armadas, b) policías, y c) empleados de alto nivel que por sus funciones se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

No obstante estas disposiciones no regulan el tema de fondo, sino que establecen que será la legislación nacional la que regule el alcance de la negociación colectiva en esos sectores de actividad.

¹⁰³ Durán Martínez, Augusto "Contencioso Administrativo" Fundación de Cultura Universitaria Segunda Edición. Montevideo 2015, pagina 280.

¹⁰⁴ Delpiazzo, Carlos "Los contratos como regla de derecho" en "Fuentes del derecho Administrativo" Ediciones RAP Buenos Aires 2010 pagina 677.

Analizado el ordenamiento jurídico nacional, se advierte que únicamente para el caso de las fuerzas policiales está regulado en forma inclusiva el derecho a la negociación colectiva.

En efecto, la Ley Orgánica Policial No. 19.315 de 18 de febrero de 2015, en su artículo 35 literal m) reconoce expresamente el derecho de los funcionarios policiales a la sindicalización, estableciéndose como única prohibición el ejercicio de la huelga, concentraciones con armas y ocupaciones de trabajo. Es decir se limita el ejercicio de medidas de “autotutela” pero en modo alguno se limita su derecho a negociar colectivamente las condiciones de trabajo.

En tanto en la Ley Orgánica Militar Decreto Ley 14.157 de 21 de febrero de 1974 y modificativas, no se establece ninguna referencia al derecho de negociación colectiva.

Asimismo no puede ser ajeno al análisis, que el sometimiento a la más estricta jerarquía y subordinación que naturalmente caracteriza al personal militar resulta incompatible con la negociación colectiva.

En cuanto al personal superior no existe disposición en el ordenamiento jurídico nacional que refiera en particular a sus derechos sindicales.

4.3.2. Objetivos

El 4to de la Ley 18.508 establece el contenido de la negociación colectiva de una forma amplia.

No obstante, se identifica dos clases de límites: a) aquellos derivados de la armonización con normas de grado superior (Constitución) que reservan la materia a una norma de carácter especial (Presupuesto y/o Estatuto), y b) la defensa del interés general y la buena administración.

a) Reserva de Materia realizada por la Norma Constitucional.

Existen dos criterios clásicos para armonizar la negociación colectiva con el derecho heterónomo la distribución de competencias y la jerarquía o preminencia normativa.¹⁰⁵

En particular interesa determinar si existen límites relativos a la materia o asuntos que no pueden ser traspuestos por la negociación colectiva por estar reservado a otra fuente de derecho.

La Constitución de la República, norma superior, realiza determinada reserva de materia para actos jurídicos especiales: El Estatutos del Funcionario Público y los Presupuestos del Estado, estableciéndose que tales conjuntos normativos necesariamente deberán regular cierta materia.

Entonces es legítimo realizarse esta pregunta: ¿está vedada la negociación colectiva que trate sobre materia presupuestaria y/o estatutaria?

¹⁰⁵ Martín Valverde, Antonio y otros “Derecho del Trabajo” Tecnos 26ª Edición España 2017 página 121.

Resulta de interés traer la enumeración de las posibles “relaciones básicas” entre la norma estatal y la norma acordada entre las partes que menciona Delpiazzo ¹⁰⁶.

El mencionado autor señala las siguientes relaciones:

- a) Relación de “suplementariedad”, en la que el Estado fija un tratamiento mínimo que es inderogable “*in pejus*” por el convenio colectivo.
- b) Relación de “complementariedad” en la que el Estado se limita a establecer las bases o principios de la regulación y la negociación colectiva la desarrolla.
- c) Relación de “supletoriedad”, en la que se aplicará la norma estatal, sólo si la cuestión no está regulada en los convenios colectivos.
- d) Relación de “exclusión” de la negociación colectiva en una materia que el Estado se la reserva para sí.
- e) Relación de “limitación”, cuando la norma estatal no puede ser superada por la norma convencional.

Utilizando la clasificación mencionada precedentemente, se considera que una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales involucradas, es decir aquellas que reconocen los derechos sindicales (entre ellos la negociación colectiva) y la materia reservada al Estatuto del Funcionario y al Presupuesto, conduce a encontrar como criterio general una relación de complementariedad lo que supone dos consecuencias: a) la negociación colectiva no podría contradecir las disposiciones reservadas a los Estatutos y Presupuestos y b) la negociación colectiva solo podría regular dicha materia si es para complementarla.

Asimismo en determinados casos en que expresamente se establezca una relación de limitación es decir temas que no pueden ser superados por la norma convencional.

Retomando los modelos de negociación colectiva en el sector público, podemos señalar que cuando la negociación colectiva contempla aspectos reservados al Estatuto del Funcionario, o al Presupuesto estaríamos ante el “Convenios con eficacia jurídica condicionada a un sistema complejo”, es decir que para su validez será necesario que no colidan con las disposiciones antes mencionadas.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado al respecto en su sentencia 709/2012 de 30 de diciembre de 2012, en oportunidad de fallar en la Acción de Nulidad interpuesta contra el acto convencional suscripto entre el Gobierno Departamental de Canelones y la organización sindical que nuclea a sus funcionarios, que no se ceñía a lo dispuesto en el Presupuesto departamental dijo: “...la norma legislativa departamental únicamente faculta a la Administración a determinar el porcentaje de aumento, careciendo de potestad para variar en qué momentos se otorgarán los aumentos salariales. Por ello, no tiene relevancia jurídica alguna que la Administración en un ámbito de negociación colectiva arribara a un Acuerdo – Convenio Colectivo- con el sindicato de ADEOM....Las normas que

106 Delpiazzo, Carlos. “Los Convenios Colectivos del Sector Público como Fuentes de Derecho Administrativo” en Revista CADE Doctrina y Jurisprudencia Montevideo 2011 Tomo XII pagina 19 y siguientes.

asignan poderes jurídicos a la Administración son imperativas, integrantes del orden público y, por tanto, cualquier acto administrativo sea unilateral o convencional, no puede desconocerlas, asistiéndose a una clara inobservancia de la solución con fuerza de ley vigente en el Departamento de Canelones” ^{107 108}.

b) Interés general y la buena administración.

El fin último de la Administración es la satisfacción del interés general, y encontramos precisamente, en ese sentido, el límite a la negociación colectiva en el sector público, el que no pueda ser motivo de detrimento de ese interés¹⁰⁹.

La negociación colectiva en el sector público se diferencia de la que ocurre en el sector privado, en que en esta existen dos intereses privados que pueden pugnar entre sí, en la actividad estatal existe el interés general a la buena administración y que siempre debe primar.

Es así que –en España- se señala: *“la realidad de la práctica sindical en las Administraciones Públicas es muy diferente a la del sector privado. En aquellas se pierde el equilibrio entre las reivindicaciones profesionales y los poderes de dirección del empleador, lo que puede dar lugar, en aras de la paz social (no siempre bien entendida), a ciertos abusos en perjuicio de la calidad de los servicios públicos y de la eficacia de la Administración. De ahí que la legislación vigente sobre toda esta materia no sólo deba interpretarse y aplicarse en clave de garantía de los derechos colectivos de los empleados públicos, sino también en atención del derecho de los ciudadanos a la buena administración. Pues, como declara la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de setiembre de 2011, “la acción sindical, en cuanto manifestación de un derecho fundamental (art. 28 C.E), es ciertamente importante, pero su ejercicio necesariamente deberá armonizarse con las exigencias del principio constitucional de eficacia administrativa (art. 103 C.E)...y debe decirse que este principio no tolera disfunciones en el funcionamiento administrativo, pues lo que pone de manifiesto es que los principales protagonistas de la actividad administrativa son los ciudadanos, como titulares y destinatarios que son de los intereses generales a que necesariamente ha de servir toda la Administración pública por imperativo constitucional (art. 103.1)”. En el mismo sentido ha recordado el Tribunal Constitucional que “el ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones Públicas reconocido en la Constitución está sometido a ciertas peculiaridades derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (art. 103.1) y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo” (SSTC 143/1991, de 1 de julio y 70/2000, de 13 de marzo)”* ¹¹⁰.

En nuestro país el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en tér-

¹⁰⁷ La Justicia Uruguaya Caso 16495 Cita Online UY/JUR/931/2012.

¹⁰⁸ El artículo 23 literal a) del Decreto Ley 15524 de 9 de enero de 1984, establece como actos procesables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “los actos administrativos unilaterales, convencionales o de cualquier otra naturaleza...”. Giorgi Héctor ha precisado el concepto de acto convencional en estos términos: “...se define por el hecho que no basta la manifestación unilateral de voluntad de la Administración para producir efectos jurídicos o para alterar una determinada situación de derecho, sino que se requiere otra voluntad, que compone con la de la Administración un acuerdo, por esencia bilateral, sin que ello necesariamente implique la existencia de un contrato administrativo...”, en “La Competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su Potestad de Suspender la Ejecución de los Actos Administrativos” en Obras y Dictámenes Recopilación - Escritos Jurídicos, Editorial La Ley Montevideo 2010 página 133.

¹⁰⁹ En similar sentido, el suscrito, elaboró una Comunicación “La Buena Administración y la Negociación Colectiva en el Sector Público” presentada en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo, desarrolladas en A Coruña - España, del 14 al 18 de marzo de 2016.

¹¹⁰ Sánchez Morón, Miguel Obra citada página 256.

minos análogos. En efectos en la Acción de Nulidad entablada por algunos funcionarios de la Intendencia Departamental de Montevideo contra el acto administrativo que disponía la denuncia de un convenio colectivo celebrado entre las partes y cuyo cumplimiento significaría necesariamente un aumento desmedido en los tributos departamentales; el Tribunal dijo:

“En otros términos, el bien jurídico primordial -el interés público- no puede quedar desprotegido, privilegiando el interés de los funcionarios; interés que, si bien legítimo, resultó imposible contemplar, en circunstancias absolutamente excepcionales que el país todo debió afrontar, en la crisis económica de 2002. Como se destacó antes, los Gobiernos Departamentales afrontan el deber constitucional de preservar el interés público, el que se vería afectado con el cumplimiento estricto del Convenio, lo cual redundaría en mayor carga tributaria para los habitantes del departamento de Montevideo y en medio de una crisis económica absolutamente excepcional. Porque, como lo destaca Moreno “...frente a la normatividad ideal de los valores, hay una normatividad fáctica, que encuentro en el Mundo, como habiendo estado allí, del modo que encuentro todas las demás realidades que constituyen la concreta situación en que me ha tocado vivir. Su descubrimiento, no es el resultado de una meditación solitaria, el ingreso a una esfera ideal inmediatamente accesible sino el fruto de una exploración de la realidad, el conocimiento de un hecho contingente” (Cf. Moreno, Julio “Los supuestos filosóficos de la Ciencia Jurídica” ps. 116-117).

En definitiva, por la incidencia de valores superlativos, que ejercen preeminencia sobre los intereses particulares de un segmento del funcionariado estatal y que el Gobierno Municipal debió contemplar por imperio constitucional (arts. 59, 274 y 275 de la Carta), considera el Tribunal, que el Organismo demandado, ha actuado en la especie, conforme a Derecho”¹¹¹.

En definitiva la materia reservada a la ley por la Constitución, la defensa del interés general y la buena administrativa constituyen los límites objetivos para la negociación colectiva.

5. ANALISIS DE LA NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SECTOR PUBLICO. Período 2009 -2016

Se analizaron los Convenios Colectivos del Sector Público suscriptos con posterioridad a la vigencia de la ley 18508 (26 de junio de 2009) y hasta el 31 de diciembre de 2016. Limitándose dicho estudio a aquellos convenios que estuviesen publicados en la página de internet del Ministerio de Trabajo de Seguridad Social.

Asimismo se realizaron entrevistas a asesores de diferentes actores de la Negociación Colectiva en el Sector Público: Dr. Fernando Delgado (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), Lic. Facundo Ibiñete (Oficina de Planeamiento y Presupuesto), Dra. Beatriz Durán (Oficina Nacional del Servicio Civil), Dr. Mario Pomata y Ec. Pablo Da Rocha (central sindical PIT – CNT) y el Dr. José Alem (docente universitario en Relaciones Laborales del Sector Público).¹¹²

A los efectos de identificar la “materia estatutaria” se han adoptado los siguientes

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 491 de 21 de junio de 2006

¹¹² Todos los entrevistados, hicieron su colaboración exclusivamente a título personal y no en carácter de su representación Institucional.

critérios:

- a) En “condiciones de ingreso” se han incluido todas las disposiciones que regulan el ingreso de una o varias personas a las función pública, incluso cuando regulariza las situaciones de hecho preexistentes.
- b) Para el caso de “carrera administrativa” se incluye todo lo que refiere a la estructura escalafonaria, como evaluación, calificación y régimen de ascensos.
- c) En licencias se contabilizan todos los tipos de la misma: reglamentaria, enfermedad, situaciones especiales, gremiales etc.
- d) Descanso Semanal.

De lo analizado surge lo siguiente:

TOTAL DE CONVENIOS POR SISTEMA ORGANICO

Sistema Orgánico	Cantidad de Convenios
PODER EJECUTIVO	29
PODER JUDICIAL	1
PODER LEGISLATIVO	0
CORTE ELECTORAL	4
TRIBUNAL DE CUENTAS	0
TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	0
SERVICIOS DESCENTRALIZADOS	20
ENTES AUTONOMOS	17
ENTES AUTONOMOS DE ENSEÑANZA	9
GOBIERNOS DEPARTAMENTALES	37
CONGRESO DE INTENDENTES	1
Total	118

TOTAL DE CONVENIOS

	Cantidad	Porcentaje
CONVENIOS SIN CLAUSULAS ESTATUTARIAS	65	55.08
CONVENIOS CON CLAUSULAS ESTATUTARIAS	53	44.92
Total	118	100

TOTAL DE CONVENIOS CON CLAUSULAS ESTATUTARIAS POR SISTEMA ORGANICO

Sistema Orgánico	Cantidad de Convenios
PODER EJECUTIVO	13
PODER JUDICIAL	0
PODER LEGISLATIVO	0
CORTE ELECTORAL	1
TRIBUNAL DE CUENTAS	0
TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	0
SERVICIOS DESCENTRALIZADOS	13
ENTES AUTONOMOS	6
ENTES AUTONOMOS DE ENSEÑANZA	0
GOBIERNOS DEPARTAMENTALES	20
CONGRESO DE INTENDENTES	0
Total	53

TIPOS DE CLAUSULAS ESTATUTARIAS

Tipo de Clausulas	Cantidad	Porcentaje
Régimen de Licencias	13	21.30
Descanso Semanal	4	6.55
Carrera Administrativa	23	37.70
Condiciones de Ingreso	17	27.90
Reforma de Estatuto	4	6.55
TOTAL	61	100%

NUMERO DE CLAUSULAS ESTATUTARIAS POR CONVENIO

Cantidad de Convenios	Numero de Clausulas Estatutarias
46	1
6	2
1	3

A los efectos de realizar el indicador para el análisis documental, se estableció como tal y a los efectos de determinar si en los convenios colectivos del sector público estudiados existían cláusulas de contenido estatutario, que las mismas fueran de por lo menos el cuarenta por ciento del total (40%).

Se advirtió que en cincuenta y tres convenios colectivos se encontró la denominada materia estatutaria, lo cual representa un 44.92%.

6. CONCLUSIONES

A sus efectos se dividen las mismas en tres partes:

En una primera se realizan una serie de “conclusiones generales” sobre la el marco jurídico que sitúa el tema estudiado, en una segunda parte denominada “conclusiones específicas” se tratan puntualmente los dos temas investigados, y finalmente en una tercera “reflexiones finales”, se formulan apreciaciones de carácter general.

a) Conclusiones Generales

I) El Estado, desde su origen en todas sus etapas históricas, ha necesitado de un “soporte humano” que le permitiese el desarrollo de sus actividades y cumplimiento de sus funciones; y en definitiva lograr su fin último la satisfacción del interés general.

II) Ese “soporte humano” se vincula al Estado a través de diferentes modalidades jurídicas, entre ellas, cuando se produce la incorporación de la persona al Estado, se adquiere la condición de funcionario público.

En los diferentes ordenamientos nacionales existen distintas concepciones de funcionario público con mayor o menor amplitud; en el caso de Uruguay se ha optado por esta última tanto por la doctrina como por el derecho positivo, sin perjuicio de algunas limitaciones previstas en la reciente ley 19.121 (Estatuto del Funcionario del Poder Ejecutivo).

III) El régimen jurídico del trabajo en el Estado ha sido objeto de diferentes posiciones doctrinarias, las cuales han evolucionado con el transcurso del tiempo.

En sus orígenes se sostenía que únicamente era de aplicación el Estatuto del Funcionario impuesto en forma unilateral por la Administración.

Posteriormente surgió la concepción elaborada por Cassinelli Muñoz quien sostuvo la existencia de “un derecho general del trabajo” aplicable a todas las personas que trabajan tanto sea en el ámbito público como privado; el cual resulta concomitante y compatible con el Estatuto del Funcionario que atañe a las particularidades del funcionario público que se sintetizan en el artículo 59 de la Constitución de la República “el funcionario existe para la función...”.

IV) El “Derecho General del Trabajo”, surge de la propia Constitución y alcanza a todas las personas que trabajan tanto sea en el ámbito privado como estatal. En este último caso se suman los principios propios de la función pública.

V) Los Pactos de Derechos Humanos, así como los Convenios y Recomendaciones aprobados por la Organización Internacional del Trabajo protegen sin diferencia, el trabajo sea en el ámbito público como privado, sin perjuicio de particularidades que justifiquen una exclusión o limitación en esa protección.

VI) El Estatuto del Funcionario se define como conjunto de derechos, obligaciones y garantías, pudiéndose apreciar en dos sentidos uno material y otro formal.

El primero se integra con todas las normas referidas a los funcionarios públicos en su carácter de tal, en tanto los segundos refieren a aquel instrumento jurídico aprobado con las exigencias previstas en el texto constitucional.

VII) Nuestra Constitución desde el año 1934 mandata la existencia de un Estatuto y establece un contenido mínimo de él: las condiciones de ingreso a la Administración, la reglamentación del derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad; las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten (artículo 61).

VIII) Desde el punto de vista formal nuestro país tiene un denominado sistema de “estatutos múltiples”, por lo cual según el organismo estatal existirán diferentes estatutos del funcionario de naturaleza jurídica diferente.

IX) La negociación colectiva es un derecho fundamental de la persona humana y consiste en que los sujetos colectivos de la relación de trabajo (empleador y trabajadores organizados), en ejercicio de la autonomía colectiva pacten las condiciones de trabajo con carácter general a través de los denominados convenios colectivos.

X) En sus orígenes, la negociación colectiva del Estado (empleador) con sus funcionarios (trabajadores) fue resistida, para posteriormente ser reconocida en forma tácita, para

finalmente ser consagrada en las normas jurídicas de más alta jerarquía (constituciones e instrumentos internacionales).

XI) Los derechos sindicales que incluyen a la negociación colectiva están plenamente reconocidos para los trabajadores públicos, tanto en la Constitución de la República (artículo 57, 65 y 72), así como en Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Convenios y Recomendaciones aprobados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo.

Determinados sectores de funcionarios públicos como es caso de los integrantes de las Fuerzas Armadas, Policía y titulares de los cargos políticos y de particular confianza, presentan limitaciones y o exclusiones en razón de la naturaleza de su función.

XII) Previo a la adopción de la ley 18.508, ya desde la década del 90 en nuestro país se venía desarrollando con grado dispar y no continuo, una práctica de negociación colectiva sobre diferentes aspectos de la relación funcional en diversos órganos estatales (fundamentalmente en las comúnmente llamadas empresas públicas).

XIII) La ley 18.508 constituye un sistema de relaciones laborales, que recoge con rango legal disposiciones constitucionales y de derecho internacional y que establece un marco dotado de principios y procedimientos sobre el cual se deberá desarrollar la negociación colectiva en el sector público.

XIV) El Estatuto del Funcionario del Poder Ejecutivo aprobado por ley 19121, reconoce en forma expresa la aptitud de la negociación colectiva, para regular la materia estatutaria.

XV) La norma mencionada precedentemente, en su artículo 102F promueve el efecto expansivo de las disposiciones de ese cuerpo normativo a los otros organismos previstos en el art. 59 de la Carta (Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral y Servicios Descentralizados) a través del procedimiento de una “ley negociada”, entendiéndose por tal que la aprobación formal de la ley sea precedida por un proceso de negociación colectiva.

b) Conclusiones Específicas.

Como se expresó en esta parte se incluyen las referidas a los dos puntos que especialmente se investigan: a) si la vigencia de la ley 18508 supuso la extensión de la negociación colectiva a todo el sector público estatal y b) si en la materia objeto de la negociación comprende disposiciones que el art. 61 de la Constitución refieren a los Estatutos del Funcionario.

D) La entrada en vigencia de la ley 18508 de negociación colectiva en el sector público, ha provocado un mayor desarrollo efectivo de la negociación colectiva en los organismos públicos.

En efecto, si bien con anterioridad a la vigencia de la ley 18508 en algunos organismos

de la estructura estatal ya existía una tradición de desarrollo de la negociación colectiva y que fuese reforzado por los Decretos 104 y 113 de marzo de 2005; dicha ley tuvo un efecto expansivo desarrollando y extendiendo la negociación colectiva a organismos que no la practicaban, e instaurando un marco legal general que dota de institucionalidad y organicidad al sistema.

II) Con posterioridad a la ley 18508, la negociación colectiva en el Sector Público, alcanza prácticamente la totalidad de la estructura orgánica del Estado Persona Pública Mayor. En tal sentido y por la particularidad de dichos sectores cabe resaltar los convenios suscriptos por el Ministerio del Interior e incluso por el Ministerio de Defensa Nacional (para los funcionarios de la Dirección Nacional de Infraestructura Aeronáutica).

III) Sin embargo lo señalado precedentemente no es abosoluto, a la fecha la negociación colectiva no se ha extendido aún al Poder Legislativo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de Cuentas, órganos con características especiales, así como una pequeña dotación funcional.

IV) Por su parte la negociación colectiva ha profundizado su desarrollo en los sistemas orgánicos fruto de la descentralización funcional (Entes Autónomos y Servicios Descentralizados), como en los Gobiernos Departamentales. Así es que se han encontrado convenios colectivos en dieciocho de los diecinueve departamentos (la excepción lo constituye el Gobierno Departamental de Rivera).

Particularmente interesante resulta el Convenio Colectivo suscripto por el Congreso de Intendentes, en el cual se asume el compromiso de fomento de la negociación colectiva, coadyuvando con uno de los propósitos manifestados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

V) En los Convenios Colectivos celebrados en el marco de la ley 18508 se han incluido temas que la Constitución de la República en su art. 61 reserva a los Estatutos del Funcionario (materia estatutaria).

En tanto en los convenios colectivos del sector público se han arribado a acuerdos en temas que por su naturaleza están comprendidas en el art. 61 de la Constitución de la República para integrar los Estatutos de los Funcionarios Públicos.

En especial se observa que la negociación colectiva incluye temas como ser las condiciones de ingreso, la carrera administrativa, el descanso semanal, el régimen de licencias y la propia reforma estatutaria.

VI) En cuanto al contenido de la negociación, en un porcentaje un poco menor a la mitad (44,92%) los Convenios Colectivos del Sector Público, tratan sobre la materia contenida en el artículo 61 de la Constitución de la República y que constituyen la denominada “materia estatutaria”.

Las cláusulas más usuales refieren a la carrera administrativa, condiciones de ingre-

so, licencia, reforma de estatuto etc.

VII) En lo que respecta a las condiciones de ingreso se establecen preferencias para determinados colectivos, y regularizaciones de situaciones de hecho que existían con anterioridad a la firma del convenio (contrataciones prolongadas etc).

VIII) En lo que refiere a la carrera administrativa puede observarse una suerte de gradualidad en la intensidad de las cláusulas acordadas. Es así que se pactan desde la creación de comisiones para su estudio, a modificaciones concretas de los escalafones y reglamentos de ascensos.

IX) En cuanto a la licencia, lo más usual es la concesión de licencias gremiales -hecho no ajeno a la aprobación de la ley 17940 de 2 de enero de 2006 de promoción de la libertad sindical-, pero también se acuerdan mejoras a las licencias reglamentarias, o para ayudar a los funcionarios a afrontar situaciones especiales.

X) En menor medida se ha pactado sobre el descanso semanal.

XI) Asimismo se ha negociado sobre proyectos de reforma y modificación de los Estatutos del Funcionario.

Un caso por demás interesante constituye el de la Agencia Nacional de Vivienda. Con fecha 4 de setiembre de 2015, suscribió un convenio colectivo en el cual se proyectó el Estatuto del Funcionario. En razón de su naturaleza orgánica (Servicio Descentralizado) debió aprobarse por mediante una ley de acuerdo a lo dispuesto por el art. 59 de la Constitución de la República, por lo cual se condicionaba la concreción del mismo a un procedimiento ajeno a las partes. Sin embargo a través de la ley 19462 del 23 de diciembre de 2016, se aprobó el Estatuto del Funcionario de la Agencia Nacional de Vivienda, sin modificaciones sustantivas al texto acordado.

En conclusión puede apreciarse la coordinación de la negociación colectiva entre un órgano estatal con forma de Servicio Descentralizado con sus funcionarios, y la de un órgano político por excelencia como resulta ser el parlamento.

XII) No se encontraron convenios colectivos que refiriesen a las otras previsiones del art. 61 de la Constitución de la República: obligaciones funcionales en sentido estricto, condiciones de suspensión o traslado, y recursos administrativos.

c) Reflexiones finales

D) En lo sustantivo se mitiga entonces el carácter de unilateral estatal del Estatuto del Funcionario, incorporando la negociación colectiva en su proceso de conformación y en su propia materia.

No obstante en todos los casos desde el punto de vista formal deberá acudir a los procedimientos establecidos por la Constitución de la República para la aprobación de los Estatutos del Funcionario, como ocurrió en el caso indicado de la Agencia Nacional de Vivienda.

En consecuencia y siguiendo la clasificación de la Negociación Colectiva en el Sector Público realizada por Racciatti, podemos identificar a la misma (en relación con el Estatuto del Funcionario) como “*Convenios con eficacia jurídica condicionada a un sistema complejo*”, en tanto requieren un acto jurídico estatal que les otorgue eficacia.

II) Se advierte la existencia de límites para la negociación colectiva tanto subjetivos, como objetivos.

En los primeros se refiere a aquellos funcionarios que por su función tienen una regulación especial que excluye o acota tal derecho, es el caso de policías, militares y funcionarios de jerarquía superior.

Los segundos versan sobre aquellas materias que están reservadas por una norma de superior jerarquía (Constitución) a otros instrumentos jurídicos (Estatutos del Funcionario), admitiéndose solamente la negociación colectiva en forma de “complementariedad” y en algunos casos de “limitación”.

Asimismo otro límite objetivo para la negociación colectiva en el sector público, es el deber de “buena administración” que tiene el Estado, y el cual se manifiesta haciendo primar los intereses generales en lugar de los particulares y/o sectoriales.

III) Desde un sentido material, deberá integrarse a los convenios colectivos al concepto de “estatuto del funcionario”, teniéndose presente que los mismos constituyen una “regla de derecho” a la cual debe ceñirse el accionar de la Administración (artículo 309 de la Constitución y artículo 23 literal a del DL 15524 de 9 de enero de 1984).

IV) El régimen de función pública es de importancia mayor para la actividad de la Administración, la Buena Administración y la realización del fin servicial del Estado.

Pretender desconocer la incidencia de la negociación colectiva en el Sector Público, en la regulación de la relación funcional ocasionaría una visión acotada e incompleta de la misma.

7. BIBLIOGRAFÍA

Se han consultado las siguientes obras bibliográficas y trabajos doctrinarios:

Autores Varios. “Cursillo sobre El Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos”. Biblioteca Derecho Laboral No. 5 Montevideo 1977.

Autores Varios. “Funcionarios Públicos. Especial énfasis en la ley No. 19121. Coordinador Durán Martínez Augusto. Universidad Católica del Uruguay 2014.

Autores Varios. “El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en Actualidad”. Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2014.

Autores Varios. "Curso Introductorio de las Relaciones Laborales - Selección de Lecturas a cargo de Oscar Ermida Uriarte" Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1996.

Autores Varios. "Intervención y Autonomía en las Relaciones Colectivas de Trabajo" Coordinador por Ermida Uriarte Oscar. Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo 1993.

Autores Varios. "7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo". Cuadernos Facultad de Derecho. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1994.

Autores Varios. "XXVI Jornadas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social". Fundación Cultura Universitaria. Montevideo 2015.

Autores Varios. "La Negociación colectiva de los empleados públicos en España y América Latina" Editorial Tirant lo Blanch. Valencia España 2013.

Autores Varios. "Estudios sobre la Negociación Colectiva en Homenaje a Francisco De Ferrari" Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1973.

Autores Varios. "Fuentes de Derecho Administrativo" Ediciones RAP Buenos Aires 2010.

Bajac, Laura. XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo República Dominicana del 9 al 12 de noviembre de 2010.

Biasco, Emilio. "Los Convenios Colectivos en la Administración Pública" (Consultado en Internet: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/2011-08-15%20ConveniosColectivos.pdf>)

Brito, Mariano. "Derecho Administrativo su Permanencia- Contemporaneidad – Prospectiva" Universidad de Montevideo, Montevideo 2004.

Cajarville, Juan Pablo. "Sobre Derecho Administrativo" Tomo II Fundación de Cultura Universitaria Segunda Edición Ampliada Montevideo 2008.

Cassinelli Muñoz, Horacio. "Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios compilados por Carlos Sacchi", La Ley Uruguay Montevideo 2014.

Cassinelli Muñoz, Horacio. "Derecho Público" Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1999.

Correa Freitas, Rubén y Vázquez, Cristina. "Manual de Derecho de la Función Pública" Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2011 2da Edición.

Delpiazzo Carlos, "Derecho Administrativo General". Amalio M. Fernández Montevideo 2013. Volumen 2.

Delpiazzo Carlos, Revista CADE Doctrina y Jurisprudencia. Montevideo 2011 Tomo XII.

Durán Martínez Augusto “Contencioso Administrativo” Fundación de Cultura Universitaria. 2da Edición Montevideo 2015.

Ermida Uriarte, Oscar. Revista “Transformación, Estado y Democracia” No. 31 editada por la Oficina Nacional del Servicio Civil.

García Pullés Fernando, “Lecciones de Derecho Administrativo” Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires Argentina 2015.

Ivanega, Miriam Mabel. “Las Relaciones de Empleo Público” La Ley Buenos Aires 2009.

Marienhoff Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo” Abeledo Perrot Buenos Aires 2011. Tomo III B.

Martins, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo 1963.

Monereo Pérez, José Luis y otros en “Manual de Empleo Público” Editorial Comares Granada España 2010.

Parada, Ramón y Fuentetaja, Jesús. “Derecho de la Función Pública” Open Ediciones Universitarias 3era. Edición Madrid año 2015.

Parejo Alfonso, Luciano. “Lecciones de Derecho Administrativo” Tirant Lo Blanch 8va. Edición Valencia 2016.

Pérez del Castillo, Santiago. “La forma de determinar las retribuciones de los trabajadores del Estado” Ponencia oficial III Jornadas Rioplatenses de Derecho laboral, Fray Bentos, 28 y 29 de noviembre de 1987.

Pérez del Castillo, Santiago. “Introducción al Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo” Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo, 1995.

Plá Rodríguez, Américo. Revista Derecho Laboral Tomo XXIX No. 143 Julio – Setiembre de 1986.

Racciatti, Octavio. Revista Derecho Laboral Tomo XLIV No. 204 Montevideo 2001.

Racciatti, Octavio. Revista Derecho Laboral, Tomo LII No. 236. Fundación de Cultura Universitaria octubre – noviembre de 2009.

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. Revista Andaluza de Administración Pública

60/2005 Octubre – Noviembre- Diciembre. Instituto Andaluz de Administración Pública. Universidad de Sevilla.

Rotondo Tornaría Felipe, "Manual de Derecho Administrativo" 9na. Edición Abril 2015.

Sánchez Morón, Miguel. "El Derecho de la Función Pública" Tecnos Madrid 2014 8va. Edición.

Sayagués Laso, Enrique. "Tratado Derecho Administrativo". Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1991 Tomo I.

Vázquez, Cristina. Revista Derecho del Trabajo Enero – Marzo 2014 Editorial La Ley.

Vázquez Pepe, Rodrigo Revista Derecho del Trabajo Julio – Setiembre de 2015 Editorial La Ley.



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

CÁNEPA SALABERRY, Martín

Responsabilidad civil por lesión al derecho de honor en redes sociales

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LESIÓN AL DERECHO DE HONOR EN REDES SOCIALES

MARTÍN CÁNEPA SALABERRY*

1. INTRODUCCIÓN

Con la aparición y auge de las redes sociales se ha producido una importante transformación: lo que antes necesitaba ser impreso en un medio de comunicación, ahora, en un instante, puede ser difundido y convertirse en viral a través de las redes sociales.

Como resultado, se han multiplicado las voces, lo cual se corresponde con la preocupación del constituyente para garantizar la libertad de expresión¹, pero ello ocurre en detrimento de otros derechos, como el derecho al honor o a la intimidad, también protegidos constitucionalmente², circunstancia que resulta agravada si se consideran las nocivas posibilidades de expansión y difusión de las publicaciones que se realizan en redes sociales.

En sentencias nacionales se ha reconocido que el fenómeno de las publicaciones en redes sociales puede entrañar una lesión al honor del destinatario de dicho mensaje o publicación si incluye un contenido denigrante u ofensivos hacia este. Ello ha generado responsabilidad administrativa de funcionarios públicos³, responsabilidad penal⁴ e incluso ha sido considerado por la jurisprudencia laboral como una hipótesis de notoria mala conducta del empleado⁵.

* Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

1 Artículo 29 de la Constitución.

2 Artículo 7 y 72 de la Constitución.

3 TCA N° 59/2017 (14/2/17) se analiza si los comentarios agraviantes hacia la figura del Ministro, publicados en Facebook por un agente de Policía, utilizando el usuario que representa al sindicato, son causales por las cuales puede ejercerse la potestad disciplinaria. El TCA confirmó el acto administrativo por el cual se desvinculó al funcionario policial que realizó las mismas. (GÓMEZ (Red.), CASTRO, TOBÍA, ECHEVESTE, VÁZQUEZ CRUZ)

4 J.L de 1ª Instancia de en Auto de Procesamiento de fecha 05/10/2012 se procesó por difamación a un sujeto que, ante la muerte de un paciente que estaba siendo tratado en el Hospital local, comentó en Facebook: «yo pienso que la doctora esa es una asesina y lo sostengo porque el hombre le pidió que no lo inyectara porque era alérgico y ella lo hizo sabiendo». A su vez, en la referida publicación compartió el nombre de la doctora y burlándose de este expresó: «la Dra. es de apellido G., ahora hizo honor a su apellido una negligencia de estas está pasando muy seguido, siguen matando». (RAMOS). Véase también Sent. N° 112/2016 de J. L de Primera Instancia de Mercedes de 1° (BATTÓ)

5 J. L de Trabajo de 12°, Sent. N° 20/016 (20/04/2016) no se amparó la pretensión del actor por entender que el despido era justificado por notoria mala conducta, ya que este había realizado comentarios en contra de la empresa y compañeros de trabajo en una publicación compartida por un «amigo» de la red social Facebook. En dichos comentarios se expresó: «Esta empresa es así. Hay que ir a buscar el dinero, robarles la plata e irse. No le sirve la gente buena y laboradora...Yo hablo con muchísimo fundamento y tengo más que prueba de que sirven poco. Son una manga de elitistas y muchos llegan por otros medios que obviamente no son precisamente por su talento». Dichas publicaciones fueron acreditadas por acta notarial de protocolización de impresión de imágenes tomadas de Facebook. En segunda instancia el TAT 2° confirmó la apelada (sentencia N° 346/2016). (PEREIRA ANDRADE) Véase también Sentencia N°116/2011 J. L de Trabajo de 12° (PEREIRA ANDRADE)

No obstante, no existe en el derecho positivo uruguayo regulación propia de la temática relativa a redes sociales⁶. En otras legislaciones más atentas a los fenómenos actuales existe normativa aplicable al caso. Por ejemplo, en España se sancionó la «Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico»⁷.

Las redes sociales son *comunidades virtuales donde los usuarios se conectan e interactúan con otras personas, conocidas o no, con las que comparten información, noticias, fotografías, videos y otras muchas cosas*⁸. La nota típica de las redes sociales radica en que millones de usuarios pasan a ocupar el rol de intermediarios que facilitan la difusión de contenidos, lo que apareja un riesgo evidente si ese contenido incluye informaciones falsas o expresiones denigrantes. Por ello cierta doctrina española refiere a las redes sociales como medios de difusión⁹.

No existe norma en nuestro derecho que regule la responsabilidad en este ámbito, por lo que entiendo que deben configurarse los elementos de responsabilidad aquiliana: el hecho ilícito, el factor de atribución, el nexo causal y el daño, a los efectos de transferir el daño de la persona que lo sufre a quien lo causó¹⁰. A continuación, se analizará cada uno de estos elementos.

2. HECHO ILÍCITO

La antijuricidad es uno de los elementos de la responsabilidad a determinar, y conceptualmente ofrece diversas discusiones doctrinarias¹¹. Se comparte la posición de Venturini para quien la ilicitud se configura cuando existe lesión de derechos, intereses o situaciones jurídicamente protegidas, o sea, cuando se produce la agresión a la esfera jurídica ajena¹².

Tratándose de la temática de redes sociales, habrá ilicitud cuando se lesione el derecho al honor de otras personas. No obstante, realizar publicaciones o comentarios en redes sociales no es más que el ejercicio de la libertad de expresión consagrada constitucionalmente, por lo cual cabe preguntarse cómo puede haber un hecho ilícito producto del ejercicio de un derecho.

6 En el año 2015 se presentó un proyecto de ley relacionado a "Prohibición de censura previa y derecho de respuesta en redes sociales" que en su exposición de motivos expresa la necesidad de adaptar la normativa vigente para medios de comunicación a las redes sociales. Ello por cuanto si bien se reconoce que las redes sociales son un instrumento de comunicación y libertad, estando amparadas por el art. 29 de la Constitución, debe balancearse con la responsabilidad de aquel que emite la comunicación, y obligando a los prestadores de servicios a establecer canales de rápida comunicación que permitan atender reclamos de los usuarios. En art 12 Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores ratificado por ley 19.430 se hace referencia a la necesidad de fomentar el acceso a las "redes sociales". Fuente: www.parlamento.gub.uy.

7 En su exposición de motivos plantea la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado para que todos los actores empleen este nuevo medio con la confianza necesario. Extraído de: Boletín Oficial del Estado publicado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>.

8 HERRERA DE LAS HERAS, *Responsabilidad Civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*. Madrid, REUS, 2017, pág. 47.

9 HERRERA DE LAS HERAS, *Op. Cit.*, pág. 12.

10 VENTURINI, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación en Uruguay*, Montevideo, FCU, 1999, pág. 9.

11 GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo T. XIX*, Montevideo, FCU, 2000, pág. 163.

12 VENTURINI, *Op. Cit.*, pág.1

Como se señaló anteriormente, en este ámbito existen dos derechos de raigambre constitucional que están en conflicto. Por un lado, la libertad de expresión prevista en el artículo 29 de la Constitución¹³, mientras que por otro lado se ubica el derecho al honor, consagrado en los artículos 7 y 72 de la Carta¹⁴.

2.1. Libertad de expresión

El artículo 29 reza que: «es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren».

Jiménez de Aréchaga al analizar este artículo de la Constitución hace hincapié en la libertad de prensa¹⁵, lo cual es lógico si se tiene en mente que históricamente esta fue el ámbito propio y natural para ejercicio de la libertad de expresión.

Desde mi punto de vista, este artículo es susceptible de una distinción, ya que por un lado se encuentra el llamado derecho a libertad de información, y por otro, el derecho a la libertad de expresión¹⁶. La diferencia entre ambos es que la información puede ser contrastada con datos objetivos, mientras que las expresiones no son sino creencias, juicios o valoraciones subjetivas, puesto que su carácter es mucho más difuso y ambiguo¹⁷.

Es por ello por lo que en materia de responsabilidad civil de los medios de comunicación se toma como criterio para que prevalezca el derecho a la libertad de información *la verdad o veracidad de la información difundida y la actitud del informador hacia la verdad*¹⁸. En cambio, tratándose de la libertad de expresión, los hechos no son susceptible de prueba. El Tribunal Supremo de España ha entendido que: «las opiniones o juicios de valor no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación»¹⁹.

No obstante, respecto a la distinción antes formulada ha de tenerse presente que el artículo 336 del Código Penal admite la *exceptio veritatis* para los delitos de difamación e injuria, esto es, la prueba de la verdad de los hechos o verosimilitud de las calidades atribuidas a las personas, salvo cuando refiera a la vida privada de esta o cuando no sea de interés público la divulgación de los hechos. Si bien se prevé en materia de responsabilidad penal, entiendo que sienta criterios objetivos que son aplicables a la

13 También artículo 13 de Convención Americana sobre Derechos Humanos (L. 15.737)

14 También artículo 11 de Convención Americana sobre Derechos Humanos (L.15.737)

15 Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional T. II*, Montevideo, Medina, 1946, página 50.

16 HOWARD distingue a la libertad de prensa como una manifestación de la libertad de expresión (HOWARD, *Derecho de la Persona*, Montevideo, UM, 2016, pág. 295). VENTURINI expresa que *el derecho a la libre expresión por cualquier medio se evoluciona hacia el derecho a la información* (VENTURINI, *Op. Cit.*, página 12).

17 HERRERA DE LAS HERAS, *Op. Cit.*, págs. 39-41.

18 VENTURINI, “Diez años de jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación” en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Año III, T. III, 2015.

19 ORTEGA, *Libertad de Expresión y libertad de información en la jurisprudencia del Tribunal Constitución*. Fundación Ciudadanía y Valores, 2013, página 7.

responsabilidad civil.

A su vez importa considerar que el artículo 29 de la Constitución contiene el giro «por cualquier otra forma de divulgación», y realizando una interpretación actual, ello comprende a las redes sociales que no son sino un «medio de difusión» del pensamiento, caracterizadas por la difusión de contenidos, creados o compartidos por los usuarios.

2.2. Derecho al honor

Los artículos 7 y 72 de la Constitución disponen que *los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor... Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establezcan por razones de interés general.*

En doctrina, el derecho al honor se define como la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma²⁰.

Ha de tenerse en cuenta que el derecho al honor es un derecho de la personalidad, y debe interpretarse necesariamente según las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento en que se producen los hechos²¹, ello por cuanto la palabra honor es un concepto que no se define en forma estable y permanente.

El derecho al honor no está regulado en nuestro Código Civil, sin perjuicio de que en el artículo 81 se hace referencia a que el cumplimiento de la promesa de matrimonio aceptada queda sometido enteramente al *honor* y conciencia del individuo. Ello no hace más que resaltar la definición antes mencionada, ya que es visto como el respeto que inspira el individuo en los demás miembros de la sociedad. Al respecto cabe mencionar que el novel Código Civil y Comercial de la Nación Argentina consagra su protección expresamente²².

2.2. Conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor

Tomando las palabras de Venturini, todo conflicto producto del ejercicio de la libertad de expresión pone en juego derechos de raigambre constitucional²³.

20 Es una visión completa del derecho al honor que suele distinguirse según tome en consideración al individuo en concreto, y aquí se habla de concepto subjetivo de honor, o según tome en consideración el círculo social en que el sujeto desarrolla su vida, por lo que se prefiere hablar de reputación (HOWARD, *Op. Cit.*, página 283). En doctrina uruguaya LAMAS sostiene que la distinción no se corresponde con el derecho positivo, y prefiere referir al derecho al honor como la respetabilidad que, en la misma, y de acuerdo con su edad, sexo, condición, profesión y estado, merece cada persona (Lamas, *Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana, Mdeo. Círculo Abogados*, 2004, pág. 346). El TAC 1 (SALVO (Red.), VÁZQUEZ CRUZ, CASTRO) en Sent. 0003-000149/2013 indica que: «hay dos aspectos dentro del honor: uno como expectativa de reconocimiento que surge de la dignidad de la persona humana y otro como expectativa que emana de la participación real del individuo en la comunidad. Este último sentido es el que realmente importa, no el que se deriva de la dignidad, que, aunque histórico-socialmente entendida, es la misma en todos los integrantes de la comunidad independientemente de su actuación social».

21 HOWARD, *Op. Cit.*, página 286

22 Artículo 52: La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a las reglas de la responsabilidad civil

23 VENTURINI, "Diez años de jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación" en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Año III, T. III, 2015)

Para resolver este conflicto de derechos puede acudir a la técnica constitucional de preponderancia, según la consideración caso a caso de la intensidad y trascendencia de cada derecho, para lograr una regla que priorice un derecho sobre otro y permita resolver el caso mediante subsunción a dicha regla²⁴. La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto y expresa que: «...La consideración doctrinaria acerca de la primacía de derechos fundamentales sobre otros, no es pacífica, ya que por un lado se ha perfilado la posición de que unos son prevalentes y que los demás deben comprimirse frente a ellos. ... Por otro lado encontramos a quienes entienden que no hay una verdadera preeminencia de uno sobre otros y en especial en materia de honor o de dignidad...»²⁵.

Entiendo que, si para dar primacía a un derecho sobre debe estarse al caso concreto, ello importa establecer, al menos de forma indirecta, cuál es el contenido de cada uno de estos derechos.

En realidad, no existen derechos constitucionales que primen unos sobre otros, por lo que debe conciliarse entre ellos. Y en este sentido es útil el artículo 29 de la Constitución. Como señalan Rocha y Álvarez en materia de derecho de información y responsabilidad civil de los medios de comunicación, la normativa constitucional prevé la responsabilidad ulterior de quienes ejercitan la libertad consagrada²⁶, y lo hace a texto expreso: *quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren*.

La norma constitucional consagra la responsabilidad del autor del mensaje y del emisor, que no son otros sujetos que el usuario de la red social y la red social en sí misma como prestadora de servicios.

A los efectos de determinar cuándo existe hecho ilícito importa tener en cuenta la teoría del abuso de derecho. El artículo 1321²⁷, enseña Gamarra, consagra un principio general en la materia: se debe ejercer el derecho con sujeción a los límites que fija la noción de abuso. Por tanto, el daño causado por el regular o normal ejercicio de un derecho no es resarcible, en cambio, el acto abusivo es un acto que pertenece al campo de la ilicitud²⁸.

El maestro señala que el ámbito de esta norma excede la responsabilidad extracontractual y es un principio del derecho. Al respecto cabe mencionar que el Código Civil y Comercial argentino consagra como un principio general el abuso de derecho en el artículo 10: «el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación

24 COSTAS RODAL, “Ponderación entre derechos fundamentales en conflicto: información y el honor y la intimidad” en *Aranzadi civil-mercantil. Revista Doctrinal*, 1 (11), páginas. 51-59. También Paños Pérez, “Sentencia del 18 de febrero de 2013. La ponderación entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* (95), 2014, páginas. 13-34.

25 SCJ Sent. N° 88/1993 (CAIROLI (Red.), MARABOTTO, TORELLO, ALONSO, MARIÑO).

26 Cfr. ROCHA, C. y ÁLVAREZ, P., “Límites internos del derecho a informar” en *Revista de Derecho (UM)*, N°25, Año 13, págs. 317-337.

27 Artículo 1321. El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.

28 GAMARRA, *Op. Cit.*, página 201.

legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (...).

2.4. Abuso de derecho de libertad de expresión y lesión al derecho al honor

Existe abuso del derecho de libertad de expresión cuando se difunden frases y expresiones insultantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, así como cuando se relaciona un hecho, falso o verdadero, con un sujeto de manera tal que menoscabe el honor de una persona.

2.4.1. Insultos

En primer lugar, se entiende que existe un abuso de derecho cuando se utilizan insultos que no guardan relación con las ideas que se exponen. Respecto a los insultos es inconcebible que el ordenamiento jurídico tenga como finalidad su tutela, y por ello se puede sostener que se traspasan los límites externos del derecho, por lo cual, no puede concebirse que exista una apariencia de juridicidad cuando se utilizan términos agraviantes u ofensivos gratuitamente.

En este sentido se pronuncia Langón para quién «lo gratuito es lo dicho de balde, lo arbitrario, lo excesivo, lo que no agrega nada sustantivo a lo atribuido»²⁹.

Ello por cuanto no existe, en puridad, un derecho a insultar, sino que en realidad el insulto es una conducta ilícita que atenta en forma directa contra el honor de una persona. La jurisprudencia extranjera se ha pronunciado en contra de la existencia del llamado «derecho a insultar» a partir de casos ocurridos por opiniones vertidas en redes sociales.

En Colombia, la Corte Constitucional se pronunció frente al caso de un estudiante universitario que fue expulsado de la Universidad por publicar en Facebook expresiones como: «Si al fin me logro graduar no sé si darle la mano a Hans o escupirle la cara (...) ¡¡¡Si me llaman de la Universidad a decirme nuevamente que me falta algo para graduarme, esa perra de la directora académica me va a oír!!!». Al respecto precisó que: «las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación»³⁰.

En España se ha negado la existencia del derecho al insulto y se han fijado límites a la forma en que se manifiestan ideas u opiniones: «aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado pues, de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor. Así es como debe entenderse la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de que la Constitu-

29 LANGÓN, *Código Penal uruguayo y las leyes complementarias comentados*, Universidad de Montevideo, Montevideo (2016), página 877)

30 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-550 del 12/07/2012. Magistrado: Nilson Pinilla Pinilla.

ción «no reconoce un pretendido derecho al insulto»³¹.

En nuestro país, en sede penal, la doctora De Salterain tuvo la posibilidad de pronunciarse al respecto a partir de la denuncia formulada por AUDAF (Gremial de árbitros de fútbol) contra los comentarios expresados por un reconocido humorista y conductor radial en la red social Twitter. La juez entendió que el usuario de Twitter se expresó libremente, manifestando su pensamiento, su sentir respecto al actuar de los árbitros de fútbol, por lo que no deben considerarse literalmente los términos utilizados: «ladrón», «chorros», «mafiosos», propios del ambiente del fútbol³².

La decisión comentada anteriormente parece presentar una óptica distinta a la que mantiene la jurisprudencia en el derecho comparado, no obstante, debe verse desde la óptica del Derecho Penal, cuya *misión peculiar es la defensa más enérgica de los intereses dignos y necesitados de protección*³³. En dicha decisión se influyó el hecho de que se trata de un asunto de interés público y que los árbitros están expuestos a las críticas de los espectadores.

Cabe concluir, entonces, siguiendo a la jurisprudencia en materia civil, que cuando en un mensaje o publicación divulgado en redes sociales incluye insultos dirigidos a una determinada persona, ello importa necesariamente lesión a su derecho al honor, prescindiendo de la causa por la cual se llegó a actuar de esa manera.

2.4.2. Atribución de un hecho, falso o verdadero, que menoscabe el honor de una persona

Para este supuesto de abuso de derecho importa tener en cuenta los límites internos. Como señalan Álvarez y Rocha *para la dilucidación de estos límites, y ante la falta de criterios precisos de fuente legal se recurre a criterios materiales, que contemplan al propio fin con el que un derecho fue consagrado como un parámetro de licitud de su ejercicio*³⁴. Entiendo que se puede tomar como criterio, siguiendo al Código Civil y Comercial argentino, los fines del ordenamiento jurídico o el exceso de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Como se apreciará ello no importa un establecimiento definitivo y concreto de límites a los derechos, sino que como señala HOWARD, *la cuestión difícilmente pueda ser solucionada a través de la aplicación de cánones generales y abstractos, sino que más bien constituye un conflicto para dilucidarse a través de los jueces caso por caso, en atención a que se trata de una cuestión que varía de acuerdo con las ideas dominantes en cada sociedad y en cada período*³⁵.

31 España. Tribunal Supremo. Sala Civil. Sentencia N. 497 del 15/09/2015. Magistrado: Francisco Marín Castán.

32 Juzgado Letrado en lo Penal de 26° Decreto N° 651/2017 (18/12/2017). Extraído de: <http://poderjudicial.gub.uy/historico-de-noticias/2417-jueza-de-salterain-archivo-denuncia-de-asociacion-de-arbitros-por-difamacion.html>

33 SZAFIR, D., VENTURINI, B., "Culpa civil y culpa penal. Conveniencia de la solución aportada por el artículo. 29 CPP" en *Anuario Derecho Civil Uruguayo* T. XIX, 1989, páginas 140-146.

34 Cfr. ROCHA, ÁLVAREZ., *Op. Cit.*, página 324.

35 HOWARD, *Op. Cit.*, página 214.

Es evidente que la atribución de un hecho falso a una determinada persona por medio de redes sociales importa una lesión a su honor, siempre y cuando ese hecho sea rechazado por la sociedad por entender que no se corresponde con los valores o normas que rigen en la misma. Así, sería lesionar el honor de un policía atribuirle que cometió un acto cobarde huyendo durante un hurto.

Mayor discusión genera la atribución de un hecho verdadero y si este puede consistir en una hipótesis de abuso de derecho. Así, parte de la doctrina española entiende que si hay un hecho verdadero no puede haber lesión al honor, y ello por cuanto en ese caso existe intromisión al derecho de la intimidad, pero no se afecta el honor³⁶.

En cambio, parte de la jurisprudencia española se pronunció ante la demanda promovida por dos jóvenes contra el periódico El País de Madrid, a los efectos de que esta retire de sus servidores la noticia que los vinculaba con el consumo de drogas, y ello en tanto querían evitar aparecer en los motores de búsqueda de internet. En primera y segunda instancia se accedió al reclamo. El Tribunal Supremo al respecto entendió que: *supuso un daño desproporcionado para el honor de las personas demandantes al vincular sus datos personales con unos hechos que afectaban seriamente su reputación, al hacer pública su drogodependencia en aquellas fechas, con tan solo introducir su nombre y apellidos en los motores de búsquedas de internet utilizados con mayor frecuencia.*

Entiendo que la lesión al derecho al honor no excluye necesariamente la lesión al derecho a la privacidad, sino que ambos pueden producirse conjuntamente. El honor no se vincula a la verdad, sino a la consideración de la persona en el medio social en el que se desenvuelve. De considerar el ordenamiento jurídico como un todo que debe interpretarse armónicamente, es importante considerar lo previsto por el artículo 336 del Código Penal, en cuanto no admite la *exceptio veritatis* cuando se trate de probar hechos de la vida privada de la persona.

En conclusión, la teoría del abuso de derecho de libertad de expresión permite resolver la cuestión de la ilicitud. Habrá abuso de derecho cuando se reproduzcan frases y expresiones insultantes y ofensivas, así como cuando se relaciona un hecho, falso o verdadero, con un sujeto de manera tal que menoscabe el honor de una persona.

3. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Venturini enseña que el factor de atribución consiste en la justificación de la traslación del daño de quien lo sufre al llamado a soportarlo³⁷.

En España la doctrina se pronuncia a favor de la responsabilidad objetiva de los usuarios por los comentarios que allí publican³⁸, cimentada en la teoría de los riesgos, esto es, debido a la gran exposición que se genera al publicar en redes sociales, ello apareja que

36 O'Callaghan Muñoz, X. (1990). *Derecho al Honor, Centenario del Código Civil*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, página 8.

37 VENTURINI, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación en Uruguay*, página 53.

38 HERRERA DE LAS HERAS, *Op. Cit.*, página 75.

el autor responda objetivamente por el mero acaecer de los daños.

Entiendo que en nuestro país no son admisibles las conclusiones antes pronunciadas y ello por cuanto no existe una norma jurídica que determine que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva.

Entonces, la lesión al derecho al honor en redes sociales importa un supuesto de responsabilidad subjetiva. No obstante, al igual que en materia de responsabilidad civil de los medios de comunicación, a mi juicio es discutible que la responsabilidad se base en la culpa, o sea en la falta del debido cuidado o diligencia del buen padre de familia, o si en verdad requiere el dolo, esto es, la intención de dañar³⁹.

A los efectos de resolver la cuestión planteada anteriormente tomaré en consideración dos factores: (a) Si el asunto sobre el cual versa el pronunciamiento es de interés público o no; (b) cuál es el rol que efectivamente ocupa el sujeto en la comunicación del mensaje, esto es, si fue su autor, o sólo se limitó a compartirlo.

La primera distinción obedece a lo previsto en el artículo 336 del Código Penal⁴⁰ y en la llamada doctrina de la real malicia. Según la doctrina propuesta por el Corte Federal de los Estados Unidos, y seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentran protegidas bajo la libertad de expresión *las propias opiniones sobre las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas... Pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos*⁴¹. Ello, al entender de Langón hace prevalecer el interés social de libertad de expresión por sobre el individual del honor⁴². Pero se responderá cuando exista con conocimiento de la falsedad o temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad⁴³.

Existe real malicia cuando se constata que el hecho no es verdadero y luego, cabe indagar en la conducta del autor, probándose que este conocía la falsedad del mensaje difundido o que obró con notorio desinterés por la verdad. Si la información es verdadera no interesa la constatación de la segunda fase, esto es, no habrá responsabilidad civil,

39 VENTURINI, "Diez años de jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación". También en VENTURINI, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación en Uruguay*.

40 Estará exento de responsabilidad el que: A) efectuare o difundiere cualquier clase de manifestación sobre asuntos de interés público, referida tanto a funcionarios públicos como a personas que, por su profesión u oficio, tengan una exposición social de relevancia, o a toda persona que se hay involucrado voluntariamente en asuntos de interés público; B) reprodujere cualquier clase de manifestación sobre asuntos de interés público, cuando el autor de las mismas se encuentre identificado; C) efectuare o difundiere cualquier clase de manifestación humorística o artística, siempre que refiera a alguna de las hipótesis precedentes. Extraído de IMPO.

41 BERTONI, "New York Times vs. Sullivan" y Libertad de prensa y derecho penal, 1997, páginas 121-151.

42 Langón, *Op. Cit.*, página 874

43 Sent. 66/2016 TAP 4º: *La real malicia, excluye la exención de responsabilidad, cuando la manifestación sobre asuntos de interés público se haga con conocimiento de la falsedad o con temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad. El primer aspecto se configura cuando, como dice Langón, el comunicador sabe "...a ciencia cierta que lo que afirma es falso, que es mentira lo que dice o cuando hubo temeraria despreocupación de averiguar, aunque sea mínimamente sí era o no verdadero o falso lo atribuido al otro"* (MERIALDO (Red.) CAL, CHARLES).

aunque exista intención de causar un daño con ella⁴⁴.

Este es uno de los principios de la «Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet»⁴⁵: «Las normas de responsabilidad, incluidas las exclusiones de responsabilidad, en los procedimientos civiles, deberían tener en cuenta el interés general del público en proteger tanto la expresión como el foro en el cual se pronuncia (es decir, la necesidad de preservar la función de "lugar público de reunión" que cumple Internet)». Al respecto la jurisprudencia española en Sentencia N° 1058/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo admite *que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda política. Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política, sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, y otros.*

Por el contrario, cuando no está en juego una cuestión de interés público, sino perteneciente al ámbito privado, no se requiere esta real malicia, basta con un actuar ligero y culpable.

La determinación de si un asunto es de interés público o privado será resuelta por el magistrado en el caso concreto⁴⁶.

La segunda discriminación es producto de la consideración del rol que ocupa el usuario en la comunicación: por un lado, encontramos al autor del mensaje, mientras que por otro lado se halla el usuario que únicamente lo comparte, esto es, no es autor del contenido sino participa en su difusión.

No es lo mismo realizar una publicación, que se conoce al detalle y que se tuvo tiempo para meditar, que compartir una publicación que se encontró navegando en una red social, lo cual puede ocurrir, a veces, sin conocer cuál es el verdadero contenido⁴⁷, o muchas veces compartiendo publicaciones realizadas por usuarios con cierta credibilidad, por ejemplo, medios de prensa que utilizan las redes sociales como forma de llegar a más público.

De la interacción de estos criterios surge que:

1. El usuario que realiza una publicación que versa sobre una cuestión de interés público, será responsable en la medida que haya actuado con real malicia. Ello por cuanto existe una necesidad de tutelar «la participación en el foro» y sobre todo en los asuntos de este.

44 NICOLA TRÍAS, "Responsabilidad civil del medio de prensa por difusión de información", *LJU T.* 153, 2016.

45 El documento fue suscripto por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA en el año 2011: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>.

46 LANGÓN entiende que la consideración de qué asunto integra el interés público o el interés privado será considerado por el Juez en el caso concreto, siendo de total subjetividad personal del juzgador (LANGÓN, *Op. Cit.*, pág. 834).

47 Existen estadísticas que así lo demuestran: aproximadamente el 15% de los retuits que contienen algún enlace no han sido leído por los usuarios que los retuitean. Fuente: Zarrella, D. (2012). *New Data Indicates Twitter User's Don't Always Click the Links They Retweet*. Consultado el día 3 de junio de 2018. <https://blog.hubspot.com/blog/tabid/6307/bid/33815/new-data-indicates-twitter-users-don-t-always-click-the-links-they-retweet-infographic.aspx>.

2. El usuario que realiza una publicación que no es de interés público, será responsable en la medida que no haya actuado con la diligencia del buen padre de familia. En este supuesto no existe la necesidad de tutelar la participación de este usuario, sino que la mera intromisión culpable lo hace responsable de los contenidos que publica.

3. El usuario que comparte una publicación que versa sobre una cuestión de interés público, será responsable en la medida que haya actuado con real malicia, salvo que haya compartido publicaciones de usuarios creíbles, por ejemplo, de medios de comunicación, en cuyo caso no podrá haber responsabilidad porque su conducta está precedida por un actuar diligente.

4. El usuario que comparte una publicación que no es de interés público, será responsable en la medida en que haya actuado en forma dolosa, esto es, con la intención de dañar al destinatario del mensaje. De todas maneras, entiendo que configura un indicio de esta intención el hecho de compartir en reiteradas ocasiones contenidos que lesionen el honor de una persona.

La determinación del factor de atribución dependerá, entonces, de la existencia de una cuestión de interés pública y de cuál es el rol del usuario en la comunicación, agravándose cuando se es autor de una publicación que no versa sobre cuestiones que interesan objetivamente al resto de la comunidad.

4. NEXO CAUSAL

El nexo causal es el ligamen de causa a efecto entre la acción humana y el daño producido o la necesaria conexión entre ambos elementos⁴⁸. Gamarra enseña que existen distintas teorías acerca del nexo causal: a. la doctrina de la equivalencia de las condiciones; b. doctrina de la causa eficiente; c. teoría de la causa próxima; d. teoría de la causalidad adecuada⁴⁹.

En este sentido las redes sociales presentan dos particularidades: en primer lugar, la gran expansión que pueden tener los comentarios, y en segundo lugar, cómo se vincula el usuario con la persona física o jurídica que hay detrás,

La particularidad que presentan las redes sociales en la configuración del nexo causal es que la difusión de una publicación o comentario, por más mínimo que sea, puede alcanzar una exposición sorpresiva, provocando un mayor daño. Entonces, ¿cómo se limita la responsabilidad por el daño causado? ¿Debe responder el autor del mensaje por el daño causado por otros usuarios que comparten la publicación?

Entiendo que el autor del mensaje ha de responder por su calidad de tal y por la posterior difusión de este. Ello por cuanto las publicaciones o comentarios producidos en redes sociales pueden tener un alcance imprevisible. No obstante, esa imprevisibilidad no es tal, porque el uso de las redes sociales importa la publicidad de lo que allí se

48 VENTURINI, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación en Uruguay*, pág. 74.

49 GAMARRA, *Op. Cit.*, págs. 309-320.

transmite, sin importar que una cuenta tenga una mayor o menor privacidad, un mayor o menor número de seguidores. Por lo tanto, configura un supuesto adecuado para generar toda la repercusión posterior y causar un daño tremendo.

Entonces, el hecho de que otros usuarios interactúen con la publicación no excluye la responsabilidad del autor de ese mensaje, aunque también podrá demandarse al sujeto que lo comparte sin más. En el Reino Unido, en el año 2012, diversos medios se hicieron eco de una noticia que acusaba a Lord Alistair McAlpine de abuso de jóvenes en los años setenta, realizando publicaciones al respecto en Twitter. Ello desencadenó una seguidilla de nueve mil retuits, donde se mencionaba esta información falsa. El acusado resolvió demandar tanto a los que publicaron el tuit original como a todos aquellos que lo retuitearon por el daño causado⁵⁰.

Al respecto la jurisprudencia española ha sostenido que: «es cierto que el hecho de incluirse en un perfil de Facebook “abierto” multiplica el número de “potenciales” destinatarios»⁵¹. También se admite la incidencia de otros elementos para la configuración del daño: «precisamente por tratarse de una localidad de pocos habitantes, es reducido, por lo que no puede achacarse exclusivamente al medio empleado para su difusión (red social Facebook) el conocimiento y alcance de los comentarios injuriosos»⁵².

En un caso puntual, la Sala Civil del Tribunal Supremo Español rechaza un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia anterior por considerar que se configuró una asunción de riesgos por parte de la víctima, esto es, que la víctima, actuando libre y voluntariamente, con cabal conocimiento del riesgo, se dirige al encuentro del mismo, y por ello implícitamente lo acepta⁵³: «el demandante había aceptado participar en un debate en un foro social que se estaba desarrollando en términos agrios e irrespetuosos, circunstancias en cuya concurrencia participaba activamente el demandante»⁵⁴.

Respecto a la identidad de la persona detrás del perfil del usuario, en el ordenamiento jurídico vernáculo no existe disposición que imponga a los usuarios la identificación real al crearse una cuenta, sin perjuicio de que ello podría ser una solución legislativa.

En la España se planteó la posibilidad de seguir la denomina «huella de la IP⁵⁵», sin embargo, esta solución no siempre resuelve el problema, ya que este número no identifica a la persona que ha escrito el mensaje en cuestión, y puede resultar inútil cuando la red es utilizada por un conocido o incluso la cuenta es utilizada por otro⁵⁶.

50 Palmer, A. (2012, Noviembre 19). *Tweet revenge: Tory to sue 10,000 Twitter users who branded him a paedo*. Consultado el día 3 de junio, 2018, en [www.mirror.co.uk](http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/lord-mcalpine-to-sue-10000-twitter-1444634): <https://www.mirror.co.uk/news/uk-news/lord-mcalpine-to-sue-10000-twitter-1444634>

51 Sent. 00390/2017 de Audiencia Provincial Sección n. 3. Valladolid. Extraído de CENDOJ.

52 Sent. 00390/2017 de Audiencia Provincial Sección n. 3. Valladolid. Extraído de CENDOJ.

53 GAMARRA, *Op. Cit.*, página 227.

54 Sent. 281/2018 de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español. Fecha (18/05/2018).

55 Número que identifica en la red.

56 <http://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-identificar-usuarios-redes-sociales-medida-dificil-legis->

En la medida que se aprecie la exponencial publicidad que importan las publicaciones realizadas en redes sociales, no es admisible una defensa basada en que hubo terceras personas que intervinieron para causar mayor daño.

5. DAÑO

Para que haya responsabilidad civil también debe haber daño, entendiendo por tal la lesión a los derechos, intereses o situaciones jurídicamente protegidas, o sea, el daño es la consecuencia del hecho ilícito⁵⁷. En este caso se trata de la lesión al derecho al honor, lo cual repercute en la consideración del individuo en el medio social, así como en cuanto a su propia percepción.

A los efectos del Código Civil debe repararse el daño que derive en forma directa e inmediata de la conducta ilícita del sujeto.

Szafir explica que el daño puede ser de patrimonial o extrapatrimonial, también llamado daño moral, según tenga o no tenga repercusión en el patrimonio del sujeto⁵⁸, pero como indica Howard (al referir a los daños causados por los medios de comunicación) este ámbito es propicio para las reclamaciones por daño moral, con base en el padecimiento espiritual que origina la agresión al honor⁵⁹.

Me interesa destacar en este sentido la inclusión del prestigio profesional dentro del concepto de honor en la jurisprudencia española. Así se ha entendido que «la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga»⁶⁰.

Otro punto respecto al cual existe discordia en la jurisprudencia uruguaya es la admisibilidad del daño moral de las personas jurídicas⁶¹, no obstante, han existido pronunciamientos a favor en la jurisprudencia española en materia de redes sociales. Así, en Sentencia 408/2016 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se indica que: «aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas. A través de los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de pro-

lar-201711292159_noticia.html

57 SZAFIR, CARNELLI, *Daño Moral*. Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, 2014, página 11

58 SZAFIR, CARNELLI, *Op. Cit.*, página 12. También VENTURINI, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación en Uruguay*, página 87.

59 HOWARD, *Op. Cit.*, página 308.

60 Audiencia de Valladolid. Sentencia N°: 00390/2017

61 En Sent. en Sentencia No. 349/03 la SCJ se ha pronunciado en contra de la admisibilidad del daño moral de las personas jurídicas, ya que para su configuración se requiere dolo o sufrimiento. En la misma, la discordia de Ruibal Pino versa respecto a que entienda admisible, y acreditado en el caso, el daño moral que sufre la persona jurídica.

tección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de esta. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia el daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que esta no sea legítima».

Por ello entiendo que la persona jurídica puede verse lesionada en su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, impactando negativamente en su prestigio, sobre todo en un ámbito donde las empresas suelen manejarse con gran ductilidad, e incluso contratando *community managers* quienes manejan sus cuentas oficiales. Como contrapartida se resp.5nsabiliza a las personas jurídicas y al autor directo del texto⁶², por los daños causados a personas físicas.

6. REPARACIÓN DEL DAÑO

Las reparaciones por intromisión ilegítimas en el honor podrá incluir tanto una indemnización económica por el daño moral como medidas encaminadas a cesar la perturbación. Esta distinción se basa según la reparación sea *in natura* (equivalente no pecuniario) o *dineraria*⁶³.

Es cierto que el dinero no borraré la ofensa producida⁶⁴, ni implica siempre ni necesariamente el restablecimiento de la situación anterior⁶⁵.

Está claro que el honor está por encima del comercio humano, y corresponderá al tribunal fijar su importe prudencialmente, según las circunstancias en que se haya producido la lesión. Ver evaluación del daño (*infra* N° 7).

Además, importa tener en cuenta que el tribunal puede imponer otras medidas que tienen la misma finalidad, por ejemplo, la difusión de la sentencia (fenómeno que se ha conocido como «condena en 140 caracteres», el reconocimiento de la falsedad, el cese de la perturbación y la abstención de posteriores intromisiones.

En sentencia dictada el 10 de octubre de 2012 por el Juzgado Letrado de 1ª Instancia 5 de Pamplona condenó a la demandada: «a proceder a la plena y definitiva supresión de dichas manifestaciones de los distintos canales de la plataforma Twitter en los que se ha difundido, es decir, de la *home page* de la cuenta “@Juananadie” y de la web “http://twitter.com/#Juananadie”; a abstenerse en el futuro de llevar a cabo nuevos actos de intromisión en cualquier ámbito, medio o plataforma de comunica-

62 HERRERA DE LAS HERAS, *Op. Cit.* Página 70-71.

63 VENTURINI, *El daño moral*, Montevideo, FCU, 1989, página 72

64 Cfr. Castro, R. (2017). “El daño moral y su contradicción” en *Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil*, V (V), 2017.

65 Herrera de las Heras, *Op. Cit.*, página 81

ción que vulneren el derecho al honor de la actora, y a publicar el siguiente mensaje a través de su cuenta de Twitter y a mantenerlo en la web durante dos meses. El texto del mensaje será el siguiente: “Publico este tuit en cumplimiento de la sentencia de 11.10.12 del juzgado de 1a instancia de Pamplona, que declara que los tuits que remití el 18/03/11 vulneran el honor de DOÑA UXUE BARKKOS”. Incluso previó que si el texto no entra en un solo tuit⁶⁶, se enviará en varios hasta completarlo, uno a continuación del otro.

También en sentencia 602/2017 del Tribunal Supremo Español *se condenó a los demandados a que publiquen y difundan el contenido íntegro de la sentencia, a su costo, a través de internet en los mismos medios y redes sociales en que apareció tanto el artículo, como las noticias o comentarios relacionados con el mismo.*

En Sent. 235/2014 del Juzgado de Primera Instancia 22 de Sevilla se condenó a *eliminar de su perfil de Twitter los comentarios lesivos, que constan en la demanda, a publicar el fallo de la sentencia a través de la cuenta de Twitter del demandado, mediante transcripción de fallo utilizando una herramienta creada al efecto para aumentar el número de caracteres permitidos, publicando durante 30 días en el horario de mañana (de 9 a 14h) o tarde (17 a 22h), y a abonar al actor la suma de 4000 euros.*

Entiende Herrera De Las Heras que en esto juegan un rol importante los operadores de las redes sociales, ya que deben colaborar con las autoridades, incluso cerrando perfiles de usuarios o comentarios concretos.

7. AVALUACIÓN DEL DAÑO

A los efectos de la evaluación del daño debe tenerse presente que los tribunales españoles toman en cuenta algunos elementos para su estimación.

Estos criterios son: 1) *las circunstancias del caso*, esto es, determinar si fue un comentario que se realizó en forma meditada o en el fragor de una discusión en una red social, siendo unánime la jurisprudencia española que es mayor el daño cuando hubo tiempo para pensar y reflexionar lo que se estaba publicando⁶⁷; 2) *la gravedad del daño*, o sea, en qué consistió la lesión del derecho al honor, cuáles fueron los términos utilizados, qué importancia tenía el tema; 3) *la difusión que tuvo en la red social*: esto se ha entendido en dos sentidos. En primer lugar, qué número de usuarios potenciales pudo haber leído las expresiones que lesionan el honor de una persona, haciendo hincapié en el número de seguidores que tiene la persona. Pero más importante es qué número de usuarios interactuó con dicha publicación, ya sea comentando o expresando (poniendo un «me gusta» o «retuiteado»)⁶⁸, no obstante, la prueba de este extremo resulta más difícil.; 4) el

66 Definición dada por Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: Mensaje digital que se envía a través de la red social Twitter y que no puede rebasar un número limitado de caracteres.

67 Sentencia de 17 de enero de 2014 de la Audiencia Provincial de Sevilla; también en Sent. de 25 de febrero de 2009 del Tribunal Supremo Español.

68 Sentencia 9 de junio de 2015 de Audiencia Provincial de Málaga toma el criterio del alcance real, en cambio, en Sentencia 5 de diciembre de 2014 de Audiencia Provincia de Valencia se toma como criterio «la enorme difusión de la página

beneficio que pudo haber obtenido quien causó la lesión, por ejemplo, si tuvo una finalidad de captar seguidores.

En algunas redes sociales también se puede tomar en consideración si el mensaje publicado incluye un «hashtag» (#) dado que por lo general multiplica su alcance, independientemente del número de seguidores que tenga la persona. La mayor accesibilidad se produce dado que cualquier persona que busque la palabra que sigue al símbolo (#) encontrará ese mensaje.

8. LA RED SOCIAL: ¿RESPONSABLE COMO PRESTADOR DE SERVICIOS?

El artículo 29 de la Constitución prevé la responsabilidad del autor y del impresor o emisor de la publicación. Ello, en este ámbito, no hace más que consagrar la responsabilidad de las redes sociales por los daños causados, considerando la aplicabilidad inmediata de la norma constitucional (artículo 332).

En este punto entiendo que la responsabilidad de las redes sociales como prestadores de servicios es por hecho propio, y no en garantía de lo que publican sus usuarios. Las redes sociales responderán con relación a los contenidos alojados por terceras personas en su propia red social. Lo anterior surge de los propios términos de uso de las redes sociales.

Así, en las condiciones de servicio de Twitter se expresa que: «no nos hacemos responsables del contenido publicado. Queda bajo su exclusiva responsabilidad», aunque simultáneamente se reserva el derecho de borrar o negarnos a distribuir cualquier Contenido en los Servicios y de suspender o eliminar usuarios o reclamar nombres de usuarios⁶⁹.

Esto no importa que exista un control previo sobre cada contenido publicado, lo que sería materialmente imposible, sino que las redes sociales, a través de sus soportes, actúen en forma diligente, borrando los contenidos inapropiados al tener conocimiento efectivo de ellos. Entiendo que no será suficiente con denunciar por lesivo un comentario o publicación, sino que deberá realizarse una fundamentación ante la misma red social que justifique que el mismo es inadecuado para el foro.

9. CONCLUSIONES

A los efectos de que se configure un supuesto de responsabilidad por lesión al derecho al honor en redes sociales deben configurarse todos los elementos de la responsabilidad extracontractual, ya que en nuestro derecho no existe norma que regule propiamente este ámbito.

En primer lugar, debe existir un hecho ilícito, que se configurará a partir de la teoría

en cuestión».

69 Condiciones y Términos de Uso de Twitter. Consultado en: https://twitter.com/es/tos/previous/version_9

del abuso de derecho. Para la determinación de si existe o no hecho ilícito deberá estarse al caso concreto, no obstante, la reproducción de insultos, así como la imputación de hechos, falsos o verdaderos, que menoscaben el honor de una persona, son típicas hipótesis que configuran antijuricidad.

Además, debe existir un factor de atribución que justifique la traslación del daño. Para su determinación importa considerar, por un lado, la temática sobre la cual versa la publicación, esto es, si es de interés público o no, y, por otro lado, qué rol ocupa el usuario en la comunicación, si es autor o sólo comparte el contenido. En cuanto mayor sea el interés público del asunto, el factor de atribución se configurará cuando exista real malicia, en cambio, si se versa sobre una cuestión ajena a este, requerirá culpa o dolo según se trate del autor u otro usuario que comparte.

En cuanto al nexo causal y la importancia que revista para vincular el daño a la conducta ilícita, debe partirse de que los comentarios y publicaciones tienen un alto potencial de visualización. En la medida que se realicen estos, deberá responderse por los daños que se generen, sin perjuicio de la responsabilidad propia de quienes también interactúan con la publicación.

Finalmente, debe existir daño para que pueda reclamarse su reparación, y en esta materia se tratará, principalmente, de daño moral. Al respecto cabe mencionar que el prestigio profesional es incluido por la jurisprudencia dentro de las indemnizaciones por lesión al honor.

A los efectos de la reparación del daño debe estarse a la situación en concreto, sobre todo por la posibilidad de que exista una reparación en especie. Por su parte, la evaluación dependerá de distintos factores como la lesión concreta al honor, en si había o no había una discusión previa en la red social, si el responsable se benefició de alguna manera de la lesión, así como el número de seguidores que tiene cada cuenta y que potencialmente pudo haber visto el contenido o que efectivamente lo vio. Ello será una cuestión de prueba.

Si bien el fenómeno de las redes sociales plantea novedades en materia de responsabilidad civil por lesión al derecho al honor, entiendo que son aplicables las conclusiones deducidas en materia de responsabilidad civil acerca de los medios masivos de comunicación, con los matices propios y que caracterizan a las redes sociales.

Bibliografía

BERTONI, EDUARDO ANDRÉS. *NEW YORK TIMES VS. SULLIVAN y Libertad de prensa y derecho penal*, 1997: 121-151.

CASTRO, RAMIRO. "El daño moral y su contradicción" en *Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil*, FCU V, no. V (2017).

COSTAS RODAL, LUCÍA. "Ponderación entre derechos fundamentales en conflicto:

información y el honor y la intimidad” en *Aranzadi civil-mercantil. Revista Doctrinal* 1, no. 11. 2014

GAMARRA, JORGE. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T XIX*. Montevideo, FCU, 2000.

HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN. *Responsabilidad Civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*. Madrid, REUS, 2017.

HOWARD, WALTER. *Derechos de la Persona*. Vol. I. Montevideo, UM, 2016.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, JUSTINO. *La Constitución Nacional II*. Montevideo, Medina, 1946.

LAMAS, DANIEL. *Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana*. Montevideo, Cikato Abogados, 2004.

LANGÓN, MIGUEL. *Código Penal Uruguayo y leyes complementarias. Comentados*. Montevideo, UM, 2016.

NICOLA TRÍAS, JOSÉ LUIS. “Responsabilidad civil del medio de prensa por difusión de información” en *LJU Tomo 153*, 2016.

O ‘CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Derecho al Honor, Centenario del Código Civil*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990.

ORTEGA. *Libertad de Expresión y libertad de información en la jurisprudencia del Tribunal Constitución*. Fundación Ciudadanía y Valores, Madrid, 2013.

PALMER, ALUN. *Tweet revenge: Tory to sue 10,000 Twitter users who branded him a paedo*. www.mirror.co.uk. Noviembre 19, 2012. Consultado el 3 de junio de 2018 en <https://www.mirror.co.uk/news/uk-news/lord-mcalpine-to-sue-10000-twitter-1444634>.

PAÑOS PÉREZ, ALBA, “Sentencia del 18 de febrero de 2013. La ponderación entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, no. 95 (2014): 13-34.

ROCHA, CAROLINA; ÁLVAREZ, PILAR, “Límites internos del derecho a informar” en *Revista de Derecho*, N° 25, 2014.

SZAFIR, DORA; VENTURINI, BEATRIZ, “Culpa civil y culpa penal. Conveniencia de la solución aportada por el art. 29 CPP” en *Anuario Derecho Civil Uruguayo*, XIX, 1989.

SZAFIR DORA; CARNELLI, SANTIAGO, *Daño Moral*. Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Montevideo, FCU, 2014.

Twitter. *Twitter.com*. Twitter.com. mayo 18, 2015. https://twitter.com/es/tos/previous/version_9.

VENTURINI, BEATRIZ, “Diez años de jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación” en *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, III, 2015.

VENTURINI, BEATRIZ, *El daño moral*. Montevideo, FCU, 1989.

VENTURINI, BEATRIZ, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación en Uruguay*. Montevideo, FCU, 1999.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Derecho Jurisprudencial Laboral
Reglas jurisprudenciales sobre salario y despido abusivo o
especialmente injustificado. Por Sofia Maruri.

“DERECHO JURISPRUDENCIAL LABORAL. REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE SALARIO Y DESPIDO ABUSIVO O ESPECIALMENTE INJUSTIFICADO”. UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO Y LA LEY URUGUAY, 2017. DE CRISTINA MANGARELLI, LEONARDO SLINGER, IGNACIO DE MARCO, SANTIAGO MADALENA Y CLAUDIO LÓPEZ

POR SOFÍA MARURI



La obra “Derecho Jurisprudencial – Derecho Laboral” está organizada en varios tomos. Este es el primero y abarca los siguientes temas: salario y despido abusivo o especialmente injustificado.

Compila y sintetiza las sentencias de la Suprema Corte de Justicia y de cada uno de los cuatro Tribunales de Apelaciones de Trabajo, en el área del Derecho Laboral (individual y colectivo), con el propósito de identificar las reglas y principios que derivan de dichas sentencias.

Analiza más de 5.000 sentencias, correspondientes a diez años de jurisprudencia y presenta dichas reglas de forma sistematizada, en una suerte de “Código de Jurisprudencia Uruguaya”.

En el prólogo, David Aronofsky, vicepresidente del Consorcio para la Educación Internacional en Texas y ex director de Asuntos Jurídicos de la Universidad de Montana, señala que el proyecto contribuye a fortalecer la calidad de las decisiones jurisprudenciales al otorgarles a los jueces y abogados uruguayos un nuevo recurso que oriente su análisis jurídico y ejercicio profesional. A su vez menciona que, aunque los tribunales de países de derecho continental, como es el caso de Uruguay, no utilizan el precedente obligatorio para resolver los conflictos legales, sí siguen, al menos en teoría, principios de jurisprudencia constante que toman en consideración fallos anteriores de casos similares.

El primer tema que aborda la obra es el salario y se compone de la siguiente manera: concepto de salario, prueba del salario, salario y convenio colectivo, reducción del salario, alimentación, vivienda, automóvil, teléfono, uniforme, viáticos, propina, gratificaciones, comisiones, prima por productividad, prima por presentismo, prima por antigüedad y participaciones en las utilidades.

El segundo tema, despido abusivo o especialmente injustificado, se integra del siguiente modo: concepto, prueba, derecho aplicable, indemnización de daños y perjuicios/daño moral, cuantificación del daño moral, despido antisindical, por represalia, discriminatorio, por causa ajena a la laboral, despido sin causa, despido abusivo por coacción a renunciar, por la forma, denuncia penal, despido abusivo y notoria mala conducta, sumario/investigación administrativa, acoso, despido indirecto y despido abusivo, situaciones de daño moral ajenas al despido.

Como anexo a cada tema se incluyen extractos de todas las sentencias citadas, que fueron la base para la elaboración de las reglas jurisprudenciales.

Se trata de una obra colectiva y su equipo de trabajo estuvo integrado por Cristina Mangarelli, Leonardo Slinger, Ignacio De Marco, Claudio López y Santiago Madalena. También participó un grupo de estudiantes que colaboró con la búsqueda de sentencias que se utilizaron para la misma.

La obra plasma el “Derecho vivo”. Los autores utilizan las herramientas del derecho anglosajón para interpretar cualquier tipo de fallo: identificar cuál es la *ratio decidendi* en una sentencia determinada. El aporte del libro está en que usan dichas herramientas en el análisis de las sentencias dictadas por tribunales uruguayos.



Agosto, 2018. Depósito Legal N°. 000.000 / 18
www.tradinco.com.uy