



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Dos lógicas enfrentadas

DOCTRINA

GAMARRA, Diego

Legitimación activa para la promoción de procesos de inconstitucionalidad de actos legislativos en el ordenamiento jurídico uruguayo

GODIO, Leopoldo

Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Internacional Público

LABAT, Inés

La privación de bienes y el daño moral

PÉREZ RIVAS, Natalia

Normas mínimas de los derechos básicos de las víctimas de delitos en Europa

TRUJILLO, Francisco y DE FRANCO, M^a Soledad

Uruguay y España frente al mobbing: una visión jurídica crítica

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

FERNÁNDEZ REYES, Jorge

Los "Estados" del Mercosur

HOWARD, Walter

Panorama jurisprudencial de la responsabilidad en el Derecho de familia

LEGNANI, Bernardo

Daños en el Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA COMENTADA

ABARNO, Isabel

El "contrato con plazo de prueba" por escrito no es el único medio para acreditar la temporalidad del vínculo laboral

ROJAS, Mathias

¿Ocupación y piquetes son extensión del derecho de huelga?

INFORMACIONES

Grado y postgrado

TESINAS DE MASTERS

GONZÁLEZ STEWART, María del Rosario

Protección de Datos Personales de usuarios en los sistemas de Salud pre-hospitalarios

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

BIANCHI, Carolina

Los vicios de la voluntad testamentaria

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Procesos Laborales de Matías Pérez del Castillo, Evangelina Torres, Juan D. Menghi y Florencia Di Segni
Por Santiago Pérez del Castillo

Revista Uruguaya de Datos Personales, por Carlos Delpiazzo



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Dos lógicas enfrentadas

DOCTRINA

GAMARRA, Diego

Legitimación activa para la promoción de procesos de inconstitucionalidad de actos legislativos en el ordenamiento jurídico uruguayo21

GODIO, Leopoldo

Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Internacional Público47

LABAT, Inés

La privación de bienes y el daño moral69

PÉREZ RIVAS, Natalia

Normas mínimas de los derechos básicos de las víctimas de delitos en Europa89

TRUJILLO, Francisco y DE FRANCO, M^a Soledad

Uruguay y España frente al mobbing: una visión jurídica crítica113

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

FERNÁNDEZ REYES, Jorge

Los "Estados" del Mercosur137

HOWARD, Walter

Panorama jurisprudencial de la responsabilidad en el Derecho de familia171

LEGNANI, Bernardo

Daños en el Derecho de Familia189

JURISPRUDENCIA COMENTADA

ABARNO, Isabel

El "contrato con plazo de prueba" por escrito no es el único medio para acreditar la temporalidad del vínculo laboral203

ROJAS, Mathias

¿Ocupación y piquetes son extensión del derecho de huelga?211

INFORMACIONES

Grado y postgrado229

TESINAS DE MASTERS

GONZÁLEZ STEWART, María del Rosario

Protección de Datos Personales de usuarios en los sistemas de Salud pre-hospitalarios239

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

BIANCHI, Carolina

Los vicios de la voluntad testamentaria283

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Procesos Laborales de Matías Pérez del Castillo, Evangelina Torres, Juan D. Menghi y Florencia Di Segni por Santiago Pérez del Castillo299

Revista Uruguaya de Datos personales, por Carlos Delpiazzo301

MENSAJE DEL DECANO

Dos lógicas enfrentadas

Una encuesta reciente muestra que un sector de jóvenes uruguayos de ciertos barrios de la capital tienen como modelos de referencia a los narcotraficantes y a ellos se quieren parecer cuando sean mayores. Ven que entre la posibilidad de tener poder y ganar dinero fácilmente, o la de tener una vida honesta pero sin riquezas materiales, hay que optar por lo primero. Y no lo hacen con dudas o resignaciones; lo hacen con convicción. Hay una lógica del delincuente que le indica que el delito es una buena forma de ganarse la vida; es económicamente rentable porque a) se gana más dinero que trabajando o estudiando largas carreras b) las posibilidades de ser aprehendido y encarcelado son reducidas c) en caso de ser capturado, el delincuente puede tener un botín acumulado que algún amigo o familiar se lo cuidará mientras esté encerrado y d) durante el eventual período de reclusión se pueden aprender nuevas modalidades de delito incluso más eficientes y lucrativas que las llevadas a cabo hasta el momento. Esta lógica ha impregnado el pensar y sentir no ya de los delincuentes de barrios pobres y marginales, sino incluso y cada vez más, (de acuerdo con fidedigna información que me fue brindada recientemente) de los provenientes de clases medias con mejores ingresos. ¿Puede sorprendernos y llenarnos de asombro? Pienso que no. Es una lógica consecuencia de una degradación social y educativa que ha sido alimentada durante años:

Por décadas los sucesivos gobiernos han pasiva o activamente estimulado que fuera más beneficioso – tanto desde el punto de vista de los ingresos como desde el enfoque de la estabilidad y seguridad laboral - ser chofer, ascensorista, fotocopador de documentos o mozo de algún ente estatal antes que ser maestro, enfermero o policía. En consecuencia, la lógica de estos jóvenes resulta entendible. Muchos padres y educadores hemos sido los primeros cómplices de un proceso en el que se idolatra y reverencia mucho más el éxito y la fama de las estrellas de turno antes que el esfuerzo, el sacrificio y la disciplina de los que sin ruido ni fotografías, sin



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
Santiago Pérez del Castillo
Siegbert Rippe

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 / 12
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 XV (2016), N° 30

cámaras ni micrófonos, hacen todos los días lo que honesta y decentemente deben hacer. Si a estos datos le agregamos que el nuevo buen humor de muchos uruguayos debe apoyarse en la grosería, la vulgaridad y las palabras chocantes antes que en la sutileza, el poder de insinuación o la sugestión inteligente. Si la cultura del entretenimiento y la diversión sólo puede limitarse a importar y copiar la ordinariéz, truculencia, obscenidad y agresividad ajena, entonces, ¿puede extrañar que pase lo que está pasando? ¿Puede llamar la atención que algunos de los nuevos modelos de conducta sean los que sirven de referencia a los jóvenes encuestados?

Pero hay más, bastante más. Nos hemos acostumbrado a confundir los términos enseñanza y educación; acostumbrado a que cualquier fin justifica cualquier tipo de medios; acostumbrado a aceptar como normal que cada uno tenga que defenderse aplicando la ley de la selva en sociedades supuestamente humanas y civilizadas. Y además nos hemos acostumbrado a la mugre, la suciedad, la insalubridad urbana, y a la reiterada e impune violación de normas de todo tipo.

Cuando la anomia y falta de respeto (a todo y todos) pasa a ser la normalidad en nuestro diario vivir. Cuando pasa a ser normal rezongar o castigar al portador de malas noticias en vez de procurar encontrar soluciones para que esos hechos no se produzcan, ni deban - porque deben - ser comunicados. Cuando una de las formas que se propone para evitar los delitos es que el ciudadano honrado y digno tenga que vestirse con ropas poco elegantes o vistosas que no llamen la atención, que se encierre entre rejas en su hogar para no tentar los robos y los copamientos en vez de construir o reciclar cárceles que no hacinen ni degraden y sí le den alguna posibilidad de re-educación a los presos, cumpliendo de una vez por todas con el mandato constitucional que establece en su artículo 26 ... *"en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito."*

Si vamos a continuar viendo con malos ojos al que triunfa y se destaca; cuando el fin de lucro obtenido por medios claros y honestos es siempre y sistemática mala palabra; cuando los informes y las estadísticas de PISA no hay que tenerlos en cuenta, deben ser ignorados y reemplazados por otros porque parece que no reflejan la realidad educativa del país. Cuando la receta debe ser igualar para abajo y nunca jamás empujar o jalar para arriba. Cuando la envidia, el resentimiento y la frustración es lo que alimenta a un determinado y amplio sector de la población, y todo el que mejora, sube, o se enriquece *"algo malo debe haber hecho..."* Cuando es casi obligatorio rendirle culto a la mediocridad y al facilismo, entonces nada de lo que está ocurriendo puede sorprender. Cuando la indiferencia, el relativismo moral y el zapping mental del *"no te metas y mira para otro lado..."* son los nuevos escudos para convivir en sociedad, nada entonces puede llamarnos la atención. Hay una lógica consistencia entre lo que se cree, se piensa, se divulga y se transmite y lo que se vive y se aplica. El sentido común sigue rigiendo y está presente; sólo que está siendo vivido y aplicado en un sentido opuesto al de otrora.

Por suerte - hay signos de un sentido común y de una lógica que va en una dirección contraria. Por ejemplo, los logros, triunfos y repercusiones de la selección nacional y de otras selecciones nacionales juveniles en varios deportes dan señales de que detrás de es-

tos resultados hubo un proceso y una proyección diferentes. Han surgido muchas iniciativas de apoyo social que cuentan con el entusiasta apoyo de cientos de jóvenes. Jóvenes con ideales y ganas de ayudar a otras personas más necesitadas que libremente entregan su tiempo y se entregan con alegría a diversas causas de ayuda social. Sin coacciones ni esperas de recompensa alguna, se han volcado a las calles y barrios marginales con la sola intención de ayudar y escuchar a otros. También el ejemplo de lo que está ocurriendo con el rugby - que ha comenzado a enseñarse y jugarse en varios centros de reclusión dentro y fuera de nuestro país - es más que significativo. Más allá de los títulos y trofeos obtenidos se nota y se palpa la vivencia y aplicación de valores tales como el sacrificio y la entrega, saber jugar en equipo, promover la creatividad y el talento, la búsqueda de la excelencia y el afán de superación que son compatibles con la solidaridad y la generosidad. Se observan virtudes como la generosidad, humildad y el respeto a la hora de hacer declaraciones, así como la fortaleza y prudencia a la hora de encarar los desafíos que sean. Se constatan actitudes como el buen humor, la coherencia y la confianza sin por ello desmerecer a ningún adversario. Entonces es razonable concluir que todo esto no es fruto de la casualidad; hay una lógica que está detrás de estos procesos y proyecciones en la que un sentido común y una forma de sentir diferente a la que analizábamos antes, orienta y señala otra manera de pensar el país. Un sentir común que - sin desdeñar el pasado - no se queda anclado en la historia, no se empeña en tener los ojos en la nuca, sino que se empeña en vivir y mejorar el presente. Más aún, no se conforma con lo actual y los logros de ahora, sino que piensa, trabaja y siembra para el futuro. Cómo será la cosa, que este sentido y esta manera de sentir común puede unir y contagiar a las personas por encima de cualquier otra división, sea deportiva, política, cultural o social. Puede dar esperanza, motivos de orgullo y alegría y puede hacer olvidar muchas divisiones durante un largo tiempo. ¿No será posible aplicarlo a otros ámbitos? ¿No será la hora de analizar y diagnosticar menos y de ejecutar más, aún con riesgo de cometer errores? Pues el famoso dicho de que *“no se equivoca quien nada hace”* es erróneo y falso; quien nada hace es quien más se equivoca; por ineptitud y por falta de audacia.

Hay muchos síntomas que nos indican que esa decidida voluntad de cambio y mejora puede lograrse: Aquí van algunos ejemplos:

A) La anhelada reforma del Código de Procedimiento Penal que entrará en vigencia a partir de julio 2017. No se trata de pensar que con sólo la reforma del sistema penal por medio de una ley todo va a mejorar; sería ingenuo e ilusorio seguir creyendo y confiando en que la sanción de una ley ya puede por sí solucionar todos los problemas, en una especie de *“fetichismo normativista”* al decir de Marco Fandiño¹, que no sirve para nada. Pero lo cierto es que pasar de un sistema inquisitorio - que tanto daño le ha hecho a nuestra política criminal - y entrar luego de tanto tiempo en un sistema acusatorio, es un paso importantísimo. Los hechos y la historia han mostrado que el sistema inquisitorio que se aplicó en nuestro país durante tanto tiempo probó ser muchas veces discriminatorio, anti-democrático, jaqueador de la presunción de inocencia, poco transparente y menos aún garantista del debido proceso. Por supuesto, como todo proceso, éste llevará muchos años de consultas, seguimientos, revisiones, ajustes y correcciones. Pese a ello,

1 Marco Fandiño, Coordinador de Estudios y Proyectos del Centro de Justicia de las Américas - OEA-CEJA. Conferencia brindada en el SEMINARIO “EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN URUGUAY” el lunes 31 de octubre de 2016 - Montevideo, Uruguay (Salón de Actos de la Torre Ejecutiva)

es el punto clave de partida para ir logrando personalizar los procesos penales; acercar a todas las partes involucradas y permitir que los jueces conozcan más y mejor a esas partes, incluyendo a las diversas víctimas de los delitos; evitará gran parte de los planteos dilatorios tan fácilmente obtenibles mientras los procesos fueron escritos; permitirá mejores controles de todos los involucrados, incluyendo a la sociedad civil como un todo, dado que regirá la transparencia de las audiencias al ser públicas y orales, que además de ser grabadas pueden algún día ser filmadas; propenderá a obtener una información más eficiente y menos “filtrada” que le llegue al juez; valorizará a las víctimas de delitos mucho más variados y complejos que treinta años atrás; permitirá conocer y comprender una criminalidad mucho más organizada, profesionalizada, compleja y que abarca modalidades y graduaciones mucho más amplias y diferentes que otrora. Esta reforma apuntará a conformar un Ministerio Público más confiable, profesionalizado, comprometido e imparcial. El Fiscal tendrá posibilidades de investigar y el Juez podrá controlar, en vez de tener los roles totalmente invertidos como ha sucedido durante décadas por culpa del sistema inquisitorio. Podrá existir una mayor flexibilidad y posibilidad de trabajar en equipo. También tendrá mayores posibilidades de ser selectivo y priorizar según razonables criterios de oportunidad cuáles delitos deben ser los más perseguidos y castigados. Y el Juez tendrá la responsabilidad de emitir dictámenes y fallos más y mejor fundamentados que hasta el presente². Todo ello permitirá que el nuevo proceso penal sea sometido a un extendido y generalizado escrutinio social, sin olvidar el rol que deben jugar otros actores sociales como son la prensa y el periodismo en general, los educadores, la familia como institución con derechos y deberes, los profesionales de la salud, los empresarios y comerciantes, todos tejiendo una extensa y fuerte red de colaboración ciudadana. Al decir de Juan Miguel Petit, *“necesitamos más vasos comunicantes, más círculos virtuosos y una política criminal y penitenciaria más clara y de largo aliento, que solo puede lograrse con políticas públicas...”*³.

Esto forma parte de las llamadas Políticas de Estado que tanta falta le hacen al país. En definitiva, el año próximo puede comenzar una nueva etapa en la que el respeto por la dignidad de todas las personas, incluidos los imputados y las víctimas de los delitos, se viva mejor. La famosa “prisión preventiva” dejará de ser “casi preceptiva” y generadora de castigos anticipados, precautorios y por las dudas de que el proceso termine en sentencia acusatoria. En una palabra, habrá menos posibilidades de violar sistemáticamente los derechos humanos.

B) ¿Alcanzará con implementar esa reforma? Por supuesto que no. Paralelamente se debe trabajar en muchas otras áreas como ser la reforma y la construcción de nuevos centros de reclusión o confinamiento. Que además permitan aplicar con realismo y sentido común la consigna de la **dosificación o dosimetría** para evitar que los presos mayores de edad convivan con adolescentes. No podemos seguir acostumbrados a que las prisiones sigan siendo escuelas de delitos. Tenemos la obligación de ser creativos en este desafío. Obtener los recursos económico-financieros para construir o reciclar esos nuevos centros carcelarios no parece imposible. Dinero e inversores no faltarían si se golpean las puertas adecuadas. Instrumentos jurídicos tales como proyectos gestionados

2 Muchas de estas posibilidades fueron planteadas por **Leonel González Postigo**, Coordinador del Área de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas - OEA- CEJA durante el mismo Seminario mencionado anteriormente.

3 Juan Miguel Petit, Comisionado Parlamentario Penitenciario. Reflexiones recabadas durante el mismo Seminario.

través de la participación de lo público y lo privado, tampoco. Lo que sí es necesario y fundamental es tener esas Políticas de Estado claras y firmes en torno a este tipo de proyectos de mediano y largo plazo. Tendríamos entonces una distinción clara entre unos centros de confinación para delitos graves y otros que permitan una más rápida, eficiente y real rehabilitación del preso. De hecho en Uruguay ya ha habido experiencias positivas al respecto y creo que el desafío es seguir profundizando y apostando en esa dirección.

C) Como consecuencia de lo anterior, resulta clave lograr un profundo y radical cambio en la cultura de los empresarios y comerciantes, pues si adentro de los complejos carcelarios los presos primarios o con condenas no mayores a cierto tiempo tuvieran más y mejores oportunidades de estudiar y de aprender un oficio o trabajar en algún área, sería absurdo y contradictorio que luego la sociedad no le ofreciera la oportunidad de encontrar empleo alguno en donde canalizar sus aprendizajes. Esto exige un cambio mental y cultural muy profundo pero indispensable para que la situación de inseguridad mejore, sobre todo si nos referimos a casos de delincuencia en los que no se atentó contra la vida o la salud humana. De no lograrse ese cambio de mentalidad, a la inseguridad del ciudadano que no delinque le seguiremos agregando y retroalimentando en cascada la inseguridad del convicto liberado en obtener una nueva forma de vida honesta y estable. Entre otras medidas, este cambio podría promoverse mediante estímulos económicos y fiscales por parte de los gobiernos para que empresarios y comerciantes confíen y acepten la posibilidad de contratar a cierto tipo de personas que hayan cometido algún tipo de delitos de escasa gravedad y en calidad de primarios.

D) En materia de PREVENCIÓN DE DELITOS existen iniciativas en otras ciudades del mundo que pueden ser adaptadas y aplicadas en nuestro país. Me refiero por ejemplo a los Patrullajes Voluntarios Vecinales (PVV) que se han implementado en algunas ciudades de los EEUU y Europa. Los vecinos se juntan y coordinan para dedicar x horas por semana o por mes para – siempre de a dos – colaborar utilizando un automóvil propio y plenamente identificado con algún distintivo, con el fin de patrullar por turnos el barrio donde habitan. Reciben intensivos cursos de adiestramiento, no pueden ir armados pero sí provistos de buenos instrumentos de comunicación para avisar inmediatamente a la policía o servicios de seguridad, cualquier síntoma de potencial delito que detecten. Es discutible si conviene o no que tengan sirenas u otro tipo de instrumento para alertar a los vecinos, pues pueden permitir la fuga de los eventuales delincuentes y pueden evitar su captura; pero sin dudas esos instrumentos y patrullajes han sido disuasivos y en las ciudades en los que se han aplicado las estadísticas son contundentes: los delitos han disminuido significativamente.

E) En materia de prevención y cuidados, el rol del ciudadano puede ser también mucho más activo. No sólo podría colaborar con los patrullajes vecinales sino recibir, hospedar y ayudar en el cuidado y educación de menores infractores. Si en la actualidad al INAU le cuesta miles de dólares mensuales albergar, alimentar y cuidar a cientos de menores ¿no es razonable pensar que hay muchas familias bien dispuestas a hacerlo con cierto apoyo estatal? De hecho, en la actualidad hay muchas familias que lo están haciendo voluntariamente y sin ningún tipo de apoyo o subvención estatal. ¿No es sensato

pensar que el Estado podría ahorrar recursos y resignarlos mejor si le diera parte de esos dólares a familias previamente inscriptas y seleccionadas para complementar las tareas del INAU? Con seguimientos y controles periódicos, esas familias podrían colaborar y complementar mucho mejor la tarea de dar techo, comida y educación a jóvenes en situación de calle o en procesos de rehabilitación. Serían familias empeñadas en sacar adelante a un joven a quien, a cambio de vivienda, ropa y comida le podrían exigir que cumpla con ciertas responsabilidades como ser, adquirir hábitos de higiene, estudiar o ayudar en ciertas tareas hogareñas. Y deberían dar cuenta periódica de cómo está funcionando ese “convenio de asistencia”. Reitero que si ya existen familias que ya vienen haciendo estas actividades en forma voluntaria, gratuita y desinteresada, muchas más podrían estar disponibles si tuvieran algún tipo de incentivo estatal que - además - le podría significar a varios entes, cumplir sus funciones y planes de una manera más eficiente, descomprimida y menos onerosa, por haber resignado mejor sus recursos anuales.

F) Muy ligado a lo anterior es romper el molde de que los menores no pueden trabajar. Una cosa es que no trabajen antes de cierta edad, digamos, los quince o dieciséis años. Tampoco se trata de que trabajen en forma denigrante, en lugares indignos, sin remuneración alguna o con remuneraciones que son simbólicas y esclavizantes. La realidad es que hoy por hoy hay menores que tienen relaciones sexuales prematuras, otros, muchas veces son padres adolescentes, otros pueden obtener libretas de conducir desde los 16, y otros tantos se dedican a delinquir mediante robos, rapiñas y modalidades más graves todavía. Entonces ¿es sensato seguir impidiendo que los menores de 18 trabajen o que las exigencias para que lo hagan sean de tal magnitud que desalienten la posibilidad de contratarlos? ¿No sería razonable facilitar los mecanismos legales y reglamentarios para que muchos más jóvenes puedan conseguir un trabajo estable, honesto y dignamente remunerado que al menos les ofrezca una opción diferente a la de dedicarse a delinquir? Si de controlar y fiscalizar se trata, no tengo dudas que sobran entes estatales para hacerlo. Pero al menos habría que darle una oportunidad a empresas y comercios para que puedan contratar a ciertos jóvenes, todo ello sujeto a ciertas y concretas condiciones que no asfixien ni empleadores ni a empleados. En una palabra, desregular, pero seguir de cerca y controlar los resultados. La disyuntiva a la que está enfrentada nuestra sociedad es clara: ¿preferimos ver a nuestros menores de edad a partir de cierta etapa de sus vidas trabajando o delinquiendo?

G) Para complementar lo anterior, toda iniciativa pública o privada orientada a formar a los jóvenes en oficios y tareas específicas debería ser estimulada mediante diversos incentivos. Imaginen una empresa que tenga interés en expandirse y va a precisar en un futuro mediato un número determinado de electricistas, torneros, albañiles, carpinteros o sanitarios. Si le dieran la oportunidad de armar y desarrollar unos talleres o pequeños centros de capacitación para esos u otros oficios, más de un empresario podría entusiasmarse con la idea de conseguir o construir instalaciones para luego contratar a técnicos idóneos y con capacidad pedagógica, que puedan ir armando equipos de futuros especializados en las tareas antes mencionadas o en otras vinculadas a tecnología, informática, etc. Los capacitadores pueden provenir de la UTU, o recibir apoyo de ella para ir formando a los nuevos que estén de alguna forma ya vinculados a tal o cual empresa o comercio y que por tanto, pueden estar más y mejor empapados con el sistema

y espíritu de trabajo de esa empresa específica. Sería una manera de apostar a futuro, sabiendo el empresario que está contribuyendo a capacitar a muchos jóvenes en oficios concretos, pero al mismo tiempo obteniendo un beneficio posterior cuando los contrate “moldeados” según sus futuros proyectos y necesidades. Me consta que este tipo de iniciativas ya se están dando con jóvenes que tienen diversos tipos de discapacidades y es entusiastamente comprobar los positivos resultados que ya se vienen experimentando en materia de inserción laboral. Mi propuesta es redoblar esfuerzos para que este tipo de emprendimientos se amplíe a otro tipo de jóvenes, no necesariamente con capacidades diferentes, sino para abrirles horizontes y posibilidades a cientos que hoy no las tienen o las tienen muy limitadas.

H) En cuanto a la REPRESIÓN y las POLÍTICAS PENITENCIARIAS si la expresión represión no resulta “políticamente correcta” pues cambiémosla por contención, castigo, reconvención, reprobación o la que más guste. Lo esencial no es la forma sino el contenido. Pero las formas deben acompañar y ser coherentes con los contenidos. Y los contenidos en los últimos años han cambiado muchísimo. Tal como fue dicho antes, han surgido nuevas formas delictivas, mucho más complejas, brutales y despiadadas, fruto en gran medida del auge del terrorismo y el narco-tráfico, que obligan a repensar los medios de represión. Me cuestiono sinceramente si luego de casi cien años de vigencia del Código Penal, la pena máxima de 30 años de penitenciaría no debe ser revisada y ampliada, por ejemplo en ciertos casos de crímenes de lesa humanidad. Si de dosificación y dosimetría se trata, parece a esta altura incongruente que un homicida en ciertos casos - como puede ser la gravedad y la reiteración de los asesinatos - tenga “topeada” en 30 años la pena máxima de penitenciaría. Una acumulación gradual de x años por delito parece clamar al sentido común. En cuanto a los confinamientos se refiere, sugiero terminar con la práctica del encarcelamiento gratuito. Cometer un delito debe suponer - entre otras cosas - que el delincuente capturado y condenado no vaya “gratis” a prisión. En primer lugar porque esa gratuidad no es más que un mito. Es falsa por varios motivos: i) La pagamos todos los ciudadanos mediante impuestos y otras formas indirectas de hacerlo como ser, el creciente aumento de inseguridad ii) Puede incitar al ocio ya que para algunos, siempre es mejor comer y dormir gratis, que buscar trabajo con las incomodidades y esfuerzos adicionales que ello supone; ¿cuántos presos deciden reincidir en sus delitos por este motivo? Sería muy interesante y útil hacer una estadística y obtener información al respecto iii) Es sabido además que dentro de ciertos establecimientos hay “cuotas” o precios para obtener mejor o peor comida según lo que aporte el preso o sus familiares iv) Para colmo, gran parte de los alimentos y otro tipo de bienes tales como yerba, jabón o tabaco nunca le llega a los confinados pues se revende por grupos y pequeñas mafias que operan en algunas cárceles del país. Si todo esto es así, pues terminemos de una vez con las apariencias y hagamos las cosas de frente: que el preso pague o se endeude con la sociedad y el Estado a razón de tantos pesos por día de prisión. Y que toda la ciudadanía lo sepa, incluidos los familiares del preso, mediante información oficial y fidedigna. Si se endeudara la familia del delincuente o debiera entregar algo específico y concreto a cambio de su reclusión, quizás podría ser un elemento más disuasivo para que muchos delincuentes y sus “familiares pasivos” lo piensen dos veces antes de optar por el delito como medio de vida. Todo ello acompañado con días de trabajo interno como forma de pago de su estadía - además de como forma de acortamiento de sus días de reclusión -

herramienta que ya se utiliza.

I) Por otra parte, el bisturí debe meterse a fondo en cuanto a la corrupción se refiere. Corrupción que no es solo la económica que utiliza el soborno. Esa puede estar pegando fuerte con el poder monetario de los narco-traficantes. Pero existe otra mucho más sutil y compleja que es la del “corruptente”, según expresión de Fabián Wagner en un trabajo realizado y premiado por el Banco Mundial unos años atrás. El corruptente es aquella persona que – sabiendo perfectamente que algunas prácticas indebidas o delitos se están cometiendo muy cerca suyo y frente a sus ojos, no hace nada por denunciarlas y mira para otro lado. ¿Por qué? Las razones son múltiples; miedo, comodidad, indiferencia, sentido de impotencia, etc. Pero en el caso de nuestro país hay una razón adicional y decisiva: *somos pocos y nos conocemos*. En el caso de los funcionarios policiales, la situación es simple: muchos o la mayoría de ellos *conviven en el mismo barrio y a veces en la misma manzana que los delincuentes*. Se conocen desde quizás la infancia; han jugado juntos al fútbol o han ido a la misma escuela, y también se conocen los familiares entre sí. Unos optaron por un trabajo honesto y mal remunerado; otros decidieron hacer del delito su forma de vida y trabajo. Y por si fuera poco, muchas veces lo logran durante largo tiempo. ¿Podemos exigirle al policía honrado que se juegue su vida o la de sus familiares combatiendo y persiguiendo a sus conocidos de toda una vida? Exigírselo quizás sea lógico, pero sorprendernos y asombrarnos si no lo hace, sería absurdo... ¿Cómo se ha revertido este fenómeno en otros lados? Separando completamente a unos de otros. Los que conviven no son los que combaten y persiguen a los delincuentes, máxime si se trata de delitos graves. Los que lo hacen vienen de afuera y además, son reasignados periódicamente para evitar los acostumbramientos negativos.

J) Terminar de una vez por todas con la eliminación de los registros de delitos cometidos por menores de edad si luego de cierto tiempo no vuelven a delinquir. Los registros no deben borrarse pues forman parte de la vida de una persona. Esto nada tiene que ver con el perdón o las posibilidades de rehabilitación. Si la **escolaridad** de un alumno o estudiante es tan importante para determinar si puede aplicar a un tipo de beca o ingresar a cierto tipo de liceos o universidades, si la **trazabilidad** se ha transformado en uno de los instrumentos más eficaces y mejor empleados a la hora de procurar colocar en el exterior productos como nuestra carne, ¿podemos darnos el lujo de olvidarnos de la “**conductabilidad**” como forma de hacer el seguimiento de las personas? Si las personas e instituciones tienen el derecho a conocer los antecedentes de los estudiantes y de los vacunos, ¿no tienen el mismo derecho a conocer los antecedentes de los adolescentes que por diversos motivos, algunos más justificables que otros, cometieron uno o más delitos? Insisto que esto es compatible con la posibilidad de aplicar perdones, o penas y medidas alternativas a los delincuentes menores de edad que faciliten su rehabilitación. Pero una cosa es esto y otra borrar de un plumazo sus antecedentes para que a partir de cierta edad “comiencen de nuevo”. En realidad también es falso y es utópico, pues ya llevan años de acumulación de experiencias buenas y malas; en consecuencia, es justo y equitativo que la sociedad las conozca en su totalidad. Esto - por supuesto - debería complementarse con los dispositivos tecnológicos de rastreo y ubicación de los liberados una vez cumplida la pena para cierto tipo de delitos graves. El costo final de esos dispositivos debería ponderarse, compararse y proyectarse con el costo de seguir acumulando

las pérdidas de la vida, la propiedad, la salud física y mental así como la seguridad en general de tantos ciudadanos y víctimas honestas, que sólo aspiran a vivir un poco más en paz.

K) Lo anterior precisamente no es incompatible con el desarrollo de Programas de Reconciliación entre ofensores y víctimas. Esto entraría dentro de las llamadas POLÍTICAS DE SANACIÓN que tanto precisa nuestro país en diversos campos. Quizás ello exija cierta graduación y tiempo para ir las aplicando, pero también aquí podemos recurrir a ejemplos de otros países en los que este tipo de medidas han dado buenos resultados. Sud África luego del Apartheid, o Italia luego de finalizado el período de las Brigadas Rojas para citar algunos, que, sin lograr soluciones totales y definitivas, al menos lograron que muchas heridas cicatrizaran. En algunas áreas y con cierto tipo de delitos esto puede resultar inaplicable, pero en otras y con la ayuda de instituciones civiles, ONGS y congregaciones religiosas, el intento puede valer la pena.

Va de suyo que muchas o todas estas propuestas y sugerencias pueden ser objeto de discusión, crítica y revisión. El propósito es ponerlas encima de la mesa y que la pelota comience a rodar.

Después de todo, resulta claro que estos dos sentidos y formas de sentir no sólo se oponen, sino que no tienen posibilidad alguna de reconciliación. Se enfrentan, pues, dos visiones y concepciones opuestas de ver y pensar al país. Una quietista, conformista y transferente de responsabilidad a las generaciones futuras. Otra que opta por asumir responsabilidades sin más dilaciones y análisis teóricos y está dispuesta a ejecutar ideas, aun con riesgo de cometer algunos errores. Lo que no está tan claro es cuál de ellas puede - en el corto o mediano plazo - llegar a triunfar. Y lo que está en juego es mucho más que un título o un trofeo; es nuestra propia identidad y nuestro propio destino.

Noviembre, 2016

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.
- 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

GAMARRA, Diego

Legitimación activa para la promoción de procesos de inconstitucionalidad de actos legislativos en el ordenamiento jurídico uruguayo

GODIO, Leopoldo

Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Internacional Público

LABAT, Inés

La privación de bienes y el daño moral

PÉREZ RIVAS, Natalia

Normas mínimas de los derechos básicos de las víctimas de delitos en Europa

TRUJILLO, Francisco y DE FRANCO, M^a Soledad

Uruguay y España frente al mobbing: una visión jurídica crítica

LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA PROMOCIÓN DE PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS LEGISLATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO

Nuevas bases para la apreciación de su configuración

THE RIGHT TO PROMOTE THE JUDICIAL REVIEW OF STATUTORY LAW IN URUGUAY

Some new contributions

*DIEGO GAMARRA ANTES**

ABSTRACT: Se propone una reconsideración de la legitimación activa prevista en la Constitución Uruguaya para la promoción de procesos de inconstitucionalidad a partir de una interpretación alternativa del concepto de interés directo, personal y legítimo contenido en su artículo 258. La solución interpretativa propuesta, que supone en buena medida un desarrollo de las primeras concepciones en la materia y un apartamiento de la tesis actualmente dominante en la doctrina publicista, se sustenta en una base teórica más firme y, sin sacrificio de un necesario apego textual, se encuentra mejor justificada bajo el discurso constitucional, orientada más nítidamente hacia la tutela jurisdiccional efectiva y la defensa de la Constitución. Se aspira, asimismo, a formular ordenadamente unas categorías de análisis para verificar la existencia de legitimación, considerando fundamentalmente la relación entre la afectación de un sujeto y la norma legal que se estima inconstitucional.

KEY WORDS: Legitimación activa; inconstitucionalidad de actos legislativos en Uruguay; interés directo, personal y legítimo / right to promote the judicial review; unconstitutionality of statutory law in Uruguay; direct, personal and legitimate interest

1. Introducción y precisiones previas

La Constitución uruguaya exige la lesión del interés directo, personal y legítimo de un sujeto para la promoción regular de un proceso de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción¹. La tesis predominante en la doctrina publicista –no así en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia–

* Universidad de Montevideo y Universidad Católica
dgamarra@ppv.com.uy

1 En ciertos pasajes, en referencias que deberían comprender a las dos especies de actos legislativos susceptibles de control de constitucionalidad por el mecanismo previsto en los artículos 256 y siguientes de la Constitución, se refiere exclusivamente a la «ley». En dichos casos la omisión responde a razones de simplificación en el relato y debe considerarse extensible la alusión a los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción. En los casos en los que con mayor rigor se refiere a ambas especies como «actos legislativos» debe leerse también exclusivamente una alusión a ellos y no a otros posibles bajo otros criterios, asumiendo una acepción exclusivamente formal del concepto.

asume que el «interés legítimo» es una situación jurídica sustantiva diferente del «derecho subjetivo». Se adjudica a las notas de «directo» y «personal» el carácter de exigencias adicionales que deben adjetivar la referida situación para posibilitar un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma legal².

Los cuestionamientos teóricos de la distinción entre las categorías subjetivas referidas generan una serie de inconsistencias de difícil superación y conducen a la elaboración de construcciones —extraordinariamente inteligentes— pero lo suficientemente complejas³ para sentar recurrentemente dudas a su respecto, favoreciendo así posturas de «comodidad» de la Suprema Corte de Justicia. Tanto es así, que lo cierto es que esta última no suele ingresar en las disquisiciones doctrinales referidas, de manera que el esfuerzo vertido en ellas termina resignando el destinado a un análisis más acabado de aspectos más relevantes, que podrían contribuir a poner límites a una serie de posiciones que equivocadamente se han sostenido por el máximo órgano judicial y que obstruyen la defensa de la Constitución.

No debe perderse de vista que la Suprema Corte de Justicia posee una considerable sobrecarga de trabajo y que un planteamiento de inconstitucionalidad supone, además, exponer al Poder Judicial a un potencial enfrentamiento con los Poderes Ejecutivo y Legislativo —por lo general, desafortunadamente, más fuertes en el juego institucional—. La combinación de estos factores parece determinar una natural propensión del órgano jurisdiccional —probablemente inconsciente— a valerse de aspectos accesorios para descartar un estudio sobre el fondo del asunto.

La consecuencia de dicho comportamiento es de enorme gravedad, pues no es otra que la ausencia de un control efectivo que estimule y asegure la contención del poder en sus cauces constitucionales. La estrechez referida de los canales contribuye a un menoscabo en la tutela de la Constitución, de su fuerza normativa y, de su mano, se genera un fenómeno de vaciamiento constitucional del sistema.

Hace un tiempo que el tema llama mi atención. Cuatro años atrás, con el propósito de comenzar a explorarlo, intenté demostrar desde una perspectiva fundamentalmente teórica que no puede derivarse de norma jurídica alguna, ni primaria o de obligación, ni secundaria o de competencia, una situación jurídica de las características atribuidas al denominado «interés legítimo», salvo que se la identifique con una mera «sujeción», en cuyo caso no podría razonablemente calificarse como situación activa, o que se la identifique con un «derecho», en cuyo caso tampoco se justifica su consideración autónoma.

2 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «El interés legítimo como situación garantida en la Constitución uruguaya», en *Derecho Constitucional y Administrativo*, Edit. La Ley Uruguay, 1ª Edición 2010, pág. 324, DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso Administrativo*, FCU, Montevideo, 2007, pág. 114. SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo, Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos, FCU, Montevideo, 2005, págs. 86 y 87. Vid BIASCO, Emilio, *Las figuras jurídicas subjetivas en el derecho uruguayo*, FCU, Montevideo, 1ª Edición, Agosto de 2006, págs. 80 y 81, RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo I, FCU, Montevideo, 2005, págs. 171 a 173. Cabe aquí adelantar que no es tal la posición asumida por SAMPAY, por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA ni, en general, por la doctrina procesalista.

3 En similar sentido, en una compatible calificación CAJARVILLE PELUFO se refirió a las construcciones predominantes como «alambicadas». Véase CAJARVILLE PELUFO, Juan Pablo, «Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general», *Revista de Derecho Público*, FCU, Montevideo, año 22, número 43, agosto 2013, p. 141.

Por otra parte, en una conferencia magistral dictada sobre fines de ese mismo año, en las Jornadas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Cajarville Peluffo alertó acerca de las preocupantes incertezas en la materia y específicamente advirtió de las posiciones tendencialmente negadoras de legitimación de la Suprema Corte de Justicia, arrojando luz, como es frecuente, para el esclarecimiento del problema.

Sobre esas bases, pretendo aquí exponer algunas deficiencias de las tesis predominantes, en lo teórico y en lo dogmático, para así continuar en la senda de la simplificación y, en definitiva, postular una interpretación que, según estimo, ofrece una defensa más efectiva de la Constitución.

Primera precisión: Legitimación activa y vías de tramitación del proceso de inconstitucionalidad.

La Constitución en su artículo 258 y el Código General del Proceso en sus artículos 509 numeral 1 y 510 establecen la exigencia de la lesión del interés directo, personal y legítimo de un sujeto para promover la «acción» o «excepción» de inconstitucionalidad. En ambos cuerpos normativos se confiere un tratamiento diferenciado a la vía de oficio, que consiste en el deber⁴ de un tribunal –del Poder Judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo- de plantear a la Suprema Corte de Justicia incidentalmente la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por apreciar que una disposición legal aplicable para la solución del caso sometido a su pronunciamiento no se ajusta a la Constitución.

Así, de las dos vías que exigen consideración de la legitimación, a primera vista puede parecer que en la de «excepción» su apreciación es más sencilla, en tanto debe para ello determinarse si la norma legal cuestionada es o no material relevante para la resolución del caso objeto de la pretensión principal. Sin embargo, no es en sustancia diferente la situación de la legitimación en la vía de acción, pues también está en juego un caso que supone la discusión sobre una afectación, aunque se define y considera a los solos efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción como pretensión exclusiva.

Segunda precisión: Método y alcance del trabajo.

El análisis que se propone es de tipo dogmático, es decir, de interpretación de disposiciones constitucionales vigentes con pretensión de presentarlas en forma consistente y bajo la presentación que, según entiendo, arroja su mejor luz. Sin perjuicio de ello, se realiza como presupuesto necesario un planteamiento teórico sobre los tipos de normas jurídicas y las situaciones que de ellas se derivan. Por último, si bien se mencionan algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia, se recurre a ellas únicamente para cotejar su adecuación o no con la tesis planteada, de ningún modo se propone aquí realizar una sistematización de la jurisprudencia sobre el tema.

⁴ Véase CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad», en Ob. Cit., pág. 658.

2. Presentación de la normativa constitucional uruguaya sobre legitimación activa en materia de inconstitucionalidad de actos legislativos

2.1. El artículo 258 de la Constitución y su interpretación asentada.

El artículo 258 de la Constitución uruguaya (CU) vigente establece que puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley y la consecuente inaplicabilidad de las disposiciones viciadas «*todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo*». A partir de dicha enunciación, en coordinación sistemática con lo dispuesto por el artículo 309, según se explicará, se forjó en la doctrina publicista la concepción predominante del «interés legítimo» como una situación jurídica sustancial y activa, ligada a la legitimación para requerir la inconstitucionalidad de un acto legislativo.

La redacción referida del precepto se estableció recién en la Constitución de 1952, al consignarse como una innovación en relación con sus Cartas antecesoras la vía de acción como instrumento de protección de la supremacía constitucional. Así, tanto en la Constitución de 1934 –la primera de las uruguayas en establecer expresamente un mecanismo de control jurisdiccional de regularidad constitucional de actos legislativos– como en la subsiguiente Constitución de 1942, se exigía la solicitud de «*parte interesada*» –sin más– para la promoción de un proceso de inconstitucionalidad que se concebía únicamente como incidental. No obstante el reconocimiento de la posibilidad de la interposición de oficio, dicha regulación de la legitimación se enmarcaba en una solicitud exclusivamente de «excepción» –según la terminología constitucional vigente–, esto es, en el marco de un procedimiento jurisdiccional previo y de objeto diverso aunque parcialmente solapado.

Tal como se adelantó, en la Constitución de 1952 se introdujo la específica exigencia de la lesión de un sujeto en su «*interés directo, personal y legítimo*», incorporándose también en ella similar giro al regular la legitimación activa para la interposición de la acción de nulidad en el artículo 309 CU, sin perjuicio de matices en la formulación y de la adición en este último caso de la alternativa violación de un «derecho» para determinar también un accionamiento ajustado a la Carta.

La construcción dogmática consolidada se funda precisamente en la distinción de las dos supuestas situaciones jurídicas sustanciales reconocidas en la normativa constitucional vigente, a saber, el «derecho subjetivo» y el «interés legítimo». Existiría entonces una dualidad de situaciones y una diferenciación asimétrica de la legitimación establecida en sede de inconstitucionalidad de las leyes –cabe recordar que el artículo 258 CU refiere únicamente a la lesión de un interés directo, personal y legítimo– y de acción de nulidad de actos administrativos –pues el artículo 309 CU refiere tanto a la violación de un «derecho» como a la lesión de un «interés legítimo»–.

Es posible que la distinción responda a una serie de asunciones equivocadas en torno el concepto de «interés legítimo». En primer lugar, por considerarlo una situación jurídica sustantiva activa cuando no lo es –véase *infra* 4.1-. En segundo lugar, por eventualmente atribuirle una relación necesaria con las normas generales ante la inexistencia de conexión de tipo alguno entre las situaciones jurídicas activas y la generalidad o particularidad de una norma. Por último, en conexión con lo anterior, por aparentemente

suponer que necesariamente las normas legales son generales. Ello es y debe ser la regla, naturalmente, pero admite excepciones.

En fin, cualquiera sea la explicación del entuerto, lo cierto es que la referida divergencia, desde luego, siempre que se parta del reconocimiento de ambas categorías –que aquí se cuestiona–, impone la necesidad de una explicación sobre la tutela jurisdiccional ante actos legislativos ilegítimos que afecten «derechos» y no «intereses legítimos». Las alternativas al respecto son tres: (a) la negación de la mencionada tutela, eventualmente quedando librada la defensa de la Constitución al planteo de oficio por un juez en tales casos; (b) la asunción de una referencia implícita en la regulación específica sobre inconstitucionalidad de las leyes, aplicándose por tanto dicha normativa; o bien (c) la procedencia de la tutela, pero regulada bajo los principios o criterios sobre aplicación del Derecho presupuestos –de jerarquía y temporalidad– ante la ausencia de un tratamiento especial.

Debe por último apuntarse que, independientemente del sentido que se confiera a los «derechos subjetivos» o «intereses legítimos» en cuestión, ellos serían oponibles al Estado o a los Gobiernos Departamentales, según el caso, en tanto legisladores.

Se trataría, en definitiva, de «derechos» *lato sensu* a que no se legisle ilegítimamente en perjuicio de sus titulares. Bajo un más completo modelo dualista de normas, en sustancia no debería considerarse la situación referida como un derecho sino como una inmunidad, en tanto refiere al cuestionamiento de regularidad de un acto jurídico y el reconocimiento de sus efectos. Desde otra perspectiva, que ligue la noción de derecho a la acción procesal, podría admitirse que desde que se disponen mecanismos para hacer valer jurisdiccionalmente dicha inmunidad se configura un verdadero derecho ante el Estado como juez. Por su parte, es cierto que efectivamente se consigna en el sistema también un derecho en sentido estricto a la reparación de perjuicios ocasionados por la transgresión jurídica perpetrada mediante el acto ilegítimo, pero es claro que el fenómeno de la inconstitucionalidad es ante todo un problema de normativa secundaria y no primaria.

Podría sostenerse, entonces, que efectivamente el artículo 258 CU confiere el derecho de promover un proceso de inconstitucionalidad y obtener la correspondiente declaración, que se tiene frente al Estado –pero en este caso en tanto juez, no en tanto legislador–, de manera que se reconozca la carencia de potestad estatal para la emisión del acto legislativo que opera como contracara de la inmunidad del sujeto afectado, desaplicándose o desconociéndose sus efectos como consecuencia. Demás está decir, ello sin perjuicio de la simultánea aplicación de la norma de obligación que compele al Estado a reparar los perjuicios que pudiesen ocasionarse, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución.

2.2. La tesis de Cassinelli Muñoz y la de Risso Ferrand sobre legitimación activa en procesos de inconstitucionalidad basadas en la idea de agresión de situaciones jurídicas.

Es absolutamente disonante con el mensaje constitucional uruguayo, que consigna una serie de derechos y un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, asu-

mir que por no mencionarse la violación de un «derecho» como situación que confiere legitimación para exigir la declaración de inconstitucionalidad de una ley, entonces se deniega la tutela del sujeto afectado. Descartada esta posibilidad por resultar sistemáticamente inconsistente, cabe referir a dos versiones de las restantes alternativas, defendidas en lo respectivo por Cassinelli Muñoz y por Risso Ferrand.

Para facilitar la presentación de las posiciones es dable muy brevemente referir a las disposiciones en las que se asientan. La Constitución uruguaya en su artículo 257 atribuye competencia originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia para conocer y resolver en materia de inconstitucionalidad de las leyes —en sentido orgánico y formal— y también de los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción —de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 260 CU—. Por su parte, como se viene insistentemente indicando, el artículo 258 CU establece que pueden promover un proceso de inconstitucionalidad quienes se consideren lesionados en un interés directo, personal y legítimo, sin referir, en cambio, a la lesión o violación de un «derecho subjetivo».

Cassinelli Muñoz, con su singular agudeza, ha sostenido que el régimen previsto en los artículos 256 y siguientes de la Constitución para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, que como se mencionó confiere competencia exclusiva a la Suprema Corte de Justicia, instaura una excepción a la atribución de competencia de principio que poseen todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales para la aplicación del ordenamiento jurídico. La pauta constitucional general dispone que los jueces, todos y cada uno de ellos, tienen el deber de resolver los casos sometidos a su consideración de acuerdo a Derecho, y que para determinarlo, ante antinomias entre normas de diferente rango, debe apelarse al criterio de la jerarquía. Demás está decir, en el sentido de finalmente optar por la norma de mayor valor y fuerza para la resolución del caso en cuestión. Sentada esta premisa, el razonamiento se completa de la siguiente manera: si no se regula el supuesto de violación de un «derecho» por una ley contraria a la Constitución bajo el mecanismo de control excepcional encomendado a la Suprema Corte de Justicia, entonces, de conformidad con la solución general cualquier magistrado podría conocer y resolver en dichos casos⁵.

La posición que viene de mencionarse, pese a ser tremendamente sugestiva, resultó minoritaria entre la doctrina y carente de apoyo jurisprudencial. Prevalció la tesis tradicionalmente asumida y formulada con mayor precisión por Risso Ferrand, que postula que desde que se dispone en el artículo 257 competencia en la materia en forma originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia, se sustrae íntegramente del régimen general el tratamiento de los conflictos entre Constitución y ley⁶.

Depositado el énfasis en el precepto antedicho, luego se añade que se constata una laguna constitucional. Descartada la negación de tutela respecto del titular de un derecho subjetivo, se afirma que cabe integrar la norma y completar su regulación en los términos previstos en los artículos 258 y siguientes. Se sostiene, asimismo, que desde que se consagra legitimación al titular de un interés legítimo lesionado, con más razón

5 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «El interés legítimo como situación garantida en la Constitución uruguaya», *Ob. Cit.*, pág.

6 RISSO FERRAND, Martín, *Ob. Cit.*, págs. 171 a 173.

–*qui potest plus, potest minus*– cabe también admitirla respecto del sujeto conculcado en un derecho⁷. La orientación del argumento es compartible, la solución es intuitiva, aunque no estoy seguro de que en rigor puedan gradarse las situaciones jurídicas –bajo la hipótesis de que el interés legítimo efectivamente lo fuese–, simplemente se trataría de cosas distintas.

Nótese que ambas tesis tienen sus falencias, inevitablemente, pues parten de ciertas dificultades del texto constitucional que impiden un discurso enteramente consistente. Cassinelli justificó la diferenciación que su tesis encierra, señalando que una violación de derechos constitucionales es de algún modo ostensible, que exige su planteamiento con accesibilidad y que no amerita la especialización y la mayor experiencia que se supone proporciona la intervención de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, entiendo que lo afirmado no es en puridad cierto, las discusiones más relevantes contemporáneas precisamente radican en la delimitación de los derechos en sentido fuerte, como mínimos oponibles al legislador. Lejos están de ser sencillos muchos de los casos relacionados con su delimitación. Por cierto, la especificación inadecuada de un bien jurídico fundamental supone indefectiblemente la afectación de un derecho constitucional, de un derecho subjetivo perfecto.

Es cierto que la tesis reviste coherencia y que permite dotar de un sentido atendible a la asimetría con la legitimación activa en sede de nulidad de actos administrativos, pero también lo es que el escollo literal de la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia en la materia, independientemente de las cuestiones de legitimación, no parece superarse.

Por su parte, la tesis predominante demuestra un mayor apego al texto del artículo 257 CU, determina con mayor tino un conocimiento concentrado de las cuestiones de inconstitucionalidad sin distinciones que, como se vio, no se justifican, pero deviene débil en la explicación de la omisión de la situación de la violación de «derechos», siendo, además, que la categoría resultó expresamente contemplada al regularse la acción de nulidad de actos administrativos.

2.3. Introducción a una tesis diferente.

Los problemas para la estructuración de una argumentación enteramente consistente no pueden sortearse, pues, como viene de indicarse, las lecturas posibles de los enunciados constitucionales relevantes arrojan soluciones en algún punto necesariamente deficientes. Ante semejante panorama, se impone idealmente una modificación de las disposiciones vigentes, pero en la medida en que la nebulosa del texto posibilita movimientos para la construcción de un discurso constitucional más pulido, quizás convenga de todas formas cambiar el foco y no partir necesariamente de la búsqueda de situaciones jurídicas sustanciales activas diferenciadas para analizar el tema de la legitimación.

7 PÉREZ PÉREZ, Alberto, intervención en *Tercer Coloquio de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Editorial Universidad, Montevideo, 1997, págs. 151 y 152. Debe destacarse que antes de referir al argumento a fortiori, que supone asumir la diferencia entre situaciones jurídicas, PÉREZ PÉREZ desliza una tesis más intensa, que en definitiva niega la distinción, al postular que el concepto de interés se encuentra subsumido en el de derecho. En esta última senda se había pronunciado con anterioridad y con gran contundencia SAMPAY, al especificar, siguiendo a los pandectistas alemanes, que el derecho subjetivo no es otra cosa que un interés jurídicamente protegido. Véase SAMPAY, Arturo Enrique, *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*, Editorial Medina, Montevideo, 1957, pág. 30.

Admitida –inevitablemente– la fractura en la regulación dispuesta en el artículo 258 CU y en el 309 CU, así como la imposibilidad teórica de sostener la distinción entre «derecho subjetivo» e «interés legítimo» como situaciones jurídicas –como se verá–, es dable al menos intentar una mejor justificación de la referencia a un interés directo, personal y legítimo, atribuyéndole un sentido atendible bajo el propio artículo 258 CU. Puede que también sea necesario en otra oportunidad revisar en profundidad también la concepción recogida al regularse el contencioso de anulación de actos administrativos. A primera vista el punto luce allí mucho más inflexible, pues parece haberse reflejado deliberadamente la equivocada consideración del «interés legítimo» como situación jurídica sustancial.

En fin, la tesis que se propone consiste en postular que el interés legítimo en el artículo 258 CU no refiere a una situación jurídica activa autónoma –que por cierto no lo es ni puede serlo– sino, como lo sugiere una lectura ingenua, en su lugar asumir que estrictamente refiere a un interés ajustado a Derecho, directo y personal. La línea propuesta lejos está de ser novedosa, entre otros, se manifestaron originalmente en tal sentido Sampay, Jiménez de Aréchaga, también Giorgi –al referir a la legitimación en la acción de nulidad– y Vescovi –al realizar un estudio del tema desde el punto de vista procesal–. Por su parte, es también la tesis asumida por la Suprema Corte de Justicia, salvo excepciones⁸, que generalmente funda su posición en los autores que vienen de mencionarse antes que en la más abundante doctrina publicista, pese a que en su desarrollo no pocas veces arriba a conclusiones desacertadas.

El estudio planteado en estos términos se simplifica, pero de todas formas lejos está de ser sencillo. La mayor dificultad radica en precisar los supuestos en los que una norma legal contraria a la Constitución puede afectar directamente a un sujeto. Por cierto, es en la definición del problema referido que, según entiendo, con relativa frecuencia la Suprema Corte de Justicia alcanza soluciones muy poco convincentes.

3. Refutación de la tesis del interés legítimo como una situación jurídica sustantiva activa y redefinición de su alcance

3.1. El interés legítimo no es una situación jurídica activa, ni siquiera es una situación jurídica autónoma.

3.1.1. Sobre las situaciones jurídicas y los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld.

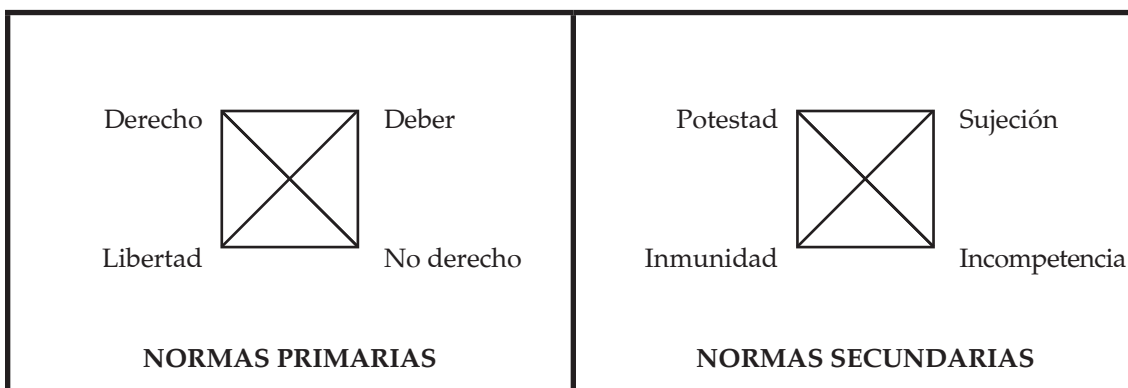
Las situaciones jurídicas son las resultancias deónticas o de competencia de una norma, según el caso, o bien de su ausencia, fundamentalmente desde la perspectiva de los sujetos. Así, no es posible que exista una situación jurídica que no radique directamente en una norma o que se defina por su ausencia. Si se parte de un modelo dualista de normas jurídicas, que distinga normas primarias –de obligación– y secundarias –de

⁸ Véase discordia de VAN ROMPAEY formulada en la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 231/02. En el referido voto el magistrado se plegó a la concepción del interés legítimo como situación jurídica activa, concretamente en los términos acuñados por CASSINELLI MUÑOZ.

competencia⁹, entonces las situaciones jurídicas posibles serán necesariamente dos por cada subtipo normativo –cuatro en total– y eventualmente otras cuatro generadas por de ausencia de las situaciones derivadas de una norma.

Sobre esta base, Hohfeld construyó sus conceptos jurídicos fundamentales, a saber: derecho, deber, libertad, no derecho, potestad, sujeción, incompetencia e inmunidad¹⁰. El referido autor presentó básicamente un criterio relacional para definir cada categoría jurídica a partir de su conexión con otras en términos de correlación y de oposición. Posteriormente dichas situaciones resultaron atinadamente ligadas por Ross¹¹ –y en Uruguay por Sarlo¹²– con los subtipos de normas jurídicas del modelo dualista antes esbozado. Así, las cuatro primeras categorías pueden derivarse de una norma primaria o de su ausencia –representadas en un cuadro de oposición lógica que determina oposición (líneas en diagonal) y correlación (líneas horizontales)- y las últimas cuatro de una norma secundaria o de su ausencia –representadas también en un segundo cuadro-.

13



Así, si se parte de la noción de tener un derecho en función de lo dispuesto en una norma de obligación, su opuesto sería no tener un derecho y su correlativo tener un deber¹⁴. Si se parte de la noción de tener una libertad, también en función de lo de la consideración de una norma primaria, su opuesto sería en este caso tener un deber y su correlativo sería no tener un derecho. Tener una libertad equivale a decir que no se tiene un deber, de modo que es una situación derivada de una ausencia de norma de obligación en relación con ciertas conductas.

9 Según la clasificación propuesta por HART. Véase H.L.A. HART.

10 HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, sexta reimpresión, Fontanamara, México, 2009, pág. 49.

11 ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Tercera edición, primera reimpresión, Eudeba, Buenos Aires, marzo de 2006, pág. 200.

12 SARLO, «Oscar, Sobre la noción de responsabilidad en teoría del derecho y en dogmática jurídica», en *Ruptura*, Número 1, Edit. FCU, junio de 2011, págs. 50 y 51.

13 El cuadro que aquí se reproduce es en lo fundamental presentado por SARLO quien, a su vez, se basó en el elaborado por Matti NIEMI. Véase SARLO, Oscar, Ob. Cit.

14 Cabe indicar que si se asocia indefectiblemente la acción procesal al derecho subjetivo, la idea de tener un derecho tiene como correlativo necesario la existencia de un deber, pero que la correlación no es necesaria si se parte de la existencia de un deber, pues su correlativo puede ser otro deber –el de asegurar su cumplimiento- y no imperiosamente un derecho.

A su turno, si se parte de la noción de tener una potestad –o competencia– en función de lo dispuesto por una norma secundaria, su opuesto sería la incompetencia y su correlativo la sujeción. Si se parte de la noción de inmunidad, en tal caso su opuesto sería la sujeción y su correlativo la incompetencia. Tener una inmunidad equivale a decir que no existe una sujeción –que no se encuentra sometido al ejercicio de una potestad–, de modo que en puridad se trata de una situación derivada de la ausencia de norma de competencia.

3.1.2. Sobre la concepción tradicional del «interés legítimo» y su equivocada calificación como situación jurídica activa autónoma.

En fin, presentadas las situaciones jurídicas básicas, resta indagar cómo catalogar al «interés legítimo» y, más específicamente, verificar si su concepción tradicional coincide con alguna situación jurídica activa sustancial.

Cassinelli en su notable trabajo sobre el tema comienza diciendo que el interés legítimo sería «*el interés en una situación susceptible de ser conservada u obtenida mediante procedimientos legítimos*». Agrega, recogiendo las doctrinas que considera más admitidas, que la susceptibilidad de ser satisfecho no significa que el titular del interés legítimo disponga de instrumentos que le garanticen infaliblemente la obtención de la prestación a que aspira¹⁵. Más adelante indica que de lo reseñado se sigue que el interés legítimo sería la situación correlativa del «poder», entendiéndose por éste una noción que en puridad resulta asimilable a la de «facultad». Se comprende así mediante dicho postulado deóntico genérico no sólo el caso de una «potestad» en sentido estricto –debe acotarse no reglada, libre o discrecional– sino también de un «derecho» o «libertad» de acuerdo a los conceptos propuestos por Hohfeld.

Indica, asimismo, que “*en algún momento de la aplicación del Derecho tendrá que surgir la posibilidad de que algún sujeto de Derecho se decida legítimamente a actuar de modo favorable al interés en cuestión*”¹⁶. (El destaque es del autor del texto que se transcribe).

Por otra parte, al referirse a la lesión del interés legítimo sostiene que ésta se produce cuando el interés queda insatisfecho como consecuencia del ejercicio (o no ejercicio) ilegítimo del poder respectivo¹⁷. Es decir, se postula que no es relevante su satisfacción para la definición de la categoría pero lo es su insatisfacción ilegítima para determinar su lesión. Nótese que el punto trascendente es en definitiva la insatisfacción ilegítima de un interés y que en nada contribuye la definición inicial de posibilidad correlativamente asociada a un «poder». Máxime si, como se mencionará, se exige que el interés sea directo para que un sujeto efectivamente se posea legitimación activa.

En una oportunidad anterior, con mayor detenimiento argumenté que un interés –cualquiera sea su especie– por definición no puede ser considerado una situación jurídica activa en tanto no se deriva de una norma o de su ausencia; y que no existe una

15 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «El interés legítimo como situación garantida en la Constitución uruguaya», Ob. Cit., pág. 328 y 329.

16 IDEM, pág. 329.

17 IDEM, pág. 331.

simetría entre el interés legítimo, su supuesta lesión y el interés ilegítimo¹⁸. El recurso a la semántica es muy gráfico para evidenciar la falencia de la categoría, pues en la concepción que se cuestiona un «interés legítimo» no se opondría a un «interés no legítimo o ilegítimo»¹⁹.

Un interés, cualquier interés, no puede ser un derecho salvo que resulte objetivado y efectivamente protegido, en cuyo caso vale como derecho y no como interés. No se trata tampoco de una libertad, de una potestad ni de una inmunidad, de modo que definitivamente no cabe enmarcar el concepto bajo análisis entre las situaciones jurídicas activas –o beneficiosas–.

Podría quizás considerarse una situación jurídica de «sujeción» –pasiva–²⁰. De todas formas, esta tesis es también equivocada. Es posible que desde una posición de sujeción se tenga un cierto interés –que la acompañe o le acceda–, pero sería estrictamente una situación jurídica solo la primera. Lo segundo no deja de ser un propósito, que no se deriva ni puede derivarse directamente de norma alguna. Así, si la sujeción refiere al dictado de una norma que confiere o amplía un derecho, una potestad, una libertad o una inmunidad entonces podrá concebirse un interés en ser comprendido por la norma, mientras que si refiere a la imposición de un deber o en la supresión o restricción de una de las situaciones que vienen de enunciarse el interés consistirá justamente en lo contrario, en no resultar considerado en su ámbito de aplicación.

3.2. El «interés legítimo» como afectación de posibilidades, el derecho a la igualdad y a la libertad.

En definitiva, la introducción de la noción de discrecionalidad en el ejercicio de una potestad, derecho o libertad –y con ellas de opciones, posibilidades y expectativas–, así como el empleo del prisma del interés, no hace más que añadir complejidad innecesaria. Parecería que detrás del tema en cuestión subyace la pretensión de contemplar la tutela ante la afectación de un individuo por la pérdida ilegítima de una posibilidad. Probablemente ello se deba a que se parte de la idea de que quien tiene una posibilidad ante el titular de la potestad no reglada –o de un derecho o libertad en la tesis más lata–, justamente, no tiene un derecho frente a él a una conducta determinada. Sin embargo, ello es solo parcialmente cierto. Es verdad que la persona sometida a una sujeción no tiene derecho a un resultado específico –a la emisión de una norma de un contenido concreto–, pero tiene derecho –y no otra cosa– a que su posibilidad cierta, o mejor aún, lisa y llanamente su derecho a ser considerado para recibir un beneficio o no sufrir un perjuicio en términos jurídicos, no se frustre ilegítimamente.

18 GAMARRA, Diego, «El interés legítimo desmenuzado», en *Revista Ruptura*, número 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

19 Sobre las concepciones de interés legítimo e ilegítimo en la tesis tradicional véase CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, pág. 144.

20 Eventualmente, para mantener el paralelismo con la concepción amplia de «poder» propuesta por CASSINELLI, podría incluso conferírsele un sentido más amplio que comprenda no solo el sometimiento al posible dictado de una norma jurídica sino también a la realización u omisión de una conducta. Sin embargo, ello nada cambia, pero fundamentalmente no es oportuno explayarse aquí sobre esta última posibilidad, pues en lo que aquí concierne es únicamente relevante la sujeción ligada a la emisión de un acto legislativo.

En definitiva, la supuesta «lesión a un interés legítimo» puede considerarse como un supuesto protegido por el artículo 8 de la Constitución, en tanto no resulta atendible favorecer o no a sujetos en virtud de una ilegitimidad, pues ello supone una distribución desigualitaria de los beneficios o de las posibilidades que les preceden. La protección ante la extinción ilegítima de una posibilidad, que es la que en verdad importa a estos efectos, es estrictamente un derecho y no es necesario acudir a categorías más rebuscadas para asegurarlo. Este derecho a mantener una posibilidad —desde luego, siempre que se establezcan consecuencias jurídicas para impedir o remediar su extinción—, en última instancia consiste en que no se beneficie ilegítimamente a un sujeto que se encontraba de antemano frente otros en una situación en algún sentido equiparable —por ejemplo, por ser oferentes en una misma licitación— o, en general, incluso fuera de esos casos, el derecho a que no se suprima una posibilidad de ser favorecido o de no ser perjudicado. En este último supuesto, aunque no se beneficie a otro explícitamente por la norma en cuestión, se genera de todas formas una situación de desigualdad en tanto existen sujetos con otras tantas posibilidades —como corresponde— no frustradas ilegítimamente.

Así, la protección de una situación de extinción ilegítima de una chance, si no se considera por sí misma un derecho a que no se infrinjan perjuicios —como debería—, debe reinterpretarse como una violación del derecho a la igualdad. Una vez más, ante la posibilidad de obtener un beneficio, se termina confiriendo un tratamiento diferenciado en virtud de un criterio no atendible, pues, por definición, la distinción en estos casos la traza la ilegitimidad.

Por último, aunque debe reconocerse que es discutible, si se entendiese que también se lesiona un «interés legítimo» —en su concepción tradicional— cuando un sujeto deviene en ilegítimamente obligado en virtud de un deber impuesto en ejercicio de discrecionalidad —esto es, que podría haber recaído sobre otros—, entonces lo que se vulneraría, además de la igualdad, sería el derecho a la libertad. Lo más importante en esta hipótesis pasa a ser, sin dudas, la restricción de la conducta como tal y no la posibilidad de que ésta no se hubiese restringido, que notoriamente se traslada a un segundo plano. Es revelador en este sentido que incluso en un supuesto en el que necesariamente se debe restringir la conducta de un sujeto, en un caso efectivamente reglado, no puede desconocerse la legitimación para impugnar el acto restrictivo que limita a dicho sujeto en un escenario de ilegitimidad.

En suma, las posibles situaciones de lesión de un interés legítimo en la tesis de Casinelli podrían replantearse como vulneraciones de derechos, más específicamente, del derecho a la igualdad y del derecho a la libertad.

Así, se genera una afectación relevante por la inclusión del sujeto accionante en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma ilegítima que obliga, restringe o suprime derechos, potestades o inmunidades; y por la exclusión del sujeto accionante en la calificación subjetiva de una norma ilegítima que confiere o amplía derechos, libertades, potestades o inmunidades, en supuestos en los que el sujeto impugnante «debió» o «pudo» ser así beneficiado.

Por último, entiendo que debería también tenerse en cuenta un supuesto adicional. Se generaría asimismo legitimación por la inclusión de un sujeto con intereses contrapuestos en la calificación subjetiva de una norma que confiere situaciones de beneficio como las referidas en último término, resultando indiferente si el sujeto impugnante debía, podía o no debía ni podía ser beneficiado. A su vez, conforme se desarrollará en el capítulo siguiente, debe también extenderse lo indicado a los supuestos de «relativa inminencia» en el ingreso o en la permanencia en una situación de inclusión o exclusión que, según el caso, sean determinantes de la afectación.

El interés legítimo es el interés en la actuación ajustada a Derecho, sin más, pero como se exige en el artículo 258 que sea además directo –como se detallará–, de ello se sigue que la lesión deba circunscribirse en los términos que vienen de exponerse, es decir, considerándose los casos en los que la afectación de un sujeto se deriva de una relación puntual con la norma inconstitucional, que trascienda el mero interés en el respeto al ordenamiento jurídico. El interés en la creación y aplicación legítima del Derecho es sin dudas legítimo –por cierto, es tautológico–, pero no es siempre directo²¹.

4. El interés «directo», «personal» y «legítimo» en el artículo 258 de la Constitución

En la introducción se anunció que se abandonaría la tesis de que el concepto de «interés legítimo» es utilizado en el artículo 258 para referir a una situación jurídica sustantiva y activa preexistente. El sustento de tal tesis radica en la inevitable inconsistencia de cualquiera de las posiciones que se derivan de ello y en sus dificultades de justificación teórica. Ante un escenario de alternativas defectuosas, existe margen para propiciar una postura que, pese a no carecer de fisuras, resulta menos compleja y más alineada con el discurso de la supremacía constitucional y su defensa.

Como oportunamente se indicó, la comparación con el artículo 309 de la Constitución –sobre acción de nulidad de actos administrativos– determina problemas de difícil solución, en la medida en que se excluye la referencia expresa a la supuesta situación de derecho subjetivo en la definición de la legitimación activa para promover un proceso de inconstitucionalidad. No obstante, es muy claro que de ello no puede seguirse la aceptación de un espacio –nada menos que en la vulneración de derechos– de desprotección constitucional.

Como se adelantó, la solución interpretativa más consistente, en la línea trazada por Risso Ferrand²² y compartida en su rigor textual por Cajarville²³, entre otros, conduce a considerar que la Suprema Corte de Justicia es el órgano con competencia originaria y exclusiva para conocer en procesos de inconstitucionalidad de actos legislativos, así como a comprender entre los legitimados para su promoción, en la tesis tradicional, también a los vulnerados en sus derechos subjetivos.

21 En similar sentido véase CAJARVILLE PELUFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, p. 153.

22 RISSO FERRAND, Martín, *Ob. Cit.*, págs. 171 a 173.

23 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, págs. 140 y 141.

La fundamentación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia es contundente con base en el artículo 257 de la Constitución, pero bastante más débil es la ofrecida para justificar que pese a que el artículo 258 que refiere a la supuesta situación jurídica de «interés legítimo» comprende también a la violación de derechos subjetivos. Es en este punto que, con un robusto apoyo en la imposibilidad teórica de presentar al «interés legítimo» como una situación jurídica activa y en la perfecta reconducción de las situaciones que derivadas de su lesión a la vulneración de derechos –a la igualdad y eventualmente a la libertad–, parece más adecuado directamente asumir que el interés legítimo –aunque parezca obvio– es el interés en la legitimidad y que las mayores dificultades en puridad se presentan al considerar o no su carácter directo.

4.1. El carácter directo del interés.

El carácter directo del interés refiere a la efectiva relación de causalidad entre la norma legal inconstitucional y la afectación de un sujeto²⁴. Dicha relación, como se anticipó, se genera indiscutiblemente en los casos en que la norma ilegítima dispone una obligación o deber, o bien suprime o retacea derechos, potestades o inmunidades de un sujeto; ora por designación particular, ora por formar parte de una categoría genérica regulada²⁵. Pero, como se anticipó, también se configura en casos en los que un sujeto es excluido –desigualmente– y en los que un sujeto de intereses contrapuestos a los suyos resulta subjetivamente incluido en una norma que consigna el otorgamiento o la ampliación de un derecho, libertad, potestad o inmunidad.

4.1.1. Sobre su conexión con el ámbito subjetivo de aplicación de la norma legal inconstitucional.

La afectación de un sujeto por la inconstitucionalidad de una ley no se ocasiona por la norma constitucional infringida sino, aunque parezca obvio precisarlo, por la ley ilegítima. De ello se sigue que no siempre importan las especulaciones sobre si la norma constitucional infringida en forma más o menos directa «afecta» al promotor de la inconstitucionalidad. Es indistinto el fundamento, toda ilegitimidad en este sentido le «afecta», si la norma contraria a la Constitución se dirige al sujeto impugnante perjudicándolo o si lo excluye de un beneficio. Si se analiza el tema desde la perspectiva de un individuo, de un habitante –en los términos del artículo 7 CU–, son las inconstitucionalidades por razones de contenido y puntualmente por vulneración de normas que refieren a la protección de sus bienes –las materiales, de derechos– las que generan casos en los que el perjuicio coincide en forma evidente con el fundamento de la inconstitucionalidad. Sin embargo, también el sujeto puede resultar afectado en su libertad o igualdad por violación de normas de competencia de sujetos u órganos públicos. En dichos casos el menoscabo es también incuestionable, aunque quizás en principio menos evidente.

La confusión, que a veces se genera, radica en dirigir la mirada en forma errónea principalmente hacia la norma constitucional infringida y no, más sencillamente, a la ley inconstitucional lesiva. Pero, de todas formas, aun poniendo el foco en la normativa

24 Con buen tino DURÁN MARTÍNEZ, aunque realizando su análisis en atención específica del artículo 309 y no del 258 CU, ha indicado que el carácter directo refiere al nexo causal. DURÁN MARTÍNEZ, Agosto, *Ob. Cit.*, pág. 117 y 118.

25 Véase en similar sentido CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, pág. 153.

Constitucional vulnerada, en los casos en los que la norma legal supone una violación de competencias de los sujetos u órganos públicos o un desajuste estrictamente formal, si por su contenido perjudica a un sujeto, lo cierto es que ello significa la concomitante vulneración de su igualdad y eventualmente también de su libertad. En cualquier caso, no debe perderse de vista la íntima relación entre la parte orgánica y la dogmática de la Constitución, pues la libertad supone directamente la contención de un poder ejercido con ajenidad.

El punto puede explicarse con singular claridad al analizar casos de inconstitucionalidad por razones de forma. No es de recibo que ante la exigencia constitucional de una mayoría especial para la sanción de una determinada ley y su aprobación por mayoría simple, únicamente se consideren legitimados para plantear la inconstitucionalidad a los legisladores que votaron en contra de la sanción del proyecto de acto legislativo. Cabe para esclarecer el punto acudir a un ejemplo en la Constitución uruguaya. El artículo 77 en su ordinal 4º prohíbe a una serie de autoridades públicas desarrollar determinadas actividades de política partidaria. El ordinal 6º del mismo artículo sienta que la prohibición referida puede extenderse a otras autoridades por ley sancionada por una mayoría de dos tercios de los componentes de cada Cámara. Es sencillamente inconcebible, si se extiende la referida restricción por mayoría simple, negar legitimación a la autoridad que por la innovación resultó compelida en infracción a la Constitución.

De conformidad con lo indicado, debe repudiarse la posición asumida por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia número 568/2013, en la que la mayoría del cuerpo, con la excepción de la atinada discordia del ex ministro Chalar²⁶, entendió que los contribuyentes de la patente de rodados –sujetos obligados por la norma impugnada–, carecían de legitimación para impugnarla porque la norma constitucional invocada como vulnerada refería a la competencia y autonomía de los Gobiernos Departamentales.

Por otra parte, también en relación con el ámbito de aplicación subjetivo de la norma legal como factor determinante de la legitimación, debe distinguirse la limitación de la conducta de la aplicación de la sanción prevista como consecuencia de la actuación contraria a lo mandado. Definitivamente no es necesario que se aplique la norma legal impugnada, en el sentido de que se ejecute la conducta vedada en la norma desencadenándose a su vez las consecuencias jurídicas en ella previstas, para que proceda la solicitud legítima de declaración de inconstitucionalidad.

En los casos en los que la norma legal inconstitucional establece obligaciones o deberes, la mera restricción determina una afectación, pues puede en forma contundente argumentarse que se conculca la libertad del sujeto compelido. El tema requiere de matizaciones, es verdaderamente complejo, pues es tan complejo como lo es el estudio de la libertad. Obsérvese que en la impugnación de ciertos delitos penales –o de otras normas sancionatorias de conductas reprochables con base en bienes constitucionales– es realmente cuestionable si el interés puede considerarse legítimo.

Tiendo a pensar que incluso en supuestos en los que la conducta regulada consiste en una manifiesta violación de bienes constitucionales se configura un interés que no deja

26 Véase la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay N° 568/2013 de fecha 25 de noviembre de 2013.

de ser legítimo. Supongamos que se establece por ley la pena de tortura por la comisión del delito de homicidio. Entiendo que el interés aun en estos casos debe considerarse legítimo si es adecuadamente planteado. Pues no consistiría en el ejemplo propiamente en el espurio propósito de dar muerte, sino en que la regulación específica de tal conducta —estableciendo una pena y no otra— sea legítimamente establecida, en consonancia con la Constitución y de conformidad con ciertas garantías. En otras palabras, el interés en la declaración de inconstitucionalidad es siempre legítimo cuando se encuentra fundado, pues es el interés en la legitimidad, de modo que no existirá en definitiva únicamente en los casos desestimables al analizar el fondo, ante la comprobación de ausencia de una antinomia o desajuste.

En un caso como el elucubrado no puede sostenerse que el interés no sea «legítimo», en tanto se manifiesta el interés en que su conducta se regule de forma ajustada a la Constitución, ni puede considerarse que no es «directo» en tanto se trate de un sujeto efectiva o inminentemente obligado por la norma en cuestión —es decir, por la identificación con la categoría que define al sujeto activo del delito en la especie—. Es su conducta y no otra la que es inmediata e ilegítimamente regulada.

Desde luego, en dicho caso cobra importancia la previa definición de si la norma efectivamente se dirige o no al sujeto que promueve la inconstitucionalidad, y en dicha tarea parece constituir una herramienta atendible considerar a la figura del sujeto calificado. Al exigirse el carácter directo del interés deviene necesario que se calibre si se trata de un sujeto efectiva o inminentemente obligado, según se desarrollará en el subcapítulo siguiente. Determinarlo, demás está decir, no es siempre una tarea sencilla. Lo es en el supuesto planteado del homicidio, en la medida en que el sujeto activo se define de forma universal, pero su identificación puede resultar bastante más trabajosa.

Resta referir brevemente a dos supuestos, anunciados, en los que el sujeto debe reputarse legitimado pese a no ser comprendido por el ámbito subjetivo de aplicación de la ley inconstitucional —esto es, imponiéndosele un deber, o bien limitándosele o suprimiéndosele un derecho, una potestad o una inmunidad, o la posibilidad cierta de obtenerlos o incrementarlos—, pues se trata igualmente de casos en los que, según concibo, de todas formas la norma ilegítima afecta su interés directo, personal y legítimo.

El primer supuesto sería el del sujeto que debió o pudo resultar comprendido por el ámbito de aplicación subjetivo de una disposición legal que confiere alguna clase de beneficio y que terminó desconsiderado, pero no expresamente sino por pura omisión al definirse el ámbito subjetivo de aplicación. También en este caso la afectación es inmediata y se conecta directamente con la ley inconstitucional, es ella la que sin que se presente elemento intermedio alguno determina la afectación. Debe apuntarse que la diferencia con el paradigmático caso de la inclusión en la categoría regulada es de mera explicitud. Es indistinto a estos efectos si la frustración se genera en relación con un beneficio jurídicamente debido o con la mera posibilidad cierta de obtenerlo, en ambos casos el interés es indefectiblemente directo. Como se indicó previamente, es precisamente en el supuesto de afectación de posibilidad en el que cabe subsumir las situaciones relevantes de «lesión a un interés legítimo» en la tesis de Cassinelli Muñoz, que pueden presentarse perfectamente como violaciones del derecho a la igualdad.

El último escenario a considerar, sin dudas el más discutible, sería el de la afectación generada por la inclusión de un sujeto de intereses contrapuestos en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma «beneficiosa», que confiere o extiende un derecho, una libertad, una potestad o una inmunidad, incluso si no existiese ni siquiera una posibilidad cierta de que el afectado resulte beneficiado. Como puede observarse, a diferencia de los otros dos casos, no se refiere aquí a una norma que se dirige u omite eventualmente dirigirse al sujeto accionante, sino que se refiere a un sujeto de intereses correlativos a los suyos –*v.gr.* un competidor–.

Entiendo que el «beneficio» ilegítimo de un sujeto de intereses contrapuestos, causado por obra del acto legislativo inconstitucional y no por otra cosa, de todas formas supone una afectación directa y personal. Se trata de la contracara del interés del sujeto ilegítimamente beneficiado que se ubica, por tanto, en el mismo nivel de causalidad y no en un escalón diferente. Es un interés opuesto, sí, pero no indirecto, no es mediato ni eventual.

A modo de ejemplo, supongamos que un sujeto se dedica a la fabricación y comercialización de zapatos utilizando como insumos exclusivamente materiales argentinos y que compite fuertemente con otro que fabrica y comercializa zapatos similares con materiales uruguayos. Supongamos que para estimular la curtiembre nacional se exonera de la totalidad del IRAE a los fabricantes de zapatos elaborados con cuero uruguayo, pero sucede que dicha exoneración fue establecida por ley de iniciativa de un legislador. La ley sería inconstitucional por razones de forma, pues de acuerdo a lo establecido en el artículo 133 inciso segundo de la Constitución se atribuye iniciativa privativa al Poder Ejecutivo en tales casos. Entiendo que el sujeto que fabrica zapatos con cuero argentino estaría legitimado para accionar y requerir la inconstitucionalidad de la ley, pues toda ventaja para un verdadero competidor supone a la vez, correlativamente, no en otro plano, una desventaja para quien compite con él.

4.1.2. Sobre el carácter directo de la afectación y las situaciones de razonable inminencia.

Con cierta imprecisión suele debatirse sobre el carácter preventivo o meramente reparador del proceso de inconstitucionalidad. En puridad no se trata de una pretensión preventiva ni reparadora sino de tutela de la legitimidad con uno de los ulteriores propósitos referidos, pero de todas formas subyace tras esa dicotomía un pronunciamiento relevante acerca del alcance –más o menos restrictivo– de los casos que pueden considerarse lesivos de un interés directo o, lo que es lo mismo, que supongan una afectación directa de un sujeto por la norma legal inconstitucional, en buena medida en atención al tiempo.

No existe disposición constitucional alguna que refiera al punto, sin embargo, conforme una teorización elemental de la Constitución uruguaya –bajo una interpretación sistemática–, fundada en su rigidez, supremacía y en su defensa jurídica, sin dificultades se infiere la preferencia por la alternativa que confiera una tutela efectiva y lo más amplia posible al apreciar las afectaciones derivadas de violaciones a la Carta.

Deben por tanto admitirse los planteos que impropriamente se denominan como preventivos de inconstitucionalidad de la ley, además del interpuesto con el propósito de

reclamar luego por una reparación o del formulado meramente para obtener el cese de un perjuicio consumado hasta sus últimas consecuencias.

El problema aquí presentado se trae a colación porque para descartar el análisis de requisitorias de inconstitucionalidad la Suprema Corte de Justicia con frecuencia postula que el carácter «directo» del interés impide contemplar la protección de ciertas situaciones «eventuales» o «futuras»²⁷.

Corresponde aquí reiterar que la apreciación del carácter directo versa sobre la identificación de un sujeto comprendido en la categoría subjetiva regulada por la ley inconstitucional restrictiva, por la exclusión desigualitaria o por la inclusión de un sujeto de intereses contrapuestos en una norma que confiere algún beneficio. Por su parte, como también se señaló, la afectación se genera por la pertenencia de la norma al sistema, independientemente de si se verifica o no la ejecución puntual de la conducta que desencadena la consecuencia jurídica en ella prevista²⁸. Pero no sólo se desenlaza la afectación por integrar una categoría regulada en los términos antedichos, que debió regularse o por la existencia de intereses contrapuestos con los de un sujeto beneficiado, sino razonablemente también ante la intención razonablemente fundada en el ingreso o en la permanencia en las situaciones referidas. Si se invoca cualquiera de ellas, según el caso, entiendo que se cumpliría satisfactoriamente con el carácter directo del interés.

Así, si un impuesto inconstitucional gravase el transporte de madera, definitivamente sería suficiente con invocar la calidad de transportista de madera para que se configure la legitimación y puntualmente la nota directa del interés exigida. No es necesario, por tanto, que se invoque que efectivamente se transportó madera luego de la vigencia de la ley cuestionada y que por ello se configuró el hecho generador del impuesto para que se origine la legitimación necesaria para presentar la solicitud de declaración de inconstitucionalidad.

Pero también es directa –no eventual y ni siquiera futura– la afectación de un sujeto que pretende ingresar en la categoría en cuestión, en tanto sus decisiones –y en definitiva sus conductas– resultan también inmediatamente condicionadas por la norma legal inconstitucional. En el ejemplo de maderas, un sujeto que se propone montar una empresa de transporte de madera, también se encontraría legitimado para cuestionar la regularidad constitucional del tributo. No es preciso postular que la afectación es en la hipótesis ensayada futura, ante la voluntad presente y genuina de ingresar en una situación que se encuentra contemplada o ilegítimamente excluida por una norma inconstitucional. En definitiva, el interés en dicho caso se encuentra actualmente lesionado en tanto la ley contraria a la Carta obstruye o entorpece una conducta –afectando actualmente la libertad– o, si se prefiere, por causar una situación de inequidad en relación con el ingreso a la categoría relevante definida por la norma ilegítima.

27 En el mismo sentido, entre otros, se pronunció con anterioridad GIORGI al referir al punto en ocasión de analizar la legitimación activa del proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos. Véase GIORGI, «El Contencioso Administrativo de Anulación», en *Héctor Giorgi. Obras y dictámenes. Recopilación*, Edit. La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, pág. 838.

28 CAJARVILLE PELUFFO destacó con acierto este punto al indicar que se trata de una “lesión jurídica causada por la norma en sí misma”. Véase CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, pág. 154.

En similar sentido –no idéntico– se han pronunciado en su momento aisladamente algunos integrantes de la Suprema Corte de Justicia, concretamente el ex ministro Van Rompaey²⁹ y más recientemente, siguiendo sus pasos, el ministro Pérez Manrique³⁰. Así, en sus votos de discordia han distinguido lo eventual de lo futuro³¹, que puede ser razonablemente inequívoco. La coincidencia no es plena con la tesis aquí postulada, pues, como se desarrolló previamente, muchos casos que podrían a primera vista considerarse como futuros en puridad no lo son, son supuestos en los que se configura un interés que no solo no es eventual –es cierto– sino que tampoco es futuro –es actual– a pesar de la apariencia preliminar.

Vale insistir en que lo supuestamente catalogado como «futuro» debe a estos efectos relacionarse con la alegada inminencia en el ingreso a una situación o en el mantenimiento de la misma en una fecha relevante. En tales casos, salvo que pretenda tornar el control de constitucionalidad en un instrumento pueril y completamente disonante con el discurso constitucional, debe contemplarse la tutela.

Debe de todas formas conceptualmente diferenciarse dicho caso del causado por una afectación relacionada con la inclusión o exclusión de un sujeto o de uno de intereses contrapuestos en la descripción subjetiva de una norma que refiere a situaciones presentes de un sujeto, que es más ostensiblemente actual, aunque no resulte efectivamente aplicada por no configurarse lo dispuesto en su precepto. Cabe referir nuevamente al ejemplo de normas restrictivas –*v.gr.* la que dispone un impuesto o establece un delito–, pues dirigen la conducta de los sujetos comprendidos por la calificación subjetiva de la norma ilegítima, aunque no se hubiese aplicado la norma por no materializarse el supuesto de hecho regulado. En estos casos, vale insistir, la afectación es actual, por supuesto que no es eventual, pero ni siquiera tiene apariencia futura en un sentido remoto.

Merece ser especialmente destacada una de las últimas sentencias de la Suprema Corte de Justicia, la número 87/2016 de fecha 11 de abril de 2016, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 143 de la Ley 19.307, que refiere a los criterios de reparto de la publicidad electoral de financiamiento público. Todos los miembros del máximo tribunal judicial, incluso los que formularon un voto discordante sobre el fondo, reconocieron al Partido Independiente legitimación, en tanto Partido Político que viene participando de elecciones y que tiene vocación de seguirlo haciendo, pese a que por razones temporales –pues las disposiciones en cuestión entrarán en vigor el 1º de enero de 2019– todavía no se generó el supuesto de hecho que determina la distribución de espacios en los medios.

En definitiva, poner coto a la posibilidad de obtener protección constitucional mediante el recurso a una concepción restrictiva del carácter «directo» del interés exigido, no sólo supone una lectura forzada del vocablo, sino que además erosiona la supremacía constitucional y se dirige desatinadamente en el sentido de la limitación de la tutela ju-

29 Véase discordia del Juez Leslie VAN ROMPAEY en sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay N° 231/2012.

30 Véase discordia del Juez PÉREZ MANRIQUE sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay N° 74/2014 de fecha 17 de marzo de 2014.

31 También distingue DURÁN MARTINEZ distingue, con precisión, lo eventual de lo futuro, desligando el carácter directo de la cuestión temporal. Véase DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Ob. Cit., pág. 117.

risdiccional. Exigir que una vulneración de la Constitución despliegue todos sus efectos nocivos para que proceda su protección, forzando a un sujeto a sufrir deliberadamente daños para acceder a la posibilidad de requerir judicialmente la aplicación del Derecho legítimo, se da de bruces con el principio de constitucionalidad, con la defensa jurídica de la Constitución y con la tutela jurisdiccional efectiva.

4.1.3. La combinación de las equivocadas tesis de la «radical actualidad» y de los efectos temporales de la sentencia. La gravedad de su suma.

Si a la tesis restrictiva mencionada en el subcapítulo que antecede se añade otra igualmente nociva en punto a los efectos temporales de la sentencia el resultado se torna particularmente inadmisibile.

En efecto, luego de oscilaciones³², en los últimos fallos de la Suprema Corte de Justicia en los que existió específicamente un pronunciamiento sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el tiempo, siguiendo una tesis de Laurrieux³³, se ha sostenido que éstos únicamente se despliegan a partir de la presentación del planteo de inconstitucionalidad³⁴. Entiendo que la posición es verdaderamente equivocada y basta con remitirse a los contundentes argumentos esgrimidos por la doctrina para verificarlo³⁵. Ninguno de ellos fue a mi juicio mínimamente contrapuesto. En definitiva, sin que exista texto constitucional que refiera al punto se construye una posición completamente asistemática que opta por admitir períodos en los que la ley se impone a la Constitución, y por determinar así un inadmisibile recinto de inmunidad del legislador frente a la normativa constitucional. Nótese que podrían darse casos en los que los efectos de la ley se apliquen inmediatamente y por única vez, y aunque la norma legal sea alevosamente inconstitucional no podría obtenerse una declaración temporalmente eficaz.

Si se combinan las dos infelices posturas referidas, a saber, la de la imposibilidad de esgrimir planteos de inconstitucionalidad de los usualmente denominados «preventivos» y la de la eficacia temporal de la sentencia de inconstitucionalidad desde su momento de su solicitud, la solución es dramática, pues conduce a que necesariamente deban soportarse consecuencias perniciosas inconstitucionales sin posibilidad de remedio —muy a pesar de la Constitución—. No caben dudas de que tal resultado, vale insistir, forjado en ausencia de disposiciones específicas, es a todas luces incompatible con las bases del sistema constitucional uruguayo.

32 Sobre los diferentes períodos en los que la Suprema Corte de Justicia alternó en sus posiciones en materia de efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad véase ESTEVA, Eduardo, «Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos», en *Revista de Derecho Público*, N° 35, FCU, Montevideo, 2009, págs. 104 a 108.

33 LARRIEUX, Jorge, «Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad», en *Revista Judicatura*, N° 33, Montevideo, 1992, págs. 167 y siguientes.

34 Véase, por ejemplo, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay N° 887/2012, N° 455/2014 y N° 257/2015.

35 ESTEVA, Eduardo, «Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos», en *Ob. Cit.*, págs. 108 y 109, PÉREZ PÉREZ, Alberto, «Eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes», en *Tercer Coloquio / Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Edit. Universidad, Montevideo, 1997, págs. 113 y siguientes, RISSO FERRAND, Martín, *Ob. Cit.*, págs. 183 y 184, BALARINI, Pablo, «Sobre el efecto temporal de la declaración de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Público*, N° 2, FCU, Montevideo, 1992, págs. 133 y siguientes, y ARTECONA, Daniel, «Efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Público*, N° 2, FCU, Montevideo, 1992, págs. 127 y siguientes.

4.1.4. El carácter directo del interés y la tesis tradicional sobre el interés legítimo como situación jurídica sustantiva activa.

En la tesis tradicional, que como se ha apuntado previamente asume que el «interés legítimo» es una situación jurídica sustantiva y activa, es imposible concebir un caso en el que su lesión no sea directa. Se sostiene que se lesiona un interés legítimo toda vez que por la emisión de un acto jurídico –en lo que aquí interesa– se extingue una posibilidad cierta de un sujeto y ello en contravención de normas jurídicas. En la medida en que el carácter directo refiere a la relación entre el acto ilegítimo –*v.gr.* la ley inconstitucional– y el sujeto afectado, desde que se configura la posibilidad –definitoria de la categoría– ante el titular de la potestad, se configura necesariamente también el carácter directo de su extinción mediante la emisión de la norma. Así las cosas, el empleo del carácter directo en el artículo 258 de la Carta resultaría redundante.

4.2. *El carácter «personal» del interés*

Es dable resaltar dos aspectos del carácter personal del interés, ambos notorios, a saber: (a) que debe ser de una persona, es decir, de un sujeto de derecho –ello es evidente independientemente de la calificación del interés como personal–, y (b) que debe ser propio de ese sujeto. Se excluyen así planteos de inconstitucionalidad formulados por organizaciones no formalizadas ni reconocidas por norma alguna y planteos relacionados con afectaciones de otros –aunque sean formulados por un sujeto de derecho–.

Es posible que en relación con estos puntos se generen ciertas dudas, fundamentalmente en lo que refiere a la apreciación de intereses llamados «colectivos» o «difusos». Si bien no pretendo aquí realizar un estudio del complejo tema de la categoría de los intereses difusos, que además debe relacionarse con el también complejo tema de los efectos de las sentencias, simplemente apunto que más allá de cuestiones de optimización procesal no existen intereses que no sean originales de individuos o virtualmente conferidos bajo la teoría de la personalidad jurídica y que un fenómeno de masificación no puede cambiarlo.

En la medida en que los grupos de individuos como tales carecen de voluntad en un sentido estricto –la voluntad humana o psicológica–, no pueden estos supuestos intereses ser otra cosa que intereses individuales compartidos, en definitiva, intereses personales. Desde luego que es posible que por razones de eficacia procesal en ciertos casos se establezcan cortapisas, asignando la representación forzosa de tales intereses a ciertos interlocutores razonablemente escogidos, pero definitivamente no existe nada semejante en la regulación de la legitimación dispuesta en el artículo 258 de la CU.

Acierta Cajarville Peluffo al indicar que el interés general se compone de intereses personales, de manera que deben desecharse los intentos de sentar una contraposición entre ambos. No puede, por tanto, negarse el atributo personal al interés fundado en su carácter de partícipe en el interés general³⁶.

36 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Ob. Cit.*, pp. 152 y 153.

Demás está decir que el interés en la legitimidad es un interés general, y puede reducirse a un interés personal en los términos antedichos, pero para que sea además directo y configure la legitimación que la Carta exige debe atenderse a la afectación puntual que genera la norma. En definitiva, el interés en la mera legitimidad puede catalogarse razonablemente como personal, pero será directo si esa ilegitimidad lo afecta por relacionarse de algún modo específico la situación del sujeto con la norma legal inconstitucional.

4.3. El carácter «legítimo» del interés

Previamente me pronuncié en el sentido de que el interés en exigir el cumplimiento de la Constitución es siempre legítimo, pues en definitiva se trata del interés en la legitimidad. Desde este punto de vista, cualquier planteo de inconstitucionalidad sería manifestación de un interés legítimo en la medida en que se encuentre formulado en dichos términos y que sea jurídicamente fundado. Reconozco que la interpretación propuesta de cierto modo trivializa el empleo del término, de similar modo en que el carácter «directo» se trivializa con la interpretación actualmente instaurada.

El alcance del adjetivo sería verdaderamente modesto, pues el interés debería reputarse legítimo en tanto fundado en la Constitución y parece bastante improbable que un sujeto se proponga promover un proceso de inconstitucionalidad sin invocación de una violación a la Constitución como fundamento. Eventualmente podría leerse que el carácter «legítimo» del interés podría servir para desechar en forma liminar demandas manifiestamente infundadas, que no identifican adecuadamente la transgresión a la Constitución en la línea de lo especificado en la reglamentación legal dispuesta por el artículo 512 del CGP sobre requisitos del petitorio.

En cualquier caso, es con la adición del carácter directo y personal –fundamentalmente del primero de los referidos– que termina de delimitarse el supuesto de afectación que legitima la interposición de una solicitud de inconstitucionalidad.

5. Sobre los casos de duda sobre la legitimación y su resolución en beneficio de la consideración sustancial de la pretensión

Antes de finalizar el estudio, se impone insistir en que la interpretación de las disposiciones constitucionales debe efectuarse con una inevitable base textual, desde luego, pero apuntando a la confección de una teoría de la Constitución consistente. Ese mismo discurso exige que al efectuar una interpretación con propósito de aplicación –en concreto³⁷, los supuestos específicos de duda se diriman de conformidad con su orientación.

Asumida una supremacía constitucional, la consignación expresa de su defensa jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva de los individuos, cabe rechazar una posición restrictiva al reconocimiento de legitimación en los procesos de inconstitucionalidad.

37 Sobre la interpretación en concreto véase GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, págs. 33 y siguientes. En similar sentido véase también GAMARRA, Jorge, “Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Civil*, tomo II, FCU, Montevideo, 2014, págs. 92 y 93.

Así también lo exige con generalidad el reconocido principio de «*pro actione*». Es dable suponer –aunque sea en principio– que quien se toma el trabajo de promover una inconstitucionalidad y abonar los servicios de un abogado es porque verdaderamente se siente en algún sentido afectado. Nótese que es particularmente fuerte que un sujeto considere que se violó en su perjuicio nada menos que la Constitución y que no tiene siquiera derecho a que se considere su caso. Por supuesto que la normativa constitucional consigna que el interés en cuestión debe ser directo y que se veda la acción popular sin más, pero si lo que está en juego es precisamente definir si concurre tal propiedad, en escenarios de dudas genuinas, el discurso constitucional pesa en beneficio de la consideración del fondo.

Podría argumentarse en el sentido contrario, apelando irreflexivamente a la llamada presunción de constitucionalidad de las leyes. No obstante tengo muy serias objeciones respecto de esta última, que no viene al caso aquí formular por razones de delimitación del objeto, debe apuntarse que su invocación es en cualquier caso desajustada en la especie. Ante un problema de legitimación, precisamente no se ingresa al análisis de la regularidad constitucional del acto legislativo y es exclusivamente en dicho marco que, por definición, podría operar la presunción.

6. Los hechos configurativos de la legitimación no requieren ser acreditados

Los mismos fundamentos que conducen a preferir en escenarios de duda las soluciones interpretativas que postulan la existencia de legitimación –según viene de indicarse en el capítulo que antecede–, determinan la preferencia por una razonable interpretación de la Carta que no impone la necesidad de acreditarla.

En esta línea, con particular sagacidad Cassinelli Muñoz ha indicado que el artículo 258 CU, al consignar que se encuentra legitimado para solicitar la declaración de inconstitucionalidad «*todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo*», no establece un deber de acreditar los hechos configurativos de la legitimación. El caso debe asumirse por la Suprema Corte de Justicia tal como resulte planteado, pues su mera formulación evidencia la existencia del interés en la «consideración» del sujeto proponente que es lo único que la norma exige. Demás está decir que ello no significa que no deba apreciarse la corrección de la calificación realizada por el solicitante, descartándose los planteos desacertados en la definición de la afectación normativa, pues ello implicaría trivializar la concreta situación de legitimación requerida, pero exime de discutir sobre la efectiva existencia del caso, de los hechos que lo componen, limitándose el objeto de la prueba –de ser esta necesaria– a los hechos determinantes de la inconstitucionalidad³⁸. Por cierto, desde que la mera intención de ingresar a una categoría supone un interés protegido, no tiene sentido destinar esfuerzos inconducentes sobre su acreditación.

La interpretación ensayada, además de ser de contundencia desde el punto de vista literal, es también la que mejor se justifica sistemática y teleológicamente. Evita obstáculos

38 Véase CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, «El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya», en Ob. Cit., págs. 332 y 333.

los en la defensa de la Constitución y de su fuerza normativa, facilitando la tutela de un sujeto que efectivamente invoca sentirse vejado por una violación a la Carta. Se contribuye así, a su turno, a que se constaten eventuales inconstitucionalidades que quizás de otro modo pasarían desapercibidas –obsérvese que su detección es de por sí valiosa–, sin generar consecuencias negativas significativas por ello.

Nótese, a su vez, que la instancia de la prueba no se sortea definitivamente, sino que oportunamente se requerirá su verificación en el proceso que según el caso corresponda. Ante un supuesto planteado por vía de excepción, la prueba debe ofrecerse y diligenciarse en el proceso principal al que el incidente de inconstitucionalidad accede, en las etapas previstas para ello. Por su parte, ante un supuesto planteado por la vía de acción el caso deberá acreditarse en el proceso relevante toda vez que sea necesario hacer valer la sentencia jurisdiccionalmente.

7. Recapitulación

(1) Las posiciones doctrinales más difundidas sobre la legitimación activa para la promoción de un proceso de inconstitucionalidad de actos legislativos en el sistema constitucional uruguayo parten del supuesto de que la lesión del interés directo, personal y legítimo que la Carta exige supone la alusión a una situación jurídica activa y sustantiva preexistente del sujeto, diferente del derecho subjetivo.

(2) En función de una interpretación que no prescinda de la regulación de la legitimación en sede de acción de nulidad de actos administrativos –artículo 309 CU–, que además de mencionar al titular de un interés directo, personal y legítimo refiere también a la violación de derechos subjetivos, se impone proponer una solución que no conduzca al disonante desamparo que supondría negar en estos últimos casos un remedio frente a leyes inconstitucionales.

Es así que minoritariamente se ha sostenido que al estar excluido tal supuesto de la regulación específica establecida en los artículos 256 y siguientes CU, las antinomias entre Constitución y ley deben resolverse de acuerdo a la solución de principio, esto es, que cualquier juez en función del principio de jerarquía normativa debe aplicar la norma de mayor valor y fuerza.

Por su parte, la tesis más difundida asume que aplica la normativa específica sobre control de constitucionalidad de las leyes también para el caso en que una ley inconstitucional resulte violatoria de un derecho subjetivo. Para ello se argumenta que debe reputarse comprendido sin más o bien que ante un eventual vacío, con igual resultado, mediante integración por analogía deben aplicarse dichas normas.

Las dos posiciones tienen defectos, inevitablemente, porque las disposiciones normativas a interpretar no dejan espacio para soluciones plenamente consistentes. La primera de ellas desconoce que el artículo 257 reconoce competencia originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia en la materia y la segunda pretende considerar comprendida o integrar una supuesta omisión ante una manifestación en la propia Constitución que demuestra la conciencia de las categorías.

(3) Ante tal situación, cabe modificar el punto de partida y asumir que en el artículo 258 CU no se refiere al interés legítimo como una situación jurídica preexistente. De una forma más llana es preferible considerar que el interés legítimo es precisamente el que se tiene en la legitimidad y que, invocada la violación a la norma constitucional, la mayor complejidad consiste en determinar si el interés del sujeto es propio –personal– y, fundamentalmente, si es directo, es decir, si se relaciona con una afectación inmediata.

Son muchas las razones que justifican tal cambio. En primer lugar, porque el interés legítimo tal como es usualmente definido, como supuesta situación correlativa de un poder (entendido en un sentido lato como facultad), no es en puridad una situación jurídica sustantiva en la medida en que no se deriva de ninguna norma conocida, ni primaria ni secundaria. Insistir en la tesis de la situación jurídica ante alternativas interpretativas que permiten otro abordaje, supone forzar construcciones dogmáticas sin un adecuado sustento teórico. En segundo lugar, porque las tesis que asumen tal posición son innecesariamente complejas, resultando especialmente difícil determinar de antemano en muchos casos si existe o no violación de un derecho subjetivo. Buena parte de los casos difíciles de inconstitucionalidad radican, precisamente, en su delimitación. Así, si el problema de la legitimación supone resolver sobre el fondo, entonces de nada vale como tal.

(4) Reencauzado el análisis desde la perspectiva de un interés en la legitimidad y propio de un sujeto, la mayor dificultad radica en determinar si existe una afectación directa causada por la norma legal inconstitucional o, lo que es lo mismo, si el interés en restablecer la legitimidad es en dicho caso directo –tal como exige la disposición constitucional–. En tal sentido, entiendo que la atención debe centrarse en la norma legal cuya inconstitucionalidad se postula y no necesariamente en la norma constitucional vulnerada. Es realmente claro el punto si se consideran inconstitucionalidades por razones de forma, pero también se presenta ante vicios originados en la violación de normas de competencia usualmente no calificados como formales. En fin, se generaría una lesión relevante, directa, en los siguientes casos:

(a) por la ubicación –o la razonablemente inminente ubicación– de un sujeto accionante en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma de fuente legal que, explícita o implícitamente, dispone a su respecto una obligación o bien suprime o acota un derecho, una potestad o una inmunidad;

(b) por la exclusión no expresa –o la razonablemente inminente exclusión no expresa– del sujeto accionante del ámbito subjetivo de aplicación de una norma de fuente legal que confiere o extiende el alcance de un derecho, de una potestad o de una inmunidad, debiendo o pudiendo ser de esa forma beneficiado; o

(c) por la inclusión –o la razonablemente inminente inclusión– de un sujeto de intereses directos contrapuestos a los del accionante en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma legal jurídicamente «beneficiosa» –de contenido como el indicado en el literal b que antecede–.

(6) La afectación de un sujeto es directa en los casos que vienen de mencionarse, es decir, en virtud de un análisis de la relación con la norma legal inconstitucional. Pero,

como se acotó, debe comprenderse también a las situaciones de razonable inminencia en el ingreso o permanencia en una categoría, en tanto no se resiente la actualidad del interés toda vez que las normas mediante estímulo o sanción dirigen conductas, cercando entonces el ámbito de la libertad en el ingreso o en la permanencia en una categoría. En cualquier caso, independientemente de la argumentación expuesta, razones evidentes de protección de la Constitución conducen a que deban ampararse las situaciones que razonablemente se perciben encaminadas a un supuesto de perjuicio, sin que sea necesaria su consumación hasta las últimas consecuencias.

(7) Ante escenarios de dudas jurisdiccionales genuinas acerca de la configuración de legitimación activa debe optarse por la solución positiva, pues así lo impone el principio *pro actione* y un discurso constitucional armónico basado en la supremacía y defensa de la Constitución. Por su parte, es claro que no puede invocarse en sentido contrario la presunción de constitucionalidad de las leyes –de por sí muy cuestionable– en tanto operaría –si se admitiese su aplicación– al ingresar al cotejo de disposiciones constitucionales y legales y no antes de dicha instancia.

(8) Por último, en el mismo sentido tutelar, y con una contundente base textual, debe concluirse que los hechos configurativos de la legitimación activa no requieren de prueba en el proceso de inconstitucionalidad.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS A SOURCE OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

LEOPOLDO M. A. GODIO*

Resumen: El presente trabajo repasa y analiza los principios generales de derecho como fuente utilizada por los intérpretes del derecho internacional público y distingue a estos de los principios generales del derecho internacional. El artículo incluye opiniones doctrinales y la jurisprudencia más relevantes.

Palabras clave: Fuentes del derecho internacional - Principios generales de derecho - Principios del derecho internacional público – Tribunales Internacionales.

Abstract: This work review and analyzes the general principles of law as source, used by the interpreters of public international law and provides a distinction of this principles respect the principles of public international law. The article includes current doctrinal views and the most relevant case law.

Key-words: Sources of International Law - General Principles of Law - Principles of Public International Law - International Tribunals.

I. Introducción

El derecho internacional nace, se modifica o extingue a través de procedimientos o medios que constituyen las fuentes del sistema¹. Entre las distintas fuentes², codificadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y luego, mantenida por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “la Corte” o “C.I.J.”, indistintamente) se encuentran los tratados, la costumbre internacional y los principios

* Abogado y Magíster en Relaciones Internacionales UBA. Miembro Titular de la AADI. Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho, UBA). Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional del CARI, entre otras instituciones. Contacto: leopoldogodio@derecho.uba.ar

1 Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18va Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2013, p. 119.

2 Según Kelsen, el término “fuentes” del derecho es una expresión figurativa y ambigua, empleada no sólo para designar los métodos de creación del derecho, sino también la razón de su validez y, si se quiere, su aplicación. Cfr. KELSEN, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, (trad. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida), Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1965, pp. 259-260. Por otra parte, Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse afirman que aquellas constituyen los procesos reconocidos válidos de creación del derecho en un determinado sistema jurídico. Cfr. MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E., GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Víctor R. de Zavalía, 1990, p. 75.

generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, constituyendo estos el fundamento conforme al cual la Corte decidirá la controversias que se le sometan.

Junto a estas fuentes, que la doctrina califica como “formales”, “directas”³, “principales” o “primarias” y les otorga igual jerarquía entre éstas (a excepción de las normas de *ius cogens*, del principio de la ley especial y de la ley posterior, respecto de la general y la anterior, respectivamente)⁴, se encuentran los medios auxiliares o de comprobación del derecho internacional: la doctrina y la jurisprudencia⁵; a la que corresponde añadir, de acuerdo al segundo inciso de la norma referida, la *equidad ex aequo et bono*. Sin embargo, las fuentes enunciadas no poseen carácter taxativo ya que, de acuerdo a gran parte de la doctrina, el derecho internacional puede ser creado por otros procedimientos no indicados en el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. como ocurre, por ejemplo, con los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales, también conocida como *soft law*⁶.

La razón del presente trabajo se encuentra en una de ellas: los principios generales de derecho como fuente, de particular interés ya que, a pesar de presentar un carácter “problemático” en cuanto a su contenido y delimitación, tal como se lo reconoció en la Conferencia de La Haya de 1930, no existen dudas sobre su carácter de fuente a partir de su reconocimiento en el Estatuto de la C.I.J.⁷. No obstante, Rousseau advierte, con razón y en un debate que aún resulta vigente, que parte de la doctrina se niega a admitirlo como fuente autónoma⁸. Kelsen fue uno de sus principales críticos y dudaba de su carácter creador ya que, afirmó, su aplicación sólo era posible con el respaldo de un tratado o una costumbre, toda vez que:

“(…) es dudoso que tales principios existan, especialmente teniendo en cuenta el antagonismo ideológico que separa el sistema legal comunista del capitalista, y el autocrático del democrático. Si la Corte presupone que existe un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas, se presenta la cuestión de saber bajo qué condiciones hay un tratado en el que los Estados implicados en la controversia

3 Así la entiende Anzilotti, representante de la escuela voluntarista que exige el consentimiento de los Estados, quien la utiliza para referirse a “(…) las manifestaciones de voluntad a las cuales atribuye la norma fundamental del orden jurídico el valor de reglas obligatorias para regir a los miembros de la comunidad...pero el Derecho, como sistema de normas, existe únicamente cuando esa traducción es un hecho consumado...”. Cfr. ANZILOTTI, Dionisio, *Curso de derecho internacional*, (Trad. Julio López Oliván) T. 1, Madrid, Reus, 1935, pp. 60-61. Este autor afirma que los principios generales de derecho pueden ser reducidos a una simple analogía que se traduce en un sistema de razonamiento. Esta postura es criticada por Rousseau. Cfr. ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 3ª Ed., Ediciones Ariel, 1966, p. 77.

4 Asimismo, cabe añadir la prevalencia de la Carta de la ONU por sobre cualquier otra obligación internacional, tal como lo dispone el artículo 103, que expresa “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

5 Sobre estas últimas, Díez de Velasco Vallejo afirma que “No obstante, debemos dejar bien señalado aquí que las fuentes, en el sentido estricto de la palabra, sólo son las conocidas por principales o primarias, y que la referencia del art. 38 a la jurisprudencia y doctrina científica no está hecha en el sentido de que ellas sean capaces de crear, modificar o extinguir una norma jurídica, sino, simplemente, la de cumplir una misión estrictamente auxiliar de ayudar al Juez y al intérprete a determinar el exacto contenido de las normas jurídicas, principalmente la costumbre y los principios generales del Derecho, o bien a interpretar estos últimos y los tratados internacionales”. Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *supra* nota 2, pp. 119-121.

6 *Ibidem*, p. 119.

7 *Ibidem*, p. 122.

8 Cfr. ROUSSEAU, Charles, *supra* nota 4, p. 77. El problema es también advertido, desde una perspectiva formativa, por Barberis. Cfr. BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial Abaco, 1994, p. 232.

son partes contratantes... si no hay tratado, deberá aplicarse el derecho consuetudinario... Pero la cláusula c) evidentemente significa que la Corte está autorizada a aplicar una norma que considere como un principio internacional consuetudinario general, lo cual significa una casi ilimitada discreción por parte de la Corte. Sin embargo, es dudoso que los redactores del Estatuto se hayan propuesto realmente conferir a la Corte tal poder extraordinario... podría argumentarse que ‘los principios generales de derecho’ son aplicables solamente si son parte del derecho internacional y, esto significa... la cláusula c) es superflua...’’⁹.

En razón de lo expuesto, analizaremos esta fuente a partir de su inclusión en el Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia y su posterior mantenimiento en el Estatuto de la C.I.J. para, seguidamente, distinguirla de los principios del derecho internacional y, posteriormente, complementarlo con las consideraciones de la propia Corte, tanto en asuntos contenciosos como consultivos.

II. Los principios generales de derecho y el Estatuto de la C.I.J.

Afirma Truyol que los principios generales de derecho son “las exigencias éticas inmediatamente aplicables en orden de las relaciones internacionales de cada época o situación histórica”, independientemente, de su consideración como fuente formal o no del derecho internacional¹⁰.

Desde la antigüedad y a partir de la época del Sacro Imperio, se advierte la presencia de una “ley universal” que, gracias a la labor de los glosadores y comentaristas, se consolidaron en principios aplicables de manera general. En ese sentido, Barberis afirma que a partir del siglo XII el derecho romano era objeto de reenvío en materia de arbitraje, que reaparece como práctica en 1794, a través del tratado Jay suscripto entre el Reino Unido y los EEUU, aplicado posteriormente para resolver el caso del buque Neptune, durante el desarrollo de la guerra anglo-francesa¹¹. La Comisión, al analizar la defensa de estado de necesidad planteada por los británicos, aceptó la existencia de esta en el orden internacional pero rechazó su aplicación al caso, por no reunir los requisitos necesarios. Barberis señala que, en aquel entonces, este derecho no estaba regido por ningún tratado ni costumbre internacional. De este modo se inicia una serie de conocidos asuntos como los casos *Fabiani* (1861), *García Cádiz* (1885), *Metzger & Co.* (1900) y *The Salvador Commercial Co.* (1902), entre otros, que trataron sobre reglas comunes a la mayoría de las legislaciones como, por ejemplo, la denegación de justicia, el retardo injustificado, la prescripción liberatoria, el lucro cesante, la reparación de los daños y perjuicios, la buena fe entre las naciones, el derecho de recurrir al juez y ser oído, el derecho a una decisión jurídicamente fundada¹².

Sin embargo, para Diez de Velasco Vallejo el *status* de los principios generales de derecho como fuente fue determinado, y reconocido, por el Comité de los Diez –que

9 Cfr. Kelsen, Hans, *supra* nota 3, pp. 335-336.

10 Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *Fundamentos de derecho internacional público*, 3ra. Ed., Madrid, Tecnos, 1970, pp. 101-102.

11 Cfr. Barberis, Julio A., “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional.” *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* N° 14, 1991, pp. 13-14.

12 *Ibíd.*, pp. 14-17.

elaboró, en su momento, el texto del Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia– debido a su especial mención en compromisos arbitrales, tratados y laudos arbitrales que declararon aplicables “los principios generales del Derecho de Gentes” o “los principios generales reconocidos por el D.I”. Asimismo, este autor subrayó distintos documentos como el Preámbulo de la Declaración Naval de Londres de 1909, sobre guerra marítima, que declara a sus reglas como una correspondencia sustancial a los principios generales reconocidos por el derecho internacional; y el artículo 7 del Convenio XII de La Haya de 1907 que reconoce, al crear el Tribunal de Presas: “Si no existieran normas generalmente reconocidas, el Tribunal fallará según los principios generales del derecho y la equidad”¹³.

Esta última postura, “encolumnada” a partir de su inclusión en el Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia, con fundamento en los precedentes señalados y luego de los debates entre el Barón Descamps y Lord Phillimore respecto de su jerarquía, que optara finalmente por fórmula propuesta por Root –referida a los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”¹⁴ – permite calificar a los principios generales de derecho como un mero carácter ético derivado del derecho natural.

Lo anterior requiere, para su comprensión, justificar la naturaleza de los principios generales de derecho –aplicados a la solución de controversias– como un conjunto de reglas comunes, tanto de procedimiento como de fondo, presentes en los principales sistemas jurídicos del mundo y que, según Rousseau, “(...) en cierto modo, recuerdan al *jus gentium* de los romanos”¹⁵ y los sistemas que de allí surgen: el sistema continental europeo, el *common law*, el chino, el budista, el islámico o el socialista, para mencionar algunos. A pesar de carecer de una definición puntual libre de controversia, según De Visscher –citado por Diez de Velasco Vallejo y también por Sørensen– los principios generales de derecho aplicados al derecho internacional, presentan su origen en una convicción jurídica que ha encontrado su expresión en los principales sistemas jurídicos de las naciones civilizadas¹⁶.

13 Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *supra* nota 2, pp. 122-123. Este convenio es, justamente, el ejemplo invocado por Podestá Costa para afirmar que distintos tratados multilaterales han estipulado a los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional. Cfr. PODESTÁ COSTA, Luis A. – RUDA, José M., *Derecho Internacional Público*, 3era. Ed., Buenos Aires, Tea, 1979, p. 17. El Comité deliberó entre el 16 de junio y el 24 de julio de 1920. Cfr. BARBERIS, Julio A., *supra* nota 9, pp. 227-228.

14 Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *supra* nota 2, p. 123; y SØRENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México D.F., 5ta. Reimp., Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 174, respectivamente. González Napolitano advierte que la terminología finalmente utilizada en el Estatuto fue escogida entre diferentes propuestas, tales como “principios generales de derecho”, “principios generales de derecho y equidad”, “principios generales de justicia y equidad”, “las reglas de derecho internacional reconocidas por la conciencia jurídica de los pueblos civilizados”, entre otras. Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, Buenos Aires, Ed. del autor, 2008, pp. 99-100.

15 Cfr. ROUSSEAU, Charles, *supra* nota 4, p. 77. Sin embargo, Podestá Costa afirma que “(...) desde hace muchos siglos no pertenecen ya al derecho de tal o cual Estado particular sino que constituyen principios universalmente reconocidos como inherentes a toda relación jurídica, y por ello son fuente del derecho internacional”. Cfr. PODESTÁ COSTA, Luis A. – RUDA, José M., *supra* nota 14, pp. 17-18.

16 Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *supra* nota 2, p. 123. No obstante, Truyol sostiene que los principios generales de derecho “(...) no son otros que los del derecho natural, y, por consiguiente, no es preciso que sean simples generalizaciones de normas convencionales o consuetudinarias, ni siquiera que estén recogidos en el derecho interno de la generalidad de los Estados”. Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *supra* nota 11, p. 102.

La coincidencia o recepción de ellos, en gran parte de los sistemas señalados, se aplican en distintas ramas del derecho como civil, comercial, administrativo, laboral, penal, tributario, constitucional y, por supuesto, internacional, cada uno con sus propias particularidades que, en algunos casos, se presentan de manera constante para brindar un fundamento al intérprete del derecho y principalmente, entre todos ellos, el árbitro o el juez, para aplicarlo de modo abstracto en los laudos o decisiones que solucionen una controversia jurídica¹⁷. Sin duda, estamos en presencia de principios como el debido proceso, la cosa juzgada, el deber de reparación ante el daño causado, la presunción de inocencia y la buena fe¹⁸, entre otros. Al respecto, Gutierrez Posse ha sostenido que:

“Los principios generales de derecho y, en consecuencia, el principio de la buena fe, se encuentran en el derecho positivo de los Estados, siendo la opinión general de sus legislaciones la que permite reconocer su existencia, particularmente, en el ámbito del derecho civil o del derecho procesal. Todo parecería indicar que los Estados no podrían sostener que principios que consideran justos y útiles en sus legislaciones no tendrían el mismo carácter en las relaciones internacionales”¹⁹.

En cuanto a su función, Diez de Velasco Vallejo afirma que estos principios –aplicados al derecho internacional– se concretan a partir de dos procedencias: 1) desde los ordenamientos internos considerados tales *in foro domestico* que contiene, por ejemplo, la prohibición de abuso del derecho, la responsabilidad internacional por actos ilícitos, la restitución de lo adquirido mediante enriquecimiento sin causa, la excepción de prescripción liberatoria, la obligación de reparar el daño emergente y el lucro cesante, todos los cuales “(...) tienen su origen en una convicción jurídica reflejada en la generalidad de los ordenamientos jurídicos y que tras su constatación y correspondiente adaptación [al derecho internacional] son reconocidos como tales en la categoría de principios internacionales”; y 2) aquellos considerados como “propiamente internacionales”, tal como la primacía del tratado respecto del derecho interno, el principio de continuidad del Estado y el agotamiento de los recursos internos como requisito para el acceso a la jurisdicción internacional, entre otros, como producto de una acción de abstracción conjunta del juez internacional y la diplomacia estatal, que se consolida en una regla jurídica expresada en una fórmula sencilla. Afirma el autor señalado que “No se trata de una fuente subsidiaria, sino de una fuente autónoma con independencia de que su contenido se vea... reflejado en normas consuetudinaria o convencionales”²⁰. Sin embargo, analizaremos por separado la cuestión de los llamados “principios generales del derecho internacional”, por entender que se trata de un instituto distinto a pesar que contenga, eventualmente, esquemas de comprensión lógica-jurídicas comunes.

17 Cfr. TUNKIN, Grigory I., *Curso de derecho internacional*, (trad. Federico Pitn), Moscú, Editorial Progreso, t. I, 1980, pp. 78 y ss.

18 Para un estudio detallado de la buena fe y su relación con los principios generales de derecho, ver NOVAK TALAVERA, Fabián, “Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho”, *Agenda Internacional*, Vol. 4, Núm. 9, 1997, pp. 109-134.

19 Cfr. GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., “Los procesos de creación del derecho internacional y los actos unilaterales de los Estados”, en Gladys Sabia [et al], Silvina S. González Napolitano y Leopoldo M. A. Godio (comp.), *Contribuciones al estudio del derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2015, p. 14.

20 Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *supra* nota 2, pp. 125-126. Rousseau afirma que los principios generales de derecho se encuentran comprendidos por principios comunes al orden jurídico interno y al orden jurídico internacional, cuya mayor parte son reglas de derecho material como el *pacta sunt servanda*, el respeto a los derechos adquiridos o la prescripción liberatoria; o bien reglas de índole procesal, como el principio de cosa juzgada o la excepción de litispendencia, entre otras. Cfr. ROUSSEAU, Charles, *supra* nota 4, pp. 77-78.

Retomando las consideraciones sobre los principios generales de derecho, Gutierrez Posse afirma que se trata de principios reconocidos por la mayoría de las legislaciones, de modo que constituyen el patrimonio jurídico común a todos los pueblos y al cual se accede mediante un doble procedimiento de abstracción y generalización “(...) que los despoja de las particularidades nacionales de las cuales pudieron haber sido revestidos por una elaboración técnica más cuidadosa, permitiendo por un esfuerzo de síntesis extraer los aspectos generales realmente universalizables”²¹.

Por su parte, Sørensen sostiene que los principios generales de derecho componen la tercera categoría de normas previstas en el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. y advierte, en su análisis, que la expresión “reconocidos por las naciones civilizadas” se refiere a “(...) todos los sistemas jurídicos que han logrado un estado comparable de desarrollo... en el derecho interno, puesto que los sistemas de él, en muchos casos, se encuentran más desarrollados que el internacional, al que con frecuencia se califica de primitivo”²².

Verdross aborda el análisis de su naturaleza recordando su vital importancia en equiparación con los tratados y la costumbre, al sostener que: “(...) los tribunales arbitrales han fundado siempre sus sentencias no sólo en normas de derecho convencional y consuetudinario, sino también en principios jurídicos que no habían sido recogidos en tratados ni tampoco expresados por costumbres”²³. Agrega el jurista señalado que esta práctica constante fue codificada por el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. que “Impone al tribunal... la aplicación supletoria de los ‘principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas’... [y] se limita a codificar una situación jurídica preexistente”. En ese sentido, afirma que la comisión encargada de la redacción del primer Estatuto entendía como principios a aquellos reconocidos en el *foro domestico* por los pueblos civilizados, pues no deseaba conceder a la corte “plena libertad en la determinación del derecho y sí vincularle, en cambio, a principios jurídicos que han alcanzado ya una *objetivación*”²⁴.

Sin embargo, se ha criticado que la objetivación referida “nada preciso dice”, agregándose que puede tratarse de principios concordantes disponibles en los ordenamientos jurídicos de los pueblos civilizados o bien, de principios aptos para su fundamento. En ese razonamiento Verdross advierte que el artículo 38 se refiere a “principios” y no “reglas”, descartando así toda coincidencia casual para destacar, única y exclusivamente “(...) a aquellos principios fundados en *ideas jurídicas generales*, aplicables a las relaciones entre Estados”²⁵.

21 Cfr. GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *supra* nota 20, p. 16.

22 SØRENSEN, Max, *supra* nota 15, pp. 172-173. Según Remiro Brotons, actualmente, todos los Estados son soberanos, por el hecho de serlo y sin importar su localización geográfica, ideología, sistema político o grado de desarrollo. Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 516. Para un análisis sobre la caracterización del derecho internacional como “primitivo” ver KELSEN, Hans, *supra* nota 3, pp. 3-15. Sobre este punto, Aust afirma que, en comparación con la legislación local, el derecho internacional es relativamente menos desarrollado, aunque en segunda mitad del siglo XX logó una evolución en áreas especializadas, destacando el rol de los tribunales internacionales en la aplicación de conceptos provenientes de tribunales nacionales fortaleciendo así el derecho internacional mismo. Cfr. AUST, Anthony, *Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 52-53.

23 VERDROSS, Alfred, *supra* nota 1, p. 95.

24 *Ibidem*, p. 96. Sobre la aplicación supletoria de los principios generales de derecho al derecho internacional público, Barberis afirma que ello es posible cuando no resulte aplicable al caso ninguna norma, pero resulta necesario eliminar previamente, toda otra fuente formada mediante los procedimientos de tratados, actos unilaterales, resoluciones de organismos internacionales y las decisiones arbitrales y judiciales. Cfr. BARBERIS, Julio A., *supra* nota 9, pp. 235-236.

25 Cfr. VERDROSS, Alfred, *supra* nota 1, p. 96.

Sin embargo, las referencias a los principios generales de derecho también pueden encontrarse en las decisiones judiciales y arbitrales, incluso anteriores a la Corte Permanente Internacional de Justicia, tal como el arbitraje de *Antoine Fabiani*, ya referido. Sin embargo, fue el artículo 38 del Estatuto de la Corte señalada que el habilitó la importancia trascendental de estos principios y su aplicación²⁶.

El debate sobre el significado de “civilizadas” fue objeto de estudio en la opinión separada del Juez Fouad Ammoun en los casos de la *North Sea Continental Shelf*²⁷, aspecto que motivó, más tarde, propuestas de Guatemala y México para enmendar el Estatuto de la C.I.J., con el objeto de obtener su supresión. La gestión fue infructuosa²⁸.

Según Gaja, los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia evidencia que los redactores no coincidían sobre estos principios, al punto que el presidente del Comité, el Barón Descamps, había propuesto la expresión “(...) normas del derecho internacional reconocido por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas”, finalmente rechazada por ser “demasiado amplia”. Su redacción final se obtuvo a partir de una idea de Lord Phillimore, que alegaba por los principios generales aceptados por todas las naciones en el foro doméstico, sin indicar con exactitud las fuentes de las que se deben derivar los principios. Ninguna discusión sobre este punto se presentó veinticinco años después, durante el desarrollo de la Conferencia de San Francisco, al menos en materia de aplicación de los principios generales de derecho aunque, afirma Gaja “(...) los redactores del texto original no habían declarado que los principios generales del derecho otorgarían a la C.I.J. la facultad de decidir sobre una base distinta de la normativa internacional... se trataba de principios generales de derecho como parte del derecho internacional”²⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que instrumentos jurídicos recientes autorizan la utilización de los principios generales de derecho como, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, siempre que aquellos sean compatibles con el mismo Estatuto, el derecho internacional y los estándares internacionales³⁰.

26 Cfr. GAJA, Giorgio, ‘General Principles of Law’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012), para. 1.

27 *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J., Reports 1969*, p. 3 (Judgment of 20 February 1969, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun (translation). El magistrado en cuestión afirmó que la noción se funda en la idea de un Estado perteneciente a la comunidad internacional y que actualmente revistiría una tautología, toda vez que no resulta posible afirmar la existencia de naciones fuera de ella.

28 Cfr. GAJA, Giorgio, *supra* nota 27, para. 2.

29 *Ibidem*, para. 3-6. Para un análisis detallado de los debates del Comité, ver BIN CHENG, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 1-14.

30 Concretamente, el artículo 21 se refiere al “Derecho aplicable” y reconoce, en sus dos primeros incisos, la eventual aplicación de principios. La norma referida dispone, en lo pertinente: “1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Para profundizar sobre un estudio del Estatuto, ver GRAMAJO, Juan M., *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. Remiro Brotons recuerda que, en el caso *Blaskic* (1997), la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoeslavia “(...) rechazó la aplicación de algunos principios generales

Por último, creemos necesario rescatar una observación generalmente ignorada por parte de la doctrina, aunque señalada por Barberis: los principios generales de derecho deben ser normas jurídicas en vigor. Es posible que este detalle se entienda como una obviedad, pero su importancia no es menor, especialmente si consideramos que no resulta necesario que se trate de leyes, ya que también puede justificarse en decretos o resoluciones administrativas que, en vigencia, admitan una generalización de las normas jurídicas internas despojadas de sus elementos particulares, obteniendo así un conjunto de principios fundamentales constantes en un número considerable de legislaciones³¹, sin olvidar descartar aquellas normas excepcionales o de emergencia dispuestas por Estados durante crisis económicas, guerras u otra causa extraordinaria³².

Lo expresado hasta el momento pone de manifiesto que los principios generales de derecho no son meros enunciados, adagios, aforismas o apotegmas jurídicos provenientes del Derecho Romano. Nuestra afirmación se confirma, además, con las consideraciones y la aplicación que, sobre esta fuente, realizaron los tribunales internacionales, tal como lo veremos más adelante.

III. Los principios generales del derecho internacional

Hillier afirma que el significado del artículo 38 del Estatuto autoriza a la C.I.J. a utilizar, particularmente, los principios generales locales del derecho privado, en la medida que son adaptables a las relaciones entre Estados y niega su aplicación como principios de ley internacional ya que, justamente, no están incluidos en la disposición señalada³³.

Según Sørensen, debe distinguirse a los principios generales de derecho respecto de los principios del derecho internacional mismo “puesto que estos últimos en realidad no son más que aquellas normas del derecho internacional que se derivan en la costumbre o los tratados”, tal como la no-intervención, la igualdad entre los Estados, la solución pacífica de controversias y la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, que han sido objeto de codificación en la Carta de la ONU³⁴, así como en convenciones y resoluciones diversas. En ese mismo sentido, Barberis afirma que aquellos son las normas fundamentales del derecho de gentes y poseedores de origen consuetudinario destacando, como ejemplo, el principio de la libertad de los mares³⁵.

Este último autor se pregunta sobre la posible existencia de principios generales de derechos como producto propio del orden internacional. Al respecto, razona que este orden jurídico, como sistema que es junto con las normas que lo configuran, no puede deducir un principio general con un contenido distinto que aquel que ellas poseen y con-

reconocidos en algunos ordenamientos internos por considerarlos incompatibles con los caracteres del procedimiento penal internacional”. Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, *supra* nota 23, p. 515.

31 Cfr. BARBERIS, Julio A., *supra* nota 9, p. 242.

32 *Ibidem*, p. 246.

33 Cfr. HILLIER, Tim, *Sourcebook on Public International Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 1998, p. 84.

34 Cfr. SØRENSEN, Max, *supra* nota 15, pp. 173-174. Rousseau agrega el principio de la continuidad del Estado, la primacía del derecho internacional respecto de las leyes internas y el agotamiento de los recursos internos, entre otros. Cfr. ROUSSEAU, Charles, *supra* nota 4, p. 78.

35 Cfr. BARBERIS, Julio A., *supra* nota 9, p. 235.

cluye que no parece acertado afirmar que “(...) existen principios generales de derecho que pueden ser derivados del sistema del orden jurídico internacional y que son distintos de las normas del sistema. Si algún principio general de derecho puede ser deducido de aquél, ya está contenido en las normas jurídicas que lo configuran”³⁶.

Similar razonamiento encontramos en Virally, para quien los principios generales de derecho son ajenos a los principios de derecho internacional público, toda vez que el primero está conformado por principios comunes pertenecientes a los sistemas jurídicos internos de los Estados que, en otras palabras, se trataría de una fuente que contribuye, materialmente, al propio derecho internacional³⁷.

Para Seara Vázquez, los principios del derecho internacional “(...) son invocados por los Estados o el juez internacional, sin mencionar expresamente su fuente; y al actuar de esta manera no están creando la norma, sino que, por el contrario, la consideran tan evidente que, por parecerles axiomática, no tratan de justificarla o fundamentarla”³⁸.

IV. La utilización de los principios generales del derecho y los principios de derecho internacional en la jurisprudencia internacional

Sobre este punto, Díez de Velasco Vallejo advierte que los principios generales de derecho representaron un papel modesto en la jurisprudencia internacional, aunque le reconoce una aplicación mayor en aspectos procesales, debido al desarrollo de estos en los ordenamientos internos³⁹. Entre los jurisprudenciales que se han dedicado al estudio de las fuentes, Remiro Brotóns sostiene que:

“Los tribunales internacionales pueden utilizar cualquiera de los principios generales de los ordenamientos estatales incluyendo los que inspiran sus diferentes ámbitos materiales y que son consecuencia, o concreción, de otros más genéricos y comunes a todos ellos. Esta afirmación debe ser, con todo, matizada ya que el recurso a los principios sólo será pertinente en la medida en que sean compatibles con la idiosincrasia del ordenamiento jurídico internacional”⁴⁰.

El catedrático referido afirma que la limitada aplicación de estos principios obedece, en buena parte, a dos razones: a) la impugnación de estos como categoría normativa de orden internacional, por parte de los pensadores socialistas; y b) el temor que su utilización incentivara al exceso de creatividad en el juez internacional. Esta dificultad explica, además, que la aparición de los principios generales de derecho en la jurisprudencia de la C.I.J. se ha concentrado en el procedimiento y la interpretación de reglas convencionales⁴¹.

36 *Ibidem*, pp. 235-236.

37 Cfr. VIRALLY, Michel, “Panorama du droit international contemporain: cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, Vol. 183, 1983-V, pp. 171 y ss.

38 Cfr. SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México D.F., Porrúa, 2005, p. 79.

39 Cfr. Díez de VELASCO VALLEJO, Manuel, *supra* nota 2, p. 124.

40 Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio, *supra* nota 23, p. 515.

41 *Ibidem*, p. 516. El autor concluye, posteriormente, que la práctica de árbitros y jueces no justifican los temores. *Ídem*.

La idea anterior coincide con la observación de Barberis, para quien la C.I.J. y su predecesora no suelen referirse expresamente, ni en sus decisiones ni opiniones, a la disposición del artículo 38 relativo a los principios generales de derecho⁴².

A pesar de algunas experiencias en la aplicación de estos principios por la jurisprudencia arbitral en las controversias sobre *Indemnizaciones de la guerra de Turquía* (1912), *Lena Goldfields* (1930) y *Abou Dhabi* (1951), entre otros, como fundamento respecto de las indemnización por actos ilícitos, la condena al enriquecimiento sin causa y la aplicación de los principios de “justicia, equidad y buena conciencia”⁴³, nos interesa abordar —por razones de extensión—, la labor interpretativa de la C.I.J. o mejor dicho, de sus miembros, ya que las referencias a estos principios suelen encontrarse, principalmente, en votos separados y disidencias de los magistrados.

A fin de ordenar la exposición de los casos sometidos a conocimiento de la C.I.J. dividiremos la sección en dos clases de asuntos: 1) la función contenciosa; 2) las opiniones consultivas.

IV.A) La contribución de la Corte Internacional de Justicia en procedimientos contenciosos:

Previo a abordar la jurisprudencia de este órgano de la O.N.U., resulta útil señalar que la Corte Permanente Internacional de Justicia tuvo ocasión de referirse a estos principios aplicados a la obligación de reparar los daños causados, en el asunto *Factory at Chorzów*, decidido en 1928, al considerar, respecto de la obligación de reparar, que se trataba de un elemento del derecho internacional positivo⁴⁴.

En el caso analizado, el tribunal reconoció, según Gaja, la presencia de un principio de derecho en el ámbito local e internacional que permite asumir su existencia en otros sistemas nacionales y que en su aplicación práctica resulta menos controvertida⁴⁵.

Sin embargo, Diez de Velasco Vallejo identifica referencias en las excepciones preliminares del asunto *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*⁴⁶, cronológicamente anterior al caso *Factory at Chorzów*, razonando el tribunal que nada, ni su Estatuto ni otras normas que rigen las actividades de la Corte o los principios generales del derecho le impide el estudio sobre el fondo del caso⁴⁷.

De este modo, el inicio de la labor de la C.I.J. en el *Corfu Channel Case* constituyó una oportunidad para el análisis de los principios generales de derecho aplicables a las pre-

42 Cfr. BARBERIS, Julio A., *supra* nota 9, p. 230.

43 Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *supra* nota 2, p. 124.

44 *Case Concerning the Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, P.C.I.J., Merits (Claim for indemnity), Series A.-No. 17, Judgment of September 13th, 1928, p. 29.

45 Cfr. GAJA, Giorgio, *supra* nota 27, para. 7-9.

46 Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *supra* nota 2, p. 124.

47 *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, P.C.I.J., Preliminary Objections, Series A.-No. 6, Judgment of 25 August 1925. En el voto separado de Anzilotti, al tratar este magistrado la cuestión de la jurisdicción, expresó al respecto de los principios generales de derecho que: “Neither the Statute nor the Rules of Court contain any rule regarding the procedure to be followed in the event of an objection being taken *in limine litis* to the Court’s jurisdiction. The Court therefore is at liberty to adopt the principle which it considers best calculated to ensure the administration of justice, most suited to procedure before an international tribunal and most in conformity with the fundamental principles of international law. *Ibidem*, Observations by M. Anzilotti, p. 29

sunciones e indicios admitidos en los sistemas jurídicos locales; así como los principios fundados en el derecho internacional humanitario, cuya existencia fue invocada por el Reino Unido⁴⁸. En este mismo asunto, advertimos que en la opinión separada de Álvarez, se afirma la existencia de un principio de “principio de justicia social”⁴⁹ y, por otra parte, la opinión disidente de Azevedo, quien expresa algunas consideraciones respecto a la influencia de los principios generales de derecho aplicados a los delitos y cuasidelitos analizados en el caso⁵⁰.

También se refirió a estos principios el Juez Ečer en ocasión de su voto disidente, afirmando que era posible aplicar los principios generales de derecho por analogía cuando, por las circunstancias del caso, se obtenían dos o más conclusiones racionales⁵¹. La opinión disidente de Krylov también incluye consideraciones sobre principios generales de derecho, presentes en el derecho interno de varios Estados y aplicables, indirectamente, al caso⁵².

Posteriormente, los principios generales de derecho fueron analizados por la C.I.J. en distintos asuntos contenciosos que, cronológicamente, continuaron con las cuestiones preliminares del *Case of the Monetary Gold removed from Rome in 1943*. Allí la Corte sostuvo que para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional era ineludible tener en cuenta los principios establecidos en su Estatuto⁵³.

También tuvo oportunidad de considerarlos en la controversia del *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, entre Camboya y Tailandia, decidido en 1962. El Vice-presidente del tribunal, el Juez Alfaro, inició su opinión separada en clara referencia a los principios generales de derecho atribuyéndole importancia debido a su frecuente utilización en sentencias y laudos⁵⁴.

La opinión separada de Sir Gerald Fitzmaurice en este caso, aplica los principios de la voluntad en los contratos y la alegación del error en el consentimiento. Se trató de una labor por demás interesante ya que trató sobre la teoría de los actos propios aplicado a un tratado de límites realizado sobre la conformación de mapas, concluyendo que debía aplicarse estrictamente, por razones de seguridad jurídica⁵⁵. Analiza, asimismo, el prin-

48 Cfr. *Corfu Channel Case, Judgment of April 4th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 18 y 28.

49 Cfr. *Corfu Channel Case, Judgment of April 4th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, Individual Opinion by Judge Alvarez, p. 41.

50 Cfr. *Corfu Channel Case, Judgment of April 4th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, Individual Opinion by Judge Azevedo, pp. 104-105.

51 Expresa que: “In my opinion, therefore, it suffices if a conclusion drawn from the indications is the only rational conclusion, having in view the concrete circumstances of the case. If two or more rational conclusions are possible, we must choose between them according to the general principle of law: *in dubio pro reo*... In such a case, I think that the general rule *in dubio pro reo* must be applied by analogy”. Cfr. *Corfu Channel Case, Judgment of April 4th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, Dissenting Opinion of Judge Ečer, pp. 120 y 129. La utilización de los principios generales de derecho con base en la analogía es reconocida por Hillier. Cfr. HILLIER, Tim, *supra* nota 34, pp. 83-84.

52 Cfr. *Corfu Channel Case, Judgment of April 4th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, Dissenting Opinion of Judge Krylov, p. 69.

53 Cfr. *Case of the Monetary Gold removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, p. 19 y 32.

54 Cfr. *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962*, Separate Opinion of Vice-President Alfaro, p. 39.

55 Cfr. *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962*, Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice, p. 57.

cipio de preclusión y el estoppel⁵⁶ para concluir que constituye un principio establecido de derecho internacional⁵⁷.

Casi en simultáneo al caso del Templo de Preah Vihear tramitaron los asuntos del África Sudoccidental, entre Etiopía y Liberia contra Sudáfrica, aunque su decisión presentó dos etapas: 1962 y 1966. En la segunda de ellas se debatió, como fondo, la existencia de ciertos principios humanitarios⁵⁸ y morales aplicables al sistema de mandatos considerando, respecto de estos últimos, que los principios morales sólo pueden ser tenidos en cuenta en la medida que posean expresión suficiente. En otras palabras, debe ser una norma que sirva a una necesidad social⁵⁹.

Asimismo, la C.I.J. determinó la inexistencia de principios generales de derecho aplicables como “acciones de clase”, al rechazar su habilitación fin de reivindicar un interés público –por parte de miembros de una colectividad– al menos en situación que se encontraba el derecho internacional de ese entonces⁶⁰.

Pocos años después, los casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (entre Alemania, Dinamarca y los Países Bajos) trataron sobre amplios aspectos de las distintas fuentes del derecho internacional público, destacándose el estudio de los principios y reglas aplicables para la delimitación marítima entre los Estados Parte. Allí la Corte determinó la existencia de reglas y principios del derecho como el principio de la equidad y el principio de equidistancia⁶¹.

En este asunto se destaca, particularmente, la opinión individual de Fouad Ammoun quien subrayó el análisis del principio de buena fe en las relaciones internacionales⁶². Su voto incluye interesantes consideraciones sobre el principio de la libertad de los mares⁶³ y afirmó que los principios generales de derecho forman parte de la Ley de las Naciones⁶⁴.

56 *Ibidem*, pp. 62 y ss.

57 *Ibidem*, p. 64.

58 Cfr. *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J., Reports 1966*, p. 18, para. 5 y p. 32, para 44.

59 *Ibidem*, p. 34, para 49. Incluyó, asimismo, algunas consideraciones procesales en materia de legitimación. En palabras de la Corte “(...) It is a universal and necessary, but yet almost elementary principle of procedural law that a distinction has to be made between, on the one hand, the right to activate a court and the right of the court to examine the merits of the claim –and, on the other, the plaintiff party’s legal right in respect of the subject-matter of that which it claims, which would have to be established to the satisfaction of the Court”. *Ibidem*, p. 39, para 64. Cabe destacar que Tanaka, en su voto disidente, sostuvo que los principios de derecho interno que conforman los principios generales de derecho pueden provenir de distintas ramas del derecho. Cfr. *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J., Reports 1966*, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, pp. 294-298.

60 *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 47, para. 88. Sin embargo, cabe señalar que Shwelb sostiene la existencia anterior de las *actio popularis*. Cfr. SHWELB, Egon, “The action popularis and international law”, *Israel Yearbook of Human Right*, v. 2, 1972, pp. 46-56.

61 Cfr. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 46, para. 83-84; y p. 53 para. 101 (C) (1).

62 Cfr. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, p. 102, para. 3.

63 Afirma, expresamente “The dual criterion of the economic objectives given for the rights of coastal States and of respect, to the necessary extent, of the freedom of the high seas, naturally excludes the use of the continental shelf, just as of the high seas, for military purposes. The freedom of the high seas, a principle of positive international law, remains sacrosanct so long as a rule of the same nature has not subjected it to restrictions by specifying individual rights which States would be empowered to exercise therein”. *Ibidem*, p. 118, para. 19.

64 *Ibidem*, pp. 120-121, para. 22 y p. 134-121, para. 33.

El estudio de la potestad que poseen los tribunales internacionales para indicar o prescribir medidas provisionales fue abordado por la C.I.J. en los asuntos sobre los Ensayos Nucleares, decididos en 1974 y que involucraron, en procesos separados, a Nueva Zelanda y Australia contra Francia. Al respecto, González Napolitano afirmó que la Corte sostuvo, en aquella oportunidad, que las medidas provisionales como facultad eran una consecuencia lógica de los principios generales de derecho⁶⁵.

Asimismo, cabe destacar entre los casos contenciosos de la C.I.J. el asunto del Personal diplomático y consultar de los EEUU en Teherán, ocasión aprovechada por la Corte para resaltar el carácter autónomo de los principios del derecho internacional en relación a los tratados y la costumbre que pueden recoger, total o parcialmente, su contenido. En efecto, sostuvo que el principio de la inmunidad de los agentes diplomáticos y la inviolabilidad del establecimiento de la misión, constituyen una de las bases del derecho diplomático en sí, presente desde larga data y subrayado, con fuerza, por los 44 y 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, que establece principios y reglas estatales esenciales para el mantenimiento de relaciones pacíficas entre los Estados que son aceptados en todo el mundo⁶⁶.

Por otra parte, el asunto sobre las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua constituye uno de los análisis más completos que realizó la C.I.J. en materia de fuentes. En efecto, la Corte reafirmó la aplicación del principio de prohibición del uso de la fuerza, reconocido en el artículo 2 (4) de la Carta y aceptado por los Estados no sólo como un principio del derecho internacional consuetudinario, sino también como un principio esencial de este derecho. En distintos párrafos el tribunal aprovechó para referirse, además, a los principios de no intervención y el principio de soberanía e integridad territorial⁶⁷.

Asimismo, la C.I.J. señaló que la prohibición del uso de la fuerza es, además, un principio fundamental o esencial del derecho internacional. En relación al principio de no

65 Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 15, p. 104.

66 Cfr. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 24, para. 45. Asimismo, afirmó que "(...) the principle of the inviolability of the persons of diplomatic agents and the premises of diplomatic missions is one of the very foundations of this long-established régime, to the evolution of which the traditions of Islam made a substantial contribution. The fundamental character of the principle of inviolability is, moreover, strongly underlined by the provisions of Articles 44 and 45 of the Convention of 1961". *Ibidem*, p. 41, para. 86.

67 Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 94-96, para. 176 y 181; y p. 99, para. 188. Amplía la C.I.J., al sostener que "These activities constitute infringements of the principle of the prohibition of the use of force, defined earlier, unless they are justified by circumstances which exclude their unlawfulness, a question now to be examined. The Court has also found (paragraph 92) the existence of military manoeuvres held by the United States near the Nicaraguan borders; and Nicaragua has made some suggestion that this constituted a 'threat of force', which is equally forbidden by the principle of non-use of force. The Court is however not satisfied that the manoeuvres complained of, in the circumstances in which they were held, constituted on the part of the United States a breach, as against Nicaragua, of the principle forbidding recourse to the threat or use of force". *Ibidem*, p. 118, para. 227. Agrega, asimismo que "The Court therefore finds that the support given by the United States, up to the end of September 1984, to the military and paramilitary activities of the *contras* in Nicaragua, by financial support, training, supply of weapons, intelligence and logistic support, constitutes a clear breach of the principle of non-intervention". *Ibidem*, para. 242. Concluye el tribunal que "The Court however does not consider it necessary to seek to establish whether the intention of the United States to secure a change of governmental policies in Nicaragua went so far as to be equated with an endeavour to overthrow the Nicaraguan Government. It appears to the Court to be clearly established first, that the United States intended, by its support of the *contras*, to coerce the Government of Nicaragua in respect of matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely...". *Ibidem*, p. 124, para. 241.

intervención, expresó que contenía una convicción de obligatoriedad que presentaba una práctica consolidada y confirmada por la costumbre posteriormente codificada en el artículo 2.4 de la Carta, frecuentemente señalada por los representantes de los Estados como un principio fundamental⁶⁸, respaldado por una *opinio juris* de carácter sustancial⁶⁹ que prohíbe a Estados y grupos de Estados intervenir –directa o indirectamente– en los asuntos internos o externos de sus pares⁷⁰. En otras palabras, la Corte concluye que no existía, en el derecho internacional contemporáneo, un derecho general de intervención en apoyo a una oposición dentro de otro Estado y que si estos, directa o indirectamente implican el uso de la fuerza, se trata de una violación al principio establecido en la Carta⁷¹.

Otro de los aspectos referidos a los principios analizados por el tribunal en este caso fue el de “administración de justicia”. En lo pertinente, sostuvo que el artículo 53 del Estatuto le obliga a emplear todos los medios y recursos a fin de comprobar si las presentaciones del Estado solicitante se encuentran bien fundadas en los hechos y el derecho, con el objeto de salvaguardar los principios esenciales de la administración de la justicia⁷².

Contemporáneamente al caso anterior, el *Case concerning the Frontier Dispute* (entre Burkina Faso y Mali) también merece ser recordado por su contribución al análisis de nuestra propuesta. En efecto, se debatió el principio del *uti possidetis iuris*, el principio de intangibilidad de las fronteras, la autodeterminación de los pueblos, la inversión de la carga de la prueba y la aceptación de aplicación de ciertos principios y reglas atribuibles a las conductas de las partes, entre otros⁷³. La Corte reconoció que el principio del *uti possidetis iuris* aplicable a la descolonización, se encontraba lógicamente conectado con la obtención de la independencia y la intangibilidad de las fronteras heredadas⁷⁴.

Asimismo, la C.I.J. reconoció la existencia de “principios generales del derecho procesal”⁷⁵ en la intervención de Nicaragua y sus argumentos en el *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, una compleja controversia entre El Salvador y Honduras que involucraba al Golfo de Fonseca. La solicitud fue resuelta por el tribunal en 1990 que justificó el rol y las características del Estado interviniente del procedimiento de conformidad al Estatuto y el Reglamento de la Corte, adicionando los principios generales del derecho procesal⁷⁶.

68 *Ibidem*, p. 100, para. 190.

69 *Ibidem*, p. 106, para. 202.

70 *Ibidem*, p. 108, para. 205.

71 *Ibidem*, pp. 109-110, para. 209.

72 Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 40, para. 59.

73 Cfr. *Frontier Dispute, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 554 y ss.

74 *Ibidem*, p. 554, para. 20.

75 El mismo no es exclusivo de este tribunal, ya que también se advirtió en tribunales de carácter regional como, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, Nieto Navia analiza el principio *jura novit curia*, y afirma que “(...) sin embargo, es un principio procesal que da a los jueces facultades de traer normas de interpretación, normas procesales y principios que un demandante o un demandado hubieran podido olvidar y que el juzgador, porque los conoce, los aplica con el objeto de que, por falta de hacerlo, pudiera hacerse una errónea decisión o, si se quiere, una denegación de justicia”. Cfr. NIETO NAVIA, Rafael, “La aplicación del principio *jura novit curia* por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Ernesto J. Rey Caro & María Cristina Rodríguez (dirs.), *Estudios de derecho internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clement*, Córdoba, Advocatus, 2014, p. 622.

76 *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990,

Al finalizar el siglo XX, la C.I.J. decidió el *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, referido a la administración y utilización del río Danubio entre Hungría y Eslovaquia a la luz de principios ambientales. Al respecto, el tribunal tuvo ocasión de referirse al principio precautorio y los principios del derecho aplicable a cursos de aguas internacionales, además de otros principios que merecieron su consideración como el de buena fe, soberanía, integridad territorial e inviolabilidad de los límites estatales, entre otros⁷⁷.

Por otra parte, el uso equitativo y razonable de los cursos de aguas internacionales y con fines ambientales fueron invocados como principios de derecho internacional por Argentina y Uruguay en el asunto *Pulp Mills on the River Uruguay*, decidido por la C.I.J. en 2010⁷⁸. Allí la Corte reafirmó el principio de buena fe y consideró al principio precautorio como norma consuetudinaria justificada en la debida diligencia exigida a los Estados, en el sentido que estos no deben permitir, teniendo conocimiento, que un territorio sea utilizado para afectar derechos de otros Estados y causen un daño sensible al ambiente. En palabras del tribunal⁷⁹.

IV.B) Aportes de la Corte Internacional de Justicia en opiniones consultivas:

La función consultiva de la C.I.J. presenta, desde el inicio de la actividad del tribunal, veintitrés asuntos sometidos para su opinión. En el objeto de nuestra propuesta, cabe señalar que la sexta consulta recibida en orden cronológico, se refiere a las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobada en 1948. En este caso, la Asamblea General de la O.N.U. le consultó a la Corte si era posible considerar, como parte de un tratado, a un Estado que formule una o varias reservas y que las mismas sean objetadas por algunos signatarios y aceptadas por otros⁸⁰.

En opinión del tribunal, la Convención se funda en principios reconocidos como obligatorios para los Estados, incluso en ausencia de vínculo convencional ya que posee un fin puramente humano y civilizador, inspirado en el reconocimiento de las naciones civilizadas como vinculantes, que intenta salvaguardar la existencia misma de grupos humanos, al mismo tiempo que confirma los principios morales más elementales. De acuerdo a la Corte, a la luz de la Convención no se presenta un interés propio de los Estados, sino un beneficio común de la comunidad internacional que, en definitiva, no es otro que preservar sus fines superiores⁸¹.

p. 135-136, para. 102.

77 Cfr. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 49, para. 64; p. 51, para. 67; p. 53, para. 75-76; p. 55, para. 80; p. 62, para. 97; p. 76, para. 133; p. 78, para. 141; y 79, para. 142.

78 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 42, para. 55.

79 *Ibidem*, p. 67, para. 145; y *Ibidem*, pp. 55-56, para. 101. También analizó el principio de la carga de la prueba. *Ibidem*, p. 71, para. 162. En este asunto, merece destacarse la extensa opinión separada del Juez Cançado Trindade, quien se dedica a estudiar la historia y aplicación de los principios generales del derecho y su autonomía como fuente del derecho internacional, incluyendo la aplicación numerosos casos de la C.P.I.J. y la C.I.J. para, finalmente, considerar la utilización de estos en el caso a la luz de los imperativos de la salud humana y la protección del ambiente, entre otros aspectos. Cfr. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 135-215.

80 Las cinco anteriores fueron: *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, en 1947; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, en 1948, conocido como el caso "Folke Bernadotte"; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, la cuestión sobre la *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* y el ilustre *International Status of South West Africa*, en 1949.

81 Cfr. *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*: I.C.J. Reports 1951, p. 23.

Por otra parte, en la consulta referida al *Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal*, la C.I.J. señaló que el Tribunal Administrativo de la Organización poseía naturaleza judicial y revestía carácter independiente. En lo que nos interesa, la Corte opinó que era un principio bien establecido y generalmente reconocido que las sentencias dictadas por un organismo judicial poseen carácter vinculante para las partes de la controversia⁸².

Más tarde, en la opinión consultiva del caso *Namibia*, la C.I.J. tuvo ocasión de referirse a la violación de los tratados como causal de extinción y afirmó que es posible presumir su existencia como principio general del derecho de modo inherente cuando no surge expresamente en el texto⁸³.

En 1973 la Corte analizó, nuevamente, principios que rigen a los procesos judiciales. Respecto a los artículos 11 y 64 del Estatuto en la *Application for Review of Judgment No 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, la C.I.J. verificó la presencia del principio de igualdad de las partes, la buena administración de justicia y el derecho a ser oído, la imposición de costas, entre otras⁸⁴.

También encontramos, en las opiniones consultivas que llegaron a la Corte, referencias en el asunto sobre las consecuencias jurídicas sobre la construcción del muro en los territorios palestinos ocupados, respecto del cual consideró que las Convenciones de Ginebra referidas al derecho internacional humanitario se imponen a todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que las expresan, pues dichas reglas constituyen principios imposibles de transgredir que, actualmente, presentan carácter *erga omnes*⁸⁵.

Si bien Barberis afirmó que recurrir a la práctica jurisprudencial, como medio de precisar la existencia de un principio general de derecho, no aporta mucha información⁸⁶, creemos que los tribunales internacionales –en particular la C.I.J.–han realizado una contribución significativa para conceptualizar tanto los principios generales de derecho como los principios de derecho internacional.

82 *Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954: I.C.J. Reports 1954, p. 53.*

83 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 48, para. 98.*

84 *Application for Review of Judgment No 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1973, pp. 180-181, para. 36; y p. 212, para. 98.*

85 En palabras de la Corte: "With regard to international humanitarian law, the Court recalls that in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons it stated that 'a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and 'elementary considerations of humanity'..., that they are 'to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law' (I.C.J. Reports 1996 (I), p. 257, para. 79). In the Court's view, these rules incorporate obligations which are essentially of an *erga omnes* character". Cfr. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 199, para. 157.* Para profundizar sobre este punto ver GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014. Para un análisis de la obligación *erga omnes* en el caso, ver CASTILLO ARGANARÁS, Luis F., "La libre determinación de los pueblos: obligación *erga omnes* o *ius cogens*", en Julio Barboza (coord.), *La Corte Internacional de Justicia y el derecho internacional: temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro*, Buenos Aires, CARI, 2005, pp. 69-90.

86 Cfr. BARBERIS, Julio A., *supra* nota 9, p. 244.

No obstante lo anterior, coincidimos con el autor por cuanto señala que, en sus sentencias, los magistrados “(...) dan la impresión de que... se basan a menudo en su propia intuición, inspirados seguramente por los sistemas jurídicos que les resultan más familiares. Los jueces, en general, no indican explícitamente el procedimiento seguido para comprobar la existencia de los principios generales en que fundan su decisión”, aunque aclara que:

“La conducta de los tribunales internacionales en esta materia no puede ser interpretada como una actitud arbitraria, sino que tiene su explicación. Si se examinan los principios generales que la jurisprudencia aplica, se podrá comprobar que se trata de principios que son fundamentales en todo orden jurídico y que... a criterio de quien posee una formación jurídica, aparecen como evidentes...”⁸⁷.

Posiblemente, esta comprensible prudencia de los miembros del tribunal encuentre justificación en las palabras de Gaja, para quien la C.I.J. ha sido reacia a aplicar los principios generales de derecho de una manera discrecional, de modo que genere un riesgo para la previsibilidad de las partes y que, además, podría resultar en una actividad cercana la equidad *ex aequo et bono*, prevista en el artículo 38 (2) del Estatuto de la C.I.J.⁸⁸

V. Reflexiones finales

De lo expuesto en el presente trabajo, podemos afirmar que los principios generales de derecho establecen una manifestación de principios de lógica jurídica aplicada en la esencia misma del derecho, cuando no constituyen un principio de la justicia que en sí mismo admiten su utilización analógica, debido a la práctica que evidencia su utilización en ausencia de tratados y costumbres, aunque sin dudas su esplendor histórico se sitúa en los orígenes del derecho internacional y reviste actualmente una menor frecuencia⁸⁹.

Por otra parte, es posible sostener que el intérprete del derecho internacional recurre a los principios generales de derecho sin aplicar la “institución” sobre la cual requiere fundar su argumento o decisión, según se trate de un agente o un magistrado, respectivamente, sino que utiliza una generalización basada en las normas del derecho interno de distintos Estados. Esto no significa, necesariamente, ponderar su utilización como fuente autónoma con el objeto de impedir una situación de *non liquet* –es decir, la presencia de un caso en que el juez se encuentre ante una imposibilidad de juzgar–, ya que este temor no se presenta en las controversias internacionales entre Estados toda vez que, en hipótesis, la imposibilidad de juzgar acarrea el rechazo *in limine* de toda demanda infundada en normas convencionales o consuetudinarias.

Nuestra afirmación respeta una de las características básicas del sistema de solución pacífica de controversias aplicable al derecho internacional público y reconocido en los artículos 2 (3), 33 y 95 de la Carta de la O.N.U.: el margen de discrecionalidad y libertad del que gozan los Estados mientras no contraigan obligaciones, expresas o tácitas. Res-

87 Ídem.

88 Cfr. GAJA, Giorgio, *supra* nota 27, para. 16.

89 Cfr. BARBERIS, Julio A., *supra* nota 9, p. 222.

pecto del *non liquet* en particular, Verdross afirma que el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. indica al tribunal para que:

“(…) examine, ante todo, si la demanda se apoya en algún tratado suscrito por las partes en litigio, y si ello no es así, indagar si tiene algún fundamento en la costumbre internacional, y si tampoco una norma de esta índole ampara la queja, averiguar *todavía* si no cabe admitirla acaso sobre la base de un principio general del derecho... autoriza, pues, al T.I.J. a admitir una demanda que habría de ser rechazada si se aplicase *única y exclusivamente* el D.I. convencional y consuetudinario... los principios generales de derecho preceden a la norma que establece la libertad de los Estados, ya que la parte demandada solo es libre en tanto en cuanto la demanda *tampoco* pueda fundarse en un principio general del derecho... el derecho convencional y consuetudinario no agotan el D.I.P., sino que ambos encuentran su *complemento* en los principios generales del derecho... Pero además... sirven para interpretar preceptos jurídicos-internacionales dudosos”⁹⁰.

Distinta situación reviste considerar su carácter de fuente en relación con la costumbre. Al respecto, Gaja advierte una habitual referencia de la C.I.J. a principios que no revisten, estrictamente, carácter local. Esto se explica en parte, sostiene el autor, por la relación que poseen los principios generales de derecho y la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” tal como ocurrió en el *Corfu Channel Case*, en relación a la libertad de navegación. No obstante, no corresponde presumir que la fuente convencional prevalezca siempre sobre los principios generales de derecho ya que pueden presentarse supuestos en que ambas fuentes coincidan en la relación regulada pero que el principio altere, limitada y específicamente, la forma de su aplicación⁹¹.

En definitiva, lo anterior no significa desconocer el carácter de fuente a los principios generales de derecho, ni su igualdad de jerarquía respecto de la costumbre internacional y los tratados, sino considerarlos de modo supere las expectativas de análisis por parte del tribunal aunque sin excederse, ya que el límite entre una decisión adoptada de conformidad con el derecho internacional la posibilidad de ser atacada como un posible acto *ultra vires* del juzgador puede ser, en algunos casos, una diferencia sutil. Lo mismo cabe señalar respecto de la ligera diferencia que presentaría la equidad *ex aequo et bono*, aunque la misma resulta justificable en caso de acuerdo entre las partes de la controversia⁹².

No obstante, se advierte cómo la inclusión de los principios generales de derecho en el Estatuto de la C.I.J. y la aplicación que de ellos realiza la propia Corte no hace más que evidenciar su función y aplicación como normas jurídicas que confirma su carácter

90 Cfr. VERDROSS, Alfred, *supra* nota 1, p. 98.

91 Cfr. GAJA, Giorgio, *supra* nota 27, para. 18-22.

92 Esta situación en particular merece un análisis separado luego de la controversia *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, pp. 3 y ss. Al respecto, ya se han publicado análisis críticos de la decisión adoptada por la C.I.J. en este asunto, como ABHIMANYU, George J., “*Maritime Dispute (Peru v. Chile)*”, *American Journal of International Law*, Vol. 109, N° 2, 2015, pp. 379-386; y ARNELLO ROMO, Mario, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el límite marítimo Perú c. Chile confirma la pérdida de jurisdicción que prevalece en la justicia internacional. Análisis de una sentencia que en parte falló en derecho, que se tornó arbitraria, y que, al ser predecible, obliga a una reflexión crítica sobre estrategias y defensas”, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, Número Especial, 2014, pp. 61-69.

de fuente. A pesar de lo anterior, es inevitable reconocer su carácter indicativo ante el desarrollo y la codificación del derecho internacional que transforma muchos de estos principios en costumbre o tratados sin que ello impida, en teoría, la generación de nuevos principios determinantes para una decisión internacional, especialmente ante el incremento de las relaciones interestatales y la aparición de nuevos foros jurídico-políticos para la actuación internacional⁹³.

A pesar de poseer una postura restrictiva por parte de un sector de la doctrina, ese potencial de aplicación directa e indirecta, evidencia que se trata de una fuente flexible y conveniente de gran utilidad que, en extremo, pueden constituir mecanismos para un desarrollo progresivo del derecho internacional aplicable, por ejemplo, al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental y el comercio internacional, entre otros⁹⁴.

En definitiva, independientemente de la confianza o el temor que inspiren los principios generales de derecho en la concepción de los internacionalistas, resulta valioso el aporte de esta fuente, incluso en su más mínima y discreta expresión, tal como surge de la jurisprudencia que hemos identificado. De este modo, los principios constituyen un indudable abanico de recursos y matices disponibles una acabada fundamentación de decisiones particulares que pongan fin a las controversias internacionales estableciendo así, si se quiere, una relación recíproca entre los principios y la jurisprudencia que enriquece no sólo al ordenamiento jurídico diseñado por la O.N.U., sino también, si se quiere, a su destinatario final: la comunidad internacional.

Bibliografía y fuentes

- ABERASTURY, Pedro & VIGEVANO, Marta R., (coords.), *Principios generales del derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho UBA/Abeledo-Perrot, 2015.

- ABHIMANYU, George J., "Maritime Dispute (Peru v. Chile)", *American Journal of International Law*, Vol. 109, N° 2, 2015, pp. 379-386.

- ABI-SAAB, Georges, "Le principe de l'uti possidetis. Son rôle et ses limites dans le contentieux territorial international" en Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum to Lucius Caflisch*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 657-671.

- ANZILOTTI, Dionisio, *Curso de derecho internacional*, (Trad. Julio López Olivan) T. 1, Madrid, Reus, 1935.

- ARNELLO ROMO, Mario, "La sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el límite marítimo Perú c. Chile confirma la pérdida de juridicidad que prevalece en la

93 Para un análisis de la formación de las fuentes del derecho internacional, en particular, los principios generales de derecho y su identificación, ver BARBERIS, Julio A., *supra* nota 9, 1994, pp. 238-240.

94 Cfr. WOLFRUM, Rüdiger, 'General International Law (Principles, Rules, and Standards)', en Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012), para. 123-125.

justicia internacional. Análisis de una sentencia que en parte falló en derecho, que se tornó arbitraria, y que, al ser predecible, obliga a una reflexión crítica sobre estrategias y defensas”, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, Número Especial, 2014, pp. 61-69.

- AUST, Anthony, *Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

- BARBERIS, Julio A., *Fuentes del derecho internacional*, La Plata, Editora Platense, 1973.

- “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional.” *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* N° 14, 1991, pp. 11-41.

- *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial Abaco, 1994.

- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 2004.

- CAMINOS, Hugo, “La Corte Internacional de Justicia”, en *Curso para la enseñanza sobre las Naciones Unidas*, Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 1961.

- CASTILLO ARGAÑARÁS, Luis F., “La libre determinación de los pueblos: obligación erga omnes o ius cogens”, en Julio Barboza (coord.), *La Corte Internacional de Justicia y el derecho internacional: temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro*, Buenos Aires, CARI, 2005, pp. 69-90.

- CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

- D’ASPROMONT, Jean, *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “Los principios generales del derecho internacional público como base del orden público internacional”, en “Los principios generales del derecho internacional público: realidades y perspectivas”, *Cuaderno de Derecho Internacional - Número VIII*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2013, pp. 47-76.

- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18va Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2013.

- Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, (trad. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida), Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1965.

- GAJA, Giorgio, ‘General Principles of Law’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012). Disponible online en <http://www.mpepil.com> (consulta el 06/06/2016).

- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, Buenos Aires, Ed. del autor, 2008.

- *La responsabilidad internacional del estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general*, Avellaneda, SGN Editora, 2013.
- *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 2015.
- GRAMAJO, Juan M., *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., “Los principios generales del derecho internacional y el derecho al desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989, II-III, pp. 83 y ss.
- *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- “El control jurisdiccional de la aplicación del derecho internacional humanitario”, en Ernesto J. Rey Caro & María Cristina Rodríguez (dirs.), *Estudios de derecho internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clement*, Córdoba, Advocatus, 2014, pp. 367-404.
- “Los procesos de creación del derecho internacional y los actos unilaterales de los Estados”, en Gladys Sabia [et al], Silvina S. González Napolitano y Leopoldo M. A. Godio (comp.), *Contribuciones al estudio del derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2015, pp. 11-21.
- HILLIER, Tim, *Sourcebook on Public International Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 1998.
- MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E., GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Víctor R. de Zavalía, 1990.
- NDIAYE, Tafsir M. & WOLFRUM, Rüdiger, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007.
- NIETO NAVIA, Rafael, “La aplicación del principio *jura novit curia* por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Ernesto J. Rey Caro & María Cristina Rodríguez (dirs.), *Estudios de derecho internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clement*, Córdoba, Advocatus, 2014, pp. 619-639.
- NOVAK TALAVERA, Fabián, “Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho”, *Agenda Internacional*, Vol. 4, Núm. 9, 1997, pp. 109-134.
- PODESTÁ COSTA, Luis A. – RUDA, José M., *Derecho Internacional Público*, 3era. Ed., Buenos Aires, Tea, 1979.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 3ª Ed., Ediciones Ariel, 1966.

- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México D.F., Porrúa, 2005.
- SHELTON, Dinah (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SHWELB, Egon, "The action popularis and international law", *Israel Yearbook of Human Right*, v. 2, 1972, pp. 46-56.
- SOMMER, Christian G., "El principio de cooperación internacional", en "Los principios generales del derecho internacional público: realidades y perspectivas", *Cuaderno de Derecho Internacional - Número VIII*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2013, pp. 175-190.
- SØRENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México D.F., 5ta. Reimp., Fondo de Cultura Económica, 1994.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Fundamentos de derecho internacional público*, 3ra. Ed., Madrid, Tecnos, 1970.
- TUNKIN, Grigory I., *Curso de derecho internacional*, (trad. Federico Pitn), Moscú, Editorial Progreso, 1980.
- VERDROSS, Alfred, "Les Principes Généraux du Droit et le Droit des Gens", *Revue de droit international* 13, 1934, pp. 484-498.
- "Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Internationale." *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Vol. 52, 1935, pp. 195-250.
- *Derecho Internacional Público*, (trad. Antonio Truyol y Serra), Madrid, Aguilar, 1967.
- VIRALLY, Michel, "Panorama du droit international contemporain: cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 183, 1983-V, pp. 9-382
- *El devenir del derecho internacional*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Cfr. WOLFRUM, Rüdiger, 'General International Law (Principles, Rules, and Standards)', en Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012).

LA PRIVACIÓN DE BIENES Y EL DAÑO MORAL

Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho

MATERIAL LOSSES AND MORAL DAMAGES

A contribution from behavioral law and economics

INÉS LABAT*

SUMARIO

¿Qué razones hay para otorgar una reparación por daño moral en casos de privación de bienes? La jurisprudencia y la doctrina han elaborado argumentos a favor de este otorgamiento principalmente a partir de la idea de reparación integral como finalidad de la responsabilidad civil.

En algunos ordenamientos la reparación del daño moral por pérdidas materiales ha sido recogida de forma expresa por el sistema jurídico. En otros la jurisprudencia, aún sin una norma específica que lo regule, ha otorgado estas indemnizaciones, fundamentando los fallos a partir de conceptos que aparecen insertos en normas que originalmente regulan otras situaciones o en principios generales.

De todas formas tanto la jurisprudencia como la doctrina avanzan con mucha cautela en esta materia, en ambos casos por temor a que una admisión generalizada del resarcimiento de perjuicios morales pueda crear más consecuencias negativas que positivas en el sistema jurídico.

Este trabajo busca agregar un elemento más en el análisis, proveniente de la corriente de estudios conocida como Economía de la Conducta y Derecho. La finalidad es mostrar un aporte desde una disciplina relativamente novedosa y no demasiado desarrollada en estas latitudes. Este aporte, si bien muy pequeño, sugiere la conveniencia de considerar los avances de otras disciplinas en la resolución de los problemas que se plantean al jurista.

ABSTRACT

What are the reasons to provide compensation for moral damages in cases of deprivation of property? Jurisprudence and doctrine have argued in favor of this provision mainly from the idea of the full compensation aim of civil liability.

In some jurisdictions, moral damage repair for material losses has been provided expressly by the legal system. In other cases, even without a specific legal norm, this

* Universidad de Buenos Aires – Abril 2016

form of compensation has been awarded basing judgments from concepts that appear in standards that originally regulate other situations, or in general principles.

However, both judges and jurists proceed very cautiously in this area, both for a fear that widespread acceptance of compensation for moral damages can create more negative than positive consequences in the legal system.

This paper seeks to add one element in the analysis, from the theory known as Behavioral Law and Economics. The purpose is to show a contribution from a relatively new discipline that is not widespread in this latitudes. This contribution, although very small, suggests the desirability of considering the progress of other disciplines in solving the problems that arise to the jurist.

Palabras clave: Privación de bienes, daño moral, Economía de la Conducta y Derecho

Keywords: Material losses, moral damages, Behavioral Law and Economics.

INTRODUCCIÓN

“No hace muchos años se luchaba por el reconocimiento del daño moral como tal; ahora, obtenida la conquista, terminado el alimento del ideal lejano y la indulgencia de la lucha, ha llegado el tiempo de construir. Es la hora del diseño, del rigor, de la delimitación”.¹

El objetivo del presente trabajo es proponer un elemento adicional a los actualmente utilizados para determinar la pertinencia de las indemnizaciones por daño moral derivadas de la pérdida de bienes materiales. Este elemento deriva de estudios empíricos realizados en una disciplina distinta a la legal, la Economía de la Conducta y Derecho (Behavioral Law and Economics es su nombre en inglés), que estudia el comportamiento esperado de los individuos en distintos escenarios. Algunos de los resultados obtenidos en esta disciplina tienen trascendencia en la toma de decisiones jurisprudenciales, como ocurre en este caso.

Iniciaré el análisis a partir del marco teórico jurídico que aborda el tema del daño moral, reseñando sus principales controversias en la doctrina y en la jurisprudencia, a fin de delimitar las definiciones y los presupuestos sobre los que se basará el desarrollo posterior de este trabajo.

A continuación describiré brevemente los principales lineamientos de la Economía de la Conducta y Derecho, crítica del Análisis Económico del Derecho, la que observa las desviaciones en el comportamiento esperado de los individuos con respecto a un modelo de racionalidad tradicional propuesto por esta última. Referiré especialmente a uno de los sesgos del comportamiento humano que se ha encontrado con regularidad en distintos experimentos, conocido como “efecto dotación” o “*endowment effect*”: los individuos valoran más los objetos que poseen y son renuentes a desprenderse de ellos, incluso aunque no los hubieran deseado particularmente antes de poseerlos.

¹ Lorenzetti, Ricardo L. “Daño moral contractual derivado de la privación de bienes”, LA LEY Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo 1, 1998, pg. 389.

Posteriormente reseñaré los resultados de una exploración de la base de jurisprudencia del Poder Judicial de Uruguay de los últimos nueve años. Describiré las características salientes de las sentencias que resuelven pretensiones indemnizatorias de este tipo, a fin de evaluar el estado de situación del problema a nivel jurisdiccional uruguayo. En particular estudiaré dos sentencias, una de la Suprema Corte de Justicia y otra de un Tribunal de Apelaciones en lo Civil, que toman el concepto de “valor de afección” como uno de los factores determinantes de la indemnización por daño moral derivado de la pérdida de bienes.

En Uruguay, la referencia expresa de la Ley al “valor de afección” de ciertos objetos ha sido tomada en cuenta por la dogmática, aunque con mucha cautela, como un argumento a favor de que no sólo las pérdidas materiales son relevantes en el cálculo de las indemnizaciones que pueden otorgarse por la pérdida o daño de bienes materiales, si la finalidad del sistema es proporcionar una reparación integral.

A su vez analizaré otros elementos que surgen en esas sentencias, relativos a condiciones intrínsecas de los bienes dañados, y que están directamente relacionados con las ideas propuestas por la Economía de la Conducta y Derecho.

Finalmente intentaré fundamentar por qué razones sería conveniente incorporar en la evaluación de los elementos determinantes de las reparaciones de daño moral por pérdida de bienes, algunos criterios más objetivos que los utilizados actualmente por la jurisprudencia.

1. EL DAÑO MORAL

En este capítulo se expondrán las nociones básicas relativas al daño moral manejadas por la teoría jurídica. El concepto de daño moral no está libre de controversias, así como tampoco lo está la prueba requerida para demostrar su ocurrencia, la cuantificación de la indemnización, la conveniencia de su reparación en los casos de pérdidas exclusivamente materiales, entre otras cuestiones.

La posibilidad de reparar un daño moral derivado de la pérdida o deterioro de bienes depende de la posición que se adopte sobre estos asuntos. No es el objetivo del trabajo profundizar el estudio de las virtudes o deficiencias de cada posición, sino únicamente analizar ese tipo de reparación en sede de responsabilidad civil.

Por lo tanto no se hará un análisis de su conveniencia sino que su existencia en el actual panorama jurídico se tomará como un dato de la realidad. Esta existencia, como se verá en los siguientes numerales, es consecuencia de observar en primer lugar cuáles son las posiciones mayoritarias en doctrina acerca de dos cuestiones cardinales: el concepto de daño extra-patrimonial y los fundamentos de la responsabilidad civil. En segundo lugar, el análisis de la jurisprudencia uruguaya mostrará la aceptación de estas indemnizaciones en el ámbito judicial.

1.1 Diferencia entre el concepto de daño patrimonial y el de daño extra-patrimonial o moral

La primera controversia notoria entre los distintos autores que se ocupan del tema es la relativa a cuándo estamos frente a un daño patrimonial y cuándo frente a uno extra-patrimonial.

Para parte de la doctrina, hoy minoritaria, la calificación del daño como patrimonial o extra-patrimonial depende directamente de la naturaleza del objeto o bien dañado. Si el bien es un objeto material el daño será patrimonial. Cuando el bien es extra-patrimonial (como el honor, la integridad física, la salud), el daño será moral.

Contra esta concepción se ha manifestado la que actualmente es doctrina mayoritaria. Ésta sostiene que se deben tener en cuenta los efectos o consecuencias del hecho lesivo; si estas recaen sobre el patrimonio de una persona estaremos frente a un daño patrimonial, si no, hablamos de daño moral.

Esto es, independientemente de que se haya lesionado un bien material o un derecho de la personalidad, para determinar si estamos ante un daño patrimonial o moral habrá de observarse dónde recaen las consecuencias de esa lesión.

Así entonces es aceptado, por ejemplo, que frente a lesiones corporales concurren indemnizaciones de carácter patrimonial, por gastos médicos o lucro cesante, y también de carácter moral, por las consecuencias emocionales de esas lesiones.

Del mismo modo se reconoce que frente a un daño al honor puede corresponder indemnizar las consecuencias emocionales que sufra la persona afectada, pero también las materiales que puedan concurrir. También se admite cada vez más la posibilidad de indemnizar a la víctima por pérdida de bienes materiales, no solamente en cuanto a su valor de reposición, los que serían daños patrimoniales, sino por las consecuencias emocionales de esa pérdida, los daños morales.

Esto es, con independencia de que el detrimento ocurra sobre bienes jurídicos patrimoniales o extra-patrimoniales, el daño reparable podrá ser tanto material como moral, e incluso pueden corresponder ambos simultáneamente.

Por otra parte, tradicionalmente se ha identificado el daño moral con el sufrimiento o dolor que padece la víctima. Actualmente las hipótesis de daño moral se han ampliado. Diversos autores como Gamarra², Mariño³, Zannoni⁴, Zavala⁵, entienden que todo daño no patrimonial es indemnizable, sin requerir el dolor o sufrimiento.

2 Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXV*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.

3 Mariño López, Andrés, "La exigencia jurisprudencial de una entidad mínima para la resarcibilidad del daño moral", *Revista Crítica de Derecho Privado* No. 6, 2009, pp. 531-552

4 Zannoni, Eduardo A, "Acercas de la actividad dañosa y el daño moral", *La Ley*, 2014, pp. 863

5 Zavala de González, Matilde, "Daño moral por lesión de bienes patrimoniales", *La Ley*, 2014, 341

De este modo quedan amparadas situaciones que con el enfoque clásico eran descartadas, por ejemplo los daños ocurridos a sujetos que pueden no tener consciencia del dolor (víctimas en estado de coma, alienados, menores de muy corta edad).

También se encuentra en esta posición De Cupis⁶, quien sostiene:

El daño no patrimonial no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial. (...) Verdaderamente al distinguir el daño privado en patrimonial y no patrimonial, su esfera de actuación se divide en dos zonas que cubren, en su conjunto, el íntegro ámbito del daño privado; y los sufrimientos morales, las sensaciones dolorosas, no abrazan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales, ya que, por ejemplo, la disminución del prestigio y de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que la sufre. Por consiguiente, si se quiere dar de los daños no patrimoniales una noción lógica y completa, no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirlos de forma que puedan integrarse todos los daños que no se comprenden en el otro grupo, en el de los daños patrimoniales, con otras palabras, que su noción no puede ser en el momento actual más que meramente negativa.

El primer punto del que se parte entonces es una concepción amplia de daño moral o extra-patrimonial como todo aquel que no es patrimonial.

1.2 Justificación: reparación integral

No es posible profundizar tampoco aquí en la evolución ocurrida en sede de responsabilidad civil con respecto a sus fundamentos, pero es preciso señalar que esa evolución ha derivado en un proceso de gradual expansión de las situaciones que merecen una reparación.

A grandes rasgos, se ha transitado desde concepciones que entendían que la finalidad de la responsabilidad civil era punitiva o sancionatoria y por lo tanto tenía un corte subjetivo, requiriendo la culpa del infractor, hacia concepciones que colocan a la víctima en el centro de análisis y por tanto lo que pretenden es su reparación integral, procurando colocarla en lo posible en la misma situación en la que se encontraba antes de que ocurriera el daño. Se incorporan así gradualmente hipótesis de responsabilidad objetiva, o daños que antes no se consideraban reparables como el extra-patrimonial o moral.

En segundo término entonces aceptaremos como finalidad de la responsabilidad civil la reparación integral de la víctima.

1.3 Cuantificación del daño moral

Un aspecto que presenta muchas dificultades es cómo debe cuantificarse el daño moral. Históricamente uno de los argumentos que esgrimían quienes se negaban directamente a su reparación era éste: no es posible medir en dinero el dolor.

6 De Cupis, Adriano, "El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil", Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

Actualmente se entiende que si bien el dinero no es un equivalente en cantidad y calidad del bien perdido o lesionado, “sí es un medio apropiado para procurar el alivio del dolor injustamente provocado”.

La determinación de los montos indemnizatorios va a ser siempre tarea judicial. Algunos autores sugieren pautas que entienden deben seguir los jueces para determinar el monto de la indemnización. Un ejemplo conocido es el de Mosset Iturraspe⁷, quien propone diez reglas para determinar la cuantificación del daño moral:

1. No a la indemnización simbólica.
2. No al enriquecimiento injusto.
3. No a la tarifación con “piso” o “techo”
4. No a un porcentaje del daño patrimonial.
5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia.
6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño.
7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario.
8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.
9. Sí a los placeres compensatorios.
10. Sí a las sumas que pueden pagarse, dentro del contexto económico del país y del estándar general de vida. En general se entiende necesario mantener criterios jurisprudenciales similares para lesiones similares ya que es muy difícil, si no imposible, estimar con precisión la medida en que una lesión afecta a una persona en particular.

En tercer lugar se puede afirmar que tanto doctrina como jurisprudencia entienden que existe una necesidad de armonizar las indemnizaciones para casos semejantes.

1.4 El daño moral por privación de bienes

Como parte de la mencionada evolución desde concepciones de la responsabilidad civil que apuntaban a castigar al infractor hacia concepciones que tienen como objetivo la reparación integral de la víctima, se ha incluido dentro de las hipótesis que ameritan indemnización la del daño moral derivado de la privación o deterioro de bienes.

Para ello se habla de “valor de afección”, o “interés de afección”, como aquel que se agrega al valor económico de las cosas por su propietario, por motivos sentimentales o afectivos.

⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, “Diez reglas para la cuantificación del daño moral”, La Ley, 1994-A-728, 1994.

De Cupis por ejemplo⁸, confronta las posturas que consideran irrelevante el interés de afección del siguiente modo:

(...) no se puede negar que existan hipótesis (como las indicadas) en las que negar relevancia al interés de afección significaría desposeer de la tutela jurídica a un interés humano apreciable y digno de respeto. Si un bien patrimonial, aparte de la utilidad económica que intrínsecamente proporcione, constituye la fuente, para una específica persona de profundas satisfacciones morales, ligadas a un recuerdo sentimental, al prestigio de unas tradiciones, a la calma y serenidad del espíritu, no se alcanza el por qué tales valores deban quedar extraños a la consideración del derecho.

De todas formas, incluso los autores que aceptan la pertinencia de estas indemnizaciones, advierten sobre los riesgos de otorgarlas sin restricciones o límites reducidos y precisos.

Un caso es el de Gamarra⁹, quien sostiene que se debe adoptar un criterio restrictivo dado que el valor de afección, que en la normativa uruguaya tiene su origen en el proyecto de Código Civil español como se verá más adelante, es “siempre excepcional”. A su vez advierte sobre la necesidad de evitar consecuencias excesivas que puedan afectar la función de la responsabilidad civil.

Lorenzetti¹⁰ también reconoce que el sistema jurídico tiene límites y no es posible atender todas las situaciones que se presentan en la vida diaria. Dentro de los límites que señala se encuentra el de los sufrimientos pequeños, los derivados del proyecto social que encarna el sistema jurídico, o de la necesidad de los actores sociales de poder estimar de antemano el alcance de su responsabilidad al desarrollar una actividad económica.

En cuarto lugar se acepta la posibilidad de reparar el daño moral derivado de pérdidas materiales, pero siendo prudentes en su determinación.

Vemos entonces que el daño moral ha logrado una aceptación cada vez más amplia tanto en doctrina como en jurisprudencia, aumentando tanto las situaciones que reciben reparación como los requisitos exigidos para su concesión.

A partir de lo expuesto y a fin de analizar el tema que nos ocupa dentro de un sistema particular, revisaré a continuación el estado de situación en el derecho uruguayo.

2. EL DAÑO MORAL POR PRIVACIÓN DE BIENES EN EL DERECHO URUGUAYO. EL VALOR DE AFECCIÓN

En este apartado se analizará el concepto referido anteriormente de “valor de afección”. El artículo 1611 del Código Civil Uruguayo remite a él, considerándolo un interés que merece tutela:

Art. 1611. En los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de delito, o cuasi-

8 Op. Cit. pg. 344

9 Op. Cit. pg. 54

10 Op. Cit. pg. 389

delito o dolo, puede el Juez deferir el juramento al demandante, con las circunstancias y efectos siguientes: 1º) El delito, cuasidelito o dolo han de resultar debidamente probados. 2º) La duda del Juez ha de recaer sobre el número o valor real y de afección de las cosas o sobre el importe de los daños o perjuicios. 3º) El Juez no estará obligado a pasar por la declaración jurada del demandante sino que podrá moderarla según su prudente arbitrio.

Partiendo de esta inclusión del concepto de valor de afección, la doctrina y la jurisprudencia uruguayas han admitido la reparación en concepto de daño moral como consecuencia de la destrucción o deterioro de un bien patrimonial.

Ya a principios del siglo XX Amézaga¹¹ estudió el origen de esta norma, y encontró la referencia del redactor del Código Civil uruguayo Tristán Narvaja a un antecedente en los comentarios de García Goyena al Código Civil español. Este último incluía *el valor de afección del demandante* en su Proyecto y si bien en el texto definitivo español quedó eliminado, la Comisión le encargó que explicase su significado en los comentarios. Dice entonces García Goyena que sería injusto que el dueño fuese privado de la cosa no pudiendo recuperar más que su precio natural, cuando “no la habrá vendido sino en mucho mayor precio por la afección que le tenía”.

Los ejemplos más claros de objetos que normalmente tienen un valor mayor para su dueño que para otras personas son las fotografías familiares, correspondencia, documentos que se conservan como recuerdo, etc. Estos casos son más evidentes que otros porque su valor real normalmente es muy pequeño, mientras que el valor afectivo es innegable.

Pero también puede ocurrir que una persona posea bienes con un valor real de mercado y que por lo tanto en principio sea posible su reposición material, pero que por distintas razones sean igualmente insustituibles para su dueño. Un caso podría ser el de alhajas heredadas por generaciones, u objetos que fueron regalados por alguna persona querida y que ya no está.

Muchos otros doctrinos uruguayos aceptan la pertinencia de esta indemnización en la actualidad, aunque como se vio antes simultáneamente advierten que se debe ser muy prudente a fin de evitar consecuencias excesivas.

Como se mostrará en el Capítulo VI, la jurisprudencia uruguaya también la incluye dentro de las hipótesis resarcitorias, en una proporción nada menor (48% de las pretensiones que surgen de la base de jurisprudencia del Poder Judicial en el período 2006-2015 obtuvieron una sentencia favorable).

3. ECONOMÍA DE LA CONDUCTA Y DERECHO

A continuación se mencionarán las ideas básicas de la Economía de la Conducta y Derecho, a fin de mostrar luego la relación entre uno de los sesgos de la conducta humana

11 Amézaga, Juan José, “La culpa aquiliana”, en Lecciones del curso del Derecho Civil, Editorial Monteverde, Montevideo, 1914.

que han encontrado en diversos experimentos y algunos de los fundamentos que se han detectado en el análisis jurisprudencial que se presenta en el Capítulo VI.

Como ya es conocido, el Análisis Económico del Derecho estudia los efectos de las normas en el comportamiento de los individuos. Una fuerte crítica que se ha realizado a esta disciplina en su enfoque positivo o descriptivo, tiene que ver con el modelo de racionalidad que toma como base para realizar sus predicciones.

La racionalidad implica que los individuos se comportan con el fin de maximizar su utilidad esperada. Esto es, un individuo que tiene un objetivo determinado busca obtenerlo utilizando, dentro de los medios que tiene a su alcance, aquel que signifique el margen mayor de beneficio sobre su costo.

Este modelo de racionalidad ha sido criticado por la corriente de Economía de la Conducta y Derecho (“Behavioral Law and Economics”), que estudia las desviaciones en el comportamiento esperado de los individuos, respecto a la predicción que se obtiene asumiendo que son racionales. Esta corriente sostiene que el individuo no es siempre racional sino que su comportamiento presenta determinados sesgos predecibles.

La ECD toma resultados de estudios realizados en la psicología y los incorpora en el análisis. En estos estudios se muestra que el modelo tradicional de racionalidad podría reflejar una imagen no realista del comportamiento humano. La ECD pretende luego mejorar el poder predictivo de Análisis Económico del Derecho partiendo de ideas más acordes con la realidad¹².

A través de multitud de experimentos se han relevado distintas formas en que los individuos se alejan del modelo de racionalidad, las que aparecen como constantes en el comportamiento humano. Esto es, las desviaciones no son al azar o arbitrarias, sino que son sistemáticas y por lo tanto permiten elaborar predicciones y prescripciones sólidas para el derecho¹³.

Así, se habla de que los individuos tienen racionalidad limitada, fuerza de voluntad limitada e interés propio limitados. Cada uno de estos límites significa un apartamiento del modelo de racionalidad de las personas.

La racionalidad limitada significa que los individuos no tienen capacidad cognitiva infinita, sino que tienen habilidades de cálculo limitadas y memoria deficiente. Si bien responden racionalmente a estas limitaciones, por ejemplo haciendo listas para lidiar con los problemas de memoria, o usando atajos mentales o reglas empíricas para lidiar con las limitaciones de la capacidad de procesamiento mental, su comportamiento igual difiere en forma sistemática con el previsto por el modelo económico estándar¹⁴.

12 Jolls, Christine, “Behavioral Law and Economics”, NBER Working Paper 12897, 2007, <http://www.nber.org/papers/w12879>

13 Jolls, Christine; Sunstein, Cass R.; and Thaler, Richard, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Faculty Scholarship Series*. Paper 1765, 1998, pg. 1475
http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765

14 Jolls et al, op. cit. pg. 1477.

Del mismo modo, la fuerza de voluntad limitada refiere a que los seres humanos muchas veces actúan de una forma que saben que entra en conflicto con sus intereses a largo plazo. La mayoría de los fumadores dice que preferiría no fumar, e incluso pagan por programas que los ayuden a dejar. Muchas personas evitan tener postres en su casa cuando quieren hacer dieta, o apoyan políticas gubernamentales de seguridad social para eliminar las tentaciones de gastar ahora en lugar de ahorrar para más adelante¹⁵.

Finalmente, cuando estos autores hablan de interés propio limitado, refieren a que las personas se preocupan, o actúan como si se preocuparan, por otros individuos, incluso extraños, en algunas circunstancias. Esto implica que a las personas les gusta que las traten con justicia y están dispuestos a tratar justamente a otros si esos otros están a su vez comportándose correctamente. Como resultado de esto, los agentes en el modelo de la economía conductual son más buenos de lo que predice la teoría tradicional, pero también más malos con aquellos que no se comportan con rectitud¹⁶.

4. EL EFECTO DOTACIÓN

Uno de los sesgos del comportamiento humano que se ha encontrado con regularidad en distintos experimentos es el conocido como “efecto dotación” (“*endowment effect*”): los individuos valoran más los objetos que poseen y son renuentes a desprenderse de ellos, incluso aunque no los hubieran deseado particularmente antes de poseerlos. El efecto dotación es definido a partir de la brecha existente entre el precio que estaría dispuesto a pagar un individuo que ya posee un bien por “dejarlo ir” (esto es, lo que cobraría por venderlo), y el precio que estaría dispuesto a pagar el mismo individuo por obtener ese mismo bien si aún no lo tiene.

Para explicar el efecto dotación es necesario hacer referencia a los experimentos reseñados por los profesores Kahneman, Tversky y Thaler^{17/18}.

En uno de esos experimentos se reunió a 44 estudiantes de la Universidad de Cornell. A cada uno de estos estudiantes le fue asignado un valor (distinto) por el que podría canjear una ficha por dinero en efectivo al final del experimento. Luego solamente a la mitad de los estudiantes se le entregaron fichas. Durante el experimento se creó un mercado en el cual los estudiantes que tenían fichas podían venderlas y los que no las tenían podían comprarlas. Lo que ocurrió fue lo que predice la teoría económica tradicional: aquellos estudiantes que tenían fichas las vendían si el precio que les ofrecía otro estudiante era mayor que su valor asignado. Los que no tenían fichas a su vez compraban aquellas que

15 Jolls et al, op. cit. pg. 1479.

16 Jolls et al, op. cit. pg. 1479.

17 Kahneman, Daniel, Knetsch, Jack L. y Thaler, Richard H. (1990), “Experimental Tests of the Endowment Effect and The Coase Theorem”, *Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 6, pp. 1325-1348.

18 Es justo señalar que los resultados de estos experimentos no han sido pacíficamente admitidos, ver por ejemplo Plott, Charles R. y Zeiler, Kathryn, (2005), “The Willingness to Pay-Willingness to Accept Gap, the ‘Endowment Effect,’ Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations”, *American Economic Review*, Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=615861>, y Plott, Charles R. y Zeiler, Kathryn (2007), “Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory?” *American Economic Review*, 97(4): 1449-1466.

pudieran obtener a un precio menor a su valor asignado. El resultado final fue que las fichas efectivamente terminaron en manos de aquellos que las valoraban más, tal como predice la teoría económica.

A continuación se hizo otro experimento similar, pero esta vez en lugar de entregarle fichas a la mitad de los estudiantes se les entregó tazas de café de la universidad, y se les asignó al igual que en el caso anterior un valor a cada uno (distinto) por el que podrían canjear una taza por dinero en efectivo al finalizar. En este caso también se creó un mercado y se negociaron las tazas, pero a diferencia del experimento con fichas aquellos estudiantes a los que se les entregaron tazas fueron más reacios a desprenderse de ellas. Estos estudiantes pidieron, para venderlas, más de dos veces lo que ofrecieron para comprarlas los que no las tenían.

Esta diferencia entre la Disposición A Pagar (en adelante DAP¹⁹) y la Disposición A Aceptar (en adelante DAA²⁰) una suma de dinero por un mismo bien ha sido interpretada como el reflejo de una posición diferente de los individuos frente a los bienes dependiendo de que esos bienes ya integren o no su patrimonio. Thaler llamó a este valor adicional que tiene un bien para su propietario el “efecto dotación”²¹.

Este efecto es a su vez una manifestación de una idea más general planteada por Tversky y Khaneman según la cual las personas tienen una “aversión a las pérdidas”: las pérdidas son ponderadas más fuertemente que las ganancias. Por ejemplo, perder una tasa que poseo me genera una pérdida emocional del orden de lo que valoro 8 dólares, mientras que si no tuviera la tasa, obtenerla me daría un placer equivalente a 4 dólares.

Como ya se indicó este efecto fue encontrado en una gran cantidad de experimentos, cuyos resultados son analizados en el artículo referido anteriormente, pero a los efectos del presente trabajo interesa principalmente destacar que esta brecha encontrada entre la DAP y la DAA parece ser menor para aquellos bienes que tienen un sustituto fácilmente accesible que para aquellos que no lo tienen. Esto incluso permite explicar por qué razón este efecto no se encuentra cuando el mercado es de fichas, ya que estas son simplemente representativas de un valor en dinero y nada más.

Señalan los autores en su trabajo:

El efecto no apareció en el mercado de fichas por dinero, y no hay razón en general para esperar una reticencia a vender bienes que se tienen específicamente para ese propósito. Un propietario no será reacio a vender un artículo a un precio determinado si un sustituto perfecto está disponible a un precio menor. Este razonamiento sugiere que el efecto dotación seguramente ocurrirá cuando los propietarios se enfrenten con la oportunidad de vender un artículo comprado para usarlo y que no es

19 En inglés “Willingness To Pay” o WTP.

20 En inglés “Willingness To Accept” o WTA.

21 Thaler, Richard, “Toward a Positive Theory of Consumer Choice”, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1, 1980, pp. 39-60.

fácilmente reemplazable. Los ejemplos pueden incluir tickets para un evento con entradas agotadas, licencias de caza con oferta limitada (Bishop y Heberlei 1979), obras de arte o una vista placentera.²² (Kahneman et al, 1990:1344)

Las fichas son evaluadas únicamente por la posibilidad de cambiarlas por dinero en efectivo, por lo tanto no hay razones para que tanto compradores como vendedores no las valoren en función del valor asignado a cada uno de ellos.

En cambio en los experimentos realizados con otros bienes, bienes “reales”, las diferencias entre DAP y DAA comienzan a aparecer. Así, algunos resultados muestran brechas muy importantes, por ejemplo una DAP de 31 frente a una DAA de 513 para permisos de caza de ciervos; una DAP de 1,26 frente a una DAA de 5,18 para billetes de lotería, etcétera.

En los siguientes capítulos reseñaré los resultados alcanzados en el estudio de nueve años de jurisprudencia uruguaya. En este ámbito también aparecieron trazas de esta noción de bienes sustituibles, por lo que es útil pasar ahora a este análisis para luego poder profundizar en el concepto de sustituibilidad.

5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA URUGUAYA

5.1 PRIMERA ETAPA

A efectos de relevar la mayor cantidad de sentencias vinculadas con el tema bajo análisis realicé tres búsquedas en la base de jurisprudencia del Poder Judicial del Uruguay²³. Cada búsqueda tuvo como diferencia únicamente el texto a identificar en el cuerpo de la sentencia; usé tres textos alternativos que deberían aparecer en los fallos relativos al tema, de forma de abarcar la mayor cantidad posible.²⁴

En base a las posibilidades que el sistema informático ofrece, los criterios de selección de las tres búsquedas fueron los siguientes:

5.1.1 Criterios de Búsqueda 1:

- Materia: Derecho Civil
- Fecha: 10 de noviembre de 2006 a 11 de noviembre de 2015
- Tipo: Sentencia Definitiva
- Importancia: Alta
- Sede: Todas
- Texto: “valor de afección”

Resultado: 89 sentencias

²² Traducción propia.

²³ <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=19754>

²⁴ Aunque puede haber otras sentencias que estén relacionadas al daño moral por pérdida de bienes materiales (que no incluyan los textos buscados, y que por tanto no estén en mi base), el análisis que realizo es válido en el universo de sentencias que extraje. No se necesita un análisis estadístico.

Se revisó la totalidad de las sentencias que arrojó la búsqueda, y se seleccionaron aquellas con interés. La determinación de si una sentencia era calificable “con interés” o “sin interés” se realizó tomando en consideración que la pretensión reparatoria tuviese como origen un daño moral derivado de un perjuicio ocurrido sobre un bien material.

Se descartaron todas aquellas sentencias en las que la pretensión reparatoria tenía como origen un daño moral derivado de daños a la integridad física, al honor, etc., y aquellas sentencias en las que solamente se resolvieron cuestiones de derecho procesal (por ejemplo se desestima el recurso de apelación por ser presentado fuera de plazo, sin entrar a analizar al fondo de la controversia).

De las 89 sentencias, 6 fueron calificadas “con interés”.

5.1.2 Criterios de Búsqueda 2:

- Materia: Derecho Civil
- Fecha: 10 de noviembre de 2006 a 11 de noviembre de 2015
- Tipo: Sentencia Definitiva
- Importancia: Alta
- Sede: Todas
- Texto: “daño extrapatrimonial”

Resultado: 129 sentencias

Siguiendo el mismo criterio reseñado en el numeral anterior, de las 129 sentencias 5 fueron calificadas “con interés”.

5.1.3 Criterios de Búsqueda 3:

- Materia: Derecho Civil
- Fecha: 10 de noviembre de 2006 a 11 de noviembre de 2015
- Tipo: Sentencia Definitiva
- Importancia: Alta
- Sede: Todas
- Texto: “daño moral bienes”

Resultado: 63 sentencias

Siguiendo el mismo criterio reseñado anteriormente, de las 63 sentencias 9 fueron calificadas “con interés”.

TABLA DE RESULTADOS DE LA PRIMERA ETAPA

Sentencias Búsqueda 1 (valor de afección)	89
Sentencias Búsqueda 2 (daño extrapatrimonial)	129
Sentencias Búsqueda 3 (daño moral bienes)	63
TOTAL PRIMARIO	281
Sentencias Con Interés Búsqueda 1 (valor de afección)	6
Sentencias Con Interés Búsqueda 2 (daño extrapatrimonial)	5
Sentencias Con Interés Búsqueda 3 (daño moral bienes)	9
TOTAL PRIMARIO	20
Sentencias repetidas en el total de las 3 búsquedas	-13
Sentencias repetidas en el total de las Con Interés	-2
TOTAL FINAL DE SENTENCIAS ANALIZADAS	268
TOTAL FINAL DE SENTENCIAS CON INTERÉS	18
	7%

Según se muestra en el cuadro anterior, de las 268 sentencias revisadas encontré 18 sentencias con interés, lo que representa un 7% de casos en los que se pretendió una indemnización por daño moral derivado de perjuicios a bienes.

5.2 SEGUNDA ETAPA

El estudio subsiguiente de esas 18 sentencias consistió en determinar las siguientes variables:

- Número de sentencias de condena/número de sentencias absolutorias
- Fundamentos del fallo:
 - Prueba de origen testimonial referida a las consecuencias emocionales de los reclamantes
 - Consideraciones relativas a las características de los bienes dañados
 - Otros fundamentos
- Relevé también los siguientes datos en cada fallo:
 - Si existió o no condena por daños materiales
 - Qué tipo de bien fue el dañado

- Monto de la condena por daño moral
- Sede judicial y fecha

TABLA DE RESULTADOS DE LA SEGUNDA ETAPA

TOTAL DE SENTENCIAS CON INTERÉS	18
Sentencias de condena por daño moral derivado de la privación o deterioro de bienes	8 (44%)
Fundamentos de prueba	7
Fundamentos relativos al bien dañado	2
Otros fundamentos	4
Sentencias absolutorias por daño moral derivado de la privación o deterioro de bienes	10 (56%)
Fundamentos de prueba	10
Fundamentos relativos al bien dañado	2
Otros fundamentos	0

Como se puede ver en la anterior tabla, prácticamente la mitad de los casos obtuvieron una sentencia favorable.

El fundamento principal para acoger o desestimar la pretensión fue el de prueba de los sufrimientos padecidos mediante testimonios de allegados.

Solamente en 4 casos, 2 condenatorios y 2 desestimatorios, se utilizaron adicionalmente fundamentos relativos al bien dañado.

Otros fundamentos encontrados refirieron a reglas de la experiencia o circunstancias especiales (por ejemplo en un caso la sustracción de los bienes ocurrió en la noche de bodas).

No se analizarán los demás elementos relevados (listados en el literal C) ya que no tienen relación directa con el punto principal de este trabajo²⁵, que es mostrar que cuando se toman en cuenta las características de los bienes, aparece un factor común que es el de *sustituibilidad*.

Como se vio en el Capítulo V en la exposición del “efecto dotación”, este factor aparece como relevante para los individuos al momento de valorar un bien. Cuanto menos sustituible es un bien, más aumenta la brecha entre el valor real del mismo y el valor que le asigna su propietario.

25 Los resultados se pueden ver en las tablas agregadas como Anexo.

A modo de ilustración de cómo se utilizó la sustituibilidad en los fallos, voy a analizar en el próximo apartado dos de las cuatro sentencias que tomaron en cuenta elementos intrínsecos del bien dañado, una de ellas de condena y la otra absolutoria.

6. DOS SENTENCIAS QUE REFIEREN AL ELEMENTO SUSTITUIBILIDAD

Como se mostró en el estudio precedente, habitualmente la jurisprudencia uruguaya se basa en la prueba de las consecuencias emocionales en las personas dañadas para determinar la pertinencia de otorgar una reparación por daño moral o no. Para ello principalmente toma en cuenta los testimonios de allegados.

Si bien no se desarrolló en ese estudio el análisis de los criterios utilizados para determinar el quantum de reparación, sólo señalaré aquí a efectos de una mejor comprensión de lo que sigue, que una vez comprobada la existencia del daño moral los jueces fijan como monto reparatorio cifras que acompañen las tendencias jurisprudenciales.

Esto es, para la determinación de si corresponde o no la indemnización se observa con detenimiento el caso concreto y la existencia de un sufrimiento, padecimiento o dolor para la víctima, sobre la base de prueba testimonial. Luego, para la determinación del quantum de reparación se está a las corrientes mayoritarias de la jurisprudencia en otros casos, y no a las características específicas del caso concreto.

6.1 Sentencia N° 408/2012 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay²⁶

El caso que resuelve esta sentencia de casación refiere a la reparación del daño moral ocasionado a un matrimonio por la destrucción de una finca de veraneo como consecuencia de un incendio.

En 2002, se incendió la finca “Los Horneros”, propiedad de un matrimonio argentino, ubicada en el Departamento de Maldonado, en Uruguay. Como consecuencia del incendio se destruyó completamente el inmueble y todos los bienes muebles que se encontraban adentro. Estos incluían valiosas colecciones de anticuarios, recuerdos de viajes y fotografías. La casa había sido proyectada por los propietarios, uno de ellos arquitecto, y alhajada personalmente por ellos también.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la reclamación por daño moral, fijando el monto de la indemnización en USD 2.000 para cada actor. Esta sentencia fue apelada y el tribunal de alzada elevó ese monto a USD 10.000.

La parte demandada interpuso un recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia, el que tuvo como único punto de agravio el monto indemnizatorio fijado por concepto de daño moral. Por esta razón, el núcleo central del fallo de la Corte está constituido por la determinación del quantum de indemnización a otorgar en el caso de autos.

²⁶ El texto completo de la Sentencia se puede encontrar en la Base de Jurisprudencia del Poder Judicial.

A. La sentencia de la Suprema Corte.

Acorde con el criterio jurisprudencial referido anteriormente para determinar el monto indemnizatorio, la sentencia de la Corte acogió el recurso de casación interpuesto reduciendo el monto de la condena, y fundamentó esta reducción a partir de fallos jurisprudenciales anteriores. La Corte entendió que la condena del Tribunal de segunda instancia resultaba excesiva, al compararla con otros fallos en los cuales “las condenas por daño moral en casos de amputaciones de miembros, lesiones múltiples, etcétera, oscilan en la cifra manejada por el Tribunal”. Luego comparó el presente caso con otro que podría entenderse similar “por ser daños exclusivamente materiales”, en el que se fijó el monto del daño moral en una cifra menor.

Como se puede ver, estos argumentos tienden a generar una reparación homogénea del daño moral en la jurisprudencia, sin atender a las circunstancias de cada caso particular. Si bien existió una evaluación subjetiva de los damnificados para determinar si correspondía la indemnización o no (realizada en primera instancia), luego al momento de determinar el quantum la evaluación se basó en criterios objetivos, independientes del caso de autos.

B. La decisión de un Ministro disorde.

Sin embargo, un Ministro disorde se separó de esta metodología, relevando en su fundamentación varios factores que a su entender debían ser tenidos en cuenta al determinar el monto de la reparación. Estos factores tienen que ver con las características del bien destruido y con la relación entre este bien y los sujetos damnificados.

Así, cita en primer lugar uno de los testimonios recogidos: “Basta leer la nota de la revista “D y D” agregada, para confirmar *lo que representó proyectar la finca “Los Horneros” para el Arquitecto Carlos Alberto Puig y su esposa, y una vez edificada, pensar y alhajar cada uno de los ambientes*”.

A su vez señala que: “además del impacto que de por sí les produjo el incendio de su casa y bienes muebles, se vieron enfrentados a la pérdida de efectos personales representados por valiosas colecciones, en su mayoría recuerdos de viajes, fotografías, *elementos por sí solos irre recuperables* y que determinan una situación de gran aflicción, y como tal susceptible de ser adecuadamente reparada”. (Itálicas no en la sentencia original).

6.2 Sentencia 751/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno de Uruguay²⁷

Esta sentencia desestima la reparación del daño extra patrimonial pretendido por el actor, como consecuencia de la propagación a su apartamento de un foco ígneo en el apartamento de su vecino.

Los Ministros del Tribunal de Apelaciones confirmaron la sentencia de primera instancia, y para ello se basaron principalmente en las características de los bienes dañados.

27 El texto completo de la sentencia se puede encontrar en la Base de Jurisprudencia del Poder Judicial.

Así, afirman: “La descripción de los daños materiales surge del informe de fs. 85/93 y si bien existieron daños de cierta importancia (fs 87/92) afortunadamente no puede afirmarse que el apartamento haya quedado en condiciones tan deplorables que obligara al arrendatario a mudar su domicilio. Tampoco se probó que se destruyeran bienes que tuvieran un particular valor de afección para el accionante.”

Y luego: “Sin duda que las pérdidas sufridas han de haber causado un profundo disgusto a quien hoy reclama pero siguiendo patrones consolidados de nuestra jurisprudencia, ello no es suficiente, como bien indica la Sra, Juez a quo, para sustentar un reclamo indemnizatorio como el que se ha deducido en autos”.

Y finalmente: “corresponde confirmar la decisión de primera instancia dado que *la pérdida de objetos como zapatos, hamaca paraguaya, plantas, bicicleta y desperfectos de un televisor*, si bien pueden causar gran disgusto carecen de significación como para habilitar una reparación como la que se pretende.” (Itálicas no en la sentencia original).

6.3 Análisis de los fundamentos utilizados en las dos sentencias.

Entre los fundamentos de las sentencias se pueden reconocer en primer lugar elementos del análisis que tienen que ver con las características propias de los objetos destruidos. En la sentencia de la Corte la principal característica que se señaló en ellos es su carácter de “irrecuperables”. En la del Tribunal de Apelaciones se enumeran objetos destruidos a fin de mostrar su condición de bienes corrientes. Llamaré a estos elementos objetivos, ya que refieren al objeto dañado en forma exclusiva.

En segundo lugar, se encuentran otros que tienen que ver con la relación entre los damnificados y los objetos. Así, el Ministro discorde en la sentencia de la Corte indicó como relevante “lo que representó proyectar la finca...”, o “pensar y alhajar cada uno de los ambientes”. A estos elementos los llamaré subjetivos, ya que refieren a la relación del propietario con ese bien. En la Sentencia del Tribunal se señala que no se demostró que los bienes destruidos tuvieran un “especial valor de afección” para el propietario, refiriendo justamente a esa relación entre la cosa y el propietario.

Es factible sostener que el factor común en ambas categorías es la posibilidad o imposibilidad de sustituir el bien destruido por otro exactamente igual. El análisis del Ministro discorde justamente apunta a señalar que en el presente caso, los bienes dañados son insustituibles.

Esta característica particular es la que me permite asociar en este trabajo el análisis de la reparación por daño moral con los estudios empíricos ya reseñados, realizados por la Economía de la Conducta, en particular los dirigidos a mostrar la existencia de un “efecto dotación” (*endowment effect*) en la relación de las personas con ciertos bienes que les pertenecen.

Como se vio al analizar este efecto en el Capítulo V, los individuos tienden a asignarle a aquellos bienes que ya poseen un valor superior al del mercado, y esa brecha se profundiza cuanto más difícilmente sustituibles sean los bienes.

En las conclusiones que emergen de los experimentos reseñados es posible encontrar estos elementos objetivos de los bienes, esto es sus características intrínsecas, y elementos subjetivos, relativos a la relación entre los bienes y sus propietarios

7. CONCLUSIONES

Las investigaciones realizadas en el marco de la Economía de la Conducta y Derecho en relación al efecto dotación fueron útiles para mostrar que efectivamente, en ciertos casos, hay un “valor” adicional al valor de mercado de un bien, el cual es asignado a ese bien únicamente por su propietario. Esto significa que puede haber una pérdida inmateral asociada a una pérdida material.

En consecuencia, y siempre que se acepte que la finalidad de la reparación en sede de responsabilidad civil es compensar al damnificado de la forma más integral posible, es correcto otorgar una reparación en concepto de daño moral por la pérdida de bienes materiales.

La segunda utilidad que ofrecen los hallazgos de la ECD es la de proveerle al Juez de un elemento adicional de análisis al momento de determinar si en un caso concreto corresponde una reparación por este rubro o no.

Este elemento es precisamente el de sustituibilidad del bien destruido o dañado, el que se podrá buscar tanto en las características intrínsecas del bien dañado (señaladas en este trabajo como elementos objetivos), como en la particular relación del propietario con ese bien (elementos subjetivos).

En el análisis de jurisprudencia realizado se encontró, aunque en muy pocos fallos, una referencia a esta idea de sustituibilidad. En las demás sentencias la decisión de otorgar o no la compensación requerida se fundó en prueba testimonial, dirigida a verificar el efectivo sufrimiento de las víctimas.

Este sistema actual de decisión jurisprudencial tiene dos defectos principales. En primer lugar, como vimos al inicio, si aceptamos la concepción amplia del concepto de daño extra-patrimonial como todo aquel perjuicio que no sea patrimonial, posición actual de la doctrina mayoritaria, no se debería requerir, al menos exclusivamente, una prueba del sufrimiento o dolor padecidos por una víctima en particular.

En segundo lugar, la “cantidad de sufrimiento” puede depender de muchos factores, la personalidad de la víctima, las circunstancias especiales en que el daño se produce, etcétera. Esto sugiere que tratar de medir el sufrimiento concreto de una persona para poder compensarla, para lo cual la metodología de la prueba por testimonios se ha entendido adecuada, no es el camino correcto. Parece más conveniente incorporar en el análisis criterios objetivos, como el de sustituibilidad del bien.

Entiendo que la pregunta que en definitiva debería hacerse es si el derecho debe tener por finalidad compensar el sufrimiento real, concreto de una persona determinada, o tiene que compensar el sufrimiento que tendría una persona media por la pérdida de un bien de esas características.

Si bien como vimos la finalidad de la responsabilidad civil es a priori lograr la reparación integral de la víctima, el objetivo de los jueces hoy parece ajustarse a un criterio de reparación integral de un hombre medio. Esto surge de constatar que los jueces en primer lugar evalúan si existió sufrimiento, pero si entienden que éste existió otorgan una compensación estándar, independiente de la “cantidad de sufrimiento” de esa persona concreta.

La doctrina a su vez recomienda armonizar las indemnizaciones para casos semejantes, indicador claro de que lo que se debe observar no es lo ocurrido internamente a una víctima concreta sino lo que sería esperable de un individuo medio.

Si esto responde a una concepción subyacente de que el derecho no está para compensar todos los males sino los que de algún modo entiende “razonables”, se debería transitar hacia criterios más predecibles que los actuales para determinar la pertinencia de una reparación por daño moral derivada de la pérdida de bienes materiales.

NORMAS MÍNIMAS DE LOS DERECHOS BÁSICOS DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS EN EUROPA

MINIMUM STANDARDS ON THE BASIC RIGHTS OF VICTIMS OF CRIME IN EUROPE

NATALIA PÉREZ RIVAS*

Resumen: El presente trabajo aborda el estudio del estatuto jurídico que la Directiva 2012/29/UE ha diseñado para las víctimas de delitos en Europa. Se analiza, a tal efecto, el concepto de víctima que nos ofrece y sus derechos básicos en el proceso penal: información, participación, protección, asistencia y reparación. La regulación de los derechos de las víctimas que se contiene en la Directiva 2012/29/UE establece unos estándares mínimos, de tal manera que los Estados miembro pueden articular de forma más amplia su contenido con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección a todas las víctimas o a tipologías concretas.

Palabras clave: víctima, estatuto, proceso penal, Europa.

Abstract: The aim of this article is to analyse the juridical statute designed by the Directive 2012/29/UE for the victims of crime in Europe. To that effect, we examine the concept of victim that it offers and the basic rights victims in the criminal proceeding: information, participation, protection, assistance and reparation. The regulation of these rights establishes minimum standards, in such a way that the members States can articulate of more wide form their content in order to provide a higher level of protection to all the victims or to specific typologies of them.

Key Words: victims, statute, criminal proceeding, Europe.

1. Introducción

El tratamiento dispensando a la figura de la víctima del delito en el marco del sistema penal ha experimentado notables variaciones a lo largo de la historia. A ello hace referencia el esquema de Schafer “Edad de oro-Decadencia-Resurgimiento”¹, correspondiéndose, el momento actual, con la fase ya avanzada de este último².

* Doctora en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela
natalia.perez.rivas@usc.es

1 Cfr. Schafer, S., *Victimology: The victim and his criminal*, Ed. Reston Publishing Company Inc., Virginia, 1977, p. 8. Kearon, T., y Godfrey, B., “Setting the scene: a question of history”, en WALKLATE, S., (coord.), *Handbook of victims and victimology*, Ed. William Publishing, Cullompton, 2007, pp. 30-32, distinguen esos tres mismos periodos, calificando la actual atención a la figura de la víctima como fragmentaria, puesto que todavía continúa instrumentalizándose para justificar o exigir la adopción de determinadas políticas.

2 Con ser mayoritariamente aceptado, este esquema ha sido también objeto de críticas, debido a su excesiva simplificación del devenir histórico de la víctima y a su falta de vocación universal, en la medida en que sólo sería aplicable a la

La denominada “Edad de oro” -etapa, que se sitúa, con carácter general y en relación con la mayoría de las sociedades, desde los orígenes de la vida en sociedad hasta la Baja Edad Media (s. XI a XV)-³, se caracterizaba por el protagonismo absoluto de la víctima en la determinación de la reacción penal ante la victimización sufrida⁴. En la fase más primitiva de la Edad de oro, la autotutela era el único mecanismo de respuesta penal que poseía la víctima. La justicia punitiva se realizaba, precisamente, por medio de ella, al estimarse que la ofensa afectaba únicamente a la víctima, sobre quien recaía el control social en aras a la lucha y defensa de su primacía y de su autoconservación⁵. En esta época se observaba una identificación entre delito y daño. De esta originaria venganza privada individual se pasa –con la asociación del hombre primitivo en tribus y la dilución de su individualismo- a la venganza privada colectiva, en la que es el clan familiar de pertenencia el que determina la respuesta penal. El daño sufrido por la víctima es absorbido, así, por el daño ocasionado a la tribu o al clan familiar, que se configura como el valor superior a proteger⁶.

La evolución socio-económico-cultural que experimentaron estos primitivos enclaves tribales –como consecuencia, fundamentalmente, del paso del nomadismo al sedentarismo-, así como las perturbaciones que las venganzas de sangre⁷ ocasionaban en su bienestar y estabilidad social, pusieron de manifiesto la necesidad de implantar, en un primer momento, medidas de control del ejercicio privado de la justicia, y de proceder, posteriormente, a su sustitución por otros sistemas de reacción jurídico-penal de carácter no violento⁸.

evolución que el estatus de la víctima experimentó en determinados países –principalmente en los de ámbito anglosajón-. Como pone de relieve Herrera Moreno, M., *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Ed. Edersa, Madrid, 1996, p. 86, “la idea fundamental que vertebra esta concepción es la del desplome histórico de los derechos individuales de la víctima es bien de los intereses comunitarios formalmente detentados por el poder estatal”

3 La expresión Edad de Oro hace referencia a la evolución experimentada por la mayoría de los sistemas jurídicos, y no a una concreta época histórica. En este sentido, como pone de relieve LALINDE ABADÍA, J., *Derecho histórico español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983 (3ª ed.), pp. 396-398, los pueblos primitivos que habitaron la península se regían por un derecho penal público impuesto por el poder político. Será en los primeros siglos de la Reconquista cuando la composición y la venganza imperen como formas de castigo. A título de excepción, la justicia privada, bajo la forma de la figura de duelo, se mantuvo en España, como apunta TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta: siglos XVI-XVII-XVIII*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 80, hasta finales del siglo XVIII, resurgiendo nuevamente con el romanticismo decimonónico.

4 Apunta CARRARA, F., *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 412, que en las sociedades primitivas “el sentimiento congénito de la venganza privada, de su naturaleza de deseo fue elevado, a la altura de un derecho”.

5 Vid. SCHAFER, S., ob.cit., p. 6; HERRERA MORENO, M., ob.cit., pp. 25-26. Como pone de relieve GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, (6ª ed.), p. 102, el crimen era concebido, en esta etapa, como una cuestión privada que sólo incumbía a la víctima y al victimario. Es el llamado Derecho penal de daños.

6 Vid. HERRERA MORENO, M., ob.cit., p.28. En este mismo sentido JOUTSEN, M., *The role of the victim of crime in european criminal justice systems: A Crossnational study of the role of the victim*, HEUNI, Helsinki, 1987, p. 36, quien apunta que, en este periodo, una de las funciones principales de la familia era la protección de sus miembros, considerándose las amenazas a un miembro de la familia como una amenaza a la supervivencia de todo el clan. A diferencia de lo expresado por ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXII, 1999-2000, pp. 158-159, la pérdida, por parte de la víctima, del poder de determinar el castigo se produjo a través de un proceso gradual que culminaría con la asunción en exclusiva del *Ius Puniendi* por parte del Estado.

7 Las notas definitorias de la venganza son su desproporcionalidad y su carácter instintivo y vindicativo. Como pone de relieve HERRERA MORENO, M., ob.cit., p. 29, estas venganzas ilimitadas no solían solucionar los conflictos, sino más bien “los perpetuaba y radicalizaba”, fomentándose disputas de estirpes que se transmitían de generación en generación (“saña vieja”).

8 Sobre el paso de la venganza privada a la solución compensatoria vid., entre otros, SCHAFER, S., ob.cit., pp. 8-11; HERRERA MORENO, M., ob.cit., pp. 30-38; JOUTSEN, M., ob.cit., pp. 38-42. La introducción de la justicia pública iría progresivamente limitando las formas de ejecución privada. Como expone DRAPKIN, I., “El derecho de las víctimas”, en

Como alternativa a la práctica vindicativa surgirá la institución de la compensación, que llegará a configurarse, con el tiempo, como solución obligatoria⁹. Estos sistemas compensatorios evolucionarán insertándose en un contexto cada vez más formalizado y complejo, pasando a ser una asamblea¹⁰ –y no la víctima, mediante un pacto con el ofensor- la encargada de determinar el quantum indemnizable. Junto a éste, el infractor debía satisfacer una cantidad a la Comunidad y, posteriormente, también al Monarca –como consecuencia de la introducción de principios públicos en el contenido de la pena-, a modo de contrapartida no sólo por los servicios prestados, sino también por la protección que le dispensaban frente a la eventual reacción violenta de la víctima¹¹.

La víctima queda relegada, con ello, al papel de mera receptora de la indemnización determinada por la autoridad, iniciándose, así, el progresivo proceso de publicación del sistema penal (s. VIII a XVIII)¹² que culminará con la asunción, por parte del Estado, del *Ius Puniendi*¹³.

Pese a estar presidida por “una actitud científica reverencial respecto del delincuente”¹⁴, la denominada etapa de neutralización no olvidó totalmente a la víctima. En este

Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, p. 375, “estos ilimitados derechos de venganza, por muy comprensibles que fueran, tuvieron que ser sacrificados en el altar de la justicia que comenzaba a alborear”.

9 Según ROIG TORRES, M., ob.cit., p. 171, en España la generalización del sistema compensatorio fue más tardía, aplicándose la venganza física de un modo prácticamente ilimitado hasta la Ley de las XII Tablas (450 a.C) que prescribió el pago pecuniario para la mayor parte de los delitos. Como señala JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal* (Tomo I), Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, (4ª ed.), p. 208, para favorecer el pacto compensatorio se contemplaban, a modo de alternativa, penas extremas, como las previstas en los Fueros Españoles. La regulación de la institución de la compensación –que es propia de los ordenamientos de raíz germánica y que fue recogida en nuestro derecho altomedieval- supone un importante avance en el proceso de racionalización de la reacción penal, en la medida en que no se configura como un mero límite a la venganza privada, sino que se erige como un medio alternativo a la reacción violenta de la víctima. En opinión de HERRERA MORENO, M., ob.cit., p. 32, no viene sino a constituir una modalidad especial de venganza, una “venganza mercantil”. Para JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ob.cit., p. 244, el sistema compensatorio representa el segundo estadio en la evolución histórica de las formas de castigar. Para los antecedentes de la compensación vid. SCHAFFER, S., ob.cit., pp. 8-10.

10 La transición de una composición informal a una formal, tuvo lugar con el desarrollo del feudalismo, a partir del año 700 DC. Según HERRERA MORENO, M., ob.cit., p. 38, estas asambleas operaban en relación con los delitos “dotados de dimensión comunitaria”, dada su especial gravedad o relevancia social. Se produce así una clasificación de ofensas, siguiendo la senda de la distinción entre “crimina” y “delita”. Será el inicio del proceso de apropiación del conflicto por parte del Estado. Como pone de relieve RODRÍGUEZ MANZANERA, L., ob.cit., p. 6, todavía sigue tomándose en consideración a la víctima “por lo menos en su derecho a quejarse y a pedir justicia”, en contraposición con lo que sucederá posteriormente. Para MORÁN MARTÍN, R., *Historia del derecho privado, penal y procesal* (Tomo I. Parte Teórica), Editorial Universitas, Madrid, 2002, p. 475, la exigencia de intervención de esta asamblea constituye un paso decisivo en la evolución de la justicia privada a la justicia pública. Se trata de un procedimiento acusatorio, caracterizado porque se inicia a instancia de parte y el juez actúa como un mero árbitro.

11 Esta cantidad no tenía la misma naturaleza que el quantum indemnizable que se otorgaba a la víctima; se trataba de una sanción pecuniaria destinada en exclusiva al saneamiento de las arcas públicas. Asistimos al nacimiento de la multa como sanción penal, hecho que tendría un papel fundamental en la evolución hacia el control estatal del sistema penal.

12 En el periodo histórico comprendido entre los siglos VIII a XVIII, tiene lugar la progresiva neutralización de la figura de la víctima, que se refleja, principalmente, en dos elementos: a) las ofensas pasan de ser consideradas como una agresión a la víctima, a serlo contra el monarca y, por consiguiente, contra Dios, así como un atentado contra las condiciones de vida en sociedad, y b) la víctima deja de ser la protagonista absoluta en la determinación de la forma de solución del conflicto –con la matizaciones a las que ya hemos hecho alusión- para convertirse en un personaje totalmente secundario y prescindible.

13 HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 200, sitúa el surgimiento del Derecho penal estatal en el momento en que la evolución del sistema de compensación relega a la víctima a una mera receptora de una indemnización. Como señala ROIG TORRES, M., ob.cit., p. 163, la progresiva intervención del sector público en el ámbito sancionador fue restringiendo la potestad atribuida a la víctima, tanto en el ámbito jurídico, como en el plano económico.

14 Cfr. NEUMAN, E., ob.cit., p. 44.

sentido se ha afirmado, por ejemplo, que la mayoría de los criminólogos habían hecho victimología sin saberlo¹⁵, con sus frecuentes alusiones a la víctimas al tratar de las cuestiones resarcitorias¹⁶.

Las macrovictimizaciones que tuvieron lugar en la primera mitad del s. XX -especialmente, el holocausto judío- fueron, sin duda, el detonante para el resurgimiento del interés por la figura de la víctima, dando lugar al nacimiento de una nueva disciplina científica, la victimología¹⁷. Al originarse ésta dentro de un paradigma positivista¹⁸, su objeto de estudio se centró, inicialmente, en el análisis teórico¹⁹ de aquellos factores que permitían diferenciar a las víctimas de las no víctimas y en la interacción existente entre la víctima y el victimario en la génesis del hecho delictivo -y de la que se derivaría una corresponsabilidad de la víctima en su propia victimización-²⁰. La víctima era concebida como un instrumento de conocimiento útil para la comprensión del fenómeno criminal y de la personalidad del delincuente.

La eclosión, en la década de los ochenta, de la victimología de la acción²¹ traerá consigo una ampliación de su campo de estudio, hasta abarcar la implementación de medidas destinadas a mejorar la posición de la víctima en los planos legal, social y asistencial²².

15 Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, L., ob.cit., p. 5.

16 Para HERRERA MORENO, M., ob.cit., p. 76, la razón de que la Criminología se centre exclusivamente en la figura del victimario se debe a su creencia en la posibilidad de erradicar la criminalidad actuando sobre éstos. En expresión de esta autora “era más lógico agrupar esfuerzos en torno a esta más alta aspiración que lamentar estérilmente las bajas ya causadas por el delito”. Se trataba, como dice RODRÍGUEZ MANZANERA, L., ob.cit., pp. 3-4, de una cuestión de prioridades.

17 Vid. Beristain Ipiña, A., “Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz”, en Tamarit Sumalla, J.M., *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 261-286.

18 Como explican Bustos Ramírez, J., y Larrauri Pijoan, E., *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pp. 9-12 y 72-73, fue la crisis del paradigma etiológico y su sustitución por las teorías de la criminalización, la que llevó a que el planteamiento positivista se centrara en el otro protagonista del suceso criminal -la víctima-, en un último intento de demostrar que el fenómeno criminal estaba dentro del paradigma etiológico, al poder estudiarse a ambos -víctima y victimario- desde esa perspectiva. En este sentido vid. Walklate, S., *Imagining the victim of crime*, Open University Press, Mainhead, 2007, p. 31; Rodríguez Manzanera, L., *Victimología: estudio de la víctima*, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 26; García-Pablos de Molina, A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, (6ª ed.), p. 102.

19 Vid. Fattah, A.E., “Victimology: past, present and future”, en *Criminologie*, vol. 33, nº 1, 2000, p. 25.

20 Vid. Antony, C., “Los movimientos victimológicos y su influencia en las reformas legales chilenas”, en *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios*, nº 2, 2001, pp. 9-10. Esta teoría positivista de la victimología es la que mayoritariamente adoptan los sistemas de justicia, en la medida en que exonera de toda responsabilidad al Estado.

21 Denominación acuñada por Fattah, A.E., “Victimologie: tendences récentes”, en *Criminologie*, vol. 13, nº 1, 1980, p. 7. La obra de Menache Amir - *Patterns in forcible rape: with special reference to Philadelphia, Pennsylvania, 1958 and 1960*, PhD. University of Pennsylvania, 1965-marcó un punto de inflexión en la evolución de la victimología, al poner de manifiesto la necesidad de revisar los postulados victimológicos primigenios. En la misma se aplicaba la noción de víctima precipitación a la violación basándose para ello, exclusivamente, en el estudio de 646 casos de violación a través de los registros policiales obviando, por tanto, en su estudio, la perspectiva de las víctimas. Ello supuso el desprestigio intelectual y político de término víctima-precipitación y con ello el de la victimología positivista que llegó a adjetivarse como víctima-culpabilizadora. Resultado de esa identificación es el fin de la etapa de teorización de la victimología y el inicio de su aplicación práctica.

22 En este sentido, vid. Subijana Zunzunegui, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal: del olvido al reconocimiento*, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 14; Soria Verde, M.Á., “Desarrollo histórico de la victimología”, en Soria Verde, M.Á., (coord.), *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*, Ed. PPU, Barelona, 1993, p. 17; En este sentido se estima, como señala Sanz-Díez de Ulzurum Lluch, M., “La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, 2004, pp. 228-229, que el reconocimiento y respeto de los derechos de las víctimas favorece el cumplimiento de los algunos de los fines que tiene asignado el derecho penal tales como la pacificación de las relaciones

A ello contribuyeron factores como los datos aportados por las encuestas de victimización y el surgimiento de un fuerte movimiento social²³, principalmente desde posiciones feministas, crítico con los postulados victimo-culpabilizadores de los primeros estudios victimológicos²⁴.

2. Estatuto jurídico de la víctima en Europa: antecedentes

La influencia del movimiento relativo al redescubrimiento de la víctima ha encontrado también plasmación en el ámbito legislativo de la Unión Europea

La aprobación, en 1997, del Tratado de Ámsterdam²⁵, tuvo una incidencia decisiva en la visibilización de la problemática de las víctimas en el seno del debate político europeo. La razón para ello es que el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia diseñado por aquél exigía garantizar, entre otros extremos, el acceso de todos los ciudadanos a la justicia en condiciones de igualdad²⁶. A esta dinámica responde, en primer lugar, el Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, adoptado del 11 de diciembre de 1998²⁷. Dicho Plan prevé la realización de un estudio comparativo de los sistemas de indemnización de las víctimas (punto 51.c) y la adopción de una serie de medidas, en el plazo de cinco años, para garantizar y facilitar la tutela de quienes fueran víctimas de una infracción penal en un país de la UE distinto del de residencia.

La Comunicación presentada por la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre “Víctimas de delitos en la Unión Europea, Normas y medidas”²⁸, representa un segundo hito en la construcción de un sistema europeo de protección jurídica de las víctimas. La idea que la inspira es la de que la preocupación

sociales, la consecución de la prevención general positiva y la prevención del delito.

23 Si bien los movimientos sociales de apoyo a las víctimas han contribuido significativamente a mejorar la situación de las víctimas, también es verdad que son numerosos los peligros que se pueden derivar de una sobredimensión de su influencia, al abogar, en gran parte de los casos, por políticas represivas y antigarantistas. A este respecto vid. Pérez Cepeda, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, pp. 439-440. Es común la insistencia por parte de los estudios de la necesidad de diferenciar entre los postulados de la victimología académica –que pretende la armonización de los derechos de las víctimas y de los victimarios dentro del marco de las garantías propias de un Estado de Derecho- y los de los movimientos sociales de apoyo a las víctimas.

24 También facilitaron este “redescubrimiento” de la víctima las investigaciones desarrolladas desde el ámbito de la Psicología social, cuyos resultados han permitido interpretar y explicar los datos aportados por los trabajos victimológicos. Vid. Sangrador, J.L., “La victimología y el sistema jurídico penal”, en Jiménez Burillo, F., y Clemente Díaz, M., (coords.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1986, pp. 62-63; Herrera Moreno, M., ob. cit., pp. 112-118; Herrero Alonso, C., y Garrido Martín, E., “Victimología: el impacto del delito, la víctima y el sistema legal. Una aproximación psicosocial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, p. 17. Para Peris Riera, J.M^a, “Aproximación a la victimología: su justificación frente a la Criminología”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 34, 1988, p. 98, ese redescubrimiento de la víctima tiene un carácter utilitarista, dado que es más sencillo intentar cambiar el comportamiento de la víctima potencial que el del delincuente.

25 DO C 340, de 10 de noviembre de 1997.

26 Vid. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., “La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Unión Europea”, en *Estudios de Derecho Judicial*, n^o 121, 2007, pp. 158-159; Rodríguez Puerta, M^a.J., “Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas”, en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. y Tamarit Sumalla, J.M^a, (coords.), *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 416.

27 DO C 19, de 23 de mayo de 1999.

28 *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. Víctimas de delitos en la Unión Europea. Normas y medidas*, COM (1999) 349 final, Bruselas, de 14 de julio de 1999.

por la situación de las víctimas no puede traducirse, únicamente, en la articulación de programas compensatorios, sino que es preciso regular otros aspectos que anteceden al resarcitorio, como la prevención de la victimización, la asistencia a las víctimas o su posición en el proceso penal.

De cita obligada es, también, el punto 32 de las Conclusiones de la Cumbre de Tampere, celebrada durante los días 15 y 16 de octubre de 1999, y que reza: “Habida cuenta de la comunicación de la Comisión, deberían elaborarse normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas de los delitos a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales. Además, deberán crearse programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección de las víctimas”.

El texto esboza una de las líneas fundamentales en las que se centraría la política europea, en materia de víctima de delitos, a partir de ese momento: la configuración de su estatuto jurídico de las víctimas de delitos.

Los esfuerzos dirigidos a configurar un estatuto jurídico de las víctimas de delitos culminaron con la aprobación de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal (en adelante Decisión Marco 2001/220/JAI)²⁹. Ello constituyó un hito en el desarrollo de los derechos de las víctimas en Europa, representando el primer instrumento internacional de *hard law* en esta materia³⁰.

De acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, el objetivo general de la Decisión Marco 2001/220/JAI es establecer y garantizar en toda la Unión el mismo nivel de protección a la víctima, independientemente del Estado miembro en el que se encuentre. Esta protección no se limita a la intereses de la víctima en el marco del proceso penal, sino que busca también una mejor asistencia integral de sus intereses —articulando para ello medidas asistenciales tanto anteriores como

29 DOUE L 082/1 de 22/03/2001 p. 4. Su origen se debe a la iniciativa presentada por Portugal, que ejercía la presidencia de turno de la Unión el primer semestre del año 2000. Las instituciones europeas carecían, en aquél momento, de una clara base jurídica para regular en materia de víctimas, por lo que “recurrieron al art. 308 del TCE, hoy art. 352 del TFUE, y justificaron su actuación en la necesidad de lograr uno de los objetivos generales de la Comunidad Europea: la supresión, entre los Estados miembro, de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios”. Cfr. Blázquez Peinado, M^a.D., “La Directiva 2012/29/UE: un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n^o 46, 2013, p. 900. Walklate, S., ob. cit., p. 103, sintetiza como sigue el conjunto de derechos y situaciones jurídicas reconocidas a la víctima en el marco de este texto legal: derecho a ser tratada con respecto; derecho a un papel real y apropiado reconocido en el procedimiento criminal; derecho a ser escuchada durante los procedimientos y a presentar pruebas; derecho a recibir información sobre aspectos como: el tipo de apoyo disponible; dónde y cómo denunciar una ofensa; los procedimientos criminales y su papel en ellos; el acceso a la protección y a asesoramiento; el derecho a compensación; y, si lo desean la sentencia así como la puesta en libertad del ofensor; derecho a que se minimicen las dificultades de comprensión sobre lo que sucede en cada momento en el proceso; derecho a tener acceso a asesoramiento legal gratuito con respecto a su papel en los procedimientos; derecho a que se le reembolsen los gastos en que ha incurrido como resultado de su participación en los procedimientos criminales; derecho a obtener un nivel razonable de protección; derecho a obtener una indemnización por los daños ocasionados en el seno del proceso penal; la posibilidad de dilucidar los conflictos a través de sistemas de mediación penal; derecho a beneficiarse de las medidas adoptadas para minimizar las dificultades a las que se enfrentan cuando residen en otro estado miembro, especialmente cuando se trata de procedimientos por delincuencia organizada.

30 Vid. Groenhuijsen, M., y Pemberton, A., “The EU Framework Decision on Victims. Does hard law make a difference?”, en *European Journal on Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 17, 2009, p. 43.

posteriores al para proceso-, encaminadas a paliar los efectos del delito. La consecución de este objetivo requiere, por tanto, la armonización entre los Estados miembro de “las normas y prácticas relativas al estatuto y los principales derechos de la víctima, velando en particular por el respeto de su dignidad, su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto del de la comisión del delito”³¹.

Tras once años desde su aprobación, lo cierto era que su grado de implementación por parte de los Estados miembro había sido notablemente deficiente³² –hasta el punto de que ninguno había ejecutado plenamente las disposiciones de la Decisión Marco 2001/220/JAI - como se derivaba tanto de lo concluido en los informes elaborados por la Comisión conforme a lo establecido en el art. 18 de la Decisión Marco 2001/220/JAI³³ como de los estudios desarrollados al efecto³⁴. En este sentido, se identificaron como factores que contribuyeron a la ineficacia de la norma “su redacción ambigua, la falta de obligaciones concretas y la imposibilidad de incoar procedimientos de infracción contra los Estados miembro”³⁵. Ante la constatación de esta realidad, el Consejo Europeo, en el marco del Programa de Estocolmo —Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010-2014)— reitera, una vez más, la necesidad de prestar un apoyo espe-

31 Vid. considerando 6 de la Decisión Marco 2001/220/JAI.

32 La Encuesta Europea sobre Delincuencia y Seguridad (en adelante EU ICS) del año 2005 –primera y única edición por el momento-, incluía cuestiones alusivas, entre otros aspectos, al nivel de satisfacción de las víctimas con la respuesta policial dada sus denuncias y con el porcentaje de aquéllas que, requiriendo ayuda especializada, la habían recibido. Pues bien, el resultado que se deriva de la interacción de ambos indicadores es un buen predictor del grado de implementación, en este caso de la Decisión Marco 2001. De acuerdo con ese dato, los países en donde las políticas de reconocimiento de los derechos de las víctimas estaban más desarrollados eran protección de las víctimas están más desarrolladas Escocia, Dinamarca y Austria. En el extremo opuesto, se sitúan Hungría, Bulgaria y Turquía. España se ubicaba en la parte media de la tabla clasificatoria. Vid., al respecto, Van Dijk, J. y Groenhuisen, M., “Benchmarking victim policies in the framework of European Union Law”, en Walklate, S., *Handbook of Victims and Victimology*, Ed. Willan, Cullompton, 2007, p. 375.

33 Vid. Informe de la Comisión, de 20 de abril de 2009, de conformidad con el art. 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal [COM (2009) 166 final]; Informe de la Comisión, de 3 de febrero de 2004, basado en el art. 18 de la Decisión-marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal [COM (2004) 54 final]. Los resultados de estos informes deben tomarse, no obstante, con las debidas reservas por dos razones principales. En primer lugar, los datos que obran en los informes elaborados por la Comisión Europea para los años 2004 y 2009 reflejan la situación vigente en un buen número de países -Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Holanda, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte) y Suecia- a fecha 22 de marzo de 2003. Por otra parte, existen opiniones discrepantes entre los Estados miembros y la Comisión Europea sobre el grado de las disposiciones de la Decisión Marco, debido a que la esta apoya sus conclusiones únicamente en el tenor literal de los textos legales remitidos por los Estados. En este sentido, la Comisión hace equivalente el respeto al derecho a su trasposición formal al ordenamiento estatal, con independencia de su implementación práctica, lo que provoca desajustes. Sobre esta cuestión vid. Groenhuisen, M., y Pemberton, A., ob. cit., pp. 48-51.

34 Vid. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima: *Victims in Europe. Implementation of the EU Framework Decision on the Standing of Victims in the Criminal Proceedings in the Member States of the European Union*, Lisboa, 2010; Bulgarian Centre for the Study of Democracy: *Member States' legislation, national policies, practices and approaches concerning the victims of crime*, Sofía, 2009.

35 Cfr. punto 2.1 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 18 de mayo de 2011 denominada «Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea» [COM(2011) 274 final]. Añade Serrano Masip, M., “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2013, 2013, p. 34, como otra posible causa de su falta de implementación “la influencia que ha podido tener la concepción del delito como hecho público y la titularidad estatal del *ius puniendi* [...]”. No obstante, como bien apunta Blázquez Peinado, M^a.D., ob. cit., p. 910, “pese a los modestos resultados conseguidos por parte de los Estados miembro, la Decisión marco tuvo el mérito de iniciar el proceso y no cabe duda de que constituyó el primer paso en el establecimiento de un sistema de protección integral en favor de las víctimas de delitos en la Unión Europea”.

cial así como protección jurídica a “las personas más vulnerables o que se encuentran en situaciones particularmente expuestas, como aquellas sujetas a una violencia repetida en las relaciones personales, las víctimas de violencia de género o las víctimas de otros tipos de delitos en un Estado miembro del cual no son nacionales o residentes [...]”³⁶. A este respecto desde el Consejo Europeo se insta a la Comisión y a los Estados miembro, entre otras cuestiones, a la realización de la realización de propuestas sobre cómo mejorar la legislación y las medidas de apoyo y protección de las víctimas.

En atención a dicha demanda, la Comisión presentó, el 10 de junio de 2011, un plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales³⁷. Entre esas propuestas se incluía, en lo que aquí a nosotros interesa, la aprobación de una Directiva –caracterizada por tener un efecto directo vertical- que sustituyera a la Decisión Marco 2001/220/JAI y, por la que se establecieran unas normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos³⁸. En este contexto, el art. 82.2.c) del Tratado de Lisboa ofrece ahora una clara base jurídica para que el Parlamento Europeo y el Consejo UE establezcan, mediante Directivas, normas mínimas sobre los derechos de las víctimas de delitos a fin de facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales así como la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza³⁹.

Finalmente, el 25 de octubre de 2012 fue aprobada la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los de-

36 Cfr. punto 2.3.4 del Programa de Estocolmo —Una Europa a abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010-2014)—. Diario Oficial de la Unión Europea, C 115, de 5 de mayo de 2010.

37 Vid. Resolución del Consejo, de 10 de junio de 2011, sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (2011/C 187/01). Los objetivos generales de este plan de trabajo eran los siguientes: establecer procedimientos y estructuras adecuados para que se respete la dignidad, la integridad personal y psicológica y la intimidad de la víctima en un proceso penal; fomentar el acceso de las víctimas de delitos a la justicia, fomentando asimismo el papel de los servicios de apoyo a las víctimas; concebir procedimientos y estructuras adecuados encaminados a prevenir la victimización secundaria y repetida; fomentar la provisión de interpretación y traducción para la víctima en el marco del procedimiento penal; cuando proceda, animar a las víctimas a que participen activamente en los procesos penales; reforzar el derecho de la víctima y de su asesor jurídico a recibir información puntual sobre el proceso y su resultado; fomentar el recurso a la justicia reparadora y a modalidades alternativas de solución de conflictos, tomando en consideración los intereses de la víctima; prestar atención especial a los niños, como parte del grupo más vulnerable de víctimas, y tener siempre en mente sus intereses; velar por que los Estados miembro proporcionen formación, o estimulen la provisión de formación, a todos los profesionales pertinentes; velar por que la víctima reciba una indemnización adecuada.

38 Entre esas propuestas se incluía, además de la aprobación de la citada Directiva, las siguientes medidas: a) la aprobación de con una propuesta (o propuestas) de recomendación que sirvan de guía y modelo a los Estados miembro y les facilite la aplicación de la citada Directiva; b) la aprobación de un Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección de víctimas adoptadas en materia civil; y, c) la revisión de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos.

39 Como es sobradamente conocido, con la aprobación del Tratado de Lisboa desaparece la estructura en pilares de la Unión Europea –las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial en materia penal- quedando sometida, por tanto, las cuestiones penales, al régimen comunitario ordinario. Se produce, por tanto, una homogeneización de los actos que las instituciones pueden adoptar en las distintas materias, suprimiéndose las Decisiones Marco que son sustituidas por las Directivas. La regulación de esta materia mediante directivas posibilitará que se puedan “sortear todos aquellos obstáculos que actualmente implica el empleo de las decisiones marco en tanto que instrumento normativo del tercer pilar. En particular, se despejará la interrogante relativa a su producción de efectos jurídicos directos, se dotará a la UE de mecanismos más eficaces para asegurar y, en un momento dado obligar a los Estados miembro a que cumplan con las obligaciones impuestas y, además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será plenamente competente para controlar el cumplimiento de dichos actos por parte de los Estados”. Cfr. Villegas Delgado, C., “La ineficacia de la Decisión Marco 2001/2002/JAI y la evolución de los instrumentos”, en Armenta Deu, M^a.T., y Oromí Vall-Llovera, S., (coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Ed. Colex, Madrid, 2010, p. 282.

rechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo (en adelante Directiva 2012/29/UE).

3. Normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos en la Unión Europea: la Directiva 2012/29/UE

La Directiva 2012/29/UE tiene por finalidad garantizar que las víctimas de delitos cometidos en un Estado miembro o que, sin ser cometidos en uno de ellos, se juzguen en un proceso penal en la UE⁴⁰ reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales⁴¹. Se propone como objetivo configurar para ellas un nuevo estatuto jurídico con el fin de garantizarles una tutela más efectiva de sus derechos en el marco del proceso penal, en todo el conjunto de la Unión.

La regulación que se contiene en la Directiva 2012/29/UE tiene carácter mínimo⁴², de tal manera que los Estados miembro pueden articular de forma más amplia los derechos en ella contenidos con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección a todas las víctimas o a tipologías concretas⁴³. En todo caso, las disposiciones de esta Directiva no afectan a las de mayor alcance contempladas en otras normas en que se aborden, de forma específica, las necesidades de categorías particulares de víctimas, como, por ejemplo, las víctimas de trata de seres humanos y menores víctimas de abusos sexuales, explotación sexual y pornografía infantil, de una manera más específica⁴⁴.

3.1. Concepto de víctima

La Directiva 2012/29/UE define a la víctima como “la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente⁴⁵ causado por una infracción penal⁴⁶, con independencia de si se ha procedido a identificar, detener, acusar o condenado al victimario⁴⁷. Se trata, nuevamente como observamos, de un concepto jurídico amplio de víctima, que engloba

40 Vid. considerando 13 de la Directiva 2012/29/UE.

41 Vid. art. 1.1 de la Directiva 2012/29/UE.

42 Así se dice expresamente en los Considerandos 2 –“La Unión está comprometida con la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas de carácter mínimo en dicha materia [...]”- y 11 –“La presente Directiva establece normas de carácter mínimo.[...]”- de la Directiva 2012/29/UE.

43 Así se dispone en el apartado 2º del art. 82 TFUE –“la adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembro mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.[...]”- y en el Considerando 11 de la Directiva 2012/29/UE –“La presente Directiva establece normas de carácter mínimo. Los Estados miembro pueden ampliar los derechos establecidos en la presente Directiva con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección”-.

44 Vid. considerando 69 de la Directiva 2012/29/UE.

45 En opinión de Sánchez Tomás, J.M., “El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea”, en Martínez Escamilla, M., y Sánchez Álvarez, M^a.P., (coords.). *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 90, la exigencia de que los daños o perjuicios sean causados directamente por una infracción penal “va a excluir del ámbito de aplicación posible de las normas en materia de protección y asistencia a la víctima a quienes indirectamente se vean afectados por acciones delictivas y, sin embargo, tengan un legítimo interés de sanción y/o resarcimiento económico”. A este respecto estima que el concepto de víctima debería haberse vinculado “a toda persona perjudicada que conforme a la legislación proceso penal se pudiera considerar con un interés legítimo que la habilitara a su intervención en el mismo”.

46 Vid. art. 2.1.a) de la Directiva 2012/29/UE

47 Vid. considerando 19 de la Directiva 2012/29/UE.

tanto al sujeto pasivo del delito como al perjudicado, coincida o no con aquél⁴⁸. Esta referencia exclusiva a la persona física como víctima es criticada por diversos autores al no tener en consideración el legislador europeo el hecho de que, en la actualidad, la condición de víctima la pueden ostentar los grupos de afectados y demás personas colectivas e, incluso, las personas jurídicas⁴⁹. De Hoyos Sancho justifica tal limitación en el hecho de que “la Directiva tiene como *leitmotiv* evitar la victimización secundaria consecuencia de los hechos presuntamente delictivos, problema que no se ha considerado tan acuciante en los supuestos en que los sujetos pasivos son personas jurídicas”. No obstante, añade a renglón seguido que “en todo lo relativo al derecho a la información, a la participación en el proceso, o a la compensación o reparación de las consecuencias económicas derivadas del hecho delictivo, sí pueden considerarse similares los derechos e intereses de las personas físicas y jurídicas”⁵⁰. Bien es verdad que esta falta de referencia expresa a las personas jurídicas como víctimas respecto de las que predicar el contenido de la Directiva no impide que, a la hora de su transposición, los Estados miembro opten por ampliar su ámbito de aplicación también a aquéllas, en lo que resulte pertinente⁵¹. En caso de fallecimiento de la víctima directa, ostentarán la titularidad de este derecho los familiares que hayan sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de su fallecimiento⁵². En este

48 Vid. Tomé García, J.A., “El estatuto de la víctima en el proceso penal según la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español”, en Armenta Deu, M^a.T., Gascón Inchausti, F., Bachmaier Winter, L., y Cedeno Hernán, M., (coords.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Ed. Colex, Madrid, 2006, p. 256. A este respecto apunta Faraldo Cabana, P., “Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, 2006, pp. 11-12, nota 5, que ofendido y perjudicado son afectados directos, radicando la diferencia entre uno y otro en que el primero es titular del bien jurídico protegido por ese delito en tanto que el otro no.

49 Vid. Oromí Vall-Llovera, S., “Los derechos de la víctima en las reformas del proceso penal. Del olvido al resurgimiento (1)”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n^o 98/99, 2012, p. 2; la misma, “Concepto de víctimas y de víctimas especialmente vulnerable”, en Armenta Deu, M^a.T., (coord.). *Código de buenas prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 20 y p. 25; la misma, “El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones nacionales de los Estados miembro de la UE”, en De la Oliva Santos, A., Armenta Deu, M^a.T., y Calderón Cuadrado, M^a.P., (coords.), *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Ed. Colex, Madrid, 2007, p. 134; Sánchez Tomás, J.M., ob. cit., p. 67 y pp. 88-89; Tomé García, J.A., ob. cit., p. 265. La exclusión de las personas jurídicas del ámbito de aplicación de la Decisión Marco 2001/220/JAI, hecho que resulta también predicable de la Directiva 2012/29/UE, fue confirmada por la STJUE, de 28 de junio de 2007, dictada en el asunto C-467/05 (caso Giovanni Dell’Orto). Se afirma en dicha sentencia que “[...] el concepto de víctima a efectos de dicha Decisión Marco no incluye a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”. Más recientemente, la STJUE, de 21 de octubre de 2010, dictada en el asunto C-205/2009 (Caso Emil Eredic y María Vassné Sápi), concluye que los arts. 1.a) y 10 de la Decisión Marco 2001/220/JAI “deben interpretarse en el sentido de que el concepto de víctima no incluye a las personas jurídicas a efectos de impulsar la mediación en las causas penales”.

50 Vid. De Hoyos Sancho, M., “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, 2014, p. 14.

51 Vid. *Guía de la DG Justicia de la Comisión Europea, de 19 de diciembre de 2003, sobre la transposición y aplicación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*, [Ref. Ares (2013) 3763804], p. 9

52 Esta previsión supone una ampliación del concepto de víctima que se contenía en el art. 1.a de la Decisión Marco 2001/220/JAI, en que no se hacía alusión alguna a las víctimas indirectas. Bien es verdad que, el legislador europeo circunscribe la consideración de víctima de los familiares, únicamente, a los casos de fallecimiento de la víctima directa. No tendrían la consideración de víctimas indirectas, por tanto, los familiares de aquellas personas que solamente hayan sufrido lesiones, aunque aquéllas revistieran carácter grave, o sufran, graves desequilibrios emocionales como consecuencia del hecho sufrido que las incapacite. En contra de esta limitación se pronuncian Llorente Sánchez-Arjona, M., “La protección de las víctimas de delitos en el marco de la Unión Europea”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 112, 2014, p. 321; De Hoyos Sancho, M., ob. cit., p. 13; Pereira Puigvert, S., “Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo”, en *Revista General de Derecho Europeo*,

concepto de familia quedan englobados: a) el cónyuge; b) la persona que convive con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua; c) los familiares en línea directa; d) los hermanos y hermanas; e) las personas a cargo de la víctima⁵³. Los Estados miembro podrán delimitar, en todo caso, el número de familiar que pueden acogerse a los derechos previstos en la Directiva, según las circunstancias de cada caso, así como determinar qué familiares tienen prioridad para su ejercicio⁵⁴.

3.2. Los derechos de las víctimas en el marco del proceso penal

A la hora de desgranar el contenido de la citada Directiva 2012/29/UE, hemos optado por un esquema que tiene por eje vertebrador los cinco derechos básicos de que son titulares las víctimas -el derecho a la información, el derecho a la participación en el proceso, el derecho a la protección, el derecho a la asistencia y el derecho a la reparación-⁵⁵ en el marco del proceso penal, estrictamente considerado. Su ejercicio vendrá graduado, en atención al principio de individualización que preside la Directiva 2012/29/UE, por las concretas necesidades manifestadas por la víctima⁵⁶.

3.2.1. Derecho a la información

El derecho a la información aparece regulado en sus arts. 4 y 6⁵⁷. Conforme al primero de ello, se prevé que, desde el primer contacto de la víctima con las autoridades compe-

núm. 30, 2013, p. 8; Blázquez Peinado, M^a.D., ob. cit., p. 921.

53 Vid. art. 2.1.b de la Directiva 2012/29/UE. Esta primera parte de la definición de víctima coincide prácticamente con la definición de víctimas contenida en el art. 1.a de la Decisión Marco 2001/220/JAI - la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”-.

54 Vid. art. 2.2.b de la Directiva 2012/29/UE.

55 En este punto seguimos a Gómez Colomer, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, p. 190, p. 204, p. 213 y p. 223; Villacampa Estiarte, C., “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en Tamarit Sumalla, J.M^a, (coord.), *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 169; la misma, *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Ed. Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 495-496; la misma, “La víctima en el sistema de justicia penal I”, en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., y Tamarit Sumalla, J.M^a, (coords.), *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 338-342; Tamarit Sumalla, J.M^a, “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”, en Tamarit Sumalla, J.M^a, (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 35-42; García Rodríguez, M.J., “Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo”, en Tamarit Sumalla, J.M^a, (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 133-144.

56 Vid. Tamarit Sumalla, J.M^a, “Los derechos de las víctimas”, en Tamarit Sumalla, J.M^a, (coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2005*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 24-25. A este respecto apunta Leal Medina, J., “Régimen jurídico de la víctima del delito (Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y en las leyes extraprocesales. Especial atención al anteproyecto de Ley Orgánica del estatuto de la víctima del delito”, en *Diario La Ley*, núm. 8287, 20104, p. 12, que “las medidas de tipo general y uniforme para todas las víctimas, no sirven, ni son viables, ni resuelven el problema, pues la experiencia demuestra, no sólo que cada caso es distinto, sino que también lo es la víctima, su agresor y las circunstancias en las que están inmersas, por lo que la cercanía con todas estas variables, es fundamental para la finalidad de protección”.

57 El sentir mayoritario de la doctrina acerca del carácter “fundamental” y de la “posición preeminente” de que goza el derecho a la información, contrasta con el grado de insatisfacción expresado por las víctimas con relación a su reconocimiento efectivo por parte de los Estados miembro. Así, de conformidad con los datos resultantes de la EU ICS- 2005, el 42% de los encuestados expresaron estar insatisfechos con la información recibida, especialmente las víctimas de agresiones sexuales. Vid. Van Dijk, J., Manchin, R., Van Kesteren, J., Nevala, S. y Hideg, G., *The Burden of Crime in the EU A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey (EU ICS) 2005*, p. 74. Disponible en: <http://www.europeansafetyobservatory.eu>

tentes, se la instruya, de oficio⁵⁸, sin retrasos innecesarios, sobre los derechos que le se reconocidos en la Directiva 2012/29/UE⁵⁹. Ello debe hacerse en un lenguaje —en sentido amplio, abarcando tanto al idioma como al propio vocabulario empleado— sencillo y accesible⁶⁰. Esta información básica que debe facilitársele a la víctima abarcará los siguientes aspectos⁶¹: los servicios asistenciales a su disposición; la posibilidad de formular denuncia⁶², así como las actuaciones subsiguientes a este hecho y su papel en la mismas; las posibilidades de obtener protección; los requisitos para ser beneficiario del sistema de compensación estatal o de la asistencia jurídica gratuita; el modo y las condiciones para tener derecho a la traducción y a la interpretación; los mecanismos especiales de defensa de sus derechos en el caso de ser residente en otro Estado; los procedimientos de reclamación existentes en caso de que la autoridad competente actuante en el marco de un proceso penal no respete sus derechos; los servicios de justicia reparadora existentes; el modo y las condiciones para poder obtener el reembolso de los gastos en que hayan incurrido como resultado de su participación en el proceso penal; la decisión adoptada de no continuar el procesamiento a efectos de que decidan si recurren o no esa decisión⁶³.

La extensión o detalle con esta información le sea facilitada a la víctima diferirá en atención a sus necesidades específicas, a sus circunstancias personales, el tipo de delito sufrido y la fase en que se halle el procedimiento⁶⁴.

A mayor abundancia, y siempre y cuando lo solicite, la víctima tendrá derecho a ser informada, sin retrasos innecesarios, sobre otros aspectos concretos, relativos estos ya a la causa penal proseguida por la victimización sufrida, tales como⁶⁵: cualquier decisión de no iniciar, de poner término a una investigación, de no procesar al infractor; la hora y el lugar del juicio, y la naturaleza de los cargos contra el infractor; los elementos pertinentes que le permitan seguir el proceso penal, salvo cuando ello pueda afectar al correcto desarrollo de la causa; la sentencia recaída⁶⁶.

58 Esta previsión constituye la principal innovación del precepto con relación a la previsión contemplada en el art. 4.1 de la Decisión Marco del Consejo (2001/220/JAI), de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Vid. Centre for European Constitutional Law, *Protecting Victims' Rights in the EU: the theory and practice of diversity of treatment during the criminal trial. Comparative Report and Policy Recommendations*. Disponible en: <http://www.victimprotection.eu/images/4.38-Comparative-Report.pdf>.

59 Resalta De Hoyos Sancho, M., ob. cit., p. 34, la gran trascendencia que tiene esta previsión a efectos de minimizar la frustración que la víctima pudiera experimentar por la falta de correspondencia entre sus expectativas y la realidad procesal.

60 Para ello, deberá tomarse en consideración, con arreglo al art. 3.2 de la Directiva 2012/29/UE, las características personales de la víctima, incluida cualquier discapacidad que pueda afectar a su capacidad de entender o de ser entendida.

61 Vid. art. 4.1 de la Directiva 2012/29/UE.

62 Conforme al art. 5 de la Directiva 2012/29/UE, la víctima tiene derechos a recibir una copia de la denuncia interpuesta en la que consten los elementos básicos de la infracción penal de que se trate (tipo de delito, la hora y el lugar, cualquier perjuicio, lesión o daño que traiga causa del delito, etc.) así como un número de expediente, la hora y el lugar en que se denuncia el delito, de forma que pueda servir de justificante de la denuncia. Dicha denuncia podrá ser impuesta en su propia lengua en caso de no hablar la lengua oficial del estado en que haya sufrido el delito o, en su caso, a recibir la asistencia lingüística necesaria. Asimismo, le será facilitada la copia de la denuncia a la que hemos hecho anteriormente referencia en dicho idioma.

63 Vid. art. 11.3 de la Directiva 2012/29/UE.

64 Vid. art. 4.2 de la Directiva 2012/29/UE.

65 Vid. art. 6 de la Directiva 2012/29/UE. Resalta Pereira Puigvert, S., ob. cit., p. 15 “a pesar de ir en paralelo, lo que se pone de manifiesto constantemente con la nueva Directiva es su carácter exhaustivo en comparación con la norma a la que sustituye, la Decisión Marco 2001/220/JAI”.

66 Esta información se complementará, conforme al art. 6.3, con los motivos de la decisión adoptada, salvo que aquélla fuese adoptada por un jurado o tenga carácter confidencial.

En todo caso, a la víctima le asiste el derecho a no recibir toda esta información suplementaria o adicional -salvo que su envío sea obligatorio en el marco del proceso penal-, cubriéndose así la llamada dimensión negativa del derecho en cuestión. La víctima podrá, no obstante, modificar, en todo momento, su opinión en cuanto a ser o no ser informada sobre los aspectos señalados⁶⁷.

3.2.2. Derecho a la participación

La Directiva 2012/29/UE no obliga a los Estados miembro a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes del proceso⁶⁸, pero sí reconoce, en su art. 10, el derecho de participación de la víctima en el proceso penal. Esta participación se circunscribe a la posibilidad de que puedan ser escuchadas durante las actuaciones (por tanto no sólo durante el proceso penal, sino también en cualquier actuación que se realice antes, durante o después del proceso y que tenga relación con la víctima)⁶⁹ y a aportar los medios de prueba que estimen pertinentes⁷⁰. En aquellos casos en los que la víctima ostente la condición de parte acusador en el proceso penal -como, por ejemplo, en España- se les garantizará el acceso a la asistencia jurídica gratuita de reunir las condiciones previstas, a tal efecto, por la legislación nacional⁷¹. En los casos en los que la intervención de la víctima se haya limitado a su condición de testigo, se ha de proceder a reembolsar los gastos que haya tenido que asumir por su participación activa en el proceso penal⁷².

Las víctimas tendrán derecho a una revisión de la decisión de no continuar con el procesamiento⁷³. En aquellos Estados en los que la condición de víctima no se adquiera hasta después de haberse adoptado la decisión de continuar con el procesamiento, se habrá de garantizar que, al menos las víctimas de delitos graves, tengan derecho a revisar la decisión de no hacerlo⁷⁴.

67 Vid. art. 6.4 de la Directiva 2012/29/UE.

68 Vid. considerando 20 de la Directiva 2012/29/UE. Ello sería de imposible reconocimiento en aquellos Estados miembro en lo que rige el monopolio público de la acción penal, tales como Alemania, Reino Unido, Portugal o Países Bajos. Sobre esta cuestión vid. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., ob. cit., pp. 165-166. En opinión de Ordeñana Guezuraga, I., *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español: análisis "lege data" y "lege ferenda" a partir de la normativa europea en la materia*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, p. 428, "la falta de valentía y de una apuesta firme y consistente por los derechos de la víctima, apoyada en la diversidad existente en la ordenación de este elemento concreto en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembro, ha llevado a la UE a conceder libertad absoluta a éstos al respecto, exigiéndoles el cumplimiento de la Directiva 2012/29/UE -y, por tanto, el reconocimiento de los derechos que a la víctima arroga- en el marco de su propia opción". Ello lleva al citado autor a "condenar firmemente la falta de previsión pro la UE del status procesal de la víctima, por considerarla 'un mínimo' o 'suelo' de las garantías de cualquier víctimas, a cuyo establecimiento se dedica la Directiva 2012/29/UE. A nuestro juicio, para, realmente, evitar su victimización secundaria, hay que ofrecer al sujeto pasivo del delito la posibilidad o facultad de configurarse como acusador en el proceso penal que lo juzga".

69 Así lo apunta también Llorente Sánchez-Arjona, M., ob. cit., p. 327.

70 Crítica De Hoyos Sancho, M., ob. cit., pp. 34-35 el hecho de que ni en el articulado de la Directiva 2012/29/UE ni en el *Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/UE*, se haga referencia alguna a cómo se debe hacer efectivos estos derechos.

71 Vid. art. 13 de la Directiva 2012/29/UE.

72 Vid. art. 14 de la Directiva 2012/29/UE.

73 Vid. art. 11.1 de la Directiva 2012/29/UE. En efecto, como nota Llorente-Sánchez Arjona, Mercedes. Ob. cit., p. 329, "si a la víctima se le reconoce la condición de parte en el proceso, el cumplimiento de este derecho no ha de revestir problema alguno, pero si no ostenta tal condición, los Estados están igualmente obligados a garantizar dicha derecho para dar cumplimiento a lo prevista por la Directiva, lo cual necesariamente comportará una nueva reglamentación procesal para dar cumplimiento a dicho mandato".

74 Vid. art. 11.2 de la Directiva 2012/29/UE.

Para que esta participación sea factible, el art. 7 establece la necesidad de que sea adopten todas aquellas medidas de traducción e interpretación necesarias para minimizar las dificultades de comunicación que dificulten la participación de la víctima en el proceso penal. Así, a las víctimas que no hablen o no entiendan la lengua del proceso penal de que se trate debe facilitárseles, si así lo solicitan y se estima necesario⁷⁵, interpretación gratuita, al menos, durante las entrevistas y las tomas de declaración en la fase de investigación y enjuiciamiento. Asimismo, se pondrá a su disposición, previa petición y evaluación positiva de su necesidad, traducciones de la información esencial para que ejerzan sus derechos en el proceso penal⁷⁶. Las traducciones de dicha información incluirán, como mínimo, toda resolución judicial que ponga fin al proceso penal y, a petición de la víctima, los motivos o un breve resumen de los motivos de dicha decisión.

Con idéntica finalidad, el art. 17 prevé una serie de medidas a aplicar en aquellos casos en los que la víctima resida en un Estado distinto a aquél en que se haya cometido la infracción, consistentes, en esencia, en la prestación de declaración inmediatamente después de cometerse la infracción y en la utilización de videoconferencia o de otros mecanismos que permitan prestar declaración a distancia o que pueda denunciar los hechos en su estado de residencia. Los Estados miembro facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, que se contempla como otra de las posibilidades de participación de la víctima en la solución del conflicto, siempre que ello redunde en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se base en su consentimiento libre e informado⁷⁷.

3.2.3. Derecho a la protección

Los Estados miembro deberán articular las medidas necesarias para proteger a las víctimas, y a sus familiares, frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos. Asimismo, cuando ello resulte necesario, se deberán las correspondientes medidas para su protección física⁷⁸.

A tales efectos, la Directiva 2012/29/UE articula tres niveles de protección en que ésta se va acentuando de forma progresiva: un nivel estándar que resulta de aplicación a las víctimas de todos los delitos; un segundo nivel, reforzado, referido a las víctimas en que se aprecien necesidades especiales de protección; y, un tercer nivel, de máxima protección, aplicables a las víctimas menores de edad⁷⁹.

75 En atención a lo dispuesto en el art. 7.7 de la Directiva 2012/29/UE, serán las autoridades competentes de cada Estado miembro las que determinen si es necesaria la interpretación o la traducción solicitada. En caso de denegarse aquélla, la víctima podrá impugnar dicha decisión mediante el procedimiento establecido a tal efecto.

76 De conformidad con el art. 7.3 de la Directiva 2012/29/UE, “[...] podrá facilitarse, en lugar de una traducción escrita, una oral o un resumen oral de los documentos esenciales, siempre y cuando dicha traducción oral o dicho resumen oral no afecte a la equidad del proceso”.

77 En este sentido, Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., ob. cit., p. 169; Villacampa Estiarte, C., ob. cit., p. 339; Tamarit Sumalla, J.Mª., ob. cit., p. 3.

78 Vid. art. 18 de la Directiva 2012/29/UE.

79 Bien es verdad que estos dos últimos niveles reforzados de protección pueden no resultar de aplicación cuando se den, como se indica en el considerando 59 de la Directiva 2012/29/UE, ciertas limitaciones “de orden operativo o práctico”.

Por lo que respecta al nivel básico de protección⁸⁰, se exige a los Estados miembro, en primer lugar, la adopción de los mecanismos necesarios para evitar, en cualquier fase del procedimiento penal, el contacto entre, por una parte, las víctimas y sus familiares, y, por otra, el infractor⁸¹, en las dependencias judiciales⁸², salvo que ello sea necesaria para su correcto desarrollo. A tal efecto, todos los nuevos juzgados deben contar con salas de espera separadas para las víctimas⁸³. Asimismo, sin perjuicio de los derechos de la defensa, se deberá velar por evitar, en la medida de lo posible, su victimización institucional⁸⁴. Para ello se prevé que, durante la fase de la investigación penal, tanto la toma de declaraciones a la víctima como los posibles reconocimientos médicos se realicen, sin dilaciones injustificadas y en la medida en que ello sea estrictamente necesario para el desarrollo del proceso. En dichos trámites la víctima podrá estar acompañada, salvo resolución motivada en contrario, además de por su abogado, por otra persona de su elección⁸⁵. Se incide, también, en la necesaria implementación de medidas, en el marco del procedimiento, para tutelar su intimidad o imagen física⁸⁶. Éstas se orientan, por su parte, a neutralizar la victimización que podría derivarse de los medios de comunicación como consecuencia del tratamiento dispensado por éstos a la victimización sufrida. Es por ello que el apartado segundo de su art. 21 se prevé que los Estados miembro instarán a éstos a “aplicar medidas de autorregulación con el fin de proteger la intimidad, la integridad personal y los datos personales de las víctimas”.

El segundo nivel de protección está destinado a las víctimas que presentan necesidades especiales de protección⁸⁷. La Directiva 2012/29/UE no da una definición de víctimas especialmente vulnerables⁸⁸, simplemente determina que, en atención a sus características personales⁸⁹, al tipo de delito sufrido y a las circunstancias en las que éste fue

80 Como apunta Tamarit Sumalla, J.Mª., ob. cit., pp. 28-29, las medidas de protección contenidas en este primer nivel “reflejan una clara evolución, al preverse para todas las víctimas derechos que hasta el momento sólo habían sido concedidos o desarrollados para las víctimas consideradas más vulnerables”.

81 El victimario es el primero y más claro de los agentes victimizadores con que la víctima se va a encontrar en el marco del procedimiento penal. De ahí que la primera medida de protección que se debe articular sea la que tiene por finalidad su neutralización. En este sentido, vid. Villacampa Estiarte, C., ob. cit., p. 197.

82 Crítica Oromí Vall-Llovera, S., “Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013, p. 20, el hecho de que la Directiva se limite a exigir la existencia de dichas salas de espera en las dependencias judiciales al existir, durante el procedimiento penal, otros lugares tales como las comisarías de policía, en que dicho encuentro entre víctima y victimario puede tener también lugar. Bien es cierto que, pese a que ello no se recoge de forma expresa en el texto del articulado, el considerando 53 de la Directiva 2012/29/UE indica que tanto en las dependencias judiciales como en las comisarías de policía deben articularse medidas que posibiliten la existencia de entradas y salas de espera separadas para la víctima.

83 Vid. art. 19 de la Directiva 2012/29/UE.

84 Vid. Villacampa Estiarte, C., ob. cit., p. 198.

85 Vid. art. 20 de la Directiva 2012/29/UE.

86 Vid. art. 21 de la Directiva 2012/29/UE.

87 La categorización de una víctima como “necesitada de especial protección” sólo tiene relevancia a efectos de determinar las concretas medidas protectoras aplicables a la víctima en el marco del proceso penal. No gozan, por tanto, de un estatuto jurídico privilegiado en el ejercicio del resto de derechos que le son reconocidos a la víctima por la Directiva 2012/29/UE.

88 En opinión de Oromí Vall-Llovera, S., ob. cit., p. 25, la falta de una definición de víctimas especialmente vulnerables se debe a las divergencias existentes en las legislaciones procesales penales de los Estados miembro sobre qué debe entenderse por vulnerabilidad, tanto en lo concerniente a su ámbito de aplicación como a los medios que deben implementarse para su protección.

89 A este respecto, se deberán tomar en consideración aspectos tales como la edad, el sexo, la identidad o expresión de género, la etnia, la raza, la religión, la orientación sexual, el estado de salud, la discapacidad, el estatuto de residente, las dificultades de comunicación, la relación con el infractor o su dependencia con relación a aquél, victimizaciones previas,

cometido⁹⁰, puede haber víctimas con necesidades especiales de protección por el hecho de ser particularmente vulnerables a la victimización secundaria o a la intimidación o represalias por parte del victimario⁹¹. Especial consideración se debe prestar, a este respecto, no obstante, a las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas⁹², violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio y a las víctimas con discapacidad⁹³. El resultado de la evaluación individual⁹⁴ de esos factores será el que determine, en atención a las necesidades expuestas por la víctima⁹⁵, tanto si estamos ante una víctima necesitada de especial protección como las concretas medidas, de entre las previstas para ellas, de las que podrá beneficiarse tanto en la fase de la investigación penal como en la de enjuiciamiento⁹⁶. En el primero de los ámbitos, los Estados miembro deberán velar porque a esta categorías de víctimas se les tome declaración, salvo resolución en contrario, por la misma persona en todas las ocasiones y, únicamente, en las dependencias habilitadas a tal fin. Esta labor debería ser realizada por profesionales con formación adecuada en el tratamiento de las víctimas o, cuanto menos, con su asesoramiento. Asimismo, tratándose de víctimas de violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales, su toma de declaración, será realizada, sí la víctima así lo solicita, por una persona de su mismo sexo, a menos que deban ser realizadas por un fiscal o un juez.

En el marco ya del proceso penal, se deberán adoptar las medidas adecuadas –incluido el uso de tecnologías de la comunicación– para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor y, en su caso, que la víctima pueda declarar sin estar presente en la

etc. Vid. considerando 56 y art. 22.2 de la Directiva 2012/29/UE.

90 Las evaluaciones individuales deberán valorar especialmente en este ámbito la concurrencia de alguno de los siguientes elementos: si se trata de un delito por motivos de odio, prejuicios o discriminación; la violencia sexual; la violencia en el marco de las relaciones personales; si el infractor estaba en situación de control; si la víctima reside en una zona con una elevada tasa de delincuencia o dominada por bandas; si el país de origen de la víctima no coincide con el del Estado miembro en que se cometió el delito, etc. Vid. considerando 56 y art. 22.2 de la Directiva 2012/29/UE.

91 Vid. art. 22.1 de la Directiva 2012/29/UE. En este sentido, como señalan Tamarit Sumalla, J.M^a., ob. cit., p. 27; Villacampa Estiarte, C., ob. cit., p. 193, el legislador europeo se aparta del uso un criterio clasificador estático, consistente en la atribución apriorística de la condición de víctima vulnerable a determinadas categorías de víctimas, sustituyéndolo por un enfoque dinámico en el que se atiende, para la conceptualización de una víctima como necesitada de especial protección, a la concurrencia de determinadas vulnerabilidades o factores de riesgo de sufrir victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias. Una previsión del mismo tenor se contenía, no obstante, en el art. 3.3 de la Recomendación Rec (2006) 8.

92 Debemos recordar en este punto que las víctimas de trata de seres humanos gozan de un régimen de protección específico regulado en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

93 Se trata de categorías de víctimas que, salvo raras excepciones, serán conceptualizadas, en todo caso, como víctimas necesitadas de especial protección. Al respecto, apunta, acertadamente, Villacampa Estiarte, C., ob. cit., p. 203, como a determinados grupos de víctimas “les resultará más automática la asunción de (ese) status (de víctimas necesitadas de especial protección)” que a otras, pese al criterio, aparentemente flexible, que adopta la Directiva 2012/29/UE para su conceptualización.

94 Por lo que se refiere al momento temporal en que ésta debe ser realizada nada se dice en el articulado de la Directiva 2012/29/UE. Únicamente, su considerando 55 aclara que debe ser realizada lo antes posible.

95 De acuerdo con el art. 22.6 de la Directiva 2012/29/UE “las evaluaciones individuales se efectuarán con la estrecha participación de las víctimas y deberán tener en cuenta sus deseos, incluso cuando este sea el de no beneficiarse de las medidas especiales que establecen los arts. 23 y 24”. A efectos de la concreción de las medidas de protección a imponer se tomará en consideración, especialmente, como se señala en el considerando 58, “las inquietudes y miedos de la víctima en relación con las actuaciones”.

96 Un modelo de cuestionario para la realización de la evaluación de las víctimas puede consultarse en la *Guía para la Evaluación Individual de las Víctimas*. Disponible en: http://www.justice.gouv.fr/publication/evvi_guide_es.pdf, pp. 58-62.

sala de vistas⁹⁷. En aras a la protección de su intimidad y dignidad, no se admitirán preguntas que, sin tener relación con el hecho delictivo, versen su vida privada. Se prevé, asimismo, la posibilidad de que el juicio se desarrolle puerta cerrada.

Especial atención se presta en el marco de la regulación de las víctimas necesitadas de especial protección, a las víctimas menores de edad. Así, de acuerdo con el art. 1.2 de la Directiva 2012/29/UE “cuando la víctima sea un menor de edad, los Estados miembro velarán por que en la aplicación de la presente Directiva prime el interés superior del menor⁹⁸ y dicho interés sea objeto de una evaluación individual”. Las víctimas menores de edad⁹⁹ son consideradas, en todo caso, víctimas necesitadas de especial protección¹⁰⁰, dispensándoseles, a tal efecto, el máximo nivel de protección. No obstante, a fin de determinar las concretas medidas a adoptar para su protección, ésta deberá ser evaluada en los términos ya referidos¹⁰¹. Pues bien, además de las medidas establecidas con carácter general para las víctimas necesitadas de especial protección, cuando las víctimas sean menores de edad se podrán decretar las siguientes. En el marco de la investigación penal se podrá acordar que la toma de declaración a la víctima sea grabada por medios audiovisuales a efectos de preconstituir la prueba testifical y evitar, de este modo, la reiteración de su testimonio en el marco del juicio oral. Asimismo, cuando exista un conflicto de intereses entre la víctima menor y sus representantes legales o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia, se procederá a designarle un representante. Tratándose de víctimas menores, se producen una intensificación de la protección de su derecho a la intimidad imponiéndose a los Estados miembro la obligación de garantizar que las autoridades competentes puedan adoptar las medidas legales necesarias para impedir la difusión de cualquier información que pudiera llevar a su identificación¹⁰².

En el caso de menores víctimas de trata de seres humanos o de abuso sexual, explotación sexual y pornografía infantil debemos tomar en consideración el régimen de protección específico de que son titulares conforme a lo dispuesto, respectivamente, en

97 De acuerdo con la *Guía de la DG Justicia de la Comisión Europea, de 19 de diciembre de 2003, sobre la transposición y aplicación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, [Ref. Ares (2013) 3763804]*, estas dos medidas deberían ser de aplicación a todas las víctimas y no sólo a aquellas conceptualizado como víctimas necesitadas de especial protección. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/victims/guidance_victims_rights_directive_en.pdf, p. 47.

98 A este respecto, debemos recordar que conforme al art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En el mismo sentido, el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, dispone que “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

99 De acuerdo con el art. 24.2 de la Directiva 2012/29/UE, “cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que dicha víctima es menor de edad”.

100 Vid. art. 22.4 de la Directiva 2012/29/UE

101 El sometimiento del menor a esa evaluación individual se erige como, bien señala Serrano Masip, M., ob. cit., p. 39 y p. 44, es “condición *sine qua non* para que la víctima menor de edad pueda acceder a esos niveles de protección más intensos”. En su opinión, no obstante, “la exploración de un menor que no ha llegado a la pubertad (debería) practicarse, sin necesidad de evaluación alguna, siguiendo las pautas mínimas de los arts. 23 y 24 de la Directiva 2012/29/UE”.

102 Vid. art. 21.1 *in fine* de la Directiva 2012/29/UE.

las Directivas 2011/36/UE –art. 15- y 2011/92/UE –art. 20-. En ambos instrumentos se establece, a este respecto, que los Estados miembro deberán adoptar, de forma obligatoria, no supeditándose, por tanto, al resultado de que se derive de una evaluación individualizada, las medidas de protección que resulten necesarias en orden a minimizar la victimización secundaria que pueda derivarse para la víctima como consecuencia de su intervención en el proceso penal¹⁰³. Éstas vienen a coincidir con las previstas, a tal efecto, en la Directiva 2012/29/UE.

3.2.4. Derecho a la asistencia

La Directiva 2012/29/UE articula también medidas asistenciales, tanto en la fase previa, como durante el proceso penal e, incluso, con posterioridad a éste¹⁰⁴. Dicha asistencia, que será gratuita y confidencial, viene concebida de forma integral y multidisciplinar¹⁰⁵, abarcando, ciertamente, el ámbito jurídico, pero también las necesidades sociales, psicológicas y sanitarias de las víctimas. Su prestación se deja en manos de servicios especializados y de organizaciones de apoyo, que podrán establecerse como organizaciones públicas o no gubernamentales, y podrán organizarse con carácter profesional o voluntario. El acceso tanto de las víctimas como de sus familiares a estos servicios vendrá determinado por sus necesidades específicas, prestándose especial atención a aquéllas que hayan sufrido daños notables a causa de la gravedad del delito. A ellos se les encomienda la acogida inicial de la víctima y su posterior asistencia que abarcará, entre otros contenidos, la información y asesoramiento en relación con los derechos de las víctimas y los servicios a su disposición así como la dispensa de apoyo emocional y psicológico.

Un aspecto de gran trascendencia, en orden a minimizar la posible victimización secundaria de la víctima, es el de la adecuada formación de todos aquellos profesionales que tengan algún tipo de contacto con ellas, especialmente de las personas que prestan servicios de apoyo a las víctimas y servicios de justicia reparadora, de los agentes de policía y de los profesionales de la administración de justicia¹⁰⁶. El texto hace hincapié en que esa formación tiene como objetivo capacitar a los profesionales para reconocer a las víctimas y tratarlas de manera respetuosa, profesional y no discriminatoria. Se aboga, además, por el desarrollo de redes cooperativas entre los Estados miembro que sirvan para mejorar el ejercicio por la víctima de los derechos de que son titulares¹⁰⁷.

3.2.5. Derecho a la reparación

El derecho a reparación recibe una regulación fragmentaria, limitándose la Directiva 2012/29/UE a señalar que los Estados garantizarán la obtención, por la víctima, de una reparación pecuniaria a cargo del infractor, en un plazo razonable, en el marco del

103 Se articulan, de este modo, diferentes niveles de protección de las víctimas menores en atención al tipo de delito sufrido, hecho que es criticado, entre otros, por Serrano Masip, M., ob. cit., p. 40.

104 Vid. arts. 8 y 9 de la Directiva 2012/29/UE. Una previsión del mismo tenor se contiene en las Directivas 2011/36/UE –arts. 11.1 y 14.1- y 2011/92/UE –art. 19.1-.

105 Como resalta Tamarit Sumalla, J.M^a., ob. cit., p. 39, el carácter multidisciplinar de la asistencia que se les debe dispensar a las víctimas constituye uno de los “sellos de identidad de la Victimología”.

106 Vid. art. 25 de la Directiva 2012/29/UE.

107 Vid. art. 26 de la Directiva 2012/29/UE.

proceso¹⁰⁸. No se hace referencia alguna a la implementación de programas de compensación estatal¹⁰⁹ –cuestión que es objeto de tratamiento en la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos- ni a otras formas de reparación distintas de la pecuniaria. En el caso de las víctimas de trata de seres humanos, la Directiva 2011/36/UE impone, en su art. 17, a los Estados miembro, la obligación de garantizar su acceso al régimen de compensación estatal existente para las víctimas de delitos dolosos violentos.

A diferencia de la Decisión Marco 2001/220/JAI, la presente Directiva 2012/29/UE, que la sustituye, no obliga a los Estados miembro al impulso de la mediación penal ni exige, siquiera, la toma en consideración de los acuerdos reparadores a que hayan llegado las partes. Sus disposiciones se limitan a exigirles que faciliten la derivación de casos penales, si procede, a los servicios de justicia reparadora, regulando, para ello, el correspondiente procedimiento o las condiciones a observar¹¹⁰. Dicha remisión deberá observar, en todo caso, los siguientes requisitos: la derivación a los servicios de justicia reparadora debe redundar en interés de la víctima; la existencia de un consentimiento libre e informado de la víctima, que puede retirar en cualquier momento; el reconocimiento por el infractor de la comisión de los hechos; los acuerdos se alcanzarán de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; los debates en los proceso de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

4. Conclusión

La Directiva 2012/29/UE contiene una regulación más completa y garantista de los derechos de la víctima en el marco del proceso penal que solventa, en principio, los problemas de que adolecía la Decisión Marco a la que sustituye¹¹¹.

El plazo general para que los Estados miembro adapten sus legislaciones al sentido de las disposiciones de la Directiva 2012/29/UE finaliza el 16 de noviembre de 2015. Es decir, en el marco de ese periodo temporal, los Estados miembro deberán aprobar las normas legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma, haciendo referencia a que, precisamente, son normas que tiene su origen en la citada Directiva. No obstante, no será hasta el 16 de noviembre de 2017 –fecha límite para que los Estados miembro faciliten a la Comisión información sobre las medidas adoptadas por los Estados miembro para ajustarse a dicha Directiva- cuando podamos evaluar sí, efectivamente, su aprobación ha contribuido a reforzar los derechos de las víctimas en la Unión Europea.

108 Vid. art. 16 de la Directiva 2012/29/UE.

109 En ello se incide en la STS (Sala de lo Contencioso) núm. de recurso 408/2012, de 24 de enero de 2014, al señalar, en su FJ 6º, que “no está de más añadir que aunque esta Directiva garantiza el derecho a recibir información sobre su causa, a contar con servicios de apoyo, y a participar en el proceso penal (que incluye el derecho a la justicia gratuita, el reembolso de los gastos derivados de su intervención procesal, la restitución de los bienes, el derecho a obtener indemnización en el proceso penal), sin embargo no extiende a los Estados la obligación de reparar el perjuicio causado por el delito, que corresponde al infractor penal. Tampoco establece que deba asumir, subsidiariamente, la indemnización por responsabilidad fijada en la sentencia penal”.

110 Vid. art. 12.2 de la Directiva 2012/29/UE.

111 De esta opinión, Blázquez Peinado, Mª.D., ob. cit., p. 928.

Por lo que respecta a España, el legislador ha traspuesto el contenido de la cita Directiva mediante la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹¹². La finalidad de esta ley es, como se establece en su preámbulo, “ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”.

En ella se articulan los aspectos esenciales y comunes de los derechos de que son titulares las víctimas de toda clase de delitos, configurando, a este respecto, su estándar mínimo de protección. Nada obsta, por tanto, para que, de estimarse necesario, se articule un nivel más elevado de protección a favor de determinadas categorías de víctimas. Resulta criticable, no obstante, que no se haya procedido a adaptar nuestra LECrim, salvo modificaciones puntuales, al contenido de la LEVD, a efectos de darle cobertura procesal al ejercicio de los derechos en ella reconocidos. Esta decisión lleva aparejada del riesgo de que el contenido de la LEVD no pase de ser una mera declaración programática de los derechos de la víctima¹¹³.

Bibliografía

Antony, C., “Los movimientos victimológicos y su influencia en las reformas legales chilenas”, en *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios*, n° 2, 2001, pp. 9-24.

Beristain Ipiña, A., “Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz”, en Tamarit Sumalla, J.M^a. (coord.). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 35-62.

Blázquez Peinado, M^a.D., “La Directiva 2012/29/UE: un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 46, 2013, pp. 897-934.

Bustos Ramírez, J., y Larrauri Pijoan, E., *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)*, Ed. PPU, Barcelona, 1993.

Carrara, F., *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957.

De Hoyos Sancho, M., “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, 2014, pp. 1-53.

112 La conveniencia de promulgar un único texto con la completa trasposición de las disposiciones contenidas en la Decisión Marco 2001/220/JAI había sido ya puesta de manifiesto por la Comisión Europea en su Informe, de 20 de abril de 2009, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal [COM (2009) 166 final]. Contrario a esta forma de proceder se muestran, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L., ob.cit., pp. 281-283; ORDENANA GEZURAGA, I., ob.cit., p. 425, quienes defienden la regulación del estatuto de la víctima en el marco del articulado de la LECrim.

113 De esta opinión, GÓMEZ COLOMER, J.L., ob.cit., p. 409; VILLACAMPA ESTIARTE, C., ob.cit., pp. 253-254.

Drapkin, I., “El derecho de las víctimas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, pp. 367-386.

Faraldo Cabana, P., “Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, 2006, pp. 7-80.

Fattah, A.E., “Victimology: past, present and future”, en *Criminologie*, vol. 33, n° 1, 2000, pp. 17-46.

- “Victimologie: tendences récentes”. *Criminologie*, vol. 13, n° 1, 1980, pp. 6-36.

García Rodríguez, M.J., “Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo”, en Tamarit Sumalla, J.Mª., (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 121-144.

García-Pablos de Molina, A., *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, (6ª ed.).

Gómez Colomer, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

Groenhuijsen, M. y Pemberton, A., “The EU Framework Decision on Victims. Does hard law make a difference?”, en *European Journal on Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 17, 2009, pp. 43-59.

Hassemer, W., y Muñoz Conde, F., *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Herrera Moreno, M., *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Ed. Edersa, Madrid, 1996.

Herrero Alonso, C. y Garrido Martín, E., “Victimología: el impacto del delito, la víctima y el sistema legal. Una aproximación psicosocial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, pp. 13-77.

Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho penal* (Tomo I), Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, (4ª ed.).

Joutsen, M., *The role of the victim of crime in european criminal justice systems: A Crossnational study of the role of the victim*, HEUNI, Helsinki, 1987.

Kearon, T., y Godfrey, B., “Setting the scene: a question of history”, en Walklate, S., (coord.), *Handbook of victims and victimology*, Ed. William Publishing, Cullompton, 2007, pp. 17-37,

Lalinde Abadía, J., *Derecho histórico español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983 (3ª ed.).

Leal Medina, J., “Régimen jurídico de la víctima del delito (Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y en las leyes extraprocesales. Especial atención al anteproyecto de Ley Orgánica del estatuto de la víctima del delito”, en *Diario La Ley*, núm. 8287, 20104, pp. 1-17.

Llorente Sánchez-Arjona, M., “La protección de las víctimas de delitos en el marco de la Unión Europea”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 112, 2014, pp. 307-336.

Morán Martín, R., *Historia del derecho privado, penal y procesal (Tomo I. Parte Teórica)*, Editorial Universitas, Madrid, 2002.

Neuman, E., *Victimología: el rol de la víctima en el los delitos convencionales y no convencionales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984

Ordeñana Guezuraga, I., *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español: análisis “lege data” y “lege ferenda” a partir de la normativa europea en la materia*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014.

Oromí Vall-Llovera, S., “Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013, pp. 1-31.

- “Los derechos de la víctima en las reformas del proceso penal. Del olvido al resurgimiento (1)”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 98/99, 2012, pp. 1-19.
- “Concepto de víctimas y de víctimas especialmente vulnerable”, en Armenta Deu, M^a.T., (coord.), *Código de buenas prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 15-26.
- “El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones nacionales de los Estados miembro de la UE”, en De la Oliva Santos, A., Armenta Deu, M^a.T., y Calderón Cuadrado, M^a.P., (coords.), *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Ed. Colex, Madrid, 2007, pp. 129-157.

Pérez Cepeda, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

Peris Riera, J.M^a., “Aproximación a la victimología: su justificación frente a la Criminología”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 34, 1988, pp. 93-128.

Rodríguez Manzanera, L., *Victimología: estudio de la víctima*, Ed. Porrúa, México, 1990.

Rodríguez Puerta, M^a.J., “Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas”, en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., y Tamarit Sumalla, J.M^a., (coords.), *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 407-438.

Roig Torres, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXII, 1999-2000, pp. 153-308.

Sánchez Tomás, J.M., “El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea”, en Martínez Escamilla, M., y Sánchez Álvarez, M^a.P., (coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Ed. Reus, Madrid, 2011, pp. 69-108.

Sangrador, J.L., “La victimología y el sistema jurídico penal”, en Jiménez Burillo, F. y Clemente Díaz, M., (coords.). *Psicología social y sistema penal*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1986, pp. 61-90.

Sanz-Díez de Ulzurum Lluch, M., “La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Unión Europea”, en *Estudios de Derecho Judicial*, n^o 121, 2007.

- “La víctima ante el derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, 2004, pp. 219-310.

Schafer, S., *Victimology: The victim and his criminal*, Ed. Reston Publishing Company Inc., Virginia, 1977

Serrano Masip, M., “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2013, 2013, pp. 1-50.

Soria Verde, M.Á., “Desarrollo histórico de la victimología”, en Soria Verde, M.Á., (coord.). *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pp. 13-30.

Subijana Zunzunegui, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal: del olvido al reconocimiento*, Ed. Comares, Granada, 2006.

Tamarit Sumalla, J.M^a., “Los derechos de las víctimas”, en Tamarit Sumalla, J.M^a., (coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2005*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 15-68.

- “¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”, en Tamarit Sumalla, J.M^a., (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del primer congreso español de victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 27-46.

Tomás y Valiente, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta: siglos XVI-XVII-XVIII*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.

Tomé García, J.A., “El estatuto de la víctima en el proceso penal según la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento español”, en Armenta Deu, M^a.T., Gascón Inchausti, F., Bachmaier Winter, L., y Cedenó Hernán, M., (coords.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Ed. Colex, Madrid, 2006, pp. 259-296.

Van Dijk, J., y Groenhuijsen, M., “Benchmarking victim policies in the framework of European Union Law”, en Walklate, S., (coord.), *Handbook of Victims and Victimology*, Ed. Willan, Cullompton, 2007, pp. 363-379.

Van Dijk, J., Manchin, R., Van Kesteren, J., Nevala, S., y Hideg, G., *The Burden of Crime in the EU A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey (EU ICS) 2005*, p. 74. Disponible en: <http://www.europeansafetyobservatory.eu>

Villacampa Estiarte, C., “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en Tamarit Sumalla, J.M^a., (coord.), *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 168-240.

- *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Ed. Cizur Menor, Navarra, 2011.
- “La víctima en el sistema de justicia penal I”, en Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E., y Tamarit Sumalla, J.M^a., (coords.). *Manual de Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 307-344.

Villegas Delgado, C., “La ineficacia de la Decisión Marco 2001/2002/JAI y la evolución de los instrumentos”, en Armenta Deu, M^a.T., y Oromí Vall-Llovera, S., (coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Ed. Colex, Madrid, 2010, pp. 277-283.

Walklate, S., *Imagining the victim of crime*, Open University Press, Mainhead, 2007.

URUGUAY Y ESPAÑA FRENTE AL MOBBING: UNA VISIÓN JURÍDICA CRÍTICA

FRANCISCO TRUJILLO PONS*

MARÍA SOLEDAD DE FRANCO ÁBALOS**

RESUMEN

El presente trabajo, pone de relieve las posiciones que toman los legisladores de Uruguay y España respecto del acoso moral en el lugar de trabajo. Se hace un seguimiento del tratamiento en cada país respecto a la protección de los trabajadores frente al *mobbing*. Se analiza el conjunto de obligaciones empresariales y derechos de los trabajadores uruguayos y españoles, con el propósito de conocer las medidas preventivas y de compensación para las víctimas de acoso laboral. De modo indubitado, las distintas perspectivas que se muestran en el presente trabajo pueden servir de acicate para que tanto Uruguay como España promulguen una deseada norma desde una vertiente preventiva y compensatoria. Idealmente, con esta norma, se visualizaría de un modo más destacado el acoso moral en el lugar de trabajo en aras a proteger la seguridad y salud de los trabajadores.

ABSTRACT

This paper highlights the positions taken by lawmakers from Uruguay and Spain with respect to harassment in the workplace. On this terms, the paper shows a general explanation of treatment in each country regarding the protection of workers against mobbing. Also reflects the duties and responsibilities of all workplace parties and how is established a compensation system for victims of harassment. Undoubtedly, the different perspectives shown in this paper can serve as an incentive for both Uruguay and Spain to enact a desired law. Ideally, this law should be not only from a preventive side but also from a compensatory side to help the harassed worker. Shortly, this law would help to visualize harassment in the workplace in order to protect the safety and health of workers.

PALABRAS CLAVE: *acoso, moral, laboral, trabajo, psicológico, hostigamiento*

KEYWORDS: *harassment, victimization, occupational, mobbing, bullying, workplace*

*“Mantenlo en tensión y desgástalo con tu acoso”
{Sun Tzu, “El arte de la guerra”}*

* Personal Investigador Contratado Doctor, Departamento de Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social y Eclesiástico del Estado, Universidad Jaume I (Castellón de la Plana), frantrujillo84@gmail.com

** Doctora en Derecho y Procuradora, Universidad Católica del Uruguay, Autora del Proyecto de Ley de Acoso Moral en el Trabajo, doctoradefranco@yahoo.com

1. ESTADO ACTUAL DEL ACOSO MORAL EN EL MUNDO DEL TRABAJO

El acoso moral en el trabajo, también conocido como “*mobbing*”¹, acoso psicológico, o acoso moral laboral, está considerado uno de los fenómenos que causa mayor preocupación al Derecho Laboral. La presencia de este riesgo psicosocial en los centros de trabajo queda fuera de toda duda: es tan alarmante que un sinnúmero de estadísticas internacionales concluye que el 80% de la población trabajadora ha sufrido una situación de acoso durante su vida laboral. Estas estadísticas que causan alarma social y refieren al acoso laboral desde la perspectiva psicológica, dado que desde la óptica jurídica ni un 5% de los trabajadores denuncian esta situación por miedo a represalias, y a perder su empleo y no encontrar otro.

Los casos de acoso en el trabajo son numerosos y han ido en aumento con el paso de los años. En consecuencia, los estudios y tratamientos para luchar contra esta lacra están siendo proporcionales a la gravedad de la cuestión. Los estudios son múltiples y van desde la psicología, sociología y Derecho.

Algunos datos sirven para demostrar el alcance que está teniendo el fenómeno: son más de 2 millones las víctimas del acoso moral en España, que se traduce en el 15% de los trabajadores activos siendo, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el colectivo femenino el más afectado, seguido por los trabajadores temporales.

Marie-France Hirigoyen², define el concepto como “*toda conducta abusiva (gesto, palabra, actitud, comportamiento, etc.) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo*”. Por su lado, Heinz Leymann³, pionero y experto principal, proporcionó una definición técnica del acoso laboral: “*Como el encadenamiento sobre un período de tiempo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera, constituyendo un proceso de destrucción que se compone de una serie de acciones hostiles que, tomadas de forma aislada, podrían parecer carentes de significado, pero cuya repetición constante plantea graves perjuicios a la persona afectada*”. En esta línea, Leymann argumentó que “*el atestar en la vida laboral implica hostilidad y que la comunicación es dirigida sistemáticamente por uno o más individuos, principalmente hacia otro individuo, el cual se encuentra en una situación desamparada e indefensa, permaneciendo en la misma por tiempo prolongado*”.

El hostigamiento se produce de forma persistente, con frecuencia y de modo sistemático, provocando a la víctima síntomas como: cuadros de ansiedad, estrés, depresión, dolencias digestivas, alteración del sueño, pérdida de la autoestima o irritación generalizada⁴.

España no dispone actualmente de regulación legal específica sobre acoso moral y, si bien se presentaron una Proposición de Ley así como un borrador de ley⁵, finalmente no llegaron a cristalizar.

1 Término anglosajón proveniente del verbo “*to mob*” (atacar, agredir, maltratar en masa).

2 HIRIGOYEN, M-F., “*El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*” Nuria, Barcelona, Edit. Paidós, 2001, pág. 19.

3 LEYMANN, H., “*Contenido y desarrollo del acoso grupal (mobbing) en el trabajo*”, European Journal of Work and Organizational Psychology, Universidad de Umea (Suecia), 1996.

4 Es preciso acudir a la “*NTP 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*”, INSHT. En cuya nota técnica preventiva se amplifican las consideraciones básicas y las consecuencias que se derivan del fenómeno.

5 Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista del año 2002 por la que se incluía entre otras medidas, el art. 314 bis en el Código Penal, tipificando el acoso moral en el trabajo; y el caso del borrador de una Ley contra el *mobbing* que elaboró en el año 2008 tras muchos años de investigación el magistrado Ramón Gimeno Lahoz con el respaldo de “*La Asociación Galega contra o Acoso Moral no Traballo*”, y que fue presentado a la directora de Relaciones Laborales de la Xunta y, posteriormente, a otras asociaciones contra el acoso así como a los grupos parlamentarios. En este borrador, Ramón Gimeno definió el *mobbing* como “*la presión laboral tendente a la autoeliminación del trabajador mediante su denigración*”.

Otros países, sí han regulado el acoso moral: es el caso de Suecia, que, a través de su Ley (“*Victimization at work*”⁶) fue el primer país de la Unión Europea en promulgar una Ley contra el acoso moral (1993); o Francia que, lo tipificó como delito en su Código Penal (2003).

2. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE ACOSO MORAL LABORAL EN URUGUAY

2.1. El acoso moral laboral carece de legislación específica siendo el suyo un concepto jurídico indeterminado.

2.2. Ya se ha abordado en suficiencia la legislación aplicable a los casos de *mobbing*, por lo que se hará una sucinta referencia a la misma. En materia internacional son aplicables los siguientes instrumentos: Declaración Universal de Derechos Humanos (DDHH en adelante); Declaración de Filadelfia; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; Convención Americana de DDHH de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Socio Laboral del MERCOSUR; Convención de Belem Do Pará para la erradicación de toda forma de discriminación contra las mujeres; Convenios Internacionales del Trabajo N°s 100, 111, 151, 154, 155 y 156.

2.3. En el ámbito nacional la Constitución refiere específicamente al derecho individual a trabajar en los artículos 7, 36, 53, 54, 55 y 56. La matriz del derecho colectivo se encuentra regulada en el artículo 57. Los funcionarios públicos tienen su estatuto reglado mediante los artículos 58, 60 y 61. El contralor de los actos administrativos se encomienda al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) en los artículos 309, 311 y 319. El Estado es civilmente responsable de los daños causados a sus trabajadores conforme los artículos 24, 25 y 312. En materia específica de DDHH el artículo 7 reconoce el derecho de todo habitante a ser protegido en el goce “*de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad*”; el artículo 8 declara la igualdad ante la ley, a excepción de las diferencias derivadas de “*los talentos o las virtudes*”; el artículo 10 consagra el principio de libertad por el cual nadie será “*obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”; los artículos 30 y 318 reconocen el derecho de petición ante “*todas*” las autoridades públicas; la inviolabilidad de la correspondencia, la libertad de expresión del pensamiento y el derecho al debido proceso se regulan en los artículos 28, 29 y 66 respectivamente. Los artículos 44 y 54 imponen al Estado el deber de legislar “*en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas*”, y en especial asegurar la “*higiene física y moral*” a los trabajadores. Finalmente dos artículos destacan el cariz ius-naturalista de la Carta: el 72 y el 332. La conjunción de ambos ha sido clave para que, ante la ausencia de norma específica, la jurisprudencia haya podido fallar en casos en que ha existido hostigamiento moral laboral, recurriendo a los aportes de la doctrina y al fundamento de leyes análogas.

2.4. Las leyes que han servido de sustento a la actividad de los magistrados son las siguientes: - Ley 16.045 regula la igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en la actividad laboral; - Ley 17.817 prohíbe el racismo, xenofobia y toda otra forma de discriminación; -Ley 18.651 establece un sistema de protección integral a las personas con discapacidad; -Ley 17.060 conocida como “ley anticorrupción” obliga a todo funcionario público a actuar con probidad y buena fe; -Ley 18.561 que regula y sanciona el acoso sexual en el ámbito laboral como docente.

6 Adoptada en concreto el 21 de septiembre de 1993. AFS 1993:17. A mayor profundidad, puede consultarse a través de la siguiente página web: <http://www.psychologicalharassment.com/laws-sweden.htm>.

3. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA URUGUAYA ANTE EL ACOSO MORAL LABORAL

En el contexto descrito, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido un rol fundamental ante la inexistencia de ley específica que regule el acoso moral en el trabajo, también conocido como *mobbing*.

3.1. Definición, conductas tipificantes y gravedad. Hablar de acoso implica hablar de poder. De abuso, exceso o desviación de poder, del ejercicio arbitrario del mismo, de forma dolosa e inmoral. Como lo advirtiera Sun Tzu, acosar es una forma de desgastar y debilitar.

La doctrina entiende que para que exista acoso moral laboral deben producirse concomitantemente: 1. Actos hostiles reiterados, 2. Contra un trabajador, 3. Perpetrados por uno o varios individuos, 4. Durante un período de tiempo.

Es esta reiteración de actos, de apariencia anodina, los que configuran *mobbing*, y así ha sido recogido en el proyecto de ley de nuestra autoría⁷ que prevé “Configurará acoso moral en el trabajo, la incursión en toda conducta susceptible de violentar la dignidad de otra u otras personas, por parte de una persona o grupo de ellas, realizada durante o en oportunidad del desempeño laboral. Tales conductas deberán reiterarse a través del tiempo y ser degradantes, intimidatorias, hostiles, vejatorias, amenazantes o aptas para distorsionar el ambiente de trabajo”.

A nivel jurisprudencial el TCA ha calificado al hostigamiento moral como una falta “gravísima”⁸ que se ha consolidado en Uruguay como “una práctica lamentablemente extendida”⁹. En consecuencia en recientes sentencias ha confirmado las sanciones económicas impuestas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) a dos empresas del medio.

Entendió que “las conductas reseñadas configuran lo que se conoce como “acoso laboral” y cuya gravedad hoy ya no se discute en términos del debido respeto de los derechos de la persona”¹⁰. Entre esos comportamientos destacó que la funcionaria “X” discriminó un compañero por su orientación sexual y a otros por su color. Asimismo comprobó que “X” “se dirige al personal en general en forma por demás inadecuada, con gritos con actitudes irónicas y despectivas, “son todos unos atorrantes, son estúpidos, son todos una m...” “no servís para nada” y hasta amenazantes como “vos tenés un hijo que mantener así que cuidá tu trabajo”, provocando llanto, un pre-infarto tras una discusión. Además les exigía disimular alimentos en mal estado... provocando profundo malestar a sus dependientes”¹¹. Agrega la sentencia que estos hechos estaban en conocimiento de “los mandos medios y altos de la empresa” sin que por esto la misma “adoptara ninguna medida correctiva hasta la intervención de la IGTSS”¹². Esta omisión del empleador en “mantener una actitud vigilante y severa frente a cualquier “conducta abusiva y reiterada que atenta contra la integridad psico-física de un trabajador, poniendo en riesgo su salud y su empleo”¹³ es lo que motivó que confirmara la sanción impuesta a la actora por la Inspección General de Trabajo (IGTSS). La omisión in vigilando y la actuación solamente “para evitarse una sanción”¹⁴ selló la suerte de la empresa.

7 Proyecto de ley de “ACOSO MORAL EN EL TRABAJO. (Prevención, corrección y sanción)”, ingresado a la Cámara de Representantes el 5 de agosto de 2015, actualmente a estudio de la Comisión de Asuntos Laborales del cuerpo.

8 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 109 de 29 de marzo de 2016.

9 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 109 de 29 de marzo de 2016.

10 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 73 de 17 de marzo de 2016.

11 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 73 de 17 de marzo de 2016.

12 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 73 de 17 de marzo de 2016.

13 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 73 de 17 de marzo de 2016.

14 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 73 de 17 de marzo de 2016.

3.2. Prueba indiciaria y derechos vulnerados. En otra sentencia se explaya en relación a la prueba y su dificultad en casos de acoso, expresando *“En los casos como el presente, los actos atribuidos a la parte empleadora no resultan comúnmente explícitos, puesto que no surgen de un modo claro e inequívoco, sino más bien –salvo excepciones– emergen de una construcción indiciaria dada por una conducta más o menos oculta. A ello debe agregarse que, cuando la fuente laboral y, por ende, el medio de vida de los trabajadores se encuentra en juego... la individualización de las situaciones denunciadas en concreto no siempre resulta posible, en virtud de los riesgos que genera. Y, ello precisamente impregna al procedimiento de una nota característica, en particular con lo que tiene que ver con la producción de la prueba”*¹⁵. En consecuencia son *“las máximas de la experiencia bien fundadas, las que indican que de los hechos constatados –y ante la inexistencia de un solo contraindicio a favor de la actora– es posible concluir que la empresa es responsable de los mismos, resultando ciertamente reprochable su conducta, por atentar contra los derechos inherentes a la personalidad humana”*¹⁶.

3.3. Medios de prueba admisibles. En destacada Sentencia el TCA ha entendido que *“las partes pueden recurrir a todos los medios probatorios tendientes a demostrar los hechos ocurridos, con tal que no sean prohibidos por la ley”*¹⁷.

Partiendo de esta base y vinculado a la falta de explicitud de las conductas abusivas características del acoso, así como de la práctica inexistencia de prueba testimonial por temor a represalias, los operadores jurídicos se han visto obligados a ser creativos a la hora de acopiar prueba en estos casos. Lo anterior sumado a los avances de la tecnología ha puesto en un riesgo peligroso a determinados medios de prueba, especialmente los obtenidos mediante el uso de grabadores y filmadoras.

El TCA ha sido muy accesible a la hora de incorporar los aportes científicos, admitiendo en la sentencia comentada la grabación magnetofónica ofrecida por la actora. En el caso, la demandada alegó que el audio había sido obtenido sin su consentimiento. Sin embargo el TCA admitió la grabación, pues si bien la misma había sido adquirida sin conocimiento de la demandada, en dicha conversación era parte el actor quien en su calidad de interlocutor grabó.

Probar el acoso es una tarea ardua y en ese sentido las grabaciones visuales y de voz deben ser admitidas, siempre que con las mismas no se viole la ley o los derechos humanos fundamentales.

En un caso -a nuestro juicio paradigmático- un organismo público captó la imagen de un funcionario a quien posteriormente sumarió en base a lo grabado por sus cámaras de vigilancia. El acusado se defendió denunciando que las cámaras no estaban registradas conforme lo ordena el artículo 6 de la ley 18.331 de Protección de Datos Personales. La Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) le dio la razón al trabajador pues efectivamente las cámaras estaban instaladas en *“contravención al principio de legalidad”*¹⁸ que impone a quien tiene una base de datos el registro de la misma.

Más allá de que el TCA aún no ha sentenciado respecto de este caso, el *quid* radica en la gravedad de la violación constatada por la URCDP. La ley 18.331 reconoce en su artículo 1 que *“El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República”*. Mediante este mecanismo de

15 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 109 de 29 de marzo de 2016.

16 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 109 de 29 de marzo de 2016.

17 Uruguay, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 591 de 16 de agosto de 2011.

18 Uruguay, Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, Resolución N° 1035/2012 de 13 de diciembre de 2012.

interpretación auténtica conforme al numeral 20 del artículo 85 de la Magna Lex, el derecho a la protección de los datos personales posee rango constitucional, de modo que todas las garantías previstas en la ley —entre ellas el deber de registrar las bases de datos conforme el artículo 6— establecen el marco jurídico infranqueable a la hora de obtener y valorar estos videos como prueba.

Retomando el caso comentado, las imágenes obtenidas por las cámaras de vigilancia al no estar estas registradas del modo en que lo impone la ley son *fruits of the poisonous tree* que deben ser eliminados sin más por el sentenciante. Admitirlos implicaría ingerir veneno, con resultado mortal para la justicia.

3.4. Insuficiencia de las “razones de servicio”. Con preeminencia en el ámbito de la Administración se suele recurrir a esta frase con la intención de justificar lo injustificable.

En materia de acoso los traslados *in pejus*, con ánimo degradatorio, se hacen frecuentes siendo una de las modalidades favoritas de persecución de la Administración.

Este *modus* no ha pasado inadvertido para la jurisprudencia que ha reaccionado firme y fundadamente. Otro fallo condenó a la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP en adelante) a pagarle al actor \$350.000 por concepto de daño emergente y \$500.000 por daño moral. El magistrado encontró responsable al Estado por haber trasladado al actor —de profesión docente— a una localidad en medio del campo a más de 100 kms del lugar donde vivía por “razones de mejor servicio”. El juez expresó “Pues bien, en ningún momento se aclara cuales fueron esas “razones de mejor servicio”, cuando las tareas de docencia indirecta que debía cumplir se realizaban en un lugar donde no tenía mobiliario adecuado, agua potable para tomar, baño decoroso, donde debía permanecer a la intemperie independientemente de las razones climáticas, etc. Y si la “razón de mejor servicio” no se ha podido explicar, dicho concepto jurídico indeterminado se revela en el caso como una fórmula gramática carente de sentido... Por otro lado, no surge probadas cuales eran las tareas de docencia indirecta que debía realizar el actor ya que de autos emerge que luego de viajar desde Maldonado hasta el Centro de Producción de Aiguá, ninguna tarea realizaba”. Y prosigue “no se han explicado las razones del mejor servicio, y obviamente se han lesionado los derechos del docente en cuanto a su trato como ser humano”, esto “en tanto las condiciones en las cuales se lo mantenía” eran “violatorias de los derechos constitucionales contemplados en los arts. 7, 72 y 332 de la Carta”¹⁹. A esta altura resulta evidente que las razones se debían a una finalidad espuria.

3.5. Responsabilidad del empleador por la falta de protección a la higiene física y moral de los trabajadores a su cargo. Aquí debemos hacer una digresión sobre un punto en el que amén de su evidencia aún no se aprecia real conciencia: los funcionarios públicos tanto como los trabajadores de la actividad privada, más allá de la denominación son trabajadores. Así como se lee, no es pleonástico insistir en esta calidad compartida por ambos.

La protección en el goce de los derechos fundamentales no admite excepciones ni distigüe estatutos. El derecho a trabajar en condiciones dignas, es supra-constitucional, inherente al hombre y en consecuencia inalienable.

Lamentablemente la práctica ha demostrado que a la fecha, los trabajadores privados gozan de mayor protección que los públicos, por la sencilla razón de que existen normas que le confieren diferentes potestades a la IGTSS dependiendo a quién va a fiscalizar. Esta discriminación viola en forma flagrante el artículo 8 de la Constitución que no admite más diferencias que las derivadas de los talentos y virtudes.

¹⁹ Uruguay, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2do Turno, Sentencia N° 193 de 3 de junio de 2013.

A nuestro juicio esta distinción es antijurídica y requiere urgente solución mediante la vía legislativa.

Retomando el análisis, cuando el empleador es el Estado *“el particular que invoca la responsabilidad de la Administración debe probar la existencia de una falta de servicio, esto es, que el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente”* teniendo en cuenta *“si existe diferencia entre lo que razonablemente cabría esperar del servicio y lo que efectivamente aconteció”*²⁰.

A nuestro juicio es justo y moralmente debido que el Estado repita lo pagado conforme lo habilita el artículo 25 de la Constitución, cada vez que sea hallado responsable de acoso producto de la culpa grave o dolo de alguno de sus funcionarios.

Es injusto que la sociedad pague por los daños causados por funcionarios desleales que abusando de las potestades -por Derecho conferidas- infieran daño a otros funcionarios.

El Estado uruguayo abona cuantiosas indemnizaciones por lo que a nuestro pensar es un imperativo ético que repita contra aquellos empleados que lo hacen responsable producto de su extrema negligencia, impericia o imprudencia, y más aún cuando la condena deriva de una deliberada intención de hacer el mal. De seguir sin repetir, el Estado está dando luz roja al mal proceder de individuos carentes de escrúpulos que por diversas razones se sienten más allá de la ley.

Cuando el empleador es privado, son aplicables las reglas generales de responsabilidad civil, y al respecto la jurisprudencia ha recurrido a la figura del despido indirecto sobre la base de que *“la extinción del vínculo en principio no se presume dada la vocación de continuidad de todo contrato de trabajo, salvo prueba en contrario”*²¹. Quien lo invoca debe probarlo, y dada la excepcionalidad del instituto *“debe ser utilizado con prudencia y mesura y quedar reservado a situaciones fácticas donde realmente sea imposible la continuación de la relación laboral a causa de los incumplimientos del empleador”*²²

En cuanto al incumplimiento la jurisprudencia exige que sea grave, que genere una situación intolerable so pena de que el trabajador que lo alega se auto-despida sin derecho a indemnización alguna. Tal fue el caso en que *“lo único que podría entenderse acreditado es un “portazo” en la oficina cuando la accionante salía de conversar con el empleador. La actora fue sancionada por lo que se entendió como reacciones desmedidas y una falta sin aviso, pero ello, de ninguna manera, constituye una prueba que permita afirmar que la actora sufrió acoso laboral”*²³.

4. SITUACIONES CONEXAS: MALTRATO AISLADO Y ACOSO INSTITUCIONAL

No todo maltrato es acoso, ni hay acoso institucional sin acoso moral.

Para la jurisprudencia *“La esencia del “mobbing” es la tendenciosidad de ese comportamiento abyecto, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador”*²⁴.

Los elementos del *mobbing* relevados por Gimeno Lahoz, implican entre otros: a) Que la conducta pueda ser percibida objetivamente como un ataque; b) Que la presión sea explícita

20 Uruguay, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2do Turno, Sentencia N° 193 de 3 de junio de 2013.

21 Uruguay, Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno, Sentencia N° 58 de 9 de marzo de 2007.

22 Uruguay, Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2do Turno, Sentencia N° 241 de 1 de agosto de 2011.

23 Uruguay, Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2do Turno, Sentencia N° 241 de 1 de agosto de 2011.

24 Uruguay, Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2do Turno, Sentencia N° 241 de 1 de agosto de 2011.

o implícita, incluyendo “*hacer el vacío a la víctima*”²⁵; c) Que sea de tipo psicológica o física; d) Que víctima y victimario estén vinculados laboralmente; e) Que responda a un plan explícito o implícito²⁶.

La tendenciosidad exige un fin siempre abominable, que no hace sino perseguir la expulsión de la víctima del sistema, sea por destitución, despido, renuncia o en el peor de los escenarios el suicidio.

Requiere tiempo para su ejecución e implementación, de ahí que se demande reiteración y continuidad durante un lapso de tiempo. El dolo subyacente es lo que torna al hostigamiento en un comportamiento intrínsecamente perverso.

Ahora bien, teniendo en cuenta este concepto ¿pueden existir situaciones en las que si bien no se configure *mobbing*, sí exista daño indemnizable?

4.1. Maltrato laboral aislado. La respuesta de nuestra jurisprudencia —a la pregunta previa— fue que sí, al entender que “*En el caso no se acreditó suficientemente una situación de “mobbing” con todos sus elementos, pero sí se probaron algunos actos de violencia moral realizados por el demandado, que aun cuando fueran más o menos aislados, configuran un maltrato de la dirección, que alcanzan para causarle un grave perjuicio moral a la trabajadora accionante al afectar su dignidad como tal, que le genera el derecho de obtener su resarcimiento*”²⁷.

4.2. Acoso institucional. A este respecto la jurisprudencia se halla dividida, tal como se pudo apreciar en un caso en el cual una funcionaria estatal obtuvo en primera instancia una sentencia favorable que a la postre fue revocada en la segunda.

La sentencia de primera instancia entendió que “*la abundante prueba testimonial diligenciada en la causa no revela la existencia de un acoso moral jerárquico directo*” sin embargo “*No obstante lo expresado, sí se considera en el grado que han quedado demostrados elementos que revelan de manera indiciaria el acaecimiento de un hostigamiento laboral “institucional”, al no haberse adoptado por la demandada medidas apropiadas a la situación planteada por la promotora*”, y continúa “*No es un hecho jurídicamente irrelevante que luego de que la actora denunciara la situación de acoso y hostigamiento laboral ante la Inspección General de Trabajo... donde se formalizó expediente administrativo y tuvo la participación de la demandada, no se adoptaran por la DGI medidas internas para determinar la existencia del acoso moral denunciado; sino que por el contrario puede entenderse que se “institucionalizó” una suerte de acoso moral, mediante la adopción de medidas inapropiadas... como la extensión de la licencia médica sine die...*”²⁸

Surge con claridad que el *a quo* admite la existencia de hostigamiento moral laboral institucional sin que exista en concomitancia acoso moral.

En segunda instancia esta providencia fue revocada pues el Tribunal *ad quem* consideró que “*el eventual acoso moral “institucional” o de la propia estructura organizacional no fue probado en lo más mínimo puesto que como bien se señala en los agravios para llegar a esa conclusión se parte de la base de lo que se debía probar y no lo fue, como la recurrida lo reconoce. Esto es la existencia de una situación de acoso laboral...*”, y agregó, “*si como se ha reconocido en la recurrida que el acoso moral jerárquico no fue probado... y teniendo en cuenta que la actora jamás denunció tal situación no puede concluirse como se hizo en el primer grado que se hubiera configurado un acoso “institucional” a partir de omisiones en instrumentar las medidas que sugerían los médicos tratantes...*”²⁹.

25 GIMENO LAHOZ Ramón, “La presión Laboral Tendenciosa (Mobbing)”, Tesis Doctoral, Girona, Septiembre 2004, pág. 82.

26 GIMENO LAHOZ Ramón, “La presión Laboral Tendenciosa (Mobbing)”, Tesis Doctoral, Girona, Septiembre 2004, págs. 80 a 99.

27 Uruguay, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 13er Turno, Sentencia N° 1 de 6 de febrero de 2008.

28 Uruguay, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2do Turno, Sentencia N° 9 de 11 de febrero de 2015.

29 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno, Sentencia N° 85 de 29 de julio de 2015.

El tribunal de alzada entendió que no puede hablarse de acoso moral “institucional” cuando no se ha podido probar la existencia –previa- de acoso moral. Y precisa que probar el acoso laboral jerárquico “*resultaba necesario para la procedencia de una condena y para poder sostener, como se hizo, que la Administración fue omisa frente a la actora*”³⁰.

Frente a lo anterior, cabe cuestionarse qué es el acoso institucional y qué lo distingue en definitiva del acoso moral laboral.

A nuestro juicio, el acoso moral se prueba cuando se comprueban los hechos que indician el hostigamiento, por ejemplo: no asignación de tareas, ejercicio abusivo del poder disciplinario, difusión sistemática de rumores, etc. Este asedio puede provenir de un trabajador sin que el empleador tenga conocimiento del mismo.

El quid del asunto radica -a nuestro parecer- en el momento en que el empleador toma conocimiento de manera directa o indirecta de la existencia de este tipo de conductas. Cuando se entera y actúa de inmediato poniéndole coto al abuso, adoptando medidas eficientes de tutela, concretas, que van al hueso, que re-establecen la armonía de la organización, estaremos ante una situación de acoso moral, mas no institucional.

Ahora bien, cuando el patrón se entera y no hace nada, o si hace algo sólo lo hace *pour la galerie*, en ese momento el acoso se institucionaliza, se afirma como modelo de comportamiento organizacionalmente admitido con la complicidad del empleador.

Muchas veces el empleador no necesita enterarse de nada pues es él mismo, quien mediante su política de empresa fomenta esta práctica execrable. En estos casos, la persona del líder máximo cobra especial relevancia pues es quien imprime la impronta de la organización desde su propio ser.

Doctrina especializada ha detectado que cuando acosar es una forma de gestionar, generalmente su líder tiene una personalidad psicopática, que se vale especialmente de individuos denominados “*mediocres inoperantes activos*” por González de Rivera³¹. Esta sociedad psicópata-mediocre es altamente peligrosa y puede conducir a las organizaciones a situaciones que la enfrenten a la ley. Esta no es la única combinación posible, sin embargo es la que con más frecuencia se aprecia en casos en los que acosar es una política de empresa.

En estos contextos la denuncia interna sólo servirá como cumplimiento de una formalidad para que después los tribunales no puedan reprocharle a la víctima no haber denunciado. Como bien lo advirtiera Abajo Olivares “*cuanto mayor sea el poder y la posición jerárquica del acosador... dentro de la organización, peores serán las consecuencias, y más difícil frenar estas conductas*”, convirtiéndose la persecución en un “*método sistemático de depuración*”³².

Así pues, podemos hablar de acoso moral institucional cuando desde la organización se tolera, fomenta o justifica el acoso moral. Se trata de un estadio complementario y no necesario del *mobbing*.

Por esto para las organizaciones resulta vital contar con eficientes mecanismos de prevención y reacción que le permitan actuar tempestivamente ante un posible caso. En estas si-

30 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno, Sentencia N° 85 de 29 de julio de 2015.

31 GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA Luis, “El Trastorno por Mediocridad Inoperante Activa (síndrome MIA)”, Revista Psiquis, Número 18, 1997, págs. 229 a 231.

32 ABAJO OLIVARES Francisco Javier, “Mobbing Acoso psicológico en el ámbito laboral”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 114 a 115.

tuaciones críticas actuar con proficiencia hace la diferencia entre una salida exitosa y el caos. Expertos advierten que *“La profesionalidad en la gestión de estos sucesos implica haber preparado, de antemano, un equipo gestor de crisis y un manual de procedimientos en el que se especifique que se debe hacer, quien debe hacerlo y cómo tiene que gestionarse”*³³.

5. POR QUÉ ES NECESARIO Y CÓMO COMBATIR EL *MOBBING*

Si al decir de Celso *“Ius est ars boni et aequi”* toda forma de acoso debe ser condenada. Esto es un imperativo, no una opción para el legislador.

El eje sobre el que se sustenta nuestro ordenamiento de corte ius-naturalista no es otro que la dignidad del hombre y en consecuencia será *“indigno todo lo que suponga degradación del puesto central que le corresponde en la Creación”*³⁴.

De este modo los derechos humanos serán el medio instrumental para tutelar la dignidad que conlleva el mero hecho de ser humanos.

Ahora bien, en el entendido de que este atributo de la naturaleza humana preexiste a cualquier ordenamiento jurídico, este tiene por finalidad brindar garantías para que la dignidad no sea afectada y en caso de que lo sea prever los correctivos y sanciones correspondientes a fin de mantener su incolumidad.

En esta línea nuestra Constitución reconoce el derecho de las personas a ser protegidas en el goce de sus derechos, entre ellos a trabajar, ser iguales ante la ley y a la integridad psicofísica.

El artículo 53 de la Carta encomienda a la ley la protección especial del trabajo. Pues bien, cabe preguntarse ¿qué protección brinda la ley contra el azote que inflige el acoso moral al derecho a trabajar en condiciones dignas y saludables? A la fecha, la respuesta es que lamentablemente ninguna.

Mucho se habla de *mobbing*, se dan charlas y se vive del diagnóstico, pero en concreto ¿qué se hace para frenar esta plaga que mina el campo laboral?

Nuestro parlamento ha visto pasar algunos proyectos que han muerto junto al cambio de legislatura. Al momento en que se redacta el presente la Comisión de Derecho Laboral de la Cámara de Representantes estudia el proyecto de ley de nuestra autoría³⁵.

El mismo consta de dieciocho artículos en los que³⁶:

5.1. Define qué es *mobbing*. Lo hace siguiendo los criterios doctrinarios más recibidos. Excepcionalmente admite la configuración de *“ultraje moral”* en presencia de un solo acto hostil de grave envergadura.

33 ARIÑO Miguel Ángel y ALCAT Enrique, *“Cómo gestionar bien una crisis”*, IEEM Revista de Negocios, Volumen 82, N° 2, Abril 2016, págs. 78 a 82.

34 GUARIGLIA Carlos, *“El conflicto entre los derechos fundamentales”*, Amalio M. Fernández, Montevideo, Junio 2007, pág. 130.

35 DE FRANCO ABALOS María Soledad, *“Anteproyecto de Ley contra el Acoso Moral en el Trabajo y Exposición de motivos por la Dra. Soledad De Franco”*, Registro de Derechos de Autor Biblioteca Nacional, Libro 33 inscripto con el N° 731, año 2012.

36 URUGUAY, Comisión de Legislación Laboral de la Cámara de Representantes, *“Proyecto de ley sobre Acoso Moral en el Trabajo (Prevención, corrección y sanción)”*, <http://www.diputados.gub.uy/wp-content/uploads/2015/09/d3983.pdf>.

5.2. *Ámbito de aplicación.* Prevé la aplicación igualitaria respecto de trabajadores públicos como privados, sin excepción. Procura restablecer la equidad entre ambas categorías, derivada de las ínfimas potestades inspectivas y sancionatorias que actualmente posee la IGTSS cuando el denunciado es el Estado. En la práctica si un funcionario público es moralmente acosado, realizar la denuncia ante la IGTSS le aporta más decepciones que soluciones pues en los cometidos de la misma no se halla la potestad de investigar ni sancionar al patrono cuando este es el Estado. A nuestro juicio esta situación viola el artículo 8 de la Constitución, estableciendo diferencias de trato más allá de las derivadas de los talentos y virtudes.

5.3. *Su objeto.* Es “prevenir, corregir, sancionar a los responsables y ayudar a las víctimas” de *mobbing*.

5.4. *Bien tutelado.* Es el “derecho a desempeñarse en un ámbito laboral saludable, mental, física, emocional y moralmente”.

5.5. *Prevención.* Impone el deber de prevención a los tres principales actores involucrados: a) Estado (mediante políticas públicas y capacitación a sus funcionarios); b) Empresas (mediante códigos de conducta y protocolos de actuación); c) Sindicatos (mediante capacitación y asesoramiento a sus afiliados).

5.6. *Presunción iuris tantum.* A título enunciativo describe las acciones más típicas de hostigamiento. Dadas las dificultades probatorias en la materia pareció oportuno facilitar la prueba indiciaria estableciendo una presunción simple en beneficio del denunciante.

5.7. *Protección al denunciante y testigos.* Establece una serie de mecanismos tendientes a exorcizar el temor que inhibe a los testigos de hablar y llama a tolerar lo insoportable a la víctima.

5.8. *Ampliación de las facultades de la IGTSS.* Refuerza las facultades inspectivas y prevé sanciones progresivas aplicables a los empleadores –públicos o privados- que tengan en su seno conductas de asedio. Destina el producido de las multas a un “Fondo de Ayuda a la Recuperación de Víctimas”.

5.9. *Acción de cese de hostigamiento.* Remite a la estructura procesal del amparo y se implementa con el fin de hacer cesar las hostilidades e implementar las medidas cautelares necesarias para la protección de la víctima.

5.10. *Responsabilidad.* Hace corresponsables civilmente al instigador, acosadores y empleador, este último en su calidad de “garante de la seguridad y salud de sus dependientes”.

5.11. *Protección contra medidas retaliatorias.* A fin de evitar las denuncias infundadas o de mala fe (también conocidas como falso *mobbing*) prevé sanciones contra quien denuncia a sabiendas de su falsedad o de forma temeraria. Las consecuencias son iguales a las que se expresan en el numeral 5.12.

5.12. *Calificación de la conducta.* El acoso realizado por un funcionario estatal será considerado falta grave y el ejecutado por un trabajador privado constituirá notoria mala conducta.

5.13. *Accidente laboral.* El Banco de Seguros del Estado “deberá asumir la atención de los daños derivados” del acoso moral, conforme lo previsto en la Ley de Accidentes de Trabajo³⁷.

37 DE FRANCO ABALOS María Soledad, “El acoso moral laboral como accidente de trabajo a la luz de la normativa actual y bajo el “Proyecto de Ley contra el Acoso Moral en el Trabajo” de nuestra autoría”, publicado en CD correspondiente a las “XVIII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” realizadas el 16 y 17 de agosto de 2013 en Colonia.

5.14. Registro de infractores. Estará a cargo de la IGTSS, y engrosarán esta lista únicamente aquellos que han sido sindicados como hostigadores mediante “sentencia firme” tras un debido proceso.

Esta posición generó resistencia en el entendido de que se estigmatizaba al acosador y que no se apuntaba a su reinserción laboral. Entendemos que esta crítica evidencia ignorancia acerca de que en la gran mayoría de los casos el instigador del acoso es un psicópata sub-clínico lo que implica que no tiene chance alguna de cambiar³⁸. Exceptuando esta banalización, la crítica tiene fundamento cuando de no psicópatas se trate. Tal como lo han advertido Hare³⁹, Babiak & Hare⁴⁰, Marietan⁴¹, Piñuel y Zabala⁴², Hirigoyen⁴³ y De Rivera y Revuelta⁴⁴, estos individuos tienden a la serialidad, suelen esconder varios cadáveres sus armarios y hasta la fecha la ciencia no ha hallado cura (seguramente porque no son enfermos y por ende son imputables) para los mismos. Pretender curar y reinsertar a un psicópata es más que una utopía.

6. OPINIÓN DE DESTACADOS JURISTAS Y POLÍTICOS DE DISTINTOS PARTIDOS RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE ACOSO LABORAL DE PROPIA AUTORÍA

6.1. Respecto de la definición de acoso adoptada “es compartible” y “se adecúa con lo que la doctrina ha manejado en general”⁴⁵. En igual sentido, un distinguido jurista español respecto de esta figura expresa “aparece perfectamente definida en el artículo 4”⁴⁶.

6.2. Por su parte “Este proyecto de ley apunta a la protección de un bien humano fundamental, un derecho fundamental en el trabajo, que es la dignidad laboral”⁴⁷.

6.3. Referente al ámbito de aplicación “me parece particularmente acertada la definición del ámbito público de la ley (artículo 1 del Proyecto) ya que uno de los contextos de mayor impunidad para el acoso en el trabajo es precisamente el de la Administración, permitiéndose ahora intervenir en un territorio donde las víctimas carecían de mecanismos para actuar acertadamente frente a situaciones de acoso laboral”⁴⁸.

6.4. En cuanto a las acciones previstas en el proyecto “De nada sirve la norma jurídica que

38 POZUECO ROMERO José Manuel, MORENO MANSO Juan Manuel, BLÁZQUEZ ALONSO Macarena y GARCÍA-BAAMONDE SÁNCHEZ Ma. Elena, “Psicopatía Subclínica, Empatía Emocional y Maltrato Psicológico en la Pareja: Empatía Cero Negativa y Violencia Instrumenta-Manipulativa”, Clínica Contemporánea, Volumen 4, N° 3, 2013, págs. 223 a 243.

39 HARE Robert, “Without Conscience”, The Guilford Press, Nueva York y Londres, 1993.

40 BABIAK Paul y HARE Robert, “Snakes in suits: When psychopaths go to work”, HarperCollins e-books, 2006.

41 MARIETAN Hugo, “El jefe psicópata. Radiografía de un depredador”, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2010.

42 PIÑUEL Y ZABALA Iñaki, “Mi jefe es un psicópata”, Alienta Editorial, Barcelona, 2008.

43 HIRIGOYEN Marie France, “El acoso moral en el trabajo”, Ed. Paidós Contextos, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2008.

44 GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA José Luis, “Las claves del mobbing”, Editorial EOS Instituto de orientación psicológica y asociados, España, 2006.

45 ZAPIRAIN Héctor, Asesor legal del PIT CNT. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 5/10/15, https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/ficha_completa.

46 SÁNCHEZ PÉREZ José, “El acoso laboral: razones para afrontar su regulación normativa”, Revista Derecho del Trabajo, Thomson Reuters La Ley, julio/setiembre 2016, año IV N° 12, págs. 79 a 95.

47 ROSSI Rosina, Secretaria del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Facultad de Derecho de UDELAR. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 5/10/15, https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/ficha_completa.

48 SÁNCHEZ PÉREZ José, “El acoso laboral: razones para afrontar su regulación normativa”, Revista Derecho del Trabajo, Thomson Reuters La Ley, julio/setiembre 2016, año IV N° 12, págs. 79 a 95.

declare y reconozca derechos, si no le damos al titular del derecho una herramienta para defender el derecho y ponerlo en funcionamiento. De allí, la gran trascendencia que tienen las acciones que están previstas en este proyecto...". "Claramente se precisa un proceso sumario, como el de la acción de amparo o su símil, que saque al acosado de la situación en pocos días". Por lo anterior agrega, "Es loable que exista un proyecto que reglamente esta situación y que acuda a una estructura procesal sumaria como la acción de amparo o la acción de amparo atípica como la de la ley de libertad sindical".⁴⁹

6.5. Acerca del régimen probatorio, la magistrada expresa "Me parece de gran utilidad que exista estrictamente –como hay– una norma sobre distribución de la carga de la prueba" y agrega "Vuelvo a decir que es una ventaja incommensurable que una disposición normativa establezca reglas probatorias..." pues "En un juicio por acoso moral vamos a tener como parte actora a un sujeto vulnerable... Primero por su condición de trabajador dependiente y por haber ocupado una relación jurídica de poder absolutamente desigual. Segundo, además de ese estado de vulnerabilidad por una cuestión de poder, está el estado de vulnerabilidad porque siente que ha sido acosado". Entiende que "la bondad de haber pensado en un sistema presuncional, de alguna manera, protege al trabajador dentro del proceso", y "Es absolutamente imprescindible que existan reglas sobre la distribución de la carga probatoria si pretendemos que la ley sea efectiva", por lo que "Me parece realmente loable la medida"⁵⁰.

6.6. Sobre la creación del fondo de asistencia a las víctimas "Me parece importante el encare, la forma cómo se plantea el proyecto y que las multas sean para un fondo de ayuda a las víctimas"⁵¹.

6.7. Finalmente en su consideración global otro legislador manifiesta "Me parece que está muy bien redactado el proyecto y que atiende un tema cada vez más frecuente, que es la violencia en la sociedad, en la cancha, en el barrio y en el trabajo. A todos nos llegan semanalmente casos de trabajadores o trabajadoras de empresas públicas o privadas, con una gran angustia personal. Desde el punto de vista normativo tenemos una debilidad enorme"⁵².

Es destacable la opinión positiva respecto del proyecto, proveniente de diversos sectores políticos. Habiendo sido presentado por legisladores del Partido Nacional, pertenecientes a la oposición, resulta especialmente valiosa la buena disposición que revelan las opiniones de los integrantes del partido de gobierno en el seno de la Comisión de Asuntos Laborales abocada al estudio del proyecto.

Hemos sostenido que el acoso no reconoce color político, pudiendo apreciarse el sufrimiento de múltiples víctimas con independencia de su ideología. Entendemos que la cooperación es la base óptima sobre la cual construir una norma que brinde efectiva protección a la dignidad de todos los trabajadores.

Por lo expuesto, valoramos positivamente la actitud asumida por los diversos actores, e instamos a aquellos que aún no son parte, a sumarse y contribuir.

49 ROSSI Rosina, Secretaria del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Facultad de Derecho de UDELAR. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 5/10/15, https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/ficha_completa.

50 ROSSI Rosina, Secretaria del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Facultad de Derecho de UDELAR. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 5/10/15, https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/ficha_completa.

51 PUIG Luis, Representante Nacional por el Frente Amplio. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 15/09/15, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/tramite>.

52 ANDRADE Oscar, Representante Nacional por el Frente Amplio. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 15/09/15, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/tramite>.

7. INTRODUCCION AL ACOSO LABORAL EN ESPAÑA

Pese a la importancia del problema, no se ha llevado a cabo una regulación individualizada del fenómeno. Jurídicamente, dado que existe un vacío legal sobre este riesgo psicosocial, los jueces utilizan la analogía. Algunas sentencias se están haciendo eco de esta laguna en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL⁵³): por ejemplo, la STSJ de Cataluña, de 2 de marzo de 2011, señala que “(...) al no regularse de forma expresa en ninguna norma la obligación empresarial de prevención y tutela de los riesgos psicosociales ni las medidas que deben observarse para que ese concreto daño no se produzca (...) el riesgo de acoso, en este supuesto, no puede preverse y en consecuencia no le son exigibles al empresario medidas preventivas al respecto”. Sin dudas, esta falta de concreción por parte del legislador no hace más que evidenciar la dificultad existente en los órganos judiciales para que una presunta víctima de acoso laboral pueda ver satisfechas sus pretensiones.

Desde el ámbito laboral se puede acudir al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, donde se etiqueta el fenómeno como hostigamiento psicológico en el trabajo, cuando una persona o un grupo de ellas ejerce violencia psicológica extrema, de forma sistemática, durante un tiempo prolongado, sobre otra persona en el lugar de trabajo. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo⁵⁴ define el riesgo psicosocial como: “ (...) el ejercicio de violencia psicológica extrema que se realiza por una o más personas sobre la otra en el ámbito laboral, respecto a la que existe una relación asimétrica de poder, de forma sistemática y prolongada en el tiempo”.

En otros países europeos, cuentan con regulación específica sobre acoso moral. Desde esta óptica, en palabras de Molina Navarrete⁵⁵: “el mayor problema de los trabajadores víctimas del *mobbing* no es la ausencia de regulación específica, sino la elevada gama de opciones sustantivas y procesales que tienen para impetrar justicia social contra una patología socio-laboral tan bárbara y arbitraria como la que encierra el acoso moral en el trabajo”.

Pese a esta carencia no han faltado intentos en tal sentido. En el año 2002, el Grupo Parlamentario Socialista presentó dos Proposiciones de Ley sobre el acoso moral laboral, en las que se solicitaba la inclusión del acoso moral en el trabajo como delito tipificado en el artículo 314 bis Código Penal⁵⁶; la modificación del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET⁵⁷) para incluir la protección frente a conductas de acoso moral en el artículo 4.2, apartado e), referido a los derechos de los trabajadores; en el artículo 17.1 como causa de discriminación; en el artículo 50.1.c)⁵⁸ como causa para la solicitud de extinción del contrato de trabajo

53 BOE 10 noviembre 2005.

54 En virtud de su NTP 476: “El hostigamiento psicológico en el trabajo: *mobbing*”.

55 MOLINA NAVARRETE, C., “La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses”, Editorial Bomarzo, 2007, Albacete.

56 España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP). BOE 24 noviembre 1995. Artículo cuya dicción literal es la siguiente: “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

57 España, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 24 octubre 2015.

58 España, esta Proposición de Ley no fue en balde pues, en la actualidad, en virtud del mismo artículo del ET, si el acoso laboral o *mobbing* es constitutivo de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el empleado podrá

a instancias del trabajador afectado por el acoso moral y en el artículo 54.2.c) como causa de despido disciplinario. No obstante, el Grupo Parlamentario Popular impuso su mayoría en el Pleno del Congreso de los Diputados el 5 de marzo de 2002, alegando que había que esperar a la conclusión de los trabajos que estaba realizando la UE.

Afortunadamente, poco después, apareció el primer atisbo sobre este particular en nuestro ordenamiento jurídico. A través de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y acceso universal de las personas con discapacidad y, en virtud del artículo 7, aclara las conductas que resultan discriminatorias sobre el trabajador, definiéndolas como «*toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*». Se trata, por tanto, de una primera definición de acoso de plena aplicación en el ámbito español de relaciones laborales.

Con el tiempo, España ha ido avanzando en materia preventiva frente al acoso laboral. El acoso como riesgo psicosocial debe ser considerado en la evaluación de riesgos de las empresas, ya que afecta la dignidad y el bienestar físico y psicológico del trabajador. El empresario, debe proteger a sus trabajadores con el desarrollo y puesta en marcha de un protocolo de actuación frente a situaciones de acoso. De no actuar, el empresario incumpliría su obligación dado que, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, (en adelante, LOI⁵⁹), la tutela frente al acoso recibe un refuerzo considerable pues, en el artículo 48, dispone la obligación de la empresa de elaborar un protocolo de actuación frente al mismo. Pese a que la LOI condiciona este apartado únicamente al acoso sexual y al acoso por razón de género, ello no es óbice para que en el mismo protocolo o política de empresa, se atienda a todos los tipos de acoso: moral, sexual o por razón de género.

Tras ocho años de la propuesta del Grupo Parlamentario Socialista a fin de tipificar el acoso como delito, el 23 de diciembre de 2010⁶⁰ entró en vigor la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁶¹. Finalmente, desde la perspectiva penal⁶² siguiendo el ejemplo de Francia, el legislador modifica el Código Penal y tipifica como delito contra la integridad moral (art. 173.1, párrafo segundo) la situación provocada por todo individuo que “(...) en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realice contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, el legisla-

solicitar la extinción contractual según el mismo precepto (según nueva dicción aportada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE 7 julio 2012: “Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”), y, por tanto, tendrá derecho a solicitar la extinción de su contrato con derecho a la misma indemnización correspondiente al despido improcedente, es decir, a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

59 BOE 23 marzo 2007.

60 Meses antes, en concreto, el 29 de abril de 2010, el Congreso aprobó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 junio. El presente proyecto de reforma se aprobó con los votos a favor del PSOE, CIU y ERC (180), la abstención del PP e IU (146) y el voto en contra del PNV (7).

61 Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 23 junio 2010.

62 En este marco y desde la doctrina española destaca: CRUZ MÁRQUEZ, B., “La aplicabilidad del delito de trato degradante cometido por particulares (art. 173.1 del CP) frente al acoso moral en el trabajo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 7/2010 - 8/2010 paraf. 25/2010; BLANCO BAREA, M.J. y LÓPEZ PARADA, J., “La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo”, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 22/2001 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2001.

dor español, contempla avances significativos para la consideración del riesgo laboral como delito. En concreto, se tipifican dos modalidades de acoso: el acoso moral laboral (no sexual) y el acoso inmobiliario⁶³. Aunque son predominantes en el entorno laboral las formas de violencia psicológica, se admiten igualmente prácticas de violencia física⁶⁴, sin que sea necesario el menoscabo de la integridad física o salud psíquica de la persona acosada⁶⁵. Así pues, desde la reforma de 2010, el legislador ha manifestado su preocupación por perseguir las prácticas de maltrato más graves que tienen lugar en los centros de trabajo y concibe como atentado específico contra la integridad moral, al delito de acoso moral en el trabajo, castigándolo con una pena de prisión de 6 meses a 2 años.

En otro orden, el Estatuto Básico del Empleado Público⁶⁶ recoge una previsión especial para este riesgo laboral en su artículo 14 h) calificarlo como lesión específica a la dignidad del trabajador (aunque no lo define). En virtud de ese reconocimiento, en el régimen disciplinario califica estas conductas como falta muy grave [art. 95.2 b)⁶⁷].

8. LA REGULACIÓN PREVENTIVA DEL FENÓMENO COMO RIESGO PROFESIONAL Y LA RELEVANCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN EN LAS EMPRESAS

En cuando a la perspectiva preventiva, dentro del ámbito de aplicación de la LPRL se encuentra comprendido el acoso moral laboral.

Su objetivo final es promover la seguridad y salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas para la prevención de riesgos derivados del trabajo (art. 2 LPRL). Fija la obligación de planificar la acción preventiva, adoptando las medidas necesarias para eliminar o minimizar las consecuencias del acoso moral en el trabajo. De este modo, el artículo 14 LPRL indica que el empresario debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, adoptando cuantas medidas sean necesarias para tal fin, siguiendo un sistema de gestión y planificación de las actividades preventivas y valiéndose de una organización y medios necesarios. El artículo 15 establece que el empresario debe planificar la prevención *“buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”*.

El artículo 25 LPRL exige una regulación específica de protección a los trabajadores que se encuentren *“manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias*

63 Especialmente, las prácticas de este tipo de acoso pueden ser calificadas como un delito de atentado contra la integridad moral contemplado según dicción literal del art. 173.1 CP: *“(…) al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”*.

64 Entendida como *“la que se ejerce mediante la fuerza física en forma de golpes, empujones, patadas y lesiones provocadas con diversos objetos o armas. Puede ser cotidiana o cíclica, en la que se combinan momentos de violencia física con periodos de tranquilidad”*, GONZALEZ MESEGUER, J.L., *“La violencia física en el trabajo”*, Jornadas Confederales de Salud Laboral, Confederación de STEs-Inter-sindical: La violencia en el trabajo, pág. 37, Valencia 2006.

65 UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, *“Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Regulación de los riesgos psicosociales en la sociedad global: una perspectiva comparada entre Europa y América”*, UGT, 2010. POMARES CINTAS, E., *“La regulación penal en Alemania y España del acoso moral en el trabajo”*, pág. 78.

66 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE 31 octubre 2015.

67 Concretamente, son faltas muy graves *“toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo”*.

psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo". De este precepto se deduce que el empresario tiene la obligación de identificar y eliminar los riesgos (en los que se incluye el acoso moral), así como evaluar los que no han podido ser evitados, aplicando las medidas resultantes de la evaluación mediante una acción planificada para la prevención de esos riesgos.

En resumen el acoso moral en el trabajo se debe prevenir ya que afecta la dignidad del trabajador su integridad física por tanto, la LPRL⁶⁸, debería -de "*lege ferenda*"- en su artículo 4 apartado 2º, incorporar dicho riesgo psicosocial.

La jurisprudencia ya se ha hecho eco en algún caso (STSJ de Cantabria⁶⁹) de la inclusión entre las obligaciones empresariales del control de las enfermedades psíquicas. En este sentido "*(...) adecuar las condiciones del puesto de trabajo a las condiciones personales y al estado biológico del trabajador [arts. 15.1.d) y 25 LPRL] o llevar a cabo las actividades de prevención valiéndose de expertos con la formación adecuada, y que puedan desempeñar el papel de trabajadores designados por la empresa o integrarse en un servicio de prevención propio a ajeno concertado con la empresa, donde tendrá que haber expertos en la evaluación y diagnóstico de riesgos psicosociales (arts. 30 y 31 LPRL). Asimismo la obligación de vigilancia de la salud para la detección de enfermedades psíquicas (art. 29 LPRL)*". Se infiere que la prevención de lesiones y trastornos psíquicos entran plenamente dentro de la obligación de protección que corresponde al empresario⁷⁰. Así, entre las obligaciones que se establecen dentro del marco de la LPRL se encuentra la de prevenir el acoso moral, en tanto puede ocasionar daño a la salud de los trabajadores. En este sentido, dado que el acoso moral se da en la empresa por una deficiencia organizativa del trabajo, se deberían evaluar y corregir las maneras de actuar. No cabe duda que al empresario se le asigna un papel fundamental cuando se da una situación de acoso moral por parte de los empleados a su servicio frente a otro trabajador de su empresa.

Sobre este particular, hay que enfatizar la necesidad de crear –como mecanismos de prevención– protocolos de actuación⁷¹ mediante una declaración de principios que no tolere situaciones susceptibles de acoso moral, y a través del establecimiento de medidas tendentes a facilitar la posibilidad de realizar quejas y sugerencias, mediante buzón de quejas y respetando la confidencialidad por ejemplo.

El artículo 15.1 de la LPRL, indica como principios para aplicar las medidas de prevención, los de evitar los riesgos, combatirlos en su origen y adaptar el trabajo a la persona, así como la concepción de los puestos y métodos con miras a reducir sus efectos en la salud. El artículo 14.2 de la LPRL además, alude al deber de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la salud de los trabajadores, con un deber de acción permanente que incluye, sin agotarlo, las obligaciones de evaluación, información y demás recogidas en los artículos siguientes.

68 La LPRL en el año de su publicación (1995) no reparó especialmente en esta clase de conflictos, debido posiblemente a la poca aceptación que tenía en esa época, distinta a la actual, en la que el acoso moral se considera como uno de los riesgos más perniciosos para la salud del trabajador.

69 España, STSJ de Cantabria, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 679/2006 de 3 julio (rec. núm. 505/2006).

70 Figura que se encuentra en la coyuntura de cumplir con todas las formalidades que le establece la Ley y por tanto, a realizar una evaluación de riesgos laborales. En este sentido, cabe recordar que la facultad que tiene el empresario de dirigir, controlar y vigilar el trabajo de sus empleados, la puede ejercer directamente él o la persona en quien éste delegue.

71 El Código de Conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual elaborado en cumplimiento de la Resolución del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1990 (90/C167/02), relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, sirvió de base para que muchos convenios colectivos propusieran los protocolos de actuación, a vistas de prevenir el acoso e impulsar los procedimientos de reacción frente al mismo.

9. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO EN MATERIA PREVENTIVA

En consecuencia de las obligaciones, no se deben obviar las responsabilidades⁷² que se derivan en casos de incumplimientos u omisión de las medidas preventivas.

La responsabilidad del empresario puede derivar de su condición de sujeto activo pero también por su condición de empleador, por su falta de reacción ante conductas de acoso producidas en su empresa. Tal como señalara la jurisprudencia⁷³, la responsabilidad “(...) *le puede alcanzar al empresario por ser sujeto activo de los actos de acoso o porque, sufriendo el trabajador el acoso por otro sujeto, ello ocurra dentro del ámbito de las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo o evitar sus efectos. Este es el sentido del apartado 13 bis del artículo 8 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*⁷⁴ añadido por la Ley 62/2003”. Esto ocurre debido a que atribuye a los trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, imponiendo expresamente al empresario el correlativo deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

El artículo 42.1, de la LPRL señala que “*el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento*”; dichas responsabilidades vienen reguladas, respectivamente, en la LISOS⁷⁵, Capítulo II (Sección 2^a), del Código Penal y del Código Civil⁷⁶.

En este marco, el cuadro general de responsabilidades, se divide en de derecho administrativo sancionador (regulado por la LISOS) y las del derecho penal; por otra parte, las responsabilidades de derecho civil (contractual y extra-contractual); de derecho laboral (extinción de la relación y/o indemnización); de derecho administrativo (ejecución y/o indemnización), y derecho de la Seguridad Social (accidente de trabajo o enfermedad profesional y recargo de prestaciones).

A efectos de la responsabilidad administrativa, la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social puede optar, atendiendo a las circunstancias, por efectuar un simple requerimiento a la empresa o por iniciar el procedimiento sancionador⁷⁷.

El acoso laboral, en palabras de la Inspección de Trabajo, es susceptible de ser encuadrado en diversas tipologías de faltas de entre las muchas que recoge la LISOS: una, de carácter laboral, tipificada en el artículo 8.11 de la LISOS (“*los actos del empresario que fueren contrarios*

72 En cuanto a los posibles modos o vías de actuación a través de los cuales se puede perseguir este fenómeno, estas son: vía penal, laboral y/o administrativa, en grado sumo destaca el profundo artículo de SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “*Formas de persecución del acoso psicológico en el trabajo. Principales cuestiones y controversias*”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 42, enero (2016), págs. 143-184.

73 España, STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 1299/2004 de 19 abril (rec. de suplicación).

74 España, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE agosto 2000. En adelante, LISOS.

75 España, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE 8 agosto 2000.

76 España, Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (vigente hasta el 30 de junio de 2017). Gaceta 25 julio 1889. En adelante, CC.

77 El procedimiento administrativo para la exigencia de este tipo de responsabilidad (mencionado en el art. 1.2 LISOS) viene regulado por los arts. 51 a 54, ambos inclusive, de la misma LISOS y por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, que aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes de liquidaciones de cuotas.

al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”) como falta muy grave por cuanto se atenta contra la intimidad y dignidad del trabajador. Otra, en materia de seguridad y salud laboral, tipificada como grave en el artículo 12.16 de la LISOS por cuanto el hostigamiento encierra conductas de la empresa que suponen “incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o a la salud”. Ambas infracciones refieren al mismo sujeto, hecho y fundamento, por lo que de acuerdo con el principio “*non bis in idem*” se debe elegir la más grave.

10. EL ACOSO LABORAL COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL

El acoso laboral puede ser considerado en España como accidente de trabajo. Sin embargo, no todas las conductas son constitutivas de acoso moral como para ser calificadas como contingencia profesional pues ello dependerá una cuestión probatoria⁷⁸.

De la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) artículo 156 se entiende por accidente de trabajo: “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”. Por consiguiente, al referirse a “*toda lesión*” se entiende que pueden ser lesiones tanto físicas como psíquicas, de ahí que el acoso laboral pueda llegar a ser considerado como accidente de trabajo. En el artículo 156.3 la LGSS presume que dicha dolencia es accidente de trabajo, siempre y cuando se produzca durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Por otro lado, también cabe la posibilidad de que sean consideradas accidente de trabajo ciertas enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo [art. 156.2 e), LGSS].

Respecto a la consideración de enfermedad profesional, el legislador⁷⁹ regula un cuadro de enfermedades mediante el cual solamente serán consideradas tales aquellas contraídas como consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el citado cuadro y que estén provocadas por elementos o sustancias que en el mismo se indiquen para cada enfermedad profesional (art. 157, LGSS). Si bien existen corrientes doctrinales por las que pueden calificarse los efectos del acoso moral como enfermedad profesional, los órganos administrativos y jurisdiccionales consideran en mayor medida el *mobbing* como accidente laboral. De ahí que, mayoritariamente sea considerado no como profesional, sino como enfermedad común.

El acoso como accidente de trabajo deriva consecuencias para la víctima o sus causahabientes, pues aparte de las prestaciones que se determinan legal o reglamentariamente, aparece la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones económicas por accidentes laborales; pago que recaerá directamente sobre el empresario. Esta responsabilidad empresarial que entra en juego cuando fracasa la actividad preventiva, se encuentra regulada conforme al artículo 164.1 de la LGSS, según el cual: todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo, se aumentarán, en función de la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca, entre otros motivos, por inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad. Para ello se

78 CORBACHO PALACIO, F.J., “*El impacto del acoso moral en el ordenamiento jurídico español: análisis legal y jurisprudencial*”, Noticias Jurídicas, 2009.

79 Por medio del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE 19 diciembre 2006.

exige la existencia de un comportamiento, doloso o culposo, del empresario. Jurisprudencialmente, en este sentido, se puede citar como ejemplo la sentencia⁸⁰ que declaró la procedencia para el recargo de prestaciones por accidente de trabajo, debido a una situación de acoso moral en el que existió omisión del empresario en su obligación de velar por la salud de la trabajadora, al tolerar situaciones organizativas, funcionales, directivas y ambientales, diferenciadas y específicas, que le afectaron, dando lugar a una grave patología psiquiátrica en la operaria.

En el caso de que el accidente de trabajo implique la baja médica, el trabajador tiene derecho a la prestación por incapacidad temporal. En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, si el accidente se produjo en su totalidad o en parte por omisión de medidas de seguridad, el trabajador podrá reclamar una indemnización por accidente laboral. Si la culpa del accidente de trabajo no pesa sobre el trabajador sino que se puede demostrar que el empresario no puso todas las medidas de seguridad exigidas en la LPRL⁸¹, el trabajador podrá reclamar a la empresa la indemnización que, por derecho, le corresponde. En suma, el acoso laboral, cuando genera una patología asociada a las prestaciones de Seguridad Social, será considerada como contingencia profesional en tanto que la causa principal ha sido derivada de la realización del trabajo. Por su parte, el acoso moral laboral será susceptible de indemnización en la medida en que por acción u omisión el empresario concurre en responsabilidad.

11. CONCLUSIÓN POR ESPAÑA

El análisis comparativo de la situación en Uruguay y España, pone de relieve que el acoso moral laboral es un riesgo y como tal deben aplicarse mecanismos preventivos de riesgos laborales.

Las empresas que catalogan el acoso moral como riesgo laboral -que puede dañar el bienestar físico y/o psíquico de los trabajadores- van tendiendo progresivamente a la elaboración de mecanismos para evitar la aparición del riesgo psicosocial y la utilización de herramientas preventivas que promuevan condiciones de trabajo dignas. Estos mecanismos gravitan en torno a la elaboración de políticas y programas de buenas prácticas, la sensibilización de los trabajadores, la formación e información de estos últimos y el peso de los convenios colectivos al tratar la prevención del *mobbing*. Estos convenios resultan fundamentales para frenar posibles situaciones de acoso al regular procedimientos de consulta relativos al proceso de identificación, análisis y evaluación de riesgos, y a la planificación de la actividad preventiva, incluyendo su revisión y actualización periódica.

Del ordenamiento español, se vierte una carencia en cuanto a la visualización individualizada del acoso moral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales. Pese a ello, no se deben obviar los pasos que ha habido desde la legislación laboral (ET, LISOS, LPRL, Estatuto Básico del Empleo Público, LOI) y penal con la reforma operada por la Ley Orgánica de 22 de junio de 2010 que tipifica el delito de acoso laboral (art. 173.1). No obstante, el tratamiento no alcanza todavía a otros países de la Unión Europea como Francia, Suiza, Bélgica, Noruega, Finlandia, Italia y Polonia, y norteamericanos -como ha sido el caso de Canadá- que reconocen de manera específica, el derecho de sus trabajadores a permanecer física y mentalmente sanos en el trabajo. Sin embargo, afortunadamente, España como Noruega y Francia ha tipificado como delito el acoso moral en el trabajo.

80 España, STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 6827/2013 de 22 octubre (rec. núm. 7237/2012).

81 España, Ley 31/1995, de 5 de noviembre. En adelante, LPRL.

El legislador español debe dar un paso más respecto del acoso laboral, tratándolo específicamente en la LPRL o mediante un Reglamento de forma que concrete el riesgo psicosocial ya que, esta carencia impide que el acoso moral se solucione en sus primeras fases. Así es inevitable que la víctima acabe en los Tribunales acarreado consecuentemente su salida bien por despido o por incapacidad permanente con efectos negativos para la víctima y también para la empresa en cuanto a los costes económicos y de reputación. En este contexto, de *“lege ferenda”* se debería definir legalmente el acoso moral laboral, señalar medidas preventivas, sancionadoras y reparadoras, de igual forma que concretar las distintas responsabilidades para el acosador: sea el empresario o el compañero de trabajo.

12. CONCLUSIÓN SOBRE URUGUAY

El acoso es una realidad tan antigua como el hombre, sin embargo es relativamente reciente su visualización como fenómeno a repudiar y regular.

La mediatización sin criterio ha banalizado el fenómeno y ha conducido a múltiples falsos auto-diagnósticos. Esto ha aparejado el endurecimiento de los magistrados a la hora de fallar. Una sentencia grafica esta rigurosidad en los siguientes términos *“la figura del mobbing queda reservada para situaciones graves. Deben descartarse aquellas en las que, a pesar de existir un empleado que se siente agraviado, existen justificaciones objetivas que determinaron la decisión de la empresa...o la molestia que se genera al empleado no es de una gravedad relevante...Ello evita que se abuse de este concepto, degenerándolo y destinando tiempo y esfuerzo de nuestros jueces en situaciones en las que realmente no se lesionó la dignidad del empleado”*⁸².

En este escenario ya no necesitamos más diagnósticos sino hechos concretos: una ley que enmarque jurídicamente el acoso y brinde una regulación integral.

Pensar que la ley lo eliminará sería fantasioso y soberbio. El principio del cambio radica en la educación en valores y ninguna ley sustituye ese quehacer, sin embargo desde la óptica jurídica el mejor aporte que podemos realizar implica brindar un marco normativo que oficie de freno a estas prácticas abyectas, responsabilizando a los culpables pero sobre todo protegiendo efectivamente a las víctimas. En palabras del Prof. José Sánchez, si bien *“la ley no transforma al hombre perverso en bondadoso,...puede reconducir su comportamiento de modo que respete el orden y la paz social bajo la coacción que viene anudada a la sanción establecida. La ley contribuye a la creación de hábitos y unas estructuras mentales que pueden permitir el cambio”*⁸³.

Mangarelli expresó *“quiero reafirmar la necesidad de legislar sobre acoso moral en el trabajo y sobre la violencia laboral... Los aspectos positivos, sin duda, son la legislación sobre el tema, que la norma se aplique tanto al sector privado como público, admitir la reparación del daño como lo hace esta norma, y establecer la obligación de prevención en forma expresa, como lo señala este proyecto”*⁸⁴. Y reforzando esta posición la Dra. Beatriz Durán agregó *“El Instituto tiene muchísima esperanza de que esta iniciativa llegue a convertirse en ley próximamente, dada la necesidad de abordar y regular esta temática”*⁸⁵

82 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno, Sentencia N°85 de 29 de julio de 2015.

83 SÁNCHEZ PÉREZ José, “El acoso laboral: razones para afrontar su regulación normativa”, Revista Derecho del Trabajo, Thomson Reuters La Ley, julio/setiembre 2016, año IV N° 12, págs. 79 a 95.

84 MANGARELLI Cristina, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 5/10/15, https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/ficha_completa .

85 DURÁN Beatriz, Ayudante del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Facultad de Derecho de UDELAR. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 5/10/15, https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/ficha_completa .

Creemos que un marco regulatorio claro aliviará la labor de nuestros jueces y aclarará de antemano las reglas de juego aplicables, redundando en seguridad jurídica para todas las partes interesadas.

Recientes cifras muestran que el 47% de las consultas médicas de funcionarios del Banco de Previsión Social en 2015 fueron por “*conflictiva laboral*”, categoría en la cual insertan el *mobbing*⁸⁶. Por su parte Uruguay es el segundo país de América Latina con mayor tasa de autoeliminaciones, siendo la causa social la razón de los 2/3 de los mismos⁸⁷. Expertos estiman que dentro de la raíz social que impulsa al suicidio un importante porcentaje le corresponde al acoso laboral, sin embargo aún no ha habido tiempo para que las estadísticas investiguen esa incidencia. Tal ha sido el impacto del hostigamiento en países como Francia, España y Australia que ha llevado a su tipificación como delito. En España desde 1970 es posible “*calificar el acto suicida como contingencia profesional*” siempre que el trabajo pueda “*generar, o en su caso agravar determinados trastornos o desequilibrios mentales que, por su especial intensidad, sean susceptibles de conducir al suicidio a un trabajador*”⁸⁸.

Siguiendo a Molina Navarrete “*parece claro que se dan las condiciones para encender todas las alarmas sociales y poner en marcha los “anticuerpos” y “vacunas” del sistema jurídico contra este riesgo laboral emergente*”⁸⁹.

En definitiva, no podemos dejar pasar con indiferencia un fenómeno que causa estragos en daño de la víctima, su familia, la organización empleadora y la sociedad en general.

Si como dijo Martí “*Ver un crimen en silencio es cometerlo*” y si “*el camino del infierno está lleno de bocas cerradas*”⁹⁰ nuestro proyecto de ley pretende advertir y exorcizar el peligro de seguir intentando solucionar el drama del *mobbing* con las herramientas jurídicas que usamos al día de hoy.

13. REFLEXIÓN CONJUNTA Y FINAL

En suma, ambos legisladores, deberían articular una norma especificando las funciones, obligaciones y responsabilidades de las partes que pueden verse envueltas en una situación de acoso.

En Uruguay “*En el caso de la regulación normativa del acoso moral en el trabajo la Doctora De Franco ha asumido la realización de las últimas jugadas en esa interminable partida de ajedrez. Deseamos que el esfuerzo y dedicación que ha mostrado se vea recompensado con la definitiva aprobación del Proyecto de Ley sobre acoso moral en el trabajo por el Parlamento de Uruguay*”⁹¹.

Por lo expresado “*Ojalá no perdamos esta oportunidad de tener una ley de acoso moral*”⁹².

86 Información aportada por funcionario del organismo que solicitó su no identificación.

87 MOTTA Gabriel & ANDRADA Carlos, “Estudio estadístico-epidemiológico sobre la incidencia de acoso laboral como causa de síndrome de depresión mayor y suicidio en hombres y mujeres”, Trabajo Monográfico, Montevideo, 2006.

88 SÁNCHEZ PÉREZ José, “Una “relación fatal”: El estrés laboral lleva al Suicidio”, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, N°376, julio 2014, págs. 172 a 176.

89 MOLINA NAVARRETE Cristóbal, “Una nueva patología de gestión en el empleo público: El acoso institucional (mobbing)”, La Ley XXII, N°5436, España 2001.

90 GARCÍA Juan José, “Valores son acciones”, Penguin Random House Grupo Editorial, Montevideo, 2015.

91 SÁNCHEZ PÉREZ José, “El acoso laboral: razones para afrontar su regulación normativa”, Revista Derecho del Trabajo, Thomson Reuters La Ley, julio/setiembre 2016, año IV N° 12, págs. 79 a 95.

92 DURÁN Beatriz, Ayudante del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Facultad de Derecho de UDELAR. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Comisión de Legislación del Trabajo de Cámara de Representantes de 5/10/15, https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/ficha_completa.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

FERNÁNDEZ REYES, Jorge
Los “Estados” del Mercosur

HOWARD, Walter
Panorama jurisprudencial de la responsabilidad
en el Derecho de familia

LEGNANI, Bernardo
Daños en el Derecho de Familia

LOS “ESTADOS” DEL MERCOSUR

JORGE E. FERNÁNDEZ REYES¹

1. INTRODUCCION

El “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR) en tanto proceso de integración, ha sido objeto de innumerables estudios por parte de la doctrina especializada, ya sean éstos referidos a su institucionalidad orgánica y normativa; así como a sus aspectos comerciales y económicos; al igual que a las restantes “dimensiones” (i.e. sociales, culturales, etc.) que se le han ido incorporando desde su acto fundacional en marzo de 1991 hasta la actualidad.

Con la firma del Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991, los Estados fundadores, decidieron conformar un “Mercado Común” antes del 31 de diciembre de 1994 cuya denominación es el “Mercado Común del Sur” y la sigla que lo identifica es “MERCOSUR”.

Vale decir, la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, adquieren entonces por su participación en el acto fundacional del MERCOSUR, la condición de “Estados fundadores” del proceso de integración, y a su vez son expresamente denominados en el Preámbulo del Tratado de Asunción y en varias de sus disposiciones como “Estados Partes” o “Estado Parte”.⁽²⁾

Se trata de un esquema de integración regional de naturaleza intergubernamental, esto es, la estructura orgánica institucional (i.e. sus órganos) se encuentra conformada por representantes de cada uno y de todos los Estados Partes, y por lo tanto los integrantes de los órganos participan en representación de sus países y responden esencialmente a los intereses de sus mandantes, sin perjuicio de los intereses comunes del propio proceso.⁽³⁾

Asimismo, las “Normas MERCOSUR”, emanadas de los órganos principales y decisivos del acuerdo regional (Consejo del Mercado Común/CMC; Grupo Mercado Común/GMC; y Comisión de Comercio del MERCOSUR/CCM), deben someterse a un proceso de incorporación (“internación” o “nacionalización”) a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes para su vigencia en cada Estado y al mecanismo de la vigencia simultánea en el MERCOSUR previsto en el Protocolo de Ouro Preto.⁽⁴⁾

Como decíamos anteriormente, la finalidad del esquema de integración, era – en su origen - la conformación de un “Mercado Común” antes del 31 de diciembre de 1994,

1 Director de la Maestría en Integración y Comercio Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo – Uruguay – Ex Profesor Titular de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo - Ex Director de la Secretaría del MERCOSUR.

2 Artículos 1 a 8; 11; 12; 16; 18 a 22 y 24, y en los Anexos del Tratado de Asunción.

3 Artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto (Protocolo Adicional a la Estructura Institucional del MERCOSUR).

4 Artículos 38, 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto (Protocolo Adicional a la Estructura Institucional del MERCOSUR).

sin embargo dicho objetivo no se logró en la fecha indicada, ingresando entonces a un estadio de la integración que se tipifica por los propios negociadores e integrantes de la estructura institucional al igual que normativamente, como una “Unión Aduanera” pero “imperfecta” o “incompleta”, habida cuenta de que no cuenta con todos los instrumentos de “política comercial” propios de dicha modalidad de integración, o para ser más precisos del punto de vista jurídico, no responde íntegramente a las características establecidas en los literales i) y ii) del numeral 8 del Artículo XXIV Parte III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947), y a las disposiciones del Entendimiento relativo a la interpretación del Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. ⁽⁵⁾

No obstante, corresponde señalar, que la voluntad integracionista de los Estados Parte del MERCOSUR, se ha venido reiterando en términos de la profundización del proceso, con el objetivo de lograr la conformación del Mercado Común previsto en el artículo 1 del Tratado de Asunción. ⁽⁶⁾

Hechas estas breves precisiones del esquema de integración, que surgen del acto fundacional del MERCOSUR y de sus Protocolos Adicionales, y que del punto de vista comercial se basa en un Acuerdo Preferencial de Comercio al amparo del Tratado de Montevideo de 1980 (que crea la ALADI), se encuentran los Estados fundadores, que a su vez son Estados Partes del bloque regional.

En el marco del desarrollo del proceso de integración, y desde el Derecho Derivado, se crea la figura de los “Estados Asociados” del MERCOSUR, aspecto que atendiendo a sus características, podría considerarse tanto como una modalidad de relacionamiento externo del bloque regional con los restantes países de la ALADI con base a Acuerdos Preferenciales de Comercio, o como una instancia previa o preparatoria del ingreso de estos Estados como miembros plenos o Estados Partes del MERCOSUR, o de ambas cosas.

La intención de este trabajo, es entonces, analizar a la figura de las distintas categorías de “Estados” del MERCOSUR desde: (i) la vinculación orgánica institucional con el proceso de integración; (ii) el régimen aplicable; y (iii) los derechos y obligaciones, que surgen producto de la condición jurídica institucional que detentan en el marco del proceso de integración regional.

2. LOS ESTADOS “FUNDADORES” Y LOS ESTADOS “PARTES” DEL MERCOSUR

Complementando lo expresado en la parte introductoria de este trabajo, la primera referencia que corresponde formular del punto de vista orgánico institucional del MERCOSUR, es a los “Estados fundacionales o fundadores” del “MERCOSUR”, es decir,

5 Al respecto, se señalan las Decisiones CMC No. 13/93 de enero de 1994 que dispone la formalización de una Unión Aduanera, y la Decisión CMC No. 5/94 de agosto de 1994, al igual que las restantes disposiciones que indican la puesta en funcionamiento de la Unión Aduanera a partir del 1 de enero de 1995.

6 A vía de ejemplo el Programa de Relanzamiento del MERCOSUR en el año 2000, y los resultados de la Cumbre de San Juan en la República Argentina en el mes de agosto de 2010.

aquellos Estados que suscribieron el Acto fundacional del mecanismo de integración mediante la firma del Tratado de Asunción.

Dicha condición, no tiene un reconocimiento expreso como tal en el texto fundacional, salvo su referencia en distintas disposiciones, y por lo tanto, la misma no es representativa de atribuciones o prerrogativas específicas, salvo aquellas derivadas del contenido del Tratado de Asunción y sus Anexos en cuanto a que se alude a los mismos, al igual que la necesaria integración inicial de los órganos principales y auxiliares del bloque regional.

Asimismo, estos Estados fundadores, son denominados tanto por el Preámbulo del Tratado de Asunción como en su parte dispositiva, como “Estados Partes” y en ocasiones como “Estados Parte”, terminología que se reitera en prácticamente toda la normativa del MERCOSUR, por lo que dicha condición surge explícitamente del acto constitutivo del proceso de integración.

Esta forma de identificar a los Estados que integran el “MERCOSUR” con la totalidad de derechos y obligaciones como “Parte” o “Partes” del bloque regional, no solamente tiene su consagración normativa expresa, sino que la doctrina especializada ha acuñado esta denominación cuando se trata de un proceso de integración de naturaleza intergubernamental, siendo la denominación utilizada en el caso de esquemas de integración comunitarios o supranacionales, la de “Estados Miembros”. (7)

No menos cierto, es que recientemente en la “normativa MERCOSUR”, se aprecia con mayor frecuencia la utilización del término “Estados Miembros” al referirse a los Estados integrantes del MERCOSUR, cuando a nuestro criterio no es ajustado a la categorización que en forma expresa realiza el Tratado fundacional.

Pues bien, a su vez la condición de Estado Parte del MERCOSUR, se puede obtener al amparo del régimen establecido en el artículo 20 (Capítulo V) del Tratado de Asunción, que en sustancia regula la “adhesión” (“incorporación” o “ingreso”) de nuevos Estados (Parte) al MERCOSUR, lo que naturalmente los va a distinguir de los Estados “fundacionales”.

Desde el Derecho Originario, el principio general que se establece es que “el Tratado” está “abierto” a la adhesión, y en la reglamentación del artículo referido se articula el cumplimiento de determinados requisitos necesarios y sin excepciones en cuanto a su cumplimiento. (8) (9)

La “adhesión” de nuevos integrantes como Estados Parte al proceso de integración, esto es, al MERCOSUR, se debe desarrollar – según lo dispone el Tratado de Asunción

7 Algunos autores categorizan en forma genérica tanto a los Estados Partes como a los Estados Miembros, como Estados plenos, en el sentido de que son titulares de todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estados integrantes del esquema de integración.

8 Atendiendo a las Fuentes del Derecho en función de su origen, se considera al Derecho Originario (o Derecho Primario) como aquel que corresponde al acto fundacional del proceso o esquema de integración y sus protocolos adicionales al Tratado original; siendo el Derecho Derivado (o Derecho Secundario), aquel emanado de los órganos creados por el Tratado fundacional o sus modificativos.

9 A nuestro criterio, se trata de una clara manifestación normativa del “regionalismo abierto”, en tanto forma de integración regional.

en el artículo 20 – siguiendo determinado requisitos, que luego son reglamentos por el Consejo del Mercado Común.

En efecto, se indica en el artículo referido, que (i) el proceso de adhesión debe realizarse mediante “negociaciones”; (ii) que la posibilidad de solicitar su adhesión, se encuentra limitada a los restantes países integrantes de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); y que dicha solicitud (iii) solamente se podrá formalizar luego de transcurrido un período de 5 (cinco) años a partir de la vigencia del Tratado de Asunción.

No obstante ello y con relación a este último requisito, en forma excepcional y dentro del plazo de cinco años antes aludido, se aceptaba por el artículo señalado, el ingreso de cualquier país que cumpliera con la condición de ser miembro de la ALADI, y que además no formase parte – en ese entonces - de un esquema de integración regional o de una asociación extraregional.

Esta posibilidad o régimen de excepción contemplado en el artículo 20 del Tratado de Asunción, se entendió como una “invitación” a la República de Chile a adherirse al MERCOSUR, en tanto país integrante de la ALADI y que no se encontraba incorporado a ningún esquema de integración regional o asociación extraregional, lo que no se verificó en los hechos.

Por último, el párrafo final del citado artículo 20 del Tratado de Asunción, exige (iv) la “decisión unánime” de los Estados Partes, es decir, la aprobación de las solicitudes por todos los Estados Parte del MERCOSUR, lo que supone – por la naturaleza intergubernamental del proceso - que tanto en el seno del MERCOSUR (v.g. Consejo del Mercado Común), como en el ámbito de cada Estado Parte y conforme al ordenamiento jurídico de cada uno de ellos y por los mecanismos establecidos normativamente, se aceptara la “adhesión” del Estado solicitante.

Decíamos anteriormente, que el artículo 20 del Tratado de Asunción fue reglamentado por el Consejo del Mercado Común, y esto se realizó por medio de la Decisión CMC No. 28/05 de 7 de diciembre de 2005, que regula “... *las condiciones para la adhesión de un nuevo Estado Parte al MERCOSUR...*”, estableciendo en forma detallada los requisitos de fondo y de forma que se requieren para obtener el “status” de Estado Parte.⁽¹⁰⁾

Vale decir, además de reiterar los requisitos ya establecidos en el artículo 20 del TA para la “adhesión” al Tratado, en el sentido de que: el proceso de adhesión deberá realizarse a través de negociaciones; que es necesaria la condición de países miembros de la ALADI; que debe presentarse una solicitud al MERCOSUR; y que la “adhesión” debe ser aprobada por la decisión unánime de los Estados Partes; la Decisión CMC No. 28/05, regula aspectos puntuales del mecanismo en cuanto a su forma, al igual que incorpora exigencias de fondo que no se encontraban previstas en el artículo 20 del TA pero que son coincidentes con el cumplimiento de los objetivos propios del proceso de integración.

A título simplemente ilustrativo y en lo que refiere a los aspectos formales, la “solicitud por escrito” se canaliza a través de la Presidencia Pro Tempore del Consejo del

¹⁰ La Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. No. 28/05 fue aprobada en la XXIX Reunión del CMC en la ciudad de Montevideo, el 7 de diciembre de 2005.

Mercado Común, y la misma en el ámbito del MERCOSUR, vale decir la solicitud, debe ser “aprobada por unanimidad de los Estados Partes”, y será “formalizada en una Decisión del Consejo del Mercado Común” (artículos 1 y 2 de la Decisión CMC No. 28/05).

Se deben cumplir esas instancias sucesivas en el tiempo, y a partir de las mismas el Consejo del Mercado Común (órgano principal, decisorio y político del MERCOSUR), encarga al del Grupo Mercado Común, para que a través de un Grupo Ad Hoc creado a esos efectos y los representantes del Estado adherente, den inicio al proceso de “negociaciones” (artículo 3 y 4 de la Decisión CMC No. 28/05) tendientes a instrumentar el proceso de adhesión de dicho Estado al MERCOSUR.

Decíamos entonces que con la aprobación de la solicitud formalizada en una Decisión del CMC, comienzan las negociaciones, para ajustar los términos y condiciones específicos de la “adhesión”, debiendo incluirse obligatoriamente: (i) la adhesión al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto y al Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR; (ii) la adopción del Arancel Externo Común del MERCOSUR, y en su caso un cronograma de convergencia para su aplicación; (iii) la adhesión al Acuerdo de Complementación Económica No. 18 y sus Protocolos Adicionales, a través de un Programa de liberalización comercial; (iv) la adopción del acervo normativo del MERCOSUR incluyendo las normas en proceso de incorporación; (v) la adopción de los instrumentos internacionales celebrados en el marco del Tratado de Asunción; y (vi) la modalidad de incorporación a los acuerdos celebrados en el ámbito del MERCOSUR con terceros países o grupos de países (artículo 4 de la Decisión CMC No. 28/05).

Siguiendo con los aspectos procedimentales, del resultado de estas negociaciones se informa al Consejo del Mercado Común, en un plazo máximo de 180 días a partir de la primera reunión del Grupo Ad Hoc, sin perjuicio de la prórroga automática prevista en la norma y se requiere un pronunciamiento del CMC sobre la situación del Estado adherente en caso de que no se llegue a un acuerdo en los plazos indicados (artículo 5 de la Decisión CMC No. 28/05).

Al culminar las negociaciones referidas se suscribe un “Protocolo de Adhesión” donde se encuentran los términos, condiciones y plazos del proceso de adhesión definitiva del Estado adherente al MERCOSUR.

A partir de la aprobación del “Protocolo de Adhesión” a nivel del MERCOSUR, el tema se traslada al ámbito interno de cada Estado Parte del MERCOSUR, para que a través de los procedimientos que establezcan sus respectivos ordenamientos jurídicos (i.e. Constituciones Nacionales o Leyes Constitucionales) se incorpore al ordenamiento jurídico de cada uno de ellos (artículo 6 de la Decisión CMC No. 28/05).

Corresponde en esta instancia, disentir con el criterio generalmente aceptado, de que a partir de la aprobación del “Protocolo de Adhesión” en el ámbito del MERCOSUR, y con la firma del “Estado adherente”, éste último es denominado como “Estado Parte” sin aclaración alguna, y en algunos casos como “Estado Parte” en proceso de incorporación.

Y ello no es así, por el contrario, se trata de la suscripción de un documento que ordena y regula temporal y sustantivamente el “proceso de incorporación” del Estado

adherente al esquema de integración, al que le falta – porque así lo requiere la normativa vigente - la expresa aprobación de los Estados Partes, en el seno de cada uno de ellos y conforme a los mecanismos institucionales previstos en su ordenamiento jurídico.

Vale decir, con la entrada en vigencia dicho Protocolo mediante la “incorporación al ordenamiento jurídico” de todos y cada uno de los Estados Partes (dice el artículo 6 de la reglamentación “Estados signatarios”), y a partir de esa instancia institucional, el Estado adherente adquirirá - a nuestro criterio – la condición de “Estado Parte en proceso de incorporación”, y podrá actuar con voz y voto en las reuniones de los órganos y foros del MERCOSUR (artículos 6 y 7 de la Decisión aludida).

Resumiendo, en el artículo 20 del Tratado de Asunción y en la reglamentación dictada por el Consejo del Mercado Común a través de la Decisión CMC No. 28/05, complementada con la normativa vigente en el MERCOSUR, se establecen los requisitos de forma y de fondo que deben ser cumplidos para poder “adherirse” al MERCOSUR e ingresar en la condición de “Estado Parte”, diríamos “pleno” y por lo tanto, ser titular de los derechos y obligaciones derivados de dicha condición o “status” orgánico institucional dentro del MERCOSUR.

Esto significa, en el marco del Protocolo de Adhesión, adherir expresamente al Tratado de Asunción, y a los Protocolos vigentes al momento de la firma (a vía de ejemplo al Protocolo de Ouro Preto, al Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del MERCOSUR, al Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos, al Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, al Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, etc.) y naturalmente una vez adquirida la condición de Estado Parte, formará parte de la aprobación de los posteriores.

Aquellos Estados que tenían anteriormente la condición de Estados Asociados, ya habían expresado su adhesión a la “Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR” del 25 de junio de 1996, y del “Protocolo de Ushuaia sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile” del 24 de julio de 1998, según surge del artículo 2 de la Decisión CMC No. 18/04 del 7 de julio de 2004, que recientemente ha sido modificado por el artículo 2 de la Decisión CMC No. 14/15 del 16 de diciembre de 2015, incluyéndose en el texto “... así como todo instrumento complementario y/o modificadorio de éste en vigor al momento de la presentación de dicha solicitud.”⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾

El contenido del “Protocolo de Adhesión” que naturalmente varía en función del país adherente y es el resultado de las negociaciones a que nos hemos referido, regula en el ámbito comercial, el plazo para la adopción del acervo normativo del MERCOSUR por

11 Esto aplica a los dos Estados que han solicitado su incorporación al MERCOSUR como Estados Partes, dado que tenían la condición de Estados Asociados al MERCOSUR, y por lo tanto habían adherido – en su oportunidad – a los Protocolos indicados en estas Decisiones. Si se tratase de Estados que no tuvieran la condición de Estados Asociados, en el Protocolo de Adhesión o en Decisión complementaria deberán expresamente adherir a este Protocolo y Declaración Presidencial.

12 El artículo 2 de la Decisión CMC No.11/13 de 11 de julio de 2013, que sustituyó el artículo 2 de la Decisión CMC No. 18/04, había incluido el Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR (Ushuaia II) que luego fue eliminado por la Decisión CMC No. 14/15.

parte del Estado adherente, de la Nomenclatura Común del MERCOSUR, el Arancel Externo Común, y además crea un Grupo de Trabajo para regular el programa de liberalización comercial, mientras que los aspectos sociales son contemplados como forma de profundizar su compromiso con la inclusión social y las condiciones de vida digna para sus habitantes.

Dos han sido las experiencias vinculadas con este “mecanismo o proceso de adhesión” al MERCOSUR a los efectos de adquirir la condición de Estado Parte por Estados miembros de la ALADI, habiendo “finalizado” una de ellas (i.e. la República Bolivariana de Venezuela), mientras que la restante (i.e. el Estado Plurinacional de Bolivia) se encuentra en el proceso de adhesión establecido en la normativa señalada anteriormente, según detallaremos seguidamente.

La secuencia cronológica de las diversas instancias de la República Bolivariana de Venezuela con la finalidad de adquirir la condición de Estado Parte del MERCOSUR, es ilustrativa en cuanto al “cumplimiento” y al “incumplimiento” del régimen de adhesión previsto en el artículo 20 del TA y de la Decisión CMC No. 28/05, es decir del ordenamiento jurídico del MERCOSUR.

Decimos “cumplimiento” por la secuencia seguida desde la solicitud de ingreso al MERCOSUR (Decisión CMC No. 29/05 de 8 de diciembre de 2005), hasta la definitiva aprobación del Protocolo de Adhesión por parte de la República del Paraguay (en el mes de diciembre de 2013), y por ende la culminación del proceso de incorporación plena.

Lo que no quita el “incumplimiento” que se dio en el ámbito del MERCOSUR, por el irregular “ingreso” acontecido (Declaración de los Presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay el 29 de junio de 2012 y Decisión CMC No. 27/12 de 30 de julio de 2012 sin la participación de Paraguay), al haberse suspendido a la República del Paraguay en el MERCOSUR y por lo tanto eludido la negativa del Parlamento paraguayo (i.e. Senado) de aprobar el mencionado Protocolo, y de esa forma se posibilitó que tres países dieran por aprobado el mencionado Protocolo de Adhesión y por lo tanto su “irregular” “incorporación plena” a partir del 12 de agosto de 2012.

Veamos brevemente, las distintas etapas que se sucedieron en el tiempo, hasta la “definitiva incorporación” de la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte del MERCOSUR, a los efectos de ejemplificar la aplicación del mecanismo de adhesión de un Estado conforme al artículo 20 del TA y su reglamentación posterior.

La primera referencia es que la República de Venezuela tenía la condición de “Estado Asociado” del MERCOSUR, desde el 16 de diciembre de 2004 (Decisión CMC No. 42/04), aspecto que veremos en el próximo Capítulo, y a su vez un Acuerdo de Alcance Parcial (de Complementación Económica) AAP.CE No. 59, que prevé la creación de un espacio económico ampliado a través de la conformación de un Área de Libre Comercio.

Con posterioridad, el Gobierno de dicho país presenta la solicitud de incorporarse al MERCOSUR como Estado Parte, la que es aceptada por el Consejo del Mercado Común por la Decisión CMC No. 29/05 de 8 de diciembre de 2005, dando comienzo al proceso

de negociaciones entre los Estados Partes del MERCOSUR (a través del Grupo Mercado Común) y el “Estado adherente”, y se aprueba el Acuerdo Marco para la Adhesión que forma parte de esta Decisión.

Las negociaciones culminan el 4 de julio de 2006 con la firma del Protocolo de Adhesión y sus dos Anexos (listas preferentes para la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay), y comienzan las instancias correspondientes a la incorporación al ordenamiento jurídico de dicho Protocolo en los Estados Partes del MERCOSUR, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del TA y el artículo 6 de la Decisión CMC No. 28/05.

Si bien el mismo es aprobado por la República Argentina, la República Federativa del Brasil y la República Oriental del Uruguay, el Parlamento de la República del Paraguay (específicamente el Senado), no ratifica el Protocolo de Adhesión, lo que determina la imposibilidad de que - a nuestro criterio y del punto de vista jurídico - la República Bolivariana de Venezuela, adquiera la condición de Estado Parte del MERCOSUR.

La situación derivada de la irregular “suspensión” de la República del Paraguay en el MERCOSUR en sucesivas instancias acontecidas los días 22, 28 y 30 de junio de 2012 por parte de los tres Estados Partes restantes (suspensión de los derechos políticos), y a partir de allí la consecuente ilegítima “incorporación” de la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte el 12 de agosto de 2012, ha provocado el análisis en profundidad del artículo 20 del Tratado de Asunción y la Decisión que lo reglamenta en cuanto a los requisitos exigidos para adquirir la condición de Estado Parte, esto es, lograr la “adhesión” de un país al bloque regional como Estado Parte.

A nuestro criterio, al no contar el “Protocolo de Adhesión” referido con la aprobación de la República del Paraguay (i.e. a nivel parlamentario y por lo tanto de su Gobierno y del Estado), el ingreso de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR, no se produjo conforme a la normativa vigente y aplicable en el MERCOSUR, ya que no se cumplió con uno de los requisitos establecidos en el artículo 20 del TA y su reglamentación.

No menos cierto es que, y sin perjuicio de las reservas establecidas por la República del Paraguay (aún no resueltas) en ocasión de su “retorno” al MERCOSUR, se produjo una suerte de “convalidación en los hechos” posterior en el tiempo, dado que el 13 de julio de 2013 se produce el levantamiento de la suspensión y la reincorporación de la República del Paraguay al MERCOSUR, así como el mantenimiento de la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte, y posteriormente, es decir el 18 de diciembre de 2013 la República del Paraguay, ratifica el mencionado “Protocolo de Adhesión”, cuya implementación continúa en la actualidad. ⁽¹³⁾

La segunda situación corresponde al Estado Plurinacional de Bolivia (antes República de Bolivia), quién también tenía la condición de Estado Asociado al MERCOSUR según veremos en el próximo Capítulo y un Acuerdo de Alcance Parcial (de Complementación Económica) suscrito con el MERCOSUR (AAP.AC No. 36).

¹³ A título informativo, el Parlamento de la República del Paraguay, no había aprobado el ingreso de Venezuela. El tema en cuestión excede ampliamente el objeto de este trabajo, sin perjuicio de que tiene consecuencias directas en la normativa que se ha estado y se siguió aprobando durante la suspensión de la República del Paraguay, y que en sustancia represento y representa una “crisis institucional” del MERCOSUR.

Con fecha 21 de diciembre de 2006, el Presidente de dicho Estado, presentó formalmente la “solicitud de adhesión” al MERCOSUR como miembro pleno, y a partir de ese momento se dieron inicio a las actividades para la incorporación solicitada, mediante la aprobación de la Decisión CMC No. 1/07 del 18 de enero de 2007 que constituyó el Grupo de Trabajo para negociar los términos y condiciones de la incorporación como Estado Parte al MERCOSUR, actividad que culminó con la elaboración de un “Protocolo de Adhesión” aprobado por el MERCOSUR, y suscrito el 17 de julio de 2012 por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Dicho Protocolo también fue afectado por la “suspensión” de la República del Paraguay en el mes de junio de 2012, dado que si bien existió una aprobación del mismo estando suspendida la República del Paraguay, ésta última solicitó aprobar nuevamente el Protocolo de Adhesión en el ámbito del MERCOSUR con su participación, extremo que se verifica mediante la Decisión CMC No. 13/15 del 16 de julio de 2015.

Por último, el proceso de aprobación del Protocolo de Adhesión en cuestión, aún no ha culminado, dado que falta la aprobación por parte de la República Federativa del Brasil, actualmente en trámite legislativo.

La particularidad de ambos Estados en este proceso de adhesión al MERCOSUR como Estado Parte, es haber obtenido la condición de “Estado Asociado” al MERCOSUR con anterioridad a la formulación de la solicitud requerida para ingresar al MERCOSUR como Estado Parte, en una especie de etapa previa que no se encuentra contemplada de esa forma en la normativa MERCOSUR.

Sin embargo, las exigencias establecidas para adquirir la condición de Estado Asociado forman parte de aquellas dispuestas como necesarias en la Decisión CMC No. 28/05 vistas anteriormente.

El interés de los Estados miembros de la ALADI de pertenecer o integrar el MERCOSUR como Estados Parte del proceso de integración, ha tenido diversas lecturas, y parece relacionarse con los avances y retrocesos de la región con un contenido que va más allá de lo estrictamente comercial y económico.

La integración económica y comercial de los Estados en cuestión, se puede lograr y de cierta forma se ha venido desarrollando en sede de un modelo de integración categorizada como “zonas de libre comercio” en el ámbito de los Acuerdos de Alcance Parcial de la ALADI, siendo por lo tanto la membresía al MERCOSUR como Estado Parte, una instancia superior del proceso de integración, que implica derechos, pero también obligaciones superiores a las propias de los Acuerdos de Alcance Parcial.

Por su parte, la visualización política, no parece ser el elemento determinante, aún si la misma se observa desde las “identidades ideológicas” de los gobiernos de estos países en las últimas décadas, dado que se han promovido y conformado instancias propias de esta temática, como la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) y hasta la reciente creación de la “Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC).

Sin embargo, se puede decir que el MERCOSUR ha tenido una respuesta que podríamos categorizar como de contenido político, a partir de la “crisis en el Paraguay” en el año 1996, mediante la aprobación de la “Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR” del 25 de junio de 1996, y del “Protocolo de Ushuaia sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile” del 24 de julio de 1998.

Un aspecto que podría resultar de interés para cualquier país miembro de la ALADI (sea o no Estado Asociado al MERCOSUR) para incorporarse como Estado Parte del MERCOSUR, es decir miembro pleno del proceso de integración, independiente o complementariamente a la profundización de las relaciones comerciales y económicos, esto es, a nivel de una Unión Aduanera y hasta la conformación de un Mercado Común, es el avance que el MERCOSUR ha tenido en otras “dimensiones” que pueden ser complementarias de lo económico y comercial, pero que a su vez tienen un contenido “social” propio, como los aspectos culturales, educativos, etc.

En suma, la valoración de la condición de Estado Parte del MERCOSUR, representa en sustancia el ingreso a un proceso de integración, que con sus avances o retrocesos ha marcado un rumbo en la región, hacia una mayor profundización de las relaciones comerciales y económicas entre algunos de los países integrantes de la ALADI, e incorporando otras “dimensiones” que hacen al progreso y bienestar social de los ciudadanos de esos países, en pleno cumplimiento de los objetivos plasmados en el Preámbulo del Tratado de Asunción.

3. LA CONDICION DE ESTADO ASOCIADO AL MERCOSUR

El Derecho Originario del MERCOSUR (i.e. Tratado de Asunción y Protocolo de Ouro Preto), no reconoce o contempla la figura del o de los “Estados Asociados” al MERCOSUR, limitándose – como veíamos en el Capítulo anterior – a categorizar a los Estados como “Parte” o “Partes”, regulando a su vez, la incorporación de nuevos “miembros” al esquema de integración regional.

Por su parte, la individualización de los Estados firmantes del Tratado de Asunción, como Estados “Fundadores” surge sin mayores dificultades aun cuando no tengan una consagración normativa.

La condición de Estados Asociados, es una creación posterior en el tiempo en el ámbito del Derecho Derivado, que se ha venido regulando por parte del Consejo del Mercado Común, y cuya primera manifestación – y a nuestro criterio la base de la relación económica y comercial - se encuentra vinculada a la suscripción de Acuerdos de Alcance Parcial (AAP) por parte de terceros países integrantes de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) con el MERCOSUR. A partir de ello o como su consecuencia, se establece su participación en las reuniones del MERCOSUR y en los Acuerdos que se pudiesen celebrar en los ámbitos de negociación del MERCOSUR. ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾

14 La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) fue creada por el Tratado de Montevideo de 1980, suscrito el 12 de agosto de 1980 en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay y entró en vigencia el 18 de marzo de 1981.

15 Dentro de los mecanismos previstos por el Tratado de Montevideo de 1980 para ir avanzando en el proceso de in-

En efecto, los antecedentes más lejanos en el tiempo, se encuentran en el mes de enero de 1994 y en el mes de agosto del mismo año, en ocasión de las Reuniones V y VI del Consejo del Mercado Común respectivamente (Actas No. 2 y 3), donde mediante sendas “Declaraciones Presidenciales” se incorporan en calidad de “observadores” en las reuniones de los Grupos de Trabajo del MERCOSUR y en temas de mutuo interés a las delegaciones de la República de Bolivia y de la República de Chile.

Es con la aprobación por parte del Consejo del Mercado Común de la Decisión CMC No. 3/96 del 25 de junio de 1996, que se da inicio a un relacionamiento específico del MERCOSUR (i.e. los cuatro Estados Partes en forma conjunta) con los países miembros de la ALADI, esto es, en el ámbito latinoamericano. ⁽¹⁶⁾

La Decisión aludida, aprueba el texto del Acuerdo de Complementación Económica MERCOSUR-Chile y los Anexos respectivos, establece su fecha de vigencia, e instruye a los Estados Partes que a través de sus representaciones ante ALADI protocolicen dicho instrumento, extremo que más adelante se analizará con más detenimiento.

Vale decir, es en este ámbito que la negociación prospera, y concluye en un Acuerdo que contiene un Programa de Liberación Comercial, y en virtud de la necesidad de darle cobertura jurídica en el marco del Sistema Multilateral del Comercio (GATT/OMC), se utiliza – al igual que lo hizo el MERCOSUR – el “paraguas jurídico” de la ALADI, a través de un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (el AAP.CE No. 35). ⁽¹⁷⁾

Luego, en diciembre de 1996 en la ciudad de Fortaleza (República Federativa de Brasil), se aprueba un nuevo Acuerdo de Complementación Económica, además del Acta y el Entendimiento entre el MERCOSUR y la República de Bolivia, con características similares a las vistas anteriormente para la República de Chile, incluyendo la necesaria protocolización del Acuerdo en la ALADI, que sería el AAP-CE No. 36.

Simultáneamente en dicha Reunión del CMC, se aprueba la Decisión CMC No. 14/96 (actualmente derogada), que fijaba los criterios que regularían la participación de los países miembros de la ALADI que en el futuro celebrarían “Acuerdos de Libre Comercio” con el MERCOSUR (en sustancia también se refería a la República de Chile y de Bolivia para las instancias posteriores), siendo la primera vez, que la normativa MERCOSUR – a nivel del encabezado de la norma - se refiere a terceros “Países Asociados”.

A título ilustrativo se señala que la regulación de la “integración” de los países de la ALADI que celebraron Acuerdos Preferenciales de Comercio con el MERCOSUR antes referida, fue complementada en forma particular respecto a su participación en las “re-

tegración y lograr los objetivos propuestos se encuentran los Acuerdos de Alcance Parcial, que son instrumentos en los que participan algunos (no todos) de los países miembros de la ALADI. En términos generales, en dichos Acuerdos es necesaria la inclusión de las siguientes cláusulas: (i) la admisión de la adhesión de otros países latinoamericanos; y (ii) la aplicación de tratamientos diferenciales en función de las categorías de países reconocidos por el Tratado, es decir: (i) países de menor desarrollo económico relativo; (ii) países de desarrollo económico intermedio; (iii) países mediterráneos; y (iv) otros países miembros. Por otra parte, y de acuerdo a su finalidad pueden ser Acuerdos identificados como: de Complementación Económica; Agropecuarios; de Promoción del Comercio; de Cooperación Científica y Tecnológica; de Turismo; y de Preservación del Medio Ambiente.

16 Las Decisiones citadas se pueden ver en su versión completa en español y en portugués en la página web de la Secretaría del MERCOSUR. www.mercosur.org.uy

17 Los Acuerdos de Alcance Parcial se pueden ver en su texto completo en la página web de la ALADI. www.aladi.org.

uniones del MERCOSUR”, para la República de Chile mediante la Decisión CMC No. 12/97 de 15 de diciembre de 1997; para la República de Bolivia a través de la Decisión CMC No. 38/03 de 15 de diciembre de 2003; y para la República de Perú por la Decisión CMC No. 39/03 de 15 de diciembre de 2003 (todas ellas derogadas en lo pertinente por la Decisión CMC No. 18/04 y sus modificativas).⁽¹⁸⁾

Dos son las normas generales que se aprobaron en el año 2004, y que regulan el régimen aplicable a los “Estados Asociados al MERCOSUR”, y que si bien han sufrido algunas modificaciones con el transcurso del tiempo, son la base instrumental de: (i) la “Participación de los Estados Asociados al MERCOSUR” a través de la Decisión CMC No. 18/04 de 7 de julio de 2004; y de (ii) los “Acuerdos celebrados con Estados Asociados del MERCOSUR”, mediante la Decisión CMC No. 28/04 de 16 de diciembre de 2004.

Con la aprobación de la Decisión CMC No. 18/04, se ordenan por primera vez en una sola Norma/MERCOSUR, las condiciones para la “asociación” de los países miembros de la ALADI al MERCOSUR, y se reglamenta su participación en las reuniones de los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR en el marco de la profundización del proceso de integración regional, y la intensificación del relacionamiento de los países miembros de la ALADI con los cuales el MERCOSUR celebre “Acuerdos de Libre Comercio”.

Es en esta Decisión, dónde también por primera vez del punto de vista normativo se consagra en forma expresa – en el articulado - la condición” de “Estado Asociado” al MERCOSUR para aquellos países miembros de la ALADI que se encuentren en las condiciones previstas en la misma.

Para la obtención de la “condición” de “Estado Asociado” al MERCOSUR, se requiere – conforme a la Decisión del Consejo del Mercado Común referida – el cumplimiento de determinados presupuestos previos y el desarrollo de un procedimiento para la aceptación formal de dicha condición por parte del MERCOSUR.

Naturalmente, esta norma se aplica a los países que ya tenían la condición de “Estados Asociados” con anterioridad, en lo pertinente, siendo claramente su aplicación en su totalidad para el futuro, esto es, para la incorporación de “nuevos Estados Asociados”.

La condición de Estado Asociado del MERCOSUR, entonces y conforme a esta nueva disposición, solamente la pueden adquirir: (i) los Estados Miembros de la ALADI; (ii) que hayan suscrito un Acuerdo de Alcance Parcial con el MERCOSUR, esto es, se encuentra limitado a dichos países, y cuando ya exista un Acuerdo de Alcance Parcial suscrito, que naturalmente debe comprender aquellos aspectos propios de la categoría de los Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica (“Acuerdo de Libre Comercio” dice la norma); y (iii) que haya sido debidamente protocolizado ante la ALADI.⁽¹⁹⁾

18 Estas normas MERCOSUR, presuponían la existencia de un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP/ACE) en el ámbito de la ALADI entre el país en cuestión y el MERCOSUR, y si bien el contenido es diverso en cada situación, apuntaban a regular – esencialmente – la participación de las delegaciones de dichos países en las instancias de actuación orgánica del MERCOSUR.

19 Artículo 2 de la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. No. 18/04 aprobada en la XXVI Reunión del Consejo del Mercado Común, el 7 de julio de 2004 en la ciudad de Asunción – República del Paraguay.

Por lo tanto, aquellos países que cumplan con los requisitos antedichos, se encuentran en condiciones de solicitar formalmente (dice el artículo 2 de la Decisión No. 18/04 “...deberán presentar la solicitud respectiva...”) su incorporación como “Estados Asociados” del MERCOSUR.

La misma deberá presentarse formalmente ante la Presidencia Pro Tempore del Consejo del Mercado Común, debiendo expresamente adherirse al “Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia, y la República de Chile” del 24 de julio de 1998, y a la “Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR”, aprobada en la Cumbre de Presidentes celebrada el 25 de junio de 1996 en el Potrero de Funes, Provincia de San Luis, República Argentina. ⁽²⁰⁾

Cumplidos estos requisitos (sustantivos y formales), es el Consejo del Mercado Común quién tiene atribuciones para aceptar mediante Decisión expresa, la condición de Estado Asociado del MERCOSUR al país solicitante.

A partir de la aceptación formal de la condición de Estado Asociado, se determinan cuáles son los derechos del mismo, en cuanto a la participación en las reuniones de los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR, el régimen que le será aplicable, tanto para los nuevos Estados Asociados, como para la República de Bolivia, la República de Chile y la República del Perú, que según habíamos visto tenían disposiciones expresas que se derogan con esta norma, es decir la Decisión CMC No. 18/04.

A título simplemente ilustrativo, la condición de Estado Asociado, le permite participar como “invitado” (ya sea por invitación del órgano, en respuesta a su solicitud, o en forma permanente en el Foro de Consulta y Concertación Política en temas relacionados con la agenda de interés común), la que deberá ser aprobada por los Coordinadores Nacionales de los cuatro Estados Partes del MERCOSUR en el órgano que se trate, dando cuenta al órgano decisorio superior.

Existen algunas precisiones en cuanto a la forma de desarrollarse las reuniones, a la documentación de las mismas, al lugar de su realización, a los gastos, al igual que el compromiso de los Estados Asociados de realizar los mayores esfuerzos en adherir a determinados Protocolos que se enumeran en el artículo 9 de la Decisión CMC No. 18/04. ⁽²¹⁾

Recientemente, y en lo que refiere al régimen de participación de los “Estados Asociados al MERCOSUR”, la Decisión CMC No. 14/15 de 16 de julio de 2015, modifica el artículo 1 de la Decisión CMC No. 18/04 y sustituye el texto de los artículos 2 y 9 de la referida Decisión.

En efecto, por la modificación del artículo 1, se incorpora un segundo inciso que posibilita que también puedan solicitar la condición de Estado Asociado aquellos países con

20 Artículos 3 y 4 de la Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. No. 18/04 aprobada en la XXVI Reunión del Consejo del Mercado Común, el 7 de julio de 2004 en la ciudad de Asunción – República del Paraguay.

21 Se refiere a los Protocolos de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de nivel primario y medio no técnico; Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Administrativa y Laboral entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile; Acuerdo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile; y el Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR.

los cuales el MERCOSUR suscriba Acuerdos conforme a las disposiciones del artículo 25 del Tratado de Montevideo de 1980. ⁽²²⁾

Por su parte, la sustitución del artículo 2, incorpora la obligación del Estado Asociado de adherir además de al Protocolo de Ushuaia “... a todo otro instrumento complementario y/o modificadorio de éste en vigor al momento de la presentación de dicha solicitud.” ⁽²³⁾

La sustitución del artículo 9, elimina el compromiso de los Estados Asociados al MERCOSUR de realizar los mayores esfuerzos para adherir los instrumentos que allí se indican, y dispone que “Cuando fuera de interés mutuo, los Estados Asociados podrán adherir a Acuerdos suscriptos por los Estados Partes en el marco de las dimensiones política, social y ciudadana del MERCOSUR.”, en una clara flexibilización de los compromisos de los Estados Asociados al MERCOSUR.

Dando ingreso a la segunda de las Decisiones mencionadas como base instrumental del régimen general, en el artículo 11 de la Decisión CMC No. 18/04 se instruye al Grupo Mercado Común (en adelante indistintamente “GMC”), a analizar la posibilidad proponer una propuesta de regulación de la celebración, entrada en vigencia, y solución de controversias de los Acuerdos que se suscriban entre el MERCOSUR y los Estados Asociados.

La propuesta de normalizar estos temas, se concreta con la aprobación de la Decisión CMC No. 28/04 de 16 de julio de 2004, esto es, la segunda norma de carácter instrumental vinculada con los Estados Asociados del MERCOSUR.

Esta norma establece los criterios orientadores de acuerdo a la instrucción del Consejo del Mercado Común antes referida, con relación a los proyectos de Acuerdos negociados en los foros de la estructura institucional del MERCOSUR.

Distingue en el marco de los Acuerdos celebrados: (i) aquellos que tengan la naturaleza de “tratados internacionales”; (ii) de otros instrumentos “más estrechos” sobre la misma materia cuya forma instrumental será definida por el Consejo del Mercado Común (artículos 1, 2 y cláusula final del artículo 5).

En lo que respecta a la regulación de los Acuerdos que tienen naturaleza de Tratados Internacionales, dispone su forma instrumental, el carácter de los mismos, las cláusulas

22 Artículo 25°.- Asimismo, los países miembros podrán concertar acuerdos de alcance parcial con otros países y áreas de integración económica de América Latina, de acuerdo con las diversas modalidades previstas en la sección tercera del capítulo II del presente Tratado, y en los términos de las respectivas disposiciones reglamentarias.

Sin perjuicio de lo anterior, estos acuerdos se sujetarán a las siguientes normas:

- a) Las concesiones que otorguen los países miembros participantes, no se harán extensivas a los demás, salvo a los países de menor desarrollo económico relativo;
- b) Cuando un país miembro incluya productos ya negociados en acuerdos parciales con otros países miembros, las concesiones que otorgue podrán ser superiores a las convenidas con aquéllos, en cuyo caso se realizarán consultas con los países miembros afectados con el fin de encontrar soluciones mutuamente satisfactorias, salvo que en los acuerdos parciales respectivos se hayan pactado cláusulas de extensión automática o de renuncia a las preferencias incluidas en los acuerdos parciales a que se refiere el presente artículo; y
- c) Deberán ser apreciados multilateralmente por los países miembros en el seno del Comité a efectos de conocer el alcance de los acuerdos pactados y facilitar la participación de otros países miembros en los mismos.

23 Este artículo modifica la anterior redacción dada por la Decisión CMC No. 11/13 que incluía dentro de los documentos que era necesario adherir al “Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR” (“Ushuaia II), que no había sido incorporado por los Estados Partes.

obligatorias a ser incluidas que se refieren específicamente a la entrada en vigencia del Acuerdo, cuando se aplican los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo, los mecanismos de solución de controversias, la adhesión a los mismos, e incluye dos Anexos que contienen el “Modelo de Decisión para aprobar el texto de instrumentos negociados con Estados Asociados” (Anexo I); y el “Modelo de Decisión para aprobar la Adhesión de Estados Asociados a instrumentos suscritos con otros Estados Asociados” (Anexo II).

Dada importancia del tema, en lo que respecta a los mecanismos de solución de controversias, se remite a los que se encuentran vigentes en el MERCOSUR, cuando se trate de aquellos conflictos que se susciten sobre la interpretación, aplicación o el incumplimiento de los Acuerdos antes referidos, lo que deberá establecerse expresamente en los Acuerdos.

Sin embargo, se excluyen de este régimen, las controversias que se susciten en los Protocolos Adicionales al Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre el MERCOSUR y el o los Estados Asociados protocolizados ante la ALADI, siendo aplicables aquellos que se encuentren consagrados en dicho instrumento, lo que deberá también establecerse en forma expresa.

Recientemente, la Decisión CMC No. 42/15 de 20 de diciembre de 2015, sustituye la cláusula del artículo 4, y la cláusula del artículo 5 de la Decisión CMC No. 28/04, en la referencia a la individualización de los Estados Partes (fundadores) en el primero de los casos, y al cuarto Estado Parte, en la segunda situación, habida cuenta de la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte del MERCOSUR, y previendo futuras incorporaciones.

Asimismo, esta Decisión sustituye el artículo 8 de la Decisión CMC No. 28/04, y regula en forma distinta el procedimiento de adhesión de a los Acuerdos suscritos por los Estados Partes y uno o más Estados Asociados, y a su vez sustituye el Anexo II de la anterior Decisión por un nuevo “Modelo de Decisión para aprobar la solicitud de adhesión de Estados Asociados a instrumentos suscritos con otros Estados Asociados”, e incluye en un Apéndice el modelo de un “Acta de aprobación de la solicitud de adhesión de (Estado Asociado) al (Título del Acuerdo).

Dentro de este marco regulatorio, y de acuerdo a la instancia temporal en cuestión, se han venido aprobando la adhesión de los Estados Asociados al MERCOSUR.

En sustancia, y de acuerdo con lo que viene de verse, la condición de Estado Asociado en el MERCOSUR, comprende dos aspectos distintos y a su vez complementarios, que en sustancia apuntan a una mayor profundización de la integración regional a través de los instrumentos que se encuentran disponibles en el ámbito de la ALADI y del MERCOSUR.

Por un lado, la existencia de un Acuerdo de Alcance Parcial (en la modalidad de Complementación Económica) suscritos en el marco de la ALADI (Tratado de Montevideo de 1980), que comprende las relaciones comerciales y económicas del MERCOSUR con un país miembro de la ALADI, y que incluye los aspectos propios de dicha relación comercial (i.e. Programa de Liberación Comercial, Régimen de Origen, Cláusulas de Salvaguardia, etc.) en un ámbito propio y típico de una Zona de Libre Comercio.

Por otro lado, la condición de “Estado Asociado” al MERCOSUR en el ámbito del bloque regional, mediante la aceptación formal por parte del Consejo del Mercado Común (Decisión expresa), regulando la participación de los Estados (a través de sus delegaciones) en las reuniones de los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR, y a partir de allí, la posibilidad de celebrar Acuerdos que tengan naturaleza de tratados internacionales y otro tipo de Acuerdos que no tengan dicha naturaleza.

4. LOS ESTADOS ASOCIADOS DEL MERCOSUR

4.1. INTRODUCCION

Esta modalidad de relacionamiento entre el MERCOSUR y los Estados integrantes de la ALADI (v.g. Estados Asociados), tal cual señalábamos anteriormente, tiene su origen, fundamento y presupuesto previo y necesario, en la suscripción de un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP.CE) de acuerdo a las previsiones del Tratado de Montevideo de 1980 entre el MERCOSUR (los Estados Partes del esquema de integración) y un Estado integrante de la ALADI.

Dicho Acuerdo de Alcance Parcial, contiene en términos generales una regulación propia en el ámbito del organismo internacional (i.e. ALADI), y en términos particulares la disciplina de los distintos instrumentos de política comercial necesarios de acuerdo al objetivo planteado (i.e. programa de liberalización comercial, régimen de origen, órgano de administración del Acuerdo, etc.).

Al respecto no debe olvidarse que el propio MERCOSUR en el año 1991, estando vigente el GATT/47 y los principios generales relativos al “Libre comercio” y a los mecanismos de integración regional, utilizó el “paraguas jurídico” de la ALADI en lo que se refiere a los aspectos netamente comerciales del Acuerdo (Anexos I a IV del Tratado de Asunción), suscribiendo el Acuerdo de Alcance Parcial No. 18 (de Complementación Económica) a los efectos de exceptuarse del Principio de No Discriminación del GATT (y luego la OMC a partir del año 1995) y especialmente de la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida, en el marco de las excepciones previstas en el Artículo XXIV y la Cláusula de Habilitación del GATT en las que se encontraba amparado la ALADI.

Tratándose de un Acuerdo de Alcance Parcial, donde una de las características esenciales, es que se trata de un Acuerdo de afiliación abierta (i.e. la admisión de la adhesión de otros países latinoamericanos), y a su vez, la existencia de profusos antecedentes comerciales entre los países del MERCOSUR entre sí y con los restantes países miembros de la ALADI, era lógico suponer que los Acuerdos Comerciales en lo interno de la ALADI entre el MERCOSUR como bloque regional con otro país integrante de dicho organismo regional, pudieran prosperar fluidamente, y en ello de alguna forma, estaría involucrado el éxito o fracaso del nuevo bloque regional que se creaba.

La posibilidad de que un Estado Parte del MERCOSUR en forma individual, es decir fuera del bloque regional, pudiera realizar un Acuerdo Comercial (bis a bis) con otro país de la ALADI - pese a que existían varios antecedentes - se cuestionó formalmente

en el ámbito del MERCOSUR en el año 1998, donde se propugnó la finalización o culminación de los Acuerdos existentes y a su vez se propició la no suscripción de nuevos Acuerdos de esa naturaleza, extremo que – en cierta medida – se formalizó con la aprobación de la Decisión CMC No. 32/00.⁽²⁴⁾

Vale decir, la instrumentación de un Programa de Liberación Comercial (reducción progresiva, lineal y automática de los aranceles intrazona), el Régimen de Origen y las Cláusulas de Salvaguardias (Anexos I, II y IV del Tratado de Asunción) se procesaron y se siguen implementando a través de la ALADI (por medio de un AAP y sus Protocolos Adicionales), y ello sin perjuicio del reconocimiento expreso del MERCOSUR que se planteó ante el GATT y luego ante la OMC, y que recién tuvo una consideración expresa a partir del año 1996.

A partir de esa instancia normativa de relacionamiento, esto es, la suscripción y protocolización de un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica en la ALADI tendiente a la conformación de una Zona de Libre Comercio entre el MERCOSUR y el Estado adherente, el Estado miembro de la ALADI puede solicitar la “adhesión” al MERCOSUR en condición de “Estado Asociado” del bloque regional, con el alcance que resulta del régimen general (Decisiones CMC No. 18/04; No. 28/04 y modificativas) para el MERCOSUR, y aquellas específicas que surgen de las Decisiones del Consejo del Mercado Común en ocasión de la aceptación del Estado solicitante, y los compromisos asumidos por dicho Estado en relación al MERCOSUR.

Bueno es señalar, que este presupuesto previo y necesario que acabamos de analizar, fue ampliado en forma sustantiva inicialmente por el inciso segundo del artículo 1 de la Decisión CMC No. 11/13 de 11 de julio de 2013, y luego reiterado por el inciso segundo del artículo 1 de la Decisión CMC No. 14/15 de 16 de julio de 2015, en tanto ambas modificaron sucesivamente en el tiempo el artículo 1 de la Decisión CMC No. 18/04, disponiendo que también podrán solicitar “... la condición de Estado Asociado aquellos países con el cuales el MERCOSUR suscriba Acuerdos conforme a las disposiciones del artículo 25 del Tratado de Montevideo de 1980.”

Con relación al procedimiento en términos formales y sustantivos, para la adquisición de la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, nos remitimos en forma expresa al desarrollo realizado en el Capítulo anterior.

Formuladas estas precisiones, analizaremos brevemente, los Estados que adquirieron la condición de Estados Asociados al MERCOSUR en una primera etapa, y luego las sucesivas adhesiones que se han sucedido en el tiempo, ya sea a partir de la suscripción de un Acuerdo de Alcance Parcial entre el MERCOSUR y el Estado solicitante, como al amparo de los Acuerdos previstos en el artículo 25 del Tratado de Montevideo en la última etapa de adhesiones.

24 No obstante ello, corresponde señalar que tanto en el año 1998, como luego de la aprobación de la Decisión No. 32/00, existieron apartamientos a esa “política comercial común ante terceros países”, a vía de ejemplo el AAP-ACE No. 39 (República Federativa de Brasil con la Comunidad Andina de Naciones) aunque en ocasión que la República Oriental del Uruguay iniciara un proceso de negociaciones para firmar un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica, la República Federativa del Brasil observó diplomáticamente esa posibilidad al igual que en el ámbito del MERCOSUR, y el tema no tuvo otras consecuencias en virtud de que el Uruguay, por otras razones desistió de continuar con las negociaciones hacia un TLC, suscribiendo en definitiva un Acuerdo de menor entidad (TIFA).

En consecuencia, es interesante analizar las características de la vinculación entre el MERCOSUR y los “Estados Asociados al MERCOSUR”, distinguiendo a la República de Chile y al Estado Plurinacional de Bolivia (ex República de Bolivia), que fueron los dos primeros Estados Asociados cuya “adhesión” se produjo bajo un régimen actualmente derogado (sin perjuicio de la aplicabilidad a estos Estados del régimen actual), y de los posteriores y actuales Estados Asociados. ⁽²⁵⁾

4.2. EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (ex REPUBLICA DE BOLIVIA)

A los efectos de ordenar este punto, corresponde señalar que el régimen aplicable al Estado Plurinacional de Bolivia (ex República de Bolivia y en adelante indistintamente Bolivia) y la República de Chile en cuanto a su condición de Estados Asociados al MERCOSUR, es anterior a la aprobación por parte del Consejo del Mercado Común de las Decisiones CMC No. 18/04 y No. 28/04 (y naturalmente a sus modificaciones posteriores), aunque en sustancia responden a las mismas características, y sin perjuicio de que su régimen se les aplica en la actualidad.

Respecto a Bolivia, se observa que luego de intensas gestiones y negociaciones diplomáticas entre el MERCOSUR y dicho Estado (que se encuentra reflejadas en el Acta de la Reunión del Consejo del Mercado Común del mes de junio de 1996), se suscribe en el mes de diciembre de 1996, en la ciudad de Fortaleza, República Federativa de Brasil, en ocasión de la XI Reunión del Consejo del Mercado Común, el Acta y el Entendimiento de Fortaleza y el Acuerdo entre los Gobiernos de la República Federativa del Brasil, la República Argentina, la República del Paraguay, y la República Oriental del Uruguay (en tanto Estados Parte del MERCOSUR), y la República de Bolivia, que fueron registrados como el Acuerdo de Alcance Parcial - Acuerdo de Complementación Económica - ACE No. 36, ante ALADI. ⁽²⁶⁾

Vale decir, una doble configuración reviste este Acuerdo (más el Acta y el documento del Entendimiento), por un lado se trata de un relacionamiento en el marco del proceso de integración del MERCOSUR, y por el otro lado – como hemos señalado - se utiliza el “paraguas jurídico” de la ALADI para dar legitimidad jurídica al Acuerdo Comercial (en tanto Programa de Liberación Comercial) en el marco del sistema multilateral de comercio.

Se han señalado, dos aspectos relevantes en este Acuerdo entre el MERCOSUR y la República de Bolivia independientemente de sus aspectos comerciales; en primer lugar, el acercamiento o la vinculación con uno de los países integrantes de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), lo que presumiblemente debería facilitar o viabilizar un entendimiento con dicho bloque regional, en la medida que su consagración era y es un objetivo del MERCOSUR y de la CAN; y en segundo lugar, en un elemento de importancia para el cumplimiento de los objetivos previstos en el Tratado de Montevideo de 1980, donde la configuración de “acuerdos abiertos” o de “afiliación abierta” es uno de los instrumentos aplicables según hemos visto con anterioridad.

25 La situación de la República del Perú es sumamente particular, y la veremos detenidamente mas adelante.

26 El ACE No. 36 fue suscrito el 17 de diciembre de 1996 y entró en vigor el 28 de febrero de 1997. Actualmente cuenta con 27 Protocolos Adicionales (el último es del 16 de agosto de 2011). El objetivo era la creación de una Zona de Libre Comercio entre el MERCOSUR y la República de Bolivia.

Por su parte, el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP. CE) No. 36 regula las relaciones comerciales entre la República de Bolivia y los países integrantes del MERCOSUR como “Estados Signatarios del Acuerdo” con el objetivo de constituir una Zona de Libre Comercio entre dichos países.

Los objetivos plasmados en el Acuerdo de Complementación Económica se refieren a: (i) establecer el marco jurídico e institucional de cooperación e integración económica y física que contribuya a la creación de un espacio económico ampliado que tienda a facilitar la libre circulación de bienes y servicios y la plena utilización de los factores productivos; (ii) formar un área de libre comercio entre las Partes Contratantes en un plazo máximo de 10 años, mediante la expansión y diversificación del intercambio comercial y la eliminación de las restricciones arancelarias de las no arancelarias que afectan al comercio recíproco; (iii) promover el desarrollo y la utilización de la infraestructura física con especial énfasis en la progresiva liberación de las comunicaciones y del transporte fluvial y terrestre y en la facilitación de la navegación por la Hidrovía Paraná – Paraguay, Puerto Cáceres – Puerto Nueva Palmira; (iv) establecer un marco normativo para la promoción y protección de las inversiones; (v) promover la complementación y cooperación económica, energética, científica y tecnológica; y (vi) promover consultas, cuando corresponda, en las negociaciones comerciales que se efectúen con terceros países y bloques de países extraregionales.

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos en el Acuerdo de Complementación Económica, y principalmente lo que significa la constitución o conformación de una Zona de Libre Comercio en un plazo de 10 años, las Partes signatarias acordaron un “Programa de Liberación Comercial” (artículo 2), que consiste en desgravaciones progresivas y automáticas aplicables sobre los gravámenes existentes vigentes para terceros países, y para los productos originarios y procedentes de los Estados Partes contratantes.

Al respecto, se incorporan las preferencias arancelarias negociadas con anterioridad entre las Partes signatarias en los Acuerdos Parciales o Regionales celebrados en el marco de la ALADI, y un sistema de adecuación que posibilite el alcance de lo propuesto en forma progresiva.

Asimismo, existe un compromiso de no aplicar nuevos gravámenes al comercio recíproco, ni aumentar la incidencia de los existentes, en forma discriminatoria entre sí, conforme a lo previsto en los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Naturalmente, dicho Programa es complementado con disposiciones relativas al régimen de origen; al tratamiento tributario del comercio recíproco; a las prácticas desleales de comercio; al dumping y los subsidios; a las restricciones a la competencia; a los incentivos a la exportación; a las cláusulas de salvaguardia; a la valoración aduanera; a las normas y reglamentos técnicos; y a las medidas sanitarias y fitosanitarias y medidas conexas.

Puede incluirse también, formando parte de las regulaciones del Acuerdo, aquellas relativas a la temática ambiental, y en el área de servicios, medidas tendientes a facilitar su prestación.

En estas regulaciones, el rol de los compromisos asumidos ante la Organización Mundial de Comercio adquiere especial significación, dado que son el marco de referencia necesario, respecto de las obligaciones asumidas por los Estados signatarios en el Acuerdo de referencia.

Dado la especial ubicación geográfica de Bolivia, y su histórico relacionamiento con los países integrantes del MERCOSUR, respecto a la “salida al mar”, la integración física tiene una consideración significativa, esto es, además de la creación de un espacio económico ampliado (propio y característico de los objetivos plasmados en este tipo de Acuerdos), y la facilitación en la circulación de bienes y personas; se procura la plena operatividad en las vinculaciones terrestres, marítimas, fluviales y aéreas.

También merece una consideración particular, las previsiones relacionadas con las inversiones, y la cooperación científica y tecnológica.

En el primero de los casos, porque ha sido un aspecto de difícil tratamiento y resolución entre los Estados Partes del MERCOSUR, al igual que con terceros países desde el bloque regional, por lo que nada hace suponer, que estas dificultades no se reiteren en relación a un Estado Asociado. ⁽²⁷⁾

Obviamente el objetivo se encuentra en intensificar el relacionamiento, pero en el aspecto aludido, las Partes signatarias se comprometieron a analizar la posibilidad de suscribir Acuerdos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, sin perjuicio de los Acuerdos bilaterales ya suscritos entre las Partes que mantienen su plena vigencia, tal cual ha sido la característica inicial del relacionamiento externo del MERCOSUR en sus distintos ámbitos.

La cooperación científica y tecnológica, siempre ha sido – a nuestro criterio – el espacio inicial de los procesos de relacionamiento entre los países, y este caso no ha sido una excepción, y ha sido expresamente contemplado en el Acuerdo, sobre la base de la cooperación y de la promoción de iniciativas conjuntas al respecto, para un mejor aprovechamiento de la capacidad de los países, para su inserción en los mercados tanto regionales como mundiales.

Los instrumentos son los tradicionales de intercambio de tecnología, programas comunes, priorizando aquellas áreas de interés común, producto de un relacionamiento histórico muy importante. A vía de ejemplo, se señalan las áreas agropecuarias, en materia de sanidad animal y vegetal, etc.

La estructura institucional ha sido otro de los aspectos contemplados en el Acuerdo, y la misma se concentra en la creación de una Comisión Administradora del Acuerdo, integrada por el Grupo Mercado Común (GMC) del MERCOSUR, y una Comisión Nacional por la República de Bolivia, que a su vez es presidida por un representante de la Secretaría Nacional de Relaciones Económicas Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia. ⁽²⁸⁾

²⁷ En este sentido, nos remitimos a lo ya expresado, de donde resulta claro que los compromisos suscritos por los Estados Partes del MERCOSUR han tenido dificultades en cuanto a su incorporación en las legislaciones nacionales, y por ende para lograr su efectiva aplicación en el espacio económico ampliado del MERCOSUR (es decir la vigencia simultánea que preceptúa el Protocolo de Ouro Preto).

²⁸ El régimen de reuniones ordinarias de la Comisión Administradora será de una vez por año, en el lugar y fecha que

Como órgano de carácter consultivo de la Comisión Administradora del Acuerdo, se crea el Comité Asesor Empresarial, integrado por representantes de las organizaciones empresariales más representativas de las Partes Contratantes, con la finalidad de asesorar a la Comisión Administradora en los temas vinculados a la aplicación del Acuerdo, y con el objetivo de posibilitar la participación del sector privado en el desarrollo del Acuerdo.

En este ámbito orgánico institucional, no puede obviarse el mecanismo de solución de controversias previsto por las Partes contratantes.

La participación de Bolivia en las reuniones del MERCOSUR, se encontraba originalmente contemplada en la Decisión CMC No. 38/03, que fue derogada en forma expresa por la Decisión CMC No. 18/04 (artículo 12), por lo que a esos fines nos remitimos a lo expresado anteriormente en cuanto a su aplicabilidad a este Estado Asociado.

A los efectos del necesario acompañamiento al proceso de integración del MERCOSUR y en la misma línea de razonamiento, la República de Bolivia, conjuntamente con la República de Chile, suscribieron en ocasión de la reunión celebrada en Fortaleza en diciembre de 1996, un Protocolo de Adhesión a la “Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR”, declarando que el principio democrático es una condición esencial para la continuidad del proceso de integración.

Posteriormente, la República de Bolivia, adhirió al “Protocolo de Ushuaia sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile”, que fuera aprobado el 25 agosto del año 1998 en la ciudad de Ushuaia – República Argentina, donde se establece que la plena vigencia de las instituciones democráticas es una condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración, y se regulan las situaciones en que exista ruptura del orden democrático y sus consecuencias.

Por último, debe señalarse que con fecha 21 de diciembre de 2006, el Estado Plurinacional de Bolivia presentó la solicitud la adhesión como miembro pleno al MERCOSUR, y se dieron inicio a las actividades para la incorporación solicitada, que se encuentra actualmente en proceso de negociación, y que fue ampliamente analizada en el Capítulo II de este documento.

4.3. LA REPUBLICA DE CHILE

El relacionamiento del MERCOSUR con la República de Chile, tiene diversas instancias a lo largo del tiempo, hasta la entrada en vigencia del Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica Chile – MERCOSUR (AAP.CE No. 35), y luego ha tenido un singular desarrollo en cuanto a su implementación, sin perjuicio de la vinculación institucional consagrada en el ámbito del MERCOSUR. ⁽²⁹⁾

se determine de mutuo acuerdo, y en forma extraordinaria, cuando las Partes así lo determinen, previa consultas, y se pronunciará a través de Decisiones por acuerdo de las Partes Contratantes o Signatarias. A vía de ejemplo, desde su constitución en julio de 1997 a la actualidad se han aprobado varias Decisiones, cuya nómina y descripción se puede encontrar en la página web de la Secretaría del MERCOSUR.

29 En la V Cumbre Iberoamericana (Bariloche – Argentina – del año 1995), los Presidentes manifestaron su interés por una rápida incorporación de Chile al MERCOSUR. No obstante ello, las dificultades de una incorporación plena de dicho país al MERCOSUR, surgen inmediatamente, a partir de la propuesta de Chile, que en aquel entonces tenía una estructura arancelaria casi común de un 11% para los productos importados, y el MERCOSUR había fijado varios aranceles que

El AAP.CE No. 35 fue suscrito el 25 de junio de 1996 y entró en vigencia el 1 de octubre de 1996, y cuenta actualmente con varios Protocolos Adicionales (el último del 30 de diciembre de 2010), siendo su objetivo la constitución de una Zona de Libre Comercio entre el MERCOSUR y la República de Chile.

Haciendo historia, y sin perjuicio de lo ya expresado con relación a la posición de Chile con las negociaciones previas a la firma del Tratado de Asunción y la invitación a la República de Chile a incorporarse rápidamente como Estado Parte en el MERCOSUR que surgía implícitamente del artículo 20 del Tratado de Asunción, en una primera apreciación se puede visualizar a Chile, como “país observador” en las Cumbres Presidenciales que se desarrollaron desde 1991 a 1994. ⁽³⁰⁾

En el año 1994, se produce la Declaración conjunta de los Presidentes del MERCOSUR y Chile, donde expresan la “conveniencia” de que éste último país participe como observador en los Grupos de Trabajo que se acuerden en el futuro, y en realidad se trata de la primera señal de una posible incorporación al proceso de integración del MERCOSUR.

Durante los años 1995 y 1996, se desenvuelven intensas negociaciones por las partes, para culminar con la suscripción de un Acuerdo de Libre Comercio (en la modalidad 4 + 1) en el marco de la ALADI, las que finalizan con la firma del Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica, que se protocoliza en ALADI con el No. 35, según hemos visto anteriormente.

A estar al régimen aplicable en ese entonces, la Decisión CMC No. 3/96 de 25 de junio de 1996 suscrita en la reunión del Consejo del Mercado Común realizada en San Luis – República Argentina, aprueba el texto del Acuerdo de Complementación Económica MERCOSUR – Chile y los respectivos anexos, estableciendo la fecha de vigencia del Acuerdo y solicita a los gobiernos de los Estados Partes la protocolización del Acuerdo en el ámbito de la ALADI.

Quizá el aspecto más relevante es que este Acuerdo en términos generales y globales significa una alianza estratégica fundamental entre los países del MERCOSUR y la República de Chile, tanto en los tiempos de su concepción, como en los de su suscripción y desarrollo, así como en la actualidad, sin perjuicio de la incidencia que tiene desde hace unos años, la “Alianza del Pacífico”.

Ello deriva de que la República de Chile significa para los países del MERCOSUR la salida al Océano Pacífico, y la influencia comercial de dicho océano en la relación con los países asiáticos (Asia – Pacífico), mientras que para la República de Chile la vinculación al MERCOSUR, representa una instancia de participación política calificada en foros y organismos internacionales en forma conjunta con el MERCOSUR y una relación comercial, que aunque moderada en sus alcances, interesante y productiva del punto de vista económico y de mercado regional. ⁽³¹⁾

iban del 0% al 20% (sin perjuicio del régimen de excepciones) y se mantenía firme en mantener su autonomía arancelaria. Asimismo, la protección a la producción agropecuaria por parte de Chile (especialmente la frutihortícola) se transformó en otro escollo a la incorporación plena al MERCOSUR.

30 La categorización de la República de Bolivia y la República de Chile como “países observadores”, se encuentra únicamente en las Declaraciones Presidenciales (de los Presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR) en ocasión de las Cumbres Presidenciales de los años 1994 y 1996.

31 En la actualidad este fenómeno de relacionamiento ha adquirido una mayor dimensión en virtud de la conformación de la Alianza del Pacífico (donde el MERCOSUR es “observadores” y también lo son Uruguay y Argentina) y la profun-

El Acuerdo responde a las características esenciales y típicas de este tipo de vínculo comercial, y tiene por objetivo fundamental establecer el marco jurídico e institucional de cooperación e integración económica y física que contribuya a la creación de un espacio económico ampliado que tienda a facilitar la libre circulación de bienes y servicios y la plena utilización de los factores productivos.

Se prevé un Programa de Liberación Comercial que se aplicará a los productos originarios de los territorios de las Partes signatarias, para conformar una Zona de Libre Comercio en un plazo de 10 años.

De dicho Programa surgen desgravaciones progresivas y automáticas aplicables sobre los gravámenes vigentes para terceros países, sin perjuicio de que los márgenes de preferencia no se aplican a los productos incluidos en las listas que integran las excepciones.

Naturalmente, se contempla la expansión y la diversificación del intercambio recíproco, y la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias, al igual que la promoción del desarrollo y la utilización de la infraestructura física, con especial énfasis en los establecimientos de conexiones biooceánicas, y de fomentar la complementación y cooperación económica, energética, científica y tecnológica. ⁽³²⁾

La institucionalidad del Acuerdo de Complementación Económica, se encuentra dada por la creación de una Comisión Administradora del Acuerdo, representada por el Grupo Mercado Común (GMC) del MERCOSUR y de la República de Chile.

En el año 1997, se concretan los aspectos operativos de su participación a nivel político y técnico. A vía de ejemplo, así es que, en el mes de junio de 1997, se incorpora al Mecanismo de Consulta y Concertación Política.

Por su parte, la Decisión CMC No. 12/97 del CMC de diciembre de 1997, resolvía la participación de la República de Chile, en algunos órganos del MERCOSUR. Este esquema participativo ha servido de guía para la participación de los restantes Estados Asociados del MERCOSUR, sin perjuicio de la derogación expresa que de la misma realiza la Decisión CMC No. 18/04 en su artículo 12.

No obstante ello, y a título ilustrativo, bueno es repasar los aspectos que habían sido consagrados en la Decisión CMC No. 12/97, dado que resultaron un avance sustantivo en la inserción de un “Estado Asociado” en el MERCOSUR, y sirvieron de referencia a la normativa posterior en el tema. La participación se daba en distintos niveles: en primer lugar en las reuniones del Consejo del Mercado Común y en las Cumbres Presi-

dización de las relaciones con el Asia Pacífico.

32 A vía de ejemplo, el Anexo I se refiere al Patrimonio Histórico otorgado por Chile al MERCOSUR; el Anexo 2 se refiere a los productos sensibles para Chile y el MERCOSUR; el Anexo 3 regula los productos sensibles “especiales” para Chile y el MERCOSUR; el Anexo 4 incluye los productos sensibles especiales de auto partes para Paraguay; el Anexo 5 se ocupa de los productos sensibles y sensibles especiales con mantenimiento del patrimonio histórico de Chile y del MERCOSUR; el Anexo 6 se refiere a las excepciones para Chile y el MERCOSUR; el Anexo 7 para las excepciones pero con mantenimiento del patrimonio histórico tanto de Chile (en general y carnes) como de MERCOSUR; el Anexo 8 se refiere al Azúcar; el Anexo 9 al trigo, morcajo y tranquillón; el Anexo 10 a los Productos de la Preferencia Arancelarias Regional; el Anexo 11 de los derechos específicos; el Anexo 12 del Régimen de Adecuación para cada país integrante del MERCOSUR; el Anexo 13 de las reglas o régimen de origen; el Anexo 14 del Régimen de Solución de Controversias; el Anexo 15 es el relativo a los Acuerdos de Transporte del MERCOSUR.

denciales, cuando se traten los temas de interés mutuo y aquellos atinentes al proceso de integración; en segundo lugar, en el Grupo Mercado Común, cuando ambas partes lo consideren necesario; en tercer lugar, en otros ámbitos que sea acordado por las Partes, sin perjuicio de lo cual, la propia Decisión hace mención a los Subgrupos de Trabajo de Comunicaciones (No. 1); de Minería (No. 2); de Reglamentos Técnicos (No. 3); de Transporte e Infraestructura (No. 5); de Medio Ambiente (No. 6); de Industria (No. 7); de Agricultura (No. 8); de Energía (No. 9) y de Salud (No. 11); a los Grupos Ad Hoc de Servicios y Relaciones Externas; y las Reuniones Especializadas de Ciencia y Tecnología y de Turismo; y por último, regula una necesaria y periódica coordinación en materia de relaciones externas.

Sin perjuicio de lo ya indicado, tanto la República de Chile como la República de Bolivia han encarado mecanismos de cooperación y de consulta entre ellos y los países del MERCOSUR (Decisión CMC No. 35/00, de 30 de junio de 2000).

4.4. LA REPUBLICA DEL PERU

Por último, y en lo que podría denominarse en esta primera generación de “Estados Asociados”, es decir, aquellos cuyo “ingreso” o “incorporación” en esa condición fue anterior a la Decisión CMC No. 18/04, se encuentra la República del Perú,

Su participación en las reuniones de los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR como Estado Asociado fue aceptada mediante la Decisión CMC No. 39/03 de 15 de diciembre de 2003.

Sin embargo, es con fecha 30 de noviembre de 2005 que se suscribe el último Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica entre la República del Perú y el MERCOSUR que se protocoliza ante la ALADI (AAP.ACE No. 58), que entra en vigencia el 6 de febrero de 2006.⁽³³⁾

Asimismo, se señala que por la Decisión CMC No. 15/05 de 19 de junio de 2005, el Consejo del Mercado Común aprueba la adhesión de la República del Perú al “Protocolo de Ushuaia sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile” y a la “Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR”.

Las características del Acuerdo de Complementación Económica antes señalado, en lo que refiere a los aspectos comerciales, económicos, orgánicos, e institucionales, se mantiene en los términos desarrollados respecto al Estado Plurinacional de Bolivia y a la República de Chile, aunque la diferencia sustantiva se encuentra la profundidad de las obligaciones asumidas por las partes del Acuerdo en materia comercial y económica, y que a su vez varía de acuerdo a los Estados Partes del MERCOSUR.

33 El objetivo era la creación de un espacio económico ampliado mediante la conformación de una Zona de Libre Comercio, y cuenta actualmente con 5 Protocolos Adicionales.

5. LOS NUEVOS ESTADOS ASOCIADOS

5.1. ASPECTOS GENERALES

La denominación de “nuevos Estados Asociados” se refiere exclusivamente al mecanismo de adhesión de los mismos al MERCOSUR, es decir, a partir de la aprobación de las Decisiones CMC No. 18/04 y No. 28/04 y sus modificativas, que regularon formal y sustantivamente la vinculación de los Estados Asociados con el Mercosur.

Con relación a los nuevos Estados Asociados, se mantienen y aplican las pautas establecidas en las normas MERCOSUR desarrolladas anteriormente, en cuanto a los requisitos formales y sustantivos para acceder a la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, así como a su modalidad de inserción en el proceso de integración.

La base programática de este ingreso de Estados latinoamericanos (países miembros de la ALADI con los cuales el MERCOSUR haya suscripto Acuerdos de Libre Comercio), a la condición de “Estado Asociado del MERCOSUR”, en esta segunda etapa se regula por lo dispuesto en la Decisión CMC No. 18/04 de 7 de julio de 2004; la Decisión CMCM No. 28/04 de 17 de diciembre de 2004, y las modificaciones realizadas a dichas Decisiones por medio de la Decisión CMC No. 14/15 de 16 de julio de 2015 y la Decisión CMC No. 42/15 de 20 de diciembre de 2015.

Sobre la base del nuevo régimen, se han producido las incorporaciones como Estados Asociados al MERCOSUR de: (i) la República Bolivariana de Venezuela, mediante la Decisión CMC No. 42/04 de 17 de diciembre de 2004; (ii) la República de Ecuador a través de la Decisión CMC No. 43/04 de 17 de diciembre de 2004; y (iii) la República de Colombia por la Decisión CMC No. 44/04 de 17 de diciembre 2004.

La incorporación de estos tres países en carácter de Estados Asociados al MERCOSUR, tiene su base instrumental en el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica No. 59, suscrito entre la Comunidad Andina de Naciones (que integran dichos países) y el MERCOSUR, cuya fecha de suscripción es el 18 de octubre de 2004. Su vigencia se sitúa entre el mes de febrero y de abril de 2005, en virtud de que las fechas son distintas para cada país signatario del Acuerdo. ⁽³⁴⁾

No obstante tratarse de una misma base instrumental, es decir el AAP.CE No. 59 (su antecedente más inmediato es el Acuerdo de Complementación Económica – AAP.CE No. 56), la cronología de la participación de estos países en su vinculación con el MERCOSUR es diferente en el tiempo, tanto en las negociaciones iniciales, como en la suscripción del AAP.ACE No. 59, y continúa en esos términos en la actualidad en lo que respecta a su implementación. ⁽³⁵⁾

34 Su objetivo es la creación de un espacio económico ampliado a través de la conformación de un Área de Libre Comercio y cuenta actualmente con 9 Protocolos Adicionales.

35 A este respecto debe tenerse presente, el Acuerdo entre el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones (CAN) aprobado por la Decisión CMC No. 31/02 del 6 de diciembre de 2002 y protocolizado como Acuerdo de Complementación Económica No. 56 en la ALADI, donde los gobiernos de los Estados Partes del MERCOSUR, y los gobiernos de los Estado Miembros de la Comunidad suscribieron el Acuerdo con la finalidad de constituir una Zona de Libre Comercio antes del 31.12.03.

Por su parte, la vinculación del MERCOSUR con la República de Cuba, reviste una particularidad dado que si bien la Decisión CMC No. 20/06 del 20 de julio de 2006, aprobó la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica que se incorporó como Anexo a dicha Decisión y que fue protocolizado ante la ALADI (AAP.CE No. 62), la República de Cuba no adquirió la condición de Estado Asociado en los términos que hemos venido señalando en este Capítulo.

Por último, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la Decisión CMC No. 18/04 en la redacción dada por el inciso segundo del artículo 1 de la Decisión CMC No. 14/15 de 16 de julio de 2015, en la medida que admite “atribuir la condición de Estado Asociado a aquellos países con el cuales el MERCOSUR suscriba Acuerdos conforme a las disposiciones del artículo 25 del Tratado de Montevideo de 1980”, se produce la incorporación de la República Cooperativa de Guyana y la República de Surinam.

Al respecto, corresponde señalar que la suscripción de Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP.CE) en el marco de la ALADI, fue uno de los presupuestos necesarios para ingresar a la condición de Estado Asociado al MERCOSUR, hasta la aprobación de la Decisión CMC No. 14/15 que amplía la nómina de los Acuerdos que de ser suscritos con los Estados Partes del MERCOSUR, cumplirían con la condición exigida – como presupuesto previo y necesario - por la normativa vigente para adquirir la categoría de Estado Asociado al MERCOSUR.

En sustancia la exigencia original (suscribir Acuerdos de Complementación Económica) tenía la clara finalidad de profundizar el proceso de integración comercial y económico desde la ALADI y en directa relación con los Estados Partes del MERCOSUR, y ello es notorio si se analiza el objeto de estos Acuerdos (conformar una Zona de Libre Comercio) y los instrumentos de política comercial que se incluyen en su contenido (i.e. Programa de Liberación Comercial, Régimen de Origen, Cláusulas de Salvaguardia, Subvenciones, Libre Competencia, etc.).

5.2. LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La República Bolivariana de Venezuela (actualmente Estado Parte o Miembro del MERCOSUR), solicitó su adhesión como Estado Asociado del MERCOSUR, siendo la misma admitida por el Consejo del Mercado Común en su XXVI Reunión celebrada el 8 de julio de 2004 (según surge de la Declaración Presidencial de los Estados Partes del MERCOSUR en dicha Cumbre), y se le atribuye dicha condición formalmente por la Decisión CMC No. 42/04 de diciembre de 2004. ⁽³⁶⁾

Como viene de verse, el 18 de octubre de 2004 se firma el Acuerdo de Complementación Económica No. 59, completándose los requisitos para su condición de Estado Asociado, a través de la Decisión CMC No. 16/05 de 19 de junio de 2005, mediante la cual el Consejo del Mercado Común aprueba la adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al “Protocolo de Ushuaia sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la

³⁶ Dice en forma expresa la Decisión: “Atribuir a la República Bolivariana de Venezuela la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, con vistas a promover la profundización de la integración económica, en especial en las áreas establecidas en el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica MERCOSUR-CAN.”, vinculando en forma clara su relación con la CAN.

República de Bolivia y la República de Chile” y a la “Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR”.

Las negociaciones promovidas por este país, no se agotaron en la condición de Estado Asociado, dado que el 8 de diciembre de 2005 se suscribe el Acuerdo Marco para la “adhesión” de la República de Venezuela al MERCOSUR, previa aprobación por parte del Consejo del Mercado Común por la Decisión CMC No. 29/05, donde a su vez, se acoge con satisfacción la solicitud de dicho país de incorporarse al MERCOSUR como Estado Parte, y posteriormente se han seguido todas las instancias propias del proceso para adquirir la condición de Estado Parte del MERCOSUR, que hemos referido en el Capítulo II de este documento y a cuyas consideraciones nos remitimos en forma expresa.

5.3. LA REPUBLICA DEL ECUADOR

La República del Ecuador solicitó ser admitida como Estado Asociado del MERCOSUR, en la XXVII Reunión del Consejo del Mercado Común, siendo atribuida formalmente dicha condición mediante la Decisión CMC No. 43/04 del 16 de diciembre de 2004.

De acuerdo a las condiciones exigidas en ese entonces, y según lo dispone la Decisión CMC No. 18/04, la base instrumental para adquirir la condición de Estado Asociado del MERCOSUR en lo comercial y económico se encuentra en el Acuerdo de Complementación Económica No. 59 protocolizado ante la ALADI, suscrito entre los Estados Partes del MERCOSUR y los Estados integrantes de la Comunidad Andina de Naciones el 18 de octubre de 2004, al cual ya no hemos referido con anterioridad.

Por su parte, con fecha 29 de junio de 2007 se suscribe el Acta de Adhesión de la República de Ecuador al “Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático” que se deposita en la República del Paraguay.

Asimismo, es dable resaltar que en la XLI Cumbre de Presidentes del MERCOSUR celebrado en la ciudad de Asunción – República del Paraguay el 29 de junio de 2011, los Estados Partes invitaron a la República de Ecuador a profundizar su relación con el MERCOSUR, y conforme a este planteo, en la XLII Cumbre de Presidentes celebrada en la ciudad de Montevideo – República Oriental del Uruguay, el 20 de diciembre de 2011, el Presidente de Ecuador manifestó su interés en la mencionada profundización de la relación de su país con el bloque regional.

Como corolario de ello, el Consejo del Mercado Común por Decisión CMC No. 38/11 del 20 de diciembre de 2011, constituyó un Grupo de Trabajo con representantes del MERCOSUR y de la República del Ecuador a los efectos de definir los términos para la incorporación de ese país al MERCOSUR.

5.4. LA REPUBLICA DE COLOMBIA

Es el 16 de diciembre de 2004, y mediante la Decisión CMC No. 44/04 de diciembre de 2004 que en función de lo solicitado en la XXVII Reunión del Consejo del Mercado Común, se le atribuye a la República de Colombia la condición de “Estado Asociado del MERCOSUR”.

La misma referencia al Acuerdo de Complementación Económica No. 59 realizada anteriormente, dado que dicho Acuerdo de Alcance Parcial suscrito entre los Estados Partes del MERCOSUR y los países de la Comunidad Andina de Naciones, es la base instrumental para adquirir la condición de Estado Asociado del MERCOSUR en lo comercial y económico.

Por su parte y en función del momento en que se le atribuye dicha condición se aplica la Decisión CMC No. 18/04.

Siguiendo los aspectos sustantivos requeridos por la normativa vigente, el Consejo del Mercado Común mediante la Decisión CMC No. 14/05 de junio de 2005, aprobó la adhesión a la “Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático”, y por Decisión CMC No. 19/12 de junio de 2012 su adhesión al “Protocolo de Ushuaia”.

5.5. LA REPUBLICA DE CUBA

Tal cual señalamos anteriormente, se da una situación particular con la República de Cuba, que suscribió un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica con el MERCOSUR (AAP.CE No. 62 de fecha 21 de julio de 2006), y sin embargo no se han tramitado las instancias procedimentales para su ingreso como Estado Asociado del MERCOSUR.

Es más aún, en el ámbito del MERCOSUR, la relación con la República de Cuba, ha sido encuadrada dentro de la Agenda Externa o el Relacionamento Externo del bloque regional, conforme a lo que resulta de la Decisión CMC No. 20/06 de 20 de julio de 2006, que aprueba la suscripción del ACE entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Cuba.⁽³⁷⁾

No obstante ello, el Acuerdo de Complementación Económica referido precedentemente tiene como objetivo impulsar el intercambio comercial entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Cuba, es decir, entre las Partes Signatarias, mediante la reducción y eliminación de los gravámenes y demás restricciones aplicadas a los productos negociados.

5.6. LA REPUBLICA COOPERATIVA DE GUYANA

El origen de la relación MERCOSUR y la República Cooperativa de Guyana se encuentra en el Memorando de Entendimiento suscrito el 28 de junio de 1999 en materia de comercio e inversiones.

Posteriormente, es a partir de las Decisiones CMC No. 24/12 y CMC No. 57/12, que se inicia el relacionamiento con mayor profundidad en términos de participación en calidad de invitada a las reuniones de la estructura institucional del MERCOSUR, y con

³⁷ Dice el párrafo inicial del Considerando de la Decisión señalada: “ Que en el marco de la estrategia de relacionamiento externo del MERCOSUR, una de las prioridades ha sido la celebración de acuerdos que incrementen los vínculos comerciales con otros países y agrupaciones de países”, y que parece estar orientado a otros fines según se desprende del párrafo final donde se señala: “Que el proceso de integración económica incluye no solamente una liberación recíproca y gradual del comercio, sino también al desarrollo de relaciones más estrechas entre los pueblos.”

la Decisión CMC No. 9/13 de 11 de julio de 2013, se aprueba el “Acuerdo Marco de Asociación entre el MERCOSUR y la República Cooperativa de Guyana”, que tiene como objetivo – además del fortalecimiento de las relaciones entre las Partes Contratantes – promover iniciativas en materia de diálogo político; cooperación en diversas áreas; y comercio e inversiones.

Es entonces que al amparo de las Decisiones CMC No. 18/04 y No. 11/13, por Decisión CMC No. 12/13 de 11 de julio de 2013, se le atribuye a la República Cooperativa de Guyana la condición de Estado Asociado del MERCOSUR.

Las instancias anteriores, son reiteradas en el tiempo por las circunstancias de hecho y de derecho que fueron analizadas con anterioridad, y es por eso, que el 16 de julio de 2015 se suscribe el “Acuerdo Marco de Asociación entre el MERCOSUR y la República Cooperativa de Guyana”; y el 16 de julio de 2015, se aprueba la Decisión CMC No. 19/15, mediante la cual se le atribuye la condición de Estado Asociado del MERCOSUR a la mencionada República.

5.7. LA REPUBLICA DE SURINAM

El proceso seguido por la República de Surinam con el MERCOSUR, hasta adquirir la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, ha sido similar al de la República Cooperativa de Guyana.

Se inicia con un Memorando de Entendimiento en materia de comercio e inversiones, suscrito el 1 de setiembre de 2000, posteriormente se profundiza la relación atribuyéndole la participación como invitada a los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR por medio de las Decisiones CMC No. 24/12 y No. 57/12.

Luego es la Decisión CMC No. 10/13 de 11 de julio de 2013, la que aprueba el texto del “Acuerdo Marco de Asociación entre el MERCOSUR y la República de Surinam”, cuyos objetivos e instrumentos son iguales a los ya indicados para la República Cooperativa de Guyana, mientras que la Decisión CMC No. 13/13 de la misma fecha, le atribuye la condición de Estados Asociado del MERCOSUR.

Por las mismas razones indicadas en el numeral anterior, se ratifica el Acuerdo Marco por la Decisión CMC No. 20/15, y la atribución de su condición de Estado Asociado mediante la Decisión CMC No. 21/15, ambas del 16 de julio de 2015.

6. RESUMEN Y CONSIDERACIONES FINALES

Las relaciones entre los cuatro Estados Parte del MERCOSUR (la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay), en su condición de “Estados Fundadores” reconocen antecedentes históricos de índole política, económica, comercial, cultural y social, que son relevantes y que marcan una forma de integración latinoamericana muy particular, pero no por ello menos intensa.

Del punto de vista de las relaciones comerciales en la región, existen variados antecedentes de vinculación, tanto en forma bilateral (entre los distintos países) como formando parte de estrategias integracionistas (a vía de ejemplo, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio del año 1960 “ALALC”; el Pacto entre Argentina, Brasil y Chile “ABC”; el Programa de Integración y Cooperación Económica cuya sigla es “PICE” o “PICAB”, la Asociación Latinoamericana de Integración del año 1980 – ALADI, entre otros).

La suscripción del Tratado de Asunción en marzo de 1991, reconoce estos antecedentes y se ubica en un modelo de integración subregional cuyo objetivo es la conformación de un Mercado Común, en tanto modalidad de integración que incluye las características de una Zona de Libre Comercio (ZLC) y una Unión Aduanera (UA), y a su vez consagra las 4 libertades (de bienes o mercancías, de servicios, de personas y de capitales) más la coordinación de las políticas macroeconómicas, y la armonización de las legislaciones sectoriales, al igual que un institucionalidad orgánica y normativa de carácter intergubernamental.

El modelo de integración establecido en el Tratado de Asunción y luego enriquecido con los Protocolos complementarios y toda la normativa MERCOSUR que se ha venido aprobando desde el año 1991 hasta la actualidad, se basa en un relacionamiento de naturaleza comercial y económica, sin perjuicio de las restantes dimensiones que se la han ido incorporando y que también marcan una impronta particular del Acuerdo Regional.

Dado que los cuatro Estados Parte fundadores de este esquema de integración (MERCOSUR) son firmantes del Acuerdo General sobre Tarifas y Aranceles (en su sigla en inglés - GATT) del año 1947 y que dentro de sus principios básicos (en cumplimiento de su objetivo de propender al Libre Comercio entre sus miembros) se encuentra – según ya hemos visto – la Cláusula de la Nación Más Favorecida (CN+F), que obliga a que “*... cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad, concedida por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.*” (artículo 1 del Acuerdo General sobre bienes o mercancías y que se reitera luego en el ámbito de los servicios), era necesario, ingresar al régimen de excepción de dicha cláusula previsto en el GATT según se contemplaba en el Artículo XXIV o en la Cláusula de Habilitación, según el tipo de países involucrados en el Acuerdo Regional.

Es en ese sentido, que al amparo del “régimen jurídico” de la ALADI, los cuatro Estados fundadores, suscriben y protocolizan el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP.CE No. 18), que contempla los distintos instrumentos de política comercial en aras de la prosecución de los objetivos buscados por dichos Estados en el marco del proceso de integración regional, esto es, a vía de ejemplo, el Programa de Liberación Comercial (Anexo I del TA); el Régimen de Origen (Anexo II del TA); el Régimen de las Cláusulas de Salvaguardia (Anexo IV del TA), y todas las disposiciones que posteriormente se han ido aprobando e incorporando como Protocolos Adicionales al AAP.CE No. 18 en la ALADI, con contenido económico y comercial.

Es así que el Tratado de Asunción tiene su “paraguas jurídico” en la ALADI, y surge entonces, una primera condición de los Estados firmantes del Tratado fundacional del MERCOSUR y consecuentemente de los futuros “Estados Partes”, esto es, su condición

de “países miembros de la ALADI” y firmantes de un Acuerdo de Alcance Parcial (en el caso de Complementación Económica), y en ese marco se regulan por las normas del Tratado de Montevideo de 1980 y específicamente en lo que refiere a los Acuerdos de Alcance Parcial, en los temas contemplados por el mismo y sus Protocolos Adicionales. ⁽³⁸⁾

Asimismo, en el ámbito del MERCOSUR (en tanto organización internacional con personalidad jurídica internacional – artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto), y con el alcance propio de este Acuerdo Regional, los países firmantes del Tratado de Asunción (y aquellos que pudieran incorporarse cumpliendo los requisitos formales y sustantivos exigidos por el artículo 20 del Tratado de Asunción y su reglamentación), adquieren la condición de “Estados Partes del MERCOSUR” y como tal participan tanto en las instancias de actuación de los foros y órganos del MERCOSUR, como incorporando a sus ordenamientos jurídicos nacionales la normativa MERCOSUR que así lo requiera conforme a derecho.

La “adhesión” tal cual lo señala el artículo 20 del TA y su reglamentación requiere el cumplimiento de determinados requisitos de tipo formal y sustantivo, que fueron objeto de análisis en este trabajo y a sus términos nos remitimos.

En la actualidad, a los Estados Fundadores y Partes, se le ha sumado “formalmente” como Estado Parte, la República Bolivariana de Venezuela.

Su incorporación inicial en el año 2012 sin la aprobación de la República del Paraguay fue realizada – a nuestro criterio – en forma irregular del punto de vista jurídico, habiendo sido “regularizada” a fines del año 2013, luego del levantamiento de la suspensión de la República del Paraguay, y la aprobación por dicho Estado Parte del MERCOSUR.

Decimos “formalmente”, dado que en sustancia no se ha dado total cumplimiento de los términos y condiciones establecidos en el “Protocolo de Adhesión” oportunamente aprobado, por lo que el proceso de incorporación al MERCOSUR de dicho país continúa implementándose en la actualidad.

Por su parte la aprobación a nivel de los Estados Partes de la adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia, no se ha cumplido en su totalidad, por lo que no puede considerarse en la actualidad a dicho país como un Estado Parte del MERCOSUR.

Dentro de las categorías de Estados que se vinculan con el MERCOSUR además de los Estados Fundadores y Partes, y aquellos que se incorporan como éstos últimos con posterioridad a la firma del TA, este proceso de integración no contempla formal y normativamente la figura o categoría de “Estados Observadores” y la única referencia que existe es en las Declaraciones Presidenciales del año 1994 referidas a la República de Chile y a la en aquél entonces República de Bolivia, sin perjuicio de que en las Cumbres Presidenciales celebradas en ocasión de la finalización de la Presidencia Pro Tempore de un Estado, participan varios Estados y Organizaciones Internacionales a través de sus representantes.

³⁸ En esta instancia simplemente corresponde hacer referencia a que dentro del régimen de la ALADI, los Acuerdos de Alcance Parcial, son considerados una excepción entre los miembros a la excepción de la CN+F dentro de la ALADI y del Acuerdo de Cartagena conforme al Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980.

Por otra parte, el MERCOSUR crea la figura de los “Estados Asociados del MERCOSUR”, y decimos crea porque es a través del Consejo del Mercado Común que se instrumenta formal y sustantivamente los requisitos, condiciones y alcance del relacionamiento entre el MERCOSUR y esos Estados que se “asocian” al MERCOSUR.

Esta condición de Estado Asociado del MERCOSUR, reconoce tres etapas diferenciables por distintos aspectos, esto es, una primera etapa de ausencia de regulación expresa que incluye a la República de Chile y a la República de Bolivia y que en definitiva va a ir moldeando las exigencias formales y sustantivas que serán objeto de regulación expresa posteriormente.

La segunda etapa, en donde el Consejo del Mercado Común, regula en forma expresa – a través de la Decisión CMC No. 18/04 y la Decisión CMC No. 28/04, y sus modificativas - los requisitos formales (i.e. países miembros de la ALADI, solicitud formal ante el Consejo del Mercado Común, etc.) y sustantivos (i.e. suscripción y protocolización de un Acuerdo de Libre Comercio con el MERCOSUR), que se mantienen en la actualidad.

La última de las etapas – a nuestro criterio – comienza con la aprobación de la Decisión CMC No. 11/13 de 11 de julio de 2013, en la medida que amplía la nómina de Estados que podrán solicitar la condición de Estados Asociado del MERCOSUR, a aquellos que con los cuales el MERCOSUR haya suscrito Acuerdos conforme a las disposiciones del artículo 25 del Tratado de Montevideo de 1980.

A partir de esta realidad, la interrogante surge acerca de cual ha sido la finalidad del MERCOSUR al crear esta categoría de países, y si bien en los textos señalados, se indica la “profundización del proceso de integración latinoamericano”, no menos cierto es que, los resultados de – en principio – las Zonas de Libre Comercio proyectadas han tenido escasa relevancia en la intensificación del relacionamiento económico, comercial, al igual que en otras áreas o dimensiones propias de una integración más profunda.

Otra de las interpretaciones sería considerar esta figura, como una instancia previa y preparatoria de la adhesión en el futuro y cuando las condiciones se encuentren dadas, como Estados Partes del MERCOSUR, y en ese sentido, lo acontecido con la República Bolivariana de Venezuela (con los reparos ya señalados) y el Estado Plurinacional de Bolivia abonan dicha interpretación.

Está claro que la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, representa válidamente, una especie de “*necesaria coordinación y complementación*” entre la condición de Estado Miembro de la ALADI que firma un Acuerdo de Libre Comercio con el MERCOSUR, y la incorporación a las reuniones de los foros y órganos del proceso de integración en tanto la temática involucrada rebasa lo estrictamente contemplado en el Acuerdo Comercial, independientemente de cualquier consideración de índole política - que si bien podría existir - no debería incidir en la sustancia de un relacionamiento estrictamente comercial y económico.

Decimos instancia de coordinación y complementación, porque los presupuestos o condiciones previas – según hemos relatado extensamente – para poder adquirir la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, son: la condición de país miembro de la

ALADI y la suscripción de un Acuerdo Comercial con el MERCOSUR (AAP.CE), por lo que en una primera instancia, la relación entre los Estados signatarios de ese Acuerdo Comercial (y eventualmente sus Protocolos Adicionales) se da en el ámbito de la ALADI.

En resumen y como corolario, podemos afirmar que el MERCOSUR ha venido avanzando en la incorporación de otros Estados Latinoamericanos al esquema de integración regional, tanto como Estados Partes (ingreso de la República Bolivariana de Venezuela, y en proceso de incorporación el Estado Plurinacional de Bolivia, y en forma incipiente la República de Ecuador) y principalmente en la figura de los Estados Asociados (la República de Chile, la República de Perú, la República de Ecuador, la República de Colombia, la República de Surinam y la República Cooperativa de Guyana), y si bien en suma, estas “incorporaciones” tienen relevancia cuantitativa en estos 25 años de trayectoria del esquema de integración regional, no es así del punto de vista cualitativo, esto es, en los términos económicos y comerciales del relacionamiento.

PANORAMA JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

WALTER HOWARD¹

1. INTRODUCCIÓN²

• En la actualidad, la posibilidad de aplicar las disposiciones de la responsabilidad civil resarcitoria en el ámbito del Derecho de familia está fuera de toda duda cuando alguno de los componentes del grupo familiar comete hechos ilícitos que causan un daño a otro (art. 1319 del C.C.U.). No existe en el Derecho uruguayo, pues, un régimen de franquicias en las relaciones conyugales o paternas filiales que legitimen la inobservancia de los deberes que impone el ordenamiento³.

Para algunas hipótesis, los incumplimientos que se producen a los deberes que nacen dentro del ámbito de la propia familia puede traer aparejada la imposición de sanciones de tipo económico –así lo admite incluso a título expreso el art. 43, inc. 1º del C.N.A.-; sin embargo, la especial naturaleza de las relaciones familiares conduce a que lo realmente trascendente no es la conquista de una suma de dinero, sino el mantenimiento de las relaciones en su seno a fin de obtener un pacífico y correcto desarrollo de sus miembros.

Entretanto, en otros casos, una vez que la violación a un derecho ya se ha producido y es imposible volver atrás con la situación de perjuicio que derivó, la única posibilidad admisible para reparar –al menos en algo– los perjuicios sufridos es la imposición de una sanción de naturaleza económica para el infractor.

Diferente finalidad de las penalidades: sancionatoria e indemnizatoria. Adviértase, incluso, que si bien el ordenamiento prevé múltiples condenas para quien comete un ilícito familiar (pérdida de la patria potestad, posibilidad del cónyuge inocente de demandar un divorcio por adulterio, etc.), se trata de sanciones cuyo fin no es reparar la situación del inocente, sino castigar al ofensor. Por consiguiente, la única sanción que en muchas ocasiones puede reparar la condición en que queda colocado el inocente es que el infractor deba pagar una indemnización.

Incluso, muchas conductas que sancionan conductas inapropiadas en el ámbito familiar constituyen delitos penales (*vid.* art. 279 A y B del Código Penal), las cuales, junto a

1 Abogado-Escribano. Dr. en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Profesor titular de las asignaturas Derecho de la Persona y los Bienes, Derecho de Familia y Sociedad Conyugal y Derecho de las Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y Profesor encargado de grupo en las materias Derecho Privado I y Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

2 El presente artículo en parte fue el objeto de la exposición del autor en el panel «Daños en el Derecho de Familia» del 2º Congreso Euroamericano de Derecho de Familia y 3ª Jornadas Uruguayo Argentino Chilenas de Derecho de Familia, organizados por la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia en Montevideo los días 12, 13 y 14 de octubre de 2016.

3 Cfr. MARTÍN-CASALS, Michel y RIBOT, Jordi, “Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, pub. en *Anuario de Derecho Civil*, 2011.2, España, sec. Estudios monográficos, pág. 508.

la vía civil, instituyen un mecanismo de suma utilidad, para una efectiva tutela de los derechos. Por un lado, permite sancionar al infractor con una pena siempre dolorosa como es la privación de libertad; por otro, puede ser el único castigo en aquellas hipótesis en que la vulneración de los derechos se lleva a cabo por un insolvente, o también en el caso contrario, en que la posición económica en que se encuentra el agresor, no conduce a que una penalidad dineraria encarne una verdadera condena aflictiva.

GAMARRA ha hecho notar la diferente reacción que consagran los Derechos civil y penal en el campo de la responsabilidad: la responsabilidad penal está centrada en la persona del delincuente y su comportamiento y tiene una finalidad nítidamente sancionatoria, mientras que la responsabilidad civil tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial o moral perturbado por el hecho dañoso, restaurando la situación del lesionado mediante la traslación del perjuicio desde un patrimonio (el de la víctima) a otro (el del sujeto que resulte designado como responsable)⁴.

- Es sabido que el Derecho de familia constituye un área jurídica basada en el fuerte componente moral y afectivo que debe regir las relaciones humanas, pero es claro que la sola alusión a ese fundamento no es suficiente, dado que no son infrecuentes los supuestos en que los miembros del grupo se apartan del estándar de conducta que deben mantener.

Ante tales circunstancias, en algunos casos, el legislador ha establecido expresamente una sanción de naturaleza económica por no haber actuado de conformidad con lo que exigen los cánones legales o por haber causado daños en el ámbito del Derecho de familia: *v. gr.* arts. 211 (pérdida de gananciales para el cónyuge de mala fe en caso de matrimonio nulo) o 896 y ss. (desheredación). A fin de ver la procedencia de la responsabilidad resarcitoria, es patente, en este último caso, que además de la privación de la condición de legitimario que se deriva de la desheredación, también es posible que se fije una indemnización por los daños y perjuicios causados -cuando por ejemplo existió una tentativa de homicidio del desheredado que causa daños a la víctima que luego deshereda-.

Además, es dable visualizar que los cambios sociales repercuten en las sanciones que se imponen a los componentes del grupo familiar por violación de los deberes que se les atribuyen; *cfr.* al respecto el art. 182 -hoy derogado- que preveía la pérdida de los gananciales para la mujer adúltera.

Sin embargo, las reglas generales permiten la imposición de una indemnización para otros supuestos no previstos por la ley en forma expresa (*v. gr.* no reconocimiento o daño moral por adulterio).

- Las reclamaciones por responsabilidad civil pueden verificarse tanto en las relaciones externas como internas de la familia.

En el ámbito externo, se analizan los daños que los terceros -ajenos al grupo familiar- provocan a alguno de los miembros de éste.

4 GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XX, Mdeo., F.C.U., 1988, pág. 9.

En el ámbito interno, se analizan los daños que se producen por las acciones o las omisiones entre los miembros de la familia (*v. gr.* daño por incumplimiento de los deberes matrimoniales, por no reconocimiento de hijos extramatrimoniales).

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL

- El legislador uruguayo no dispuso quiénes se encuentran legitimados activamente para reclamar por los daños materiales o morales que suscita el fallecimiento de un sujeto a raíz del ilícito cometido por otro.

Es de principio que todo daño derivado de un hecho ilícito que lesiona un interés jurídicamente protegido es resarcible (art. 1319). Por ese motivo, son patentes las reclamaciones que se verifican por parte de un cónyuge o concubino por el fallecimiento del otro miembro de la pareja, o de los padres o los hijos por esa causa; de todos modos, dado que la protección de la familia no queda circunscrita al grupo nuclear, también son admisibles reclamos de los abuelos por el hecho ilícito que causa la muerte del nieto o de éstos respecto a la de aquéllos, o también las demandas por daños cometidos contra los hermanos.

- Pero los tribunales patrios han ido más allá y admitido reiteradamente que la circunstancia de que el actor no tenga la calidad de hijo natural por falta de reconocimiento de su padre, fallecido en un accidente, no le quita legitimación para pretender la indemnización de los daños causados por dicha muerte; y la razón expuesta se finca en que si bien los hijos naturales no reconocidos no son legalmente hijos, son titulares de un interés jurídicamente protegido (art. 40 de la Const.), el cual es atributivo de legitimación para reclamar la reparación por responsabilidad extracontractual por el daño causado por la muerte de su padre, contra el ofensor⁵.

- Y en otro fallo, se proveyó que el hijo natural no reconocido tiene legitimación causal para accionar en sede de responsabilidad extracontractual: al margen del vínculo formal u oficial de parentesco, importa la prueba de una relación dotada de cierta permanencia y estabilidad entre el padre y el hijo natural que permita suponer en el segundo una segura aflicción por la injusta pérdida de la vida del primero. A los efectos del daño patrimonial es obviamente vital la prueba de una contribución económica del padre natural biológico, porque el daño resultará justamente de la privación de ese auxilio que el hecho ilícito produce. No obstante, ninguna prueba de ello se presentó, por lo que el rechazo de la demanda es inexorable, pero no porque se niegue legitimación causal al hijo natural no reconocido, sino porque en el caso concreto no se ha aportado prueba alguna de una relación connotada por cierta continuidad y permanencia entre aquel y su padre biológico, de la cual se pudiera inferir tanto el daño moral causado por la muerte de éste, como la configuración de un daño por la privación ilegítima de una contribución económica al hijo biológico⁶.

5 A.D.C.U., T. XXVII, f. 354, pág. 128.

6 A.D.C.U., T. XXIV, f. 609, pág. 196.

• **El resarcimiento puede abarcar tanto los daños materiales como los morales.** Para los primeros, es menester la prueba efectiva de que el padre proveía auxilios de naturaleza patrimonial al hijo a pesar de inexistir una filiación legalmente atribuida o en su caso, la expectativa o posibilidad de éste de obtenerlos en el futuro al ostentar la perspectiva de que sea reconocido o pueda iniciar una acción judicial de declaración de filiación. Para los segundos, es preciso que el accionante compruebe que, a pesar de la inexistencia de un vínculo filial de derecho derivado de la falta de reconocimiento, el suceso del cual fue víctima su progenitor le ha suscitado un tormento de cierta entidad.

• Ante los tribunales uruguayos se presentó un caso en que la madre natural de un menor de edad accionó, en ejercicio de la patria potestad y en representación de su hijo, reclamando daños y perjuicios contra una compañía de ómnibus en virtud de que, en un accidente ocurrido en la ruta, una de sus unidades embistió un vehículo en el cual, junto con otras personas, se transportaba el padre extramatrimonial del actor, cuando éste se hallaba concebido, habiendo aquel fallecido como consecuencia de ese hecho. En el fallo de instancia, si bien el juez interviniente admite la culpabilidad del conductor del ómnibus y que se le debe pagar al menor una pensión de aproximadamente medio salario mínimo nacional hasta que cumpla veintiún años de edad, no recibe la reclamación por daño moral. Entre las razones aducidas en el fallo se estima, por parte del juzgador, que el hijo no nacido a la fecha del accidente fatal de su padre no pudo padecer daño moral alguno, dado que no era capaz para ello. Asimismo, se expone que «si en el futuro ese sujeto de personalidad condicionada ha de sufrir o no por la falta de un padre que no conoció, es un hecho jurídicamente indiferente y que no puede ser objeto de estimación reparatoria, pues lo real es que el niño no nacido no padeció daño moral como consecuencia inmediata y directa de la muerte de su padre biológico». Empero, el tribunal revocó en este aspecto el fallo de primera instancia y admitió la procedencia de la reparación del daño moral a favor del hijo, en virtud principalmente de que se estima que «el concebido siempre que nazca viable, es sujeto de derecho»⁷.

• También se consideró admisible la indemnización por lucro cesante a las respectivas parejas e hijos (menores y mayores de edad) de dos trabajadores muertos en accidente. En efecto, en el fallo se juzgó que, en cuanto al reclamo por lucro cesante, está probado que ambos fallecidos trabajaban en relación de dependencia y que evidentemente contribuían a los gastos del hogar. En función de ello, y conforme con el normal acontecer de los hechos, se estimó que puede concluirse en la existencia de una pérdida para los reclamantes: en el caso de la cónyuge y de la concubina por obvias razones y dado que compartían el hogar –por lo que se fija una indemnización que se calculará hasta que las víctimas cumplieren 70 años–; en el caso de la hija menor de edad, por la clara asistencia económica que debía percibir; y en el caso de los hijos mayores de edad se justifica, siempre por los parámetros de normalidad, en que hasta los 25 años los padres los asisten monetariamente o en ayudas puntuales, quedando excluidos de la indemnización los hijos que hayan superado esa edad, por no acreditarse fehacientemente una contribución permanente de los fallecidos⁸.

7 Sents. del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Tercer Turno, de 20 de febrero de 1981, y del T.A.C. 3° T., de 8 de marzo de 1982, pub. en *L.J.U.*, T. XCV, 1982, caso 9.815. También pub. en ORDOQUI, *Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido (en la jurisprudencia)*, Mdeo., Acalí Editorial, 1984.

8 Sent. del T.A.C. de 3er. Turno n.º 38/2012, de 27 de febrero de 2012 (CARDINAL –red.–, CHALAR, ALONSO), pub.

Y en otro fallo se juzga que «se encuentra acreditado que la víctima trabajaba y que tenía una buena relación con sus hijos, por manera que resulta una valoración acorde con la sana crítica y supletoriamente con las máximas de la experiencia y de lo que normalmente acaece (arts. 140 y 141 del C.G.P.) que el padre colabora económicamente con sus hijos para su manutención, ya sea que ello derive del natural afecto común o del simple cumplimiento de una obligación de origen legal»⁹.

- Por las razones planteadas, es ineludible circunscribir los supuestos en que procede una reclamación de esta índole: la pretensión por los daños materiales sólo tiene lugar cuando el afectado evidencia que contaba (o podía hacerlo) con el apoyo material de su progenitor, mientras que el daño extrapatrimonial surge cuando es verificable, atendiendo a las circunstancias que rodean cada caso, que se había configurado una comunidad espiritual entre progenitor y prole. Por ende, de comprobarse la presencia de una relación afectiva, es plausible impetrar una petición por daño moral por la concurrencia de un lazo afectivo.

- En la sent. del T.A.C. 6° T., de 7 de setiembre de 1998, se hizo lugar a una demanda indemnizatoria, frente a lo cual los demandados alegaron: 1) la actora carece de legitimación activa, porque no justificó su vocación hereditaria, no acreditó los lazos afectivos que la unían con el causante y porque, en su calidad de sobrina del mismo, no dependiente económicamente, está lejos de ubicarse en el elenco de legitimados activos de la pretensión resarcitoria; 2) el accidente se debió a la culpa exclusiva de la víctima, que cruzó por detrás de la camioneta, fuera de la zona de seguridad;... En cuanto a la legitimación activa, el tribunal estima que el agravio no es de recibo. En el caso, los lazos de afecto entre la actora y el difunto recibieron el aval de los testimonios de varios testigos, así como que el causante “hacía las veces también de padre”, “siempre fue como un padre”... Carece de relevancia que la accionante no hubiese justificado su vocación hereditaria, ya que lo que aquí interesa es la prueba de la relación de afecto. En consecuencia, la actora tiene derecho a ser indemnizada por los responsables de la muerte de su tío, con el que siempre convivió desde que tenía 8 o 9 años de edad, por cuanto la licitud *no exige necesariamente la violación de un derecho subjetivo, siendo suficiente con que se lesionen intereses jurídicamente protegidos o una situación jurídicamente relevante* (cfr. Gamarra, *Tratado...*, T. XIX Vol. 1° ed. 1981, ps. 286/287) y, en el caso, la muerte de su tío importó una lesión en la esfera jurídica de la accionante, agrediendo una situación protegida en el ámbito constitucional, como son los lazos familiares y de afecto (art. 40 y 72 de la Carta), cuya existencia, además de haber sido eficazmente probada, es normal y lógico suponer por los antecedentes de la relación entre la actora y el fallecido. Tal conclusión resulta natural en nuestro ordenamiento jurídico donde, por el juego de los arts. 72 y 332 de la Constitución, y del art. 1319 del C.C., la recepción de los derechos inherentes a la personalidad es amplísima (cfr. Beatriz Venturini: “El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado”, ed. FCU, p. 45). Ha sido ésta la posición que, en cuanto a este tema, ha sostenido este redactor siendo titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 9° Turno, en situación similar referida a la legitimación activa de los tíos abuelos de un menor fallecido, quienes, además, fueron

en Rev. *D.J.D.C.*, T. I (2013), f. 539, págs. 545-546.

9 Sent. del T.A.C. de 5° Turno n.º 92/2012, de 13 de junio de 2012 (GRADÍN –red.–, SIMÓN, FIORENTINO), pub. en Rev. *D.J.D.C.*, T. I (2013), f. 547, pág. 548.

quienes se ocuparon de su crianza desde que tenía 3 o 4 años de edad hasta que murió (sent. inédita N° 63/94). Y ello por cuanto se comparte con la juez *a-quo* que la familia no debe entenderse restringida a la familia legítima, ni dentro de la misma a los titulares de un derecho alimentario, sino comprendiendo, también, a la célula familiar de hecho, con un concepto sociológico, basado en la filosofía del art. 40 de la Constitución (cfr. Gamarra, *Tratado...*, T. XIX Vol. 1° p. 288), independientemente de los beneficios económicos que la reclamante hubiese podido perder por la muerte de su tío. Por consiguiente, aun cuando por sus edades (véase que el difunto nació el 14 de setiembre de 1923, fs. 2, y la actora nació el 9 de febrero de 1929, fs. 7) podría asimilarse el causante a un hermano de la accionante y no a un “padre de crianza”, la conclusión no varía, ya que lo que importa es la relación de afecto que entre ellos existía, siendo de destacar la actitud paternalista que el causante siempre asumió respecto a su sobrina (tal como surge de los testimonios rendidos en autos), actitud que, como la experiencia indica, es natural en el hermano varón respecto de su hermana, más aun, en el Uruguay de los años 1930 a 1960, tiempo en el que transcurrió la niñez y juventud de la actora y su tío¹⁰.

- En la sent. del T.A.C. 6° T., de 17 de julio de 2002, no se recoge el agravio referido a la falta de prueba del daño moral de la concubina y del hijo de la víctima, por cuanto la circunstancia de haber convivido la actora varios años como concubina con la víctima permite presumir, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (arts. 140 y 141 C.G.P.), que existe un daño moral mínimo o standard, para apartarse del cual debe existir prueba tanto para su aumento como para su reducción. En este sentido, puede afirmarse que se trata de un daño “in re ipsa”. Tampoco resulta de recibo el agravio fundado en la condena a pagar indemnización por el daño moral sufrido por el hijo ya que no se probó su tristeza y sufrimiento. Se reitera que cuando los legitimados activos tienen un vínculo familiar o de parentesco como el que existe entre padres e hijos, cónyuges o concubinos, corresponde inferir o presumir, de acuerdo con reglas de razonabilidad, siguiendo el criterio de lo que normalmente acontece, un determinado daño moral mínimo o “standard” que siempre se padece en tales situaciones. Sólo en virtud de alegaciones respaldadas por pruebas en contrario producidas sobre el punto, el decisor puede apartarse de tales “standards” o mínimos indemnizatorios¹¹.

3. DAÑOS POR VIOLACIÓN DE LOS DEBERES EMERGENTES DEL MATRIMONIO

- El Código Civil no se ha ocupado de regular el resarcimiento de los daños y perjuicios que derivan de la ruptura del matrimonio. De manera contraria, lo ha hecho en lo referente a la nulidad matrimonial. Esto ha planteado en la doctrina la discusión acerca de la procedencia o no de reclamar los daños que pueda producir el divorcio o la separación personal.

No obstante, el legislador ha previsto la pérdida de las ventajas matrimoniales (art. 179) y de los alimentos congruos del art. 183 –y antes art. 182-. Asimismo, como consecuencia de la disolución del vínculo, los cónyuges pierden la condición de herederos

10 L.J.U., caso 13.652.

11 L.J.U., T. 126, 2002, suma 126076.

ab intestato y el derecho a porción conyugal (claro está que ello acontece tanto para el cónyuge culpable, como para el inocente).

- Un grupo de autores sostiene que no corresponde resarcimiento en ningún caso, dado que: 1º) los deberes derivados del matrimonio no tienen un contenido susceptible de apreciación pecuniaria; 2º) implicaría sancionar dos veces al responsable frente a un mismo hecho; y 3º) el Derecho de familia tiene ciertas especialidades o particularidades que hacen que no se apliquen en ese ámbito las normas generales de responsabilidad.

- La mayoría de los autores admite, en cambio, el resarcimiento de los daños, afirmando: 1º) la conducta dolosa o culposa de uno de los cónyuges en violación de una disposición legal y que causa un daño al otro cónyuge, genera responsabilidad; 2º) cuando los hechos que han dado origen al divorcio constituyen en sí mismos un acto ilícito, corresponde resarcir; 3º) la especialidad del derecho de familia no es obstáculo para aplicar reglas generales de reparación de daños, pues el deber de no dañar es más evidente las relaciones familiares que en las de cualquier otra rama del derecho. Por esa razón debe admitirse que sean reparados tanto los “daños morales” como los “patrimoniales”, derivados de los hechos ilícitos constitutivos de las causales de divorcio, aplicando la teoría general de la responsabilidad civil (en general, extracontractual).

- **Elementos para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.** *a) Hecho ilícito o antijurídico:* se debe tratar de actos que violen deberes previstos en forma expresa e implícita por el ordenamiento jurídico, tales como el adulterio, las sevicias e injurias graves o el abandono; *b) Imputabilidad:* es el factor de atribución subjetivo de responsabilidad dolosa o culposa que se concibe solamente en el *divorcio-sanción*, ya que aquí es donde se dan los comportamientos antijurídicos imputables a uno o a ambos cónyuges; *c) Daño:* debe existir un perjuicio material o moral susceptible de apreciación pecuniaria; *d) Relación de causalidad:* que el daño sea consecuencia del hecho antijurídico del otro cónyuge¹².

- Vinculado con lo anterior, también cabe aceptar la indemnización de los daños materiales y morales derivados del conocimiento por parte de quien se consideraba padre de que el hijo que tenía por propio no lo era y que fue procreado por la esposa en relaciones adultera o extraconyugal. Ello acarrea daño moral y además la posibilidad de reclamar los alimentos pagados para la manutención del hijo que se creía propio. Respecto a esto último se puede sostener que la acción es contra la madre, y no contra el hijo, dada la característica de irrepetibles de los alimentos.

4. RECLAMACIÓN DE DAÑO MORAL POR EL NO RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

- Los órganos judiciales uruguayos no habían tenido oportunidad de pronunciarse sobre una cuestión que ha sido recibida en múltiples ocasiones por los tribunales argentinos con base en preceptos similares y en los cuales hay una marcada inclinación respecto su admisibilidad: la relativa a puntualizar si el no reconocimiento del progenitor

12 *Vid.*, sent. del T.A.C. 2º T., de 6 de marzo de 1989, pub. en *L.J.U.* caso 11297.

es un supuesto de responsabilidad aquiliana que suscita un derecho de compensación a favor del hijo natural de hecho¹³.

- Incluso la doctrina doméstica poco se ha referido al asunto; en este sentido, únicamente el aporte de SALABERRY, quien expone que en estos casos el padre se halla frente a un deber jurídico; es libre de realizarlo o no, pero en el caso de que no lo haga debe afrontar las consecuencias, es decir, es responsable jurídicamente; en tanto el hijo tiene el derecho a ser reconocido, posee un interés jurídicamente tutelado y la falta o negación del reconocimiento es una actitud ilícita que ocasiona la reparación del daño causado¹⁴. La autora restringe –juzgo que inmerecidamente– la reparación al caso en que sobrevino una declaración judicial de paternidad, dado que nada impide que el litigio sea incoado con absoluta independencia de la investigación de filiación, de manera que su resultado no altere el estado civil del actor.

Incluso, si bien la declaración judicial de paternidad o maternidad se halla sujeta a plazos de caducidad –*vid.* art. 198 del C.N.A.–, no ocurre lo mismo con la posibilidad de incoar una acción tendiente a requerir una indemnización por el no reconocimiento que no culmina a los 25 años de edad del hijo.

La materia atinente al surgimiento de la responsabilidad del progenitor que no reconoce a su prole no ha sido objeto de previsiones normativas en el ordenamiento vernáculo, por lo que son aplicables las reglas que principalmente en los arts. 1319 y siguientes del C.C.U. se determinan para la responsabilidad aquiliana en general. Por ese fundamento, son elementos imprescindibles para que se verifique su surgimiento: la presencia de un hecho ilícito perpetrado por acción u omisión derivado de la culpa o el dolo del progenitor, la provocación de un daño y la existencia de un nexo de causalidad entre aquel ilícito y el daño ocasionado.

- Actualmente en el C.N.A., el 28° dispone bajo el rótulo: (Derecho y deber a reconocer los hijos propios), que: «Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos» y el art. 30 membretado «Capacidad de los padres para reconocer a sus hijos», señala que «todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil y edad, a reconocer a su hijo».

- La responsabilidad del padre surge cuando pudiendo reconocer a su hijo no lo hace y le provoca por esa omisión un daño que es resarcible. Se trata en todo caso de una responsabilidad subjetiva, que permite una reclamación por daño moral como por daños materiales, aun cuando es ostensible que con respecto a estos últimos, la pretensión no es en general asequible, en virtud de que el hijo cuenta en su arsenal con diversas acciones con las cuales llamar a responsabilidad a su progenitor y que lo van a tornar acreedor a una pensión alimenticia; es decir, las acciones de investigación de paternidad o maternidad reguladas por el C.N.A.

13 *Vid.* HOWARD, «Filiación natural de hecho», en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, N° 17, sección Doctrina, F.C.U., 2004, págs. 101-117.

14 SALABERRY, Elena, «Responsabilidad civil del padre por el no reconocimiento voluntario del hijo natural», *R.U.D.F.* N° 8, págs. 197 y 198.

Acaso, el ámbito más propicio para que emerja la responsabilidad civil es en lo concerniente al daño moral. La indemnización del daño moral es sin duda viable, en cuanto la privación de reconocimiento lacera el derecho que tiene el hijo a su identidad personal, esto es, a conocer sus orígenes y a tener fehacientemente atribuida una filiación determinada. El comportamiento omisivo del progenitor es un accionar ilícito consumado de manera negativa, en tanto infringe el deber de subyugarse a las responsabilidades emanadas de la procreación. Ese agravio extrapatrimonial, consistente en el no reconocimiento y, por ende, normalmente en la no asunción de las cargas que impone la paternidad o maternidad, le engendra variados perjuicios al hijo¹⁵, que al tener su origen en un accionar ilícito habilitan el derecho a su reparación¹⁶.

- En este sendero, los argentinos MOLINA QUIROGA y VIGGIOLA afirman que “la filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente, ya que el deber de reconocer al hijo es un deber jurídico, aunque el reconocimiento como acto jurídico familiar sea voluntario. El nexo biológico implica responsabilidad jurídica, y quien, por omisión, elude su deber jurídico de reconocer la filiación, viola el deber genérico de no dañar y asume responsabilidad por los daños que cause a quien tenía derecho a esperar el cumplimiento de ese deber jurídico”¹⁷. En similar derrotero, GREGORINI CLUSELLAS expresó que quien omite reconocer un hijo extramatrimonial incumple un deber, que es a la vez un derecho del hijo para el cual la ley lo habilita a accionar, generando daños con la omisión o negativa. Legalmente, si bien el reconocimiento es un acto jurídico voluntario unilateral, no por ello es discrecional del sujeto, quien deberá efectuarlo cuando se de la realidad biológico de que depende¹⁸.

Por su parte, MENDEZ COSTA agrega un argumento de disímil naturaleza para consolidar la postura de que el progenitor que no reconoce a su hijo incurre en responsabilidad. Según la autora, ‘el art. 1071 (del C.C. argentino) priva de amparo al ejercicio abusivo de los derechos tipificándolo por contrariar los fines que se tuvieron en mira al reconocerlos o por exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. La ley admite el reconocimiento por el padre o madre extramatrimonial con la finalidad de facilitar y simplificar la determinación de la filiación del hijo y de dar cauce jurídico al cumplimiento de un indiscutible deber ético. Abstenerse del reconocimiento implica contradecir esos fines y obrar contra la moral y las buenas costumbres. Constituye, por lo tanto, un supuesto de acto abusivo, esto es, un caso de acto ilícito’¹⁹.

- El no reconocimiento de un hijo natural plasma una hipótesis de hecho ilícito come-

15 ZANNONI señala que la falta de reconocimiento impide al hijo ejercer los derechos que son inherentes al estado de familia; por ejemplo, no contar con el apellido paterno, ni con la asistencia, al menos material, del progenitor y no haber sido considerado su hijo en el ámbito de las relaciones humanas, (ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, T. II, Bs. As., Ed. Astrea, 2002, pág. 403).

16 Como ha sostenido GAMARRA, la ilicitud no exige necesariamente la violación de un derecho subjetivo, siendo suficiente con que se lesionen intereses jurídicamente protegidos, o la lesión de una situación jurídicamente relevante, esto es, calificada por una norma (GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, Mdeo, 1981, págs. 286-287).

17 MOLINA QUIROGA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia E, *Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial*, obtenido en la página web de la Asociación de Abogados de Buenos Aires: www.aaba.org.ar.

18 GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación*, L.L., T. 1995-E, pág. 12.

19 MENDEZ COSTA, María Josefa, *Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente*, L.L., T. 1989-E, pág. 576.

tido por omisión que genera responsabilidad. El progenitor que culposa o dolosamente incurre en esa conducta contraviene sus obligaciones y como es evidente debe responder por ello a través de la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que su omisión acarrea.

Como se ha sostenido reiteradamente por los tribunales argentinos, si bien el reconocimiento o la inscripción en el Registro Civil se hace mediante un “acto voluntario” de emplazamiento, no quiere decir que se tenga derecho a no reconocer a un hijo engendrado —en caso del hombre- o alumbrado —en caso de la mujer-. No puede decirse que el demandado no tuviese ninguna obligación de reconocer a su hija. Todo lo contrario, los derechos de una persona están limitados por los derechos de los demás; la filiación y el apellido consiguiente constituyen atributos de la personalidad del menor que no pueden serle desconocidos legalmente. La falta de reconocimiento del hijo propio engendra un hecho ilícito que hace nacer, a su vez, el derecho a obtener un resarcimiento en razón del daño moral que pueda padecer el hijo. La filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente y el hijo tiene derecho a un resarcimiento del agravio moral²⁰. Y en otro dictamen se expresó que, considerando que la filiación y el apellido son atributos de la personalidad que no pueden ser desconocidos legalmente y que el orden jurídico procura la concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico, aquel que elude voluntariamente su deber jurídico resulta responsable de los daños ocasionados a quien tenía el derecho a ser emplazado en el estado de familia respectivo y resultó perjudicado por la omisión del reconocimiento espontáneo²¹.

- Por consiguiente, debe concluirse en que, sea por aplicación del principio de que todo aquel que con su actuar ilícito genera un daño está en la obligación de repararlo (art. 1319 del C.C.U.) o por el empleo de la teoría del abuso del derecho (art. 1321), el progenitor de hecho que actuando culposa o dolosamente no atribuye a su progenie la filiación jurídica que le corresponde genera una hipótesis de daño resarcible.

- Pero para que la indemnización sea procedente, es menester atender a la conducta asumida por el progenitor, dado que se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva, es decir, que solamente aflora cuando actúa de manera dolosa o culposa. Por esa razón, si bien existe daño, éste no es indemnizable en aquellas hipótesis en que el progenitor desconocía la existencia de su hijo (*v. gr.* porque no le fue notificado por el otro progenitor), es un discapacitado intelectual o se encontraba en alguna de las hipótesis obstativas que el C.C.U. preveía para el reconocimiento.

5. DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS EN EL AMBITO DE LA PATRIA POTESTAD

- La jurisprudencia es consonante en que el incumplimiento por parte de los padres de los deberes que tienen atribuidos puede conducir a que deban indemnizar a sus hijos por los daños y perjuicios que les causasen. En este sentido, en la sent. n.º 195, de 18 de agosto de 2004, dictada por el T.A.F. de 2º Turno (Silbermann —red.—, Pérez Manrique,

20 Pub. en *LL.*, T. 1989-E, págs. 575-577.

21 Fallo pub. en *LL.*, T. 1995-E, págs. 10 y ss.

Cantero), se estimó que es indudable que es viable una reclamación por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sea por acción u omisión, como generativa de responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados. Ahora bien, en el caso concreto se juzga que no existe relación causal entre la falta de cuidados materiales, afectivos y socioeducativos (producidos por la omisión de los deberes referidos) y los padecimientos materiales y morales (disolución de su matrimonio por divorcio y aflicción psíquica –neurosis-) padecidos por la reclamante. Ello en virtud de que ésta fue criada por sus abuelos maternos –a quien su madre confirió la tenencia-, con quienes fue feliz y se colmaron sus necesidades²².

Por el contrario, en la sent. n.º 115, de 3 de mayo de 2006, del mismo tribunal (Pérez Manrique –red-, Cantero, Silbermann; Maggi, Baccelli y Monserrat –discordes), se juzgó que en el caso se habían configurados todos los elementos de la responsabilidad civil del padre, en virtud de que se acreditó una actitud ausente, en aspectos elementales de atención y cuidado (rendimiento escolar, atención de la salud), y en las áreas que refieren a la estricta comunicación humana desde lo afectivo (cumpleaños, fiestas tradicionales, llamadas telefónicas, etc.), lo cual le ocasionó daños al hijo reclamante. En tal dirección se probó que éste padeció dificultades de integración social, que sus rendimientos escolares no son muy satisfactorios y de los estudios psicológicos emergió que existió un daño a la vida de relación, radicada en la psiquis del actor, que lo acompañará toda su vida en la medida en que no se reconstruyan los vínculos con su padre²³.

• En un caso, que llegó a ser fallado en casación por la S.C.J., en que el padre obligado a prestar alimentos vació voluntariamente su patrimonio, a través de varias enajenaciones de inmuebles a favor de su hermana, lo cual llevó a que fueran procesados en vía penal como autor y coautora del delito de estafa, se lo condenó en vía civil al pago de los daños morales que padecieron sus hijas y a los daños materiales que les ocasionó la ocultación de bienes entre el periodo que va desde la fijación original de la pensión y la demanda de aumento de ésta. Ello por cuanto, como consecuencia del proceder del padre, sus hijas «percibieron ingresos por debajo de los que en verdad les hubieran correspondido si se tienen en cuenta los bienes propiedad del demandado que fueron ocultados, en perjuicio de los legítimos derechos alimentarios de las actoras». Asimismo, en atención a la magnitud de los perjuicios sufridos por las accionantes en el plano anímico, como el desalojo del que fuera su hogar, la imposibilidad económica de continuar estudiando en los colegios privados a los que asistían, la pérdida de afiliación a la mutualista médica, entre otros, se fijó una indemnización por daño moral a favor de las hijas en primera instancia que fue elevada en segunda instancia y mantenida por la S.C.J. Asimismo, el órgano judicial se encarga de aclarar que la indemnización de los daños materiales «no se trata de un aumento de pensión, sino de una indemnización, por lo que las actoras no tuvieron y debieron percibir. ... Los daños tienen que ver con la ocultación de bienes y la importancia que esta conducta [del padre] tuvo para la fijación de la pensión. Por otro lado, con respecto a la tía de las menores afectadas (hermana del demandado principal a la cual éste transfirió sus bienes), la condena a resarcir el daño moral no está fundada en la extensión de las obligaciones alimentarias a su persona, por

22 Pub. en *A.D.C.U.*, T. XXXV, sec. Jurisprudencia sistematizada, f. 551, F.C.U., 2005, págs. 261-262.

23 *A.D.C.U.*, T. XXXVII, sec. Jurisprudencia sistematizada, f. 571, F.C.U., 2007, págs. 250-251.

ser tía de las menores –para lo cual no está legitimada pasivamente-, además de tratarse de una cuestión que pertenece al ámbito del derecho de familia, sino que esta indemnización se basa en el hecho ilícito surgido de la ocultación de bienes en perjuicio de las actoras, de la que fue coautora»²⁴.

En esta misma dirección, en un fallo se consideró que son indemnizables los daños y perjuicios causados por incumplimiento del padre de los deberes de sostén, cuidado y educación. En el caso se probó que los padres de una niña se separaron cuando contaba con ocho años de edad y a partir de ese momento, el padre visitó a su hija esporádicamente, aportando para su sustento «lo que podía». Hasta que, cuando la niña cumple los doce años, ante el desinterés de su padre, encuentra en el padrastro y en el padre de éste, la figura paterna de que carecía y se niega a continuar el contacto con el progenitor demandado. Como consecuencia de ello, la adolescente pierde todo vínculo con la familia paterna, especialmente la abuela, pero también con otros familiares. Incluso, al disolver la sociedad conyugal que integraba con la madre de la menor se vendió el bien que constituía el hogar conyugal. La decisión judicial, citando abundante doctrina, estima que aun cuando no quedaron secuelas de una psicopatología instalada en la menor, ello no implica ausencia de sufrimiento, que es en definitiva lo que determina que exista una lesión en el derecho y da lugar a la ilicitud y a la reparación del daño moral padecido. En el fallo se indica que «tal sufrimiento es relevado claramente en la pericia. En autos existen elementos suficientes para concluir en la causación del daño, tanto como en la conducta culpable del apelante. Detrás del fundamento de la obligación de reparar, está ese comportamiento contrario al del buen padre de familia, desajustado a la norma, que con intención o bien con culpa (no actuación de acuerdo a los parámetros de un buen padre de familia para la evitación del daño) se lleva a cabo en perjuicio del otro a quien efectivamente haya causado un daño. Mas en el caso de la especie, dado que se está frente al no ejercicio de derechos subjetivos familiares, de los que se ejercen en el contexto de las relaciones jurídicas familiares como facultades o poderes para la protección de intereses ajenos, es decir no propios de su titular». Y se señala, citando a ORDOQUI que, «dentro del género daño a la persona, se analizan varias especies dentro de las que aparecen, como ya se dijera, el daño moral, el daño psicológico, el daño estético, el daño a la vida de relación, e inclusive, como se está desarrollando, el daño existencial. La violación de los deberes de familia, como ocurre, por ejemplo, con el no reconocimiento de los hijos, con el no cumplimiento de los deberes de manutención o de asistencia... se traduce en un daño existencial que lesiona el proyecto de vida tanto de los hijos como de los esposos. ... El daño existencial se traduce en la obstaculización total o parcial del proyecto de vida determinado al que legítimamente aspira el perjudicado. No se podrá desarrollar actividades, tener contactos de afecto, educación, esparcimiento... la potencialidad lesiva del ilícito va más allá del patrimonio, del cuerpo, de los sentimientos y afecta el desarrollo existencial y la calidad de vida de la persona». A raíz de lo expuesto, atento a que se está ante un daño por incumplimiento del deber de sostén, cuidado y educación que se inicia a la edad de ocho años de la actora, en el cual se acreditó la ruptura del vínculo y el sufrimiento del proyecto de vida que le es connatural, se fijó una indemnización a favor de la menor en la suma de \$ 300.000²⁵.

24 Sent. de la S.C.J. n.º 334/1995, de 14 de junio de 1995 (ALONSO DE MARCO, MARABOTTO, TORELLO, MARIÑO, CAIROLI –red.-).

25 Sent. del T.A.F. de 1º Turno n.º 52/2013, de 18 de setiembre de 2013 (BENDAHAN –red.-, BACCELLI, DÍAZ SIERRA).

6. INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

• La importancia de las comunicaciones de los niños y adolescentes con aquel de los padres a quien no se le confió la custodia cotidiana y la familia ampliada de éste está fuera de debate²⁶. Pero ello no sólo desde la perspectiva de los adultos visitantes, sino en lo primordial para la adecuada formación afectiva de los menores involucrados. Lo expresado porque es evidente que la ruptura de la convivencia matrimonial o de hecho carece de entidad para destruir el conjunto de vínculos que se genera no sólo entre los padres y sus hijos, sino también entre éstos y los componentes de la familia de aquéllos. De modo que, mediante la implementación de un régimen de comunicaciones se trata de impedir que la crisis familiar conduzca a la ruptura de relaciones entre quienes se hallan ligados por un vínculo de parentesco, y entre sujetos que han forjado un lazo afectivo que es conveniente que persista (art. 38 del C.N.A.)²⁷.

Es patente que los hijos, que son las víctimas inocentes de los conflictos familiares que afligen a los adultos, son los que están en la situación más débil para afrontar las consecuencias del quiebre de la familia en la que convivían. A raíz de ello, la adopción de medidas tendientes a desbloquear las dificultades que les permitan mantener los vínculos afectivos con aquellos que no conviven diariamente es misión fundamental para los operadores jurídicos, en especial para los tribunales encargados de fallar sobre estas cuestiones. Con la figura de las visitas se procura evitar que el padre no custodio se transforme en un extraño para sus hijos, facilitando que se genere o se conserve una corriente de afecto, comprensión y conocimiento entre ellos y, en tanto sea posible, se puedan vencer las asimetrías que resultan de que uno de los padres ejerza la custodia y viva cotidianamente con sus hijos, mientras que el otro carece de la posibilidad de mantener contactos diarios.

Desde la perspectiva expuesta, la implementación de un régimen que permita los contactos en la familia desmembrada constituye un derecho de los niños y adolescentes, más que de los adultos, sean los propios padres, los parientes o personas allegadas con las que ha generado un vínculo afectivo. Como derivación de lo dicho, las visitas se fijan atendiendo al interés primordial de aquéllos y sólo puedan ser excluidas o restringidas cuando existan circunstancias reales que se traduzcan en perjuicios para los propios menores.

• Actualmente han perdido vigencia las posturas que se pronunciaban en el sentido de que las visitas constituían un derecho del visitante, dado que como ocurre en materia de relaciones paterno-filiales se trata de un derecho-función, puesto que, si bien supone una atribución de facultades, éstas se confieren para un mejor cumplimiento de los deberes que tiene asignados el padre que se beneficia con su instauración: velar por sus hijos, controlar sus actividades, supervisar su educación, etc. Por ello, en el presente, es más adecuada su consideración como derecho-deber, con lo cual existen dos aspectos

26 El tema de las comunicaciones y visitas lo he analizado en otras ocasiones; *vid. El interés del menor en las crisis familiares: guarda, comunicaciones y visitas*, UM, 2012, págs. 567-912 y «El derecho-deber de visitas», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 22, sec. Doct., págs. 161-191.

27 En esa línea argumental, desde antiguo, se sustenta en la doctrina francesa que la idea directriz de la jurisprudencia fue la de crear un *droit de nature purement affective*, situado por consecuencia en un plano diferente de aquel en que se colocan los derechos relativos a la protección jurídica y a la dirección del menor (VINEY, Geneviève, «Du droit de visite», *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1965, pág. 250).

fundamentales que se deben apreciar en él: en primer lugar, que la visita es un derecho del niño y no sólo del visitante –padre, pariente o allegado–; y en segundo término, que el interés del menor será el que determine su concesión y amplitud.

- Cuando quien impide las visitas es padre custodio, las penalidades que se le pueden imputar son las siguientes: a) variación del régimen de tenencia, cuando ello no perjudique el interés del menor; b) las penas económicas (medidas económicas o *astreintes*) que imponga el juez de oficio o a solicitud de parte, y cuyo producido beneficiará al menor; c) posibilidad de que pierda la patria potestad; y d) una sanción penal en caso de que incurra en el delito previsto por el art. 279 B del Código Penal que se denomina «*Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad*» y que se tipifica cuando alguno de los padres omite el cumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a su función, «poniendo en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor».

La principal obligación que tiene sobre sí el guardador o custodio habitual es de tipo negativo y consiste en no llevar a cabo conductas obstaculizadoras para la adecuada vinculación entre el beneficiario de las visitas y el menor. Empero, junto a esa obligación primordial, existen otras, que también son susceptibles de ser incumplidas por parte de aquél y que son las que pueden dar lugar a un acatamiento indebido o con atraso, como por ejemplo no adoptar las medidas apropiadas para que se lleven a cabo las visitas o no hacerlo en el tiempo correspondiente. Pero además de estos comportamientos que en buena medida pueden ser conceptuados como tangibles, es posible que existan otros, acaso más difíciles de advertir, que habitualmente no superan el entorno hogareño, que también suponen un incumplimiento del régimen y que consisten en influir en la voluntad del menor, de modo que se niegue o sea renuente a una vinculación afectiva con el visitador (en este rumbo, la configuración del «*Síndrome de Alienación Parental*» constituye una muestra extrema y por demás prototípica de lo que estoy expresando)²⁸.

Es evidente que, en el Derecho de familia, en especial cuando están implicados menores de edad, no siempre es posible adoptar íntegramente la figura de la ejecución forzosa, con el amplio contenido con que es recibida en la doctrina procesalista. Ello, primordialmente, por la naturaleza no patrimonial de las obligaciones en juego. Junto con ello, cabe señalar que la especial naturaleza de las relaciones familiares conduce a que si bien los incumplimientos que se producen a los deberes que nacen dentro del ámbito de la propia familia puede traer aparejada la imposición de sanciones de tipo económico, lo realmente trascendente no es la conquista de una suma de dinero, sino el mantenimiento de las relaciones en su seno, a fin de obtener un pacífico y correcto desarrollo de sus componentes.

- Es claramente visualizable que quien debe soportar el derecho-deber instaurado tiene obligaciones positivas (facilitar los encuentros y el régimen de comunicación, entre otras) y negativas (no obstaculizar las reuniones, no generar en el menor sentimientos de encono hacia el visitante, etc.). El incumplimiento de estos deberes puede conducir a que se impulsen variaciones a título de sanción en las relaciones con el menor, como, por ejemplo, reformar el régimen de guarda y custodia asignado, cuando ello no perjudique los intereses de éste.

28 Vid. al respecto: HOWARD, «El síndrome de alienación parental», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año XIII (2014), N° 25, sec. Doctrina, págs. 129-158.

Atento a lo expuesto, carecen de trascendencia a la hora de analizar las responsabilidades del padre custodio por los incumplimientos de las comunicaciones fijadas, aquellas argumentaciones o excusas sustentadas en la falta de predisposición de los hijos para contactar con el visitante, especialmente cuando se trata de menores de corta edad, dado que corre de su lado, en virtud del contacto cotidiano que mantiene con éstos, el deber de procurar que esas visitas se desarrollen en modo satisfactorio.

- Además, como es conocido, todo ordenamiento jurídico interdicta las prácticas de justicia por mano propia, de manera que si el guardador considera que la negativa del menor a comunicarse con aquellos que no disfrutaban de su contacto diario es justificable, o los contactos son perjudiciales para éste, la vía a seguir transcurre necesariamente por la modificación judicial de las medidas dispuestas o acordadas, pero no por la obstaculización unilateral e inconsulta de las comunicaciones.

- La sent. n.º DFA-0010-000608/2015 - SEF-0010-000088/2015, de 22 de junio de 2015, dictada por el T.A.F. de 1er. Turno (Díaz Sierra –red.-, Bendahan y Merialdo) resuelve un interesante litigio en materia de comunicaciones y visitas, que se enmarca en las consecuencias patrimoniales que se derivan del incumplimiento del régimen implementado a fin de mantener las vinculaciones paterno-filiales²⁹. La plataforma fáctica del caso se sitúa en que el día del cumpleaños del descendiente común, la madre a quien se le confirió la custodia no entregó al niño para que comunicase con su padre, cuando éste había organizado una reunión para el festejo, a raíz de lo cual reclama los daños materiales (cotillón, etc.) y morales que padeció. La madre, por su lado, decidió realizar una celebración por el aludido cumpleaños, a sabiendas de que en ese horario –de acuerdo a transacción homologada judicialmente- correspondía que el niño estuviese con su padre. En primera instancia, la Sede *a quo* desestima la demanda resarcitoria; sin embargo, apelado el fallo el tribunal *ad quem* admite la reclamación y condena a la madre demandada al pago de los rubros pretendidos. Para el tribunal, «no hay lugar a dudas que el solo hecho de no estar con su hijo el día de su cumpleaños –cuando de acuerdo a la transacción homologada judicialmente- tenía derecho a hacerlo, provoca un daño irreparable moralmente, el cual surge *res ipsa loquitur*, por lo que como se dijera en tanto ello implica el incumplimiento de los deberes jurídicos establecidos, como acto ilícito hacer nacer la responsabilidad civil del autor de indemnizar el daño que produce al otro». Asimismo, se consideró que en cuanto al daño material alegado por el reclamante, los documentos que presentó no fueron impugnados en legal forma (art. 170.3 del C.G.P.), sino que a lo sumo se hicieron alegaciones sin consistencia y con intención de sembrar dudas, pero que no logran enervar la prueba documental. En los fundamentos del fallo, la Sala cita a Mosset Iturraspe, admitiendo que la regla, aun en las relaciones de familia, es la responsabilidad por el daño causado, mientras que la excepción, con base en circunstancias muy especiales, lo es la irresponsabilidad. Asimismo, se toma en consideración lo expuesto en la doctrina argentina por Medina quien considera que el de visitas “...es un derecho subjetivo, es decir, un poder atribuido a la voluntad para la satisfacción de un interés jurídicamente protegido. Como todo derecho subjetivo, puede ser ejercido coactivamente». Y el fallo también se sustenta en lo recomendado en el 3er. Congreso Internacional de Derechos

29 La sent. la comenté en «La responsabilidad generada por incumplimiento del régimen de visitas», pub. en *Rev. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. IV, 2016, sec. Taller de Jurisprudencia, págs. 225-230.

de Daños realizado en el año 1993 en Buenos Aires, en el sentido de que “La privación de la adecuada comunicación con los hijos por el progenitor tenedor a quien no detenta la tenencia es una conducta antijurídica, en tanto ella implica el incumplimiento de los deberes jurídicos establecidos, como acto ilícito hacer nacer la responsabilidad civil del autor de indemnizar el daño que produce al otro progenitor. El daño puede ser tanto material como moral y para su apreciación deberá tenerse en cuenta la especialidad de las relaciones de familia. La responsabilidad estará en todos los casos basada exclusivamente en la imputabilidad subjetiva. La indemnización propiciada tiene una finalidad preventiva, resarcitoria y sancionadora...».

- El incumplimiento de los deberes que legal y judicialmente se le imponen al custodio origina una hipótesis de hecho ilícito cometido normalmente por omisión que genera responsabilidad, por lo que –como corolario- su autor debe responder mediante la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que su proceder acarrea.

La materia atinente al surgimiento de responsabilidad indemnizatoria por el comportamiento de aquel de los padres (o acaso otras personas) que asume conductas obstaculizadoras a efectos de que un menor no mantenga contactos adecuados con el otro padre (o también con otros miembros de la familia ampliada de éste) y que causa daños a éste, no ha sido objeto de previsiones normativas expresas; sin embargo, son de aplicación al caso las reglas que se determinan para la responsabilidad en general –la sentencia se inclina en concreto por la aquiliana-. Por ese fundamento, son elementos imprescindibles para que se verifique su surgimiento: la presencia de un hecho ilícito perpetrado por acción u omisión derivado de la culpa o el dolo del guardador, la provocación de un daño y la existencia de un nexo de causalidad entre aquel ilícito y el daño ocasionado.

En estas hipótesis, es ostensible que la responsabilidad del padre custodio nace cuando impide injustificadamente los acercamientos de su hijo con aquellas personas a las cuales se les ha reconocido en vía convencional o judicial la posibilidad de mantener esos contactos, lo cual provoca daños que son resarcibles³⁰. Y ello tanto cuando el impedimento de contacto se verifica en forma más o menos reiterada, como en los supuestos en que tiene lugar en ocasiones especiales, como el cumpleaños del niño, del padre o las fiestas tradicionales.

- Se trata en todo caso de una responsabilidad subjetiva, que es más propensa a permitir una reclamación por daño moral que por daños materiales, aun cuando no es de desconocer que es dable que éstos también concurren, como acontece en la sentencia indicada.

Si bien por lo general la conducta asumida por el infractor es dolosa, esto es, tiene intención de vulnerar la relación entre visitante y visitado, es posible también que nazca la responsabilidad en los supuestos en que actúa en modo negligente, de forma que no

30 La doctrina es conteste en que el padre conviviente tiene la obligación de facilitar el contacto del no custodio con sus hijos, poniendo todos los medios a su alcance para que tenga lugar un normal desenvolvimiento del régimen de visitas. Por ende, no sólo debe abstenerse de poner obstáculos que directa o indirectamente dificulten las comunicaciones, sino que debe agotar todas las posibilidades de que disponga a fin de propiciar y favorecer las comunicaciones (RAMOS MAESTRE, «La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas», en AA.VV., *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (Coordinador: MORENO MARTÍNEZ), Madrid, Ed. Dykinson, 2012, pág. 394).

se alcanza el resultado perseguido de obtener la vinculación (por ejemplo, el custodio traslada su residencia a otra localidad dificultando las visitas o acepta negativas injustificadas de un hijo pequeño de no comunicar con su padre)³¹.

- Ahora bien, aun cuando la reclamación indemnizatoria normalmente va a ser llevada a cabo por iniciativa del padre que se ve privado de los contactos adecuados con sus hijos, es palmario que –en tanto la conducta obstaculizadora del custodio del mismo modo perjudica a éstos-, también están legitimados para incoarla. Claro está que ello, en variadas hipótesis, aparece como una posibilidad más ilusoria que real, dado que el custodio, además de sus comportamientos obstaculizadores, suele intervenir en la psiquis de los menores para convencerlos de que su actitud se destina a la mejor protección de los intereses de éstos, por lo que conforman una suerte de alianza que hace difícil los reclamos en el sentido que vengo analizando. Sin embargo, juzgo que en el caso que nos ocupa nada hubiese impedido que el padre reclamara por sí y en representación de su hijo por el perjuicio causado por el proceder materno, o en su caso, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 263 del C.C., pidiendo que se conceda licencia para dicha demanda y se nombre un curador *ad litem* al menor.

Como he dejado escrito, el terreno más propicio para que emerja la responsabilidad civil es en lo concerniente al daño moral, en donde es del todo procedente una reclamación. Ello por cuanto la privación para uno de los padres de los contactos con sus descendientes configura una conducta censurable, que jurídicamente no es indiferente para el ordenamiento, en razón de que causa innumerables perjuicios tanto a los adultos implicados en el conflicto familiar, como a los menores que –normalmente de modo involuntario- forman parte de él. Por cierto, el agravio extrapatrimonial consiste en la imposibilidad que padece aquel integrante de la familia, ahora distorsionada, que se ve impedido de mantener contactos con los menores que conformaban aquella, de forma que, para el caso de los padres, ese proceder obstaculizador lleva no sólo a que se vean impedidos de mantener los vínculos afectivos con su prole, sino también de participar en la formación y desarrollo de ésta.

7. OTROS CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

- Como no puede ser de otra manera, la mención de los supuestos de responsabilidad civil resultantes de las relaciones conyugales expuesto tuvo carácter meramente enunciativo, dado que son infinitos los casos en que puede haber un resarcimiento de los daños y perjuicios causados. En este sentido, es patente que son procedentes las reclamaciones cuando se viola cualquier derecho de la personalidad de un cónyuge (o concubino) por parte del otro componente de la pareja (*v. gr.* en los supuestos de violencia doméstica, agresiones sexuales, afectación de la intimidad, incumplimiento del deber de asistencia recíproca, etc.).

31 En la doctrina española se sostiene que en estos casos se requiere dolo o culpa grave (valga por todos: RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2009, pág. 280).

- En el ámbito de relaciones paterno-filiales, junto a los casos indicados son indemnizables también las afectaciones a los derechos personalísimos de los hijos llevados a cabo por parte de los padres (o incluso de los terceros ajenos al grupo familiar). En este rumbo, el exceso en el ejercicio del derecho de corrección de que gozan los padres por la utilización del castigo físico o cualquier tipo de trato humillante (*vid.* ley 18.214, de 9 de diciembre de 2007); la provocación de daños en la psiquis de los hijos por el trato que les dispensan; los abandonos inmotivados y culpables; «si por sus costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la ley penal» (ord. 6º del art. 285 del C.C.); la imposición de trabajos que exceden sus aptitudes y les causan daños, entre infinidad de hipótesis más, pueden generar la responsabilidad civil de los ascendientes más próximos.

8. CASOS DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

- Existen diferentes conductas que se asumen en el terreno familiar que no generan responsabilidad, aun cuando se produzca un daño:

1. Violación de la fidelidad en el concubinato. La ley 18.246 no exige la fidelidad entre los concubinos, pero sí que la relación sea exclusiva³².
2. Incumplimiento de los esponsales. Art. 81 del C.C.: «Los esponsales o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo y que no produce obligación alguna en el foro externo. No se puede alegar esta promesa ni para pedir que se efectúe el matrimonio ni para demandar indemnización de perjuicios».
3. Por demandar el divorcio o la separación judicial de bienes, dado que se trata de un derecho potestativo de cada uno de los cónyuges.

32 Sent. N° DFA-0010-000813/2015 - SEF-0010-000124/2015, de 7 de agosto de 2015 (DÍAZ SIERRA -Red.-, BENDAHAN -Disc.-, MERIALDO, MARTÍNEZ CALANDRIA), pub. en Rev. *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. IV, 2016, sec. Jurisprudencia sistematizada, págs. 352-353.

DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA. GENERALIDADES¹

BERNARDO LEGNANI

1.-Con el advenimiento del siglo XX, el Estado deviene en Estado de Derecho al someter su actividad al principio de legalidad, lo que se advierte mediante el reconocimiento y respeto hacia los derechos de las personas.

A consecuencia de atender los requerimientos y necesidades colectivas –como consecuencia de las guerras, el maquinismo, las crisis financieras, los avances tecnológicos y científicos- es que el Estado acrecienta su intervención tanto en el sector económico como en el social–mediante la nacionalización de bancos, la prestación de actividades no rentables como ser los cometidos vinculados a la salud e higiene públicas y a la educación etc.- y deviene así en un Estado Social de Derecho.

Es en ese rol que, el Estado procede a consagrar derechos económicos y sociales a los individuos y grupos organizados, transformándose en un ente conformador y benefactor de la realidad económica y social que apunta a garantizar el bienestar de los habitantes.

2.- Esa evolución es acompañada por cambios en la estructura de la familia siendo, tal vez, el más trascendente la inserción de las mujeres en los diversos sectores del mercado laboral.

Ello también se refleja en el eje de autoridad de la familia, en tanto, desaparece la figura dominante de la denominada familia patriarcal y se asiste a la revalorización y respeto de los derechos de los restantes miembros de la familia.

En nuestro país, el ejemplo más sobresaliente es la ley n° 10.783 de Derechos Civiles de la Mujer de 2/10/46 en la que a vía de ejemplo se le reconoce su plena capacidad para administrar sus bienes y ejercer el comercio.

3.- En esa dirección la Constitución uruguaya que data de 1967 sentó los siguientes lineamientos:

- Su art. 40 declaró a la familia “la base de nuestra sociedad” sin distinguir entre la matrimonial o la extramatrimonial.
- El art. 42 impuso a los padres iguales deberes hacia sus hijos matrimoniales y extramatrimoniales y por el art. 41 inc.1 se les asignó su cuidado y educación.
- Por su lado, el Estado se auto atribuye ley mediante:

a) La protección de la infancia y la juventud así como la implementación de las medidas necesarias contra el abandono corporal, intelectual o moral de los menores por sus padres y tutores y combatir su explotación y abuso (art. 41 inc. 3).

¹ El presente artículo fue el objeto de la exposición del autor en el panel «Daños en el Derecho de Familia» del 2º Congreso Euroamericano de Derecho de Familia y 3ª Jornadas Uruguayo Argentino Chilenas de Derecho de Familia, organizados por la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia en Montevideo los días 12, 13 y 14 de octubre de 2016.

b) El amparo de la maternidad cualquiera sea el estado o condición de la mujer (art. 42 inc.2)

c) El sometimiento de la delincuencia infantil a un régimen especial con participación de la mujer.

4.- A la luz de la Constitución de la República surgen entre los componentes de la familia –cualquiera su estructura u origen-derechos y deberes pero sin constituirle en un recinto aislado ni ajeno a la aplicación de la normas y los principios que regulan a la responsabilidad por daños que pueda emerger como resultado de la lesión o del incumplimiento de aquellos.

Ello obedece a que tanto el interés superior del menor como la protección de la familia sumada a la reparación integral del daño integran el elenco de los principios generales de Derecho que se tutelan por los arts. 72 y 332 de nuestra Constitución.

Esos principios son inherentes a la persona humana y, por ende, tienen una existencia previa a su previsión por el Derecho positivo y, a la vez, un valor normativo igual a la de la Constitución por responder esta a una postura *ius naturalista* en la que prevalece y responde al Derecho natural.

En esa orientación se enmarca la jurisprudencia de la SCJ, que su sentencia n° 365/09 de 10/10/09, consideró que las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72 –sin necesidad de la previa ratificación legislativa (art. 85 ord. 7°)- conformando así lo que la doctrina de Derecho Público denomina el bloque de constitucionalidad que está constituido por todos los derechos propios de la personalidad humana.

En esos tratados internacionales así como en virtud de lo señalado en los arts. 7, 24 y 41 inc.3 de la Constitución se prevé al Estado como garante de la protección de los derechos humanos, razón por la que responderá, según los casos, en forma principal o subsidiaria por las lesiones que puedan padecer.

5.- Lo expuesto sumado a la inexistencia de normas prohibitivas ni excluyentes permite extender al Derecho de Familia los elementos configurativos de la responsabilidad por daños.

En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional coinciden en señalar sus principales elementos y rasgos:

A) Es una **responsabilidad extracontractual**, por cuanto se consume por el incumplimiento de deberes genéricos y no de obligaciones en sentido técnico que se originen en un contrato.

B) Es una **responsabilidad subjetiva** que, como tal, obliga a apreciar la conducta del sujeto para apreciar si en la causación del daño concurren los factores atribución de responsabilidad que son:

a) La Culpa (art. 1344 del C.C.): que determina que se deba comparar el comportamiento del sujeto con la diligencia media de un buen padre de familia.

La culpa admite ser calificada como:

i) Leve, es el producto de la negligencia (hacer menos de lo debido), imprudencia (hacer más de lo debido) o impericia (hacer lo debido defectuosamente).

ii) Grave, cuando falta la diligencia mínima.

b) El Dolo (art. 1319 del C.C.): se verifica cuando media la intención de dañar.

Se constatare tales extremos surge el **hecho ilícito**.

C) El daño puede ser:

a) Material o Patrimonial, es decir, pecuniario y admite ser distinguido como:

- emergente: que es la consecuencia dañosa directa y actual;
- lucro cesante: que implica la pérdida de ganancias futuras;
- “chance”: así se denomina a la pérdida de la ganancia eventual.

b) Moral o extrapatrimonial: al igual que el anterior, debe ser probado –por excepción es “in re ipsa” y debe revestir cierta entidad ya que el mero disgusto o desagrado no es indemnizable

D) El Nexo o relación causal que vincule adecuadamente al hecho ilícito con el perjuicio ocasionado.

Precisamente, la concurrencia de una causa extraña no imputable al sujeto en la producción del daño que se le pretende imputar, quiebra el nexo causal y se constituye en **eximente de responsabilidad**, en cuadrando en esta categoría: el caso fortuito o la fuerza mayor (que sea previsible e irresistible en la generación del daño) así como el hecho de un tercero o de la víctima, en tanto, hubieran contribuido a la causación del perjuicio.

6.- A la luz de lo expresado, corresponde incursionar brevemente en las “zonas” del Derecho de Familia en las que se detecta, con mayor notoriedad, la conjugación de la responsabilidad a raíz del incumplimiento o violación de deberes y derechos genéricos sumados a los elementos mencionados.

7.- En las **relaciones entre cónyuges**, a partir del matrimonio nacen varios deberes a saber:

A) Deber de Fidelidad

- Este deber perdura mientras los esposos vivan de consuno, por lo que este deber cesa al terminar la convivencia (art. 127 del C.C.)

- Viviendo de consuno, su incumplimiento por cualquiera de los esposos configura la causal de divorcio: adulterio (art. 148 inc. 1 del C.C.)

B) Deber de Auxilios Recíprocos (art. 127 del C.C.)

Comprende a la asistencia material, económica y moral.

Por el art. 183 del C.C. se deben alimentos aún al ex cónyuge debiendo distinguirse sobre el particular según los años de duración del matrimonio, la culpabilidad y la situación económica respectiva.

C) Deber de Convivencia (art. 129 C.C.)

El incumplimiento de este deber constituye abandono y si se prolonga por más de 3 años es causal de divorcio (art. 148 ord. 8 del C.C.)

El abandono, a su vez, se traduce en el incumplimiento de otros deberes: el de asistencia familiar y el de auxilios recíprocos.

D) Deber de Respeto

Este deber deriva de la dignidad humana y puede constituirse en una injuria (por ej. a través de insultos o malos tratos en público) o en sevicias (por ej. mediante malos tratos físicos) y por ende, en causal de divorcio (art. 148 ord. 3 del C.C.)

En consecuencia, el incumplimiento de estos deberes que provoque un daño y permita su encuadre dentro de cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual descrita autoriza a reclamar su reparación.

Correspondiendo efectuar algunas puntualizaciones:

- La existencia de culpa en la conducta de ambos cónyuges no neutraliza la responsabilidad y cada uno será responderá proporcionalmente a su culpabilidad en la generación del perjuicio.
- Si el esposo que provoca el daño es curador del cónyuge víctima del mismo, este debe ser asistido por un curador especial.
- En el divorcio pueden reclamarse los daños que derivan de los hechos que configuraron la causal así como los que deriven del divorcio en sí, debiéndose tener presente que subsiste la obligación alimentaria entre ex cónyuges a pesar de que la pérdida de la calidad de cónyuge produce sanciones civiles inmediatas:
- Se pierde el derecho a porción conyugal (art 875 del C.C.) así como la vocación hereditaria (art. 1031 del C.C.)
- Se puede ser responsabilizado por la mala administración de la sociedad conyugal (art. 1969 del C.C.)

8.- En el ámbito de las **relaciones entre padres e hijos** corresponde tener presente como punto de partida que la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a ambos padres en la persona y bienes de sus hijos menores (art. 252 del C.C.).

Se le describe como derecho-deber y como derecho función, en tanto, el menor es un sujeto de derechos que, como tal, tiene derecho a ser oído.

Los padres son responsables por los daños que causen sus hijos menores de 10 años (no imputables y son responsabilizados por culpa presumida que admite prueba en contrario) y si tienen entre 10 y 18 años responden objetivamente por hecho ajeno a título de garantía (art. 1320 del C.C.)

8.1- Los principales deberes de los padres hacia sus hijos son:

- Respetar, que se extiende al respeto a la identidad del menor;
- Cuidar (art. 41 de la Constitución y art. 257 del C.C.)
- Orientar;
- Educar (art. 41 de la constitución, 258 C.C. y art. 16 H) y 22 E) del C.N.A.)
- Corregir (art. 261 del C.C., arts 16 F y 17 A del C.N.A.)
- Corregir (arts. 261 Del C.C.; arts. 16 F y 17 A del C.N.A.)

Fue atenuado por la ley n° 18.246 de 20/11/07 que prohíbe al castigo o trato humillante como forma de corrección

- Protección (art. 3 C.N.A.)
- Asistencia: material y emocional (art. 16 C del C.N.A.)

Comprende el derecho-deber de visitar al menor por el padre que no posee su tenencia y el C.N.A. en su art. 43 prevé la posibilidad de sancionar al padre que las impide con la variación de la tenencia a favor del progenitor no tenedor.

En cuanto a la duración de la asistencia material es hasta los 18 años del hijo pero si no tiene medios propios que para su congrua sustentación se prolonga hasta los 21 años.

- En caso de que el menor contraiga matrimonio, se vuelve habilitado y el principal obligado por alimentos es su cónyuge (art. 122 del C.C.).
- En caso de tener menos de 21 años y no contrajo matrimonio, puede reclamar alimentos de sus ascendientes (art. 118 del C.C.)

8.2.- Como contracara, los principales deberes de los hijos son:

- A la Vida (arts. 9, 2, 6, 8, 7y 16 del C.N.A.)
- A tener una vida y desarrollarse (16.1 y 20 del C.N.A.)
- A la identidad (arts. 15 H y 9 del C.N.A.)
- A la no discriminación (arts. 9 y 10 C.N.A.)
- Al desarrollo personal (arts. 3, 21 y 22 del C.N.A.)
- A la privacidad (art. 11 del C.N.A.)

- A no ser explotado (art. 15 A del C.N.A.)
- A ser escuchado (arts. 12.1 y 12.2 del C.N.A.)
- A la Filiación que se relaciona con el derecho a la Identidad que es lo que permite generar al menor un estado de pertenencia a determinada familia (art. 9) y, por ende, también se vincula con el derecho al Nombre y al Honor

8.3.- La filiación legítima o natural del menor depende de que sus padres estén o no unidos en matrimonio.

En el caso de la filiación natural, a su vez, es el resultado de que el menor sea reconocido voluntariamente por sus progenitores no unidos en matrimonio o de la sentencia que se dicte en un proceso de investigación filiatoria (maternidad o paternidad)

En este ámbito, pueden ocurrir supuestos de responsabilidad de diversa naturaleza contra los padres:

a) Así contra la madre por originar un emplazamiento filiatorio falso o bien por negarse a brindar la identidad del verdadero padre biológico.

b) Contra el padre, por incumplimiento del deber de reconocer el que no está sujeto a limitación alguna (arts. 28 y 30 del C.N.A.).

En este caso, se debe observar este deber desde que tuvo certeza de que el menor es su hijo.

El momento de la certeza de paternidad, según determinada jurisprudencia, se verifica con el resultado de la pericia de ADN, lo que es opinable según los casos.

9.- En la **adopción plena** que comprende a los menores de edad y que tiene por fin su integración a nueva familia (art. 137 del C.N.A.) se distinguen 2 etapas:

a) Un proceso previo, es decir, pre adoptivo (art. 133 del C.N.A.) conformado por la separación definitiva del menor de su familia biológica y que está destinado a constatar la ruptura del vínculo con ésta así como la existencia de la adaptación y de relacionamiento afectivo con el o los adoptantes.

En esta instancia, los tenedores asumen hacia el menor idénticos deberes que los padres (art. 16 del C.N.A.)

b) Una etapa post adoptiva (luego de verificada la inscripción registral del menor como hijo matrimonial o extramatrimonial según el estado civil del o los adoptantes) a la que se agrega el deber de respetar el derecho a la identidad del menor, es decir, a saber quien es su familia de origen.

El incumplimiento de estos deberes, claro está, pueden engendrar hipótesis de daño susceptibles de reclamación contra los adoptantes.

También pueden suscitarse otros supuestos de indemnización como por ejemplo si el adoptado accionara contra sus padres biológicos por abandono o contra sus padres adoptivos si pudiera demostrar que fue sustraído mediante fraude, engaño o violencia.

10.- En el caso de los **ascendientes adultos mayores**, estos también poseen el derecho a reclamar los daños y perjuicios que se les ocasionaran por la inobservancia de los siguientes deberes hacia su persona:

- Honra y respeto (arts. 256 del C.C. y 17 A del C.N.A.)

En coherencia con ello, el art. 900 del C.C. prevé como causal de desheredación al maltrato o la injuria grave hacia el ascendiente que deshereda.

- Cuidarles (art. 17 B del C.N.A.)
- Asistencia material y moral (art. 45 del C.N.A.)

11.- En lo que concierne a la **unión concubinaria**, que para su reconocimiento judicial se requiere constatar en la pareja la comunidad de techo, lecho, mesa y estabilidad, es decir, duración (5 años) también surgen determinados deberes entre sus miembros cuyo no cumplimiento puede aparejar perjuicios como ser el deber de asistencia material.

Aunque, en puridad, lo que se tutela es un interés o un derecho legalmente protegido pero no a raíz de la unión concubinaria en sí.

Por lo que corresponde realizar alguna puntualizaciones de interés:

- La ruptura de la unión concubinaria no constituye un acto o un hecho ilícito -como sucede con el matrimonio- pero la disolución del concubinato judicialmente reconocido finaliza por sentencia dictada a petición de parte o muerte o ausencia de uno de los concubinos, le hace extensible las reglas de disolución de la sociedad conyugal si existieran bienes adquiridos durante la vigencia del concubinato (art. 5 b de la ley n° 18.246).
- Si bien no le son extensibles a la unión concubinaria las causales de divorcio para poder reclamar de daños que sean consecuencia de las mismas, nada impide que las conductas que configuran tales causales sean indemnizables al concubino cuando provoquen perjuicios pasibles de ser indemnizados como por ejemplo en caso de abandono o de injurias graves.
- En el supuesto de constatarse un enriquecimiento sin causa en la relación concubinaria, debe demostrarse: el enriquecimiento injusto del demandado y el correlativo empobrecimiento del demandante así como la relación de causalidad entre uno y otro sumado a la prueba de la falta de causa en el enriquecimiento verificado.

12.- En otro orden, en el Derecho de Familia existen los daños que, ajenos a la responsabilidad civil, puede ser categorizados como **estrictamente económicos** tanto por su origen como por su naturaleza, como son los que se detectan en las sucesiones y en la sociedad conyugal y que dan lugar a diversas acciones como: la de colación, reducción de donaciones inoficiosas, recompensas y otras de carácter exclusivamente patrimonial.

13.- Por otra parte y abordando el aspecto científico que se relaciona con la biotecnología y el Derecho de Familia, no puede soslayarse la ley de Reproducción Humana Asistida n° 19.167 de 29/11/013 la que regula las técnicas admitidas en este sentido así como las exigencias que deben reunir las instituciones públicas y privadas que les practiquen.

Estas técnicas comprenden los tratamientos y procedimientos que incluyen la manipulación de:

- Gametos (célula reproductora masculina o femenina cuyo núcleo contiene un cromosoma de cada par y puede unirse a otro gameto de sexo opuesto en la fecundación. El gameto masculino es el espermatozoide y el femenino es el óvulo).
- Embriones (la unión de gametos origina el cigoto= contiene el ADN de ambos progenitores. El Embrión es la 1ª faz de desarrollo de un ser vivo que se inicia con la fecundación).

Las mismas constituyen una metodología terapéutica contra la infertilidad y son aplicables a toda mujer cualquiera sea su estado civil y, en caso ser casadas o estar en concubinato, no se requiere del consentimiento de su esposo o concubino.

En términos generales, la ley apunta a la prevención de la infertilidad considerada como la imposibilidad de lograr el embarazo por vía natural luego de 12 meses de mantener relaciones y que las técnicas sean incluidas en el Sistema Nacional de Integrado de Salud (SNIS).

En términos generales, regula:

- Las condiciones de las instituciones públicas y privadas que adopten tales técnicas.
- Los requisitos personales que deben reunir las personas que se sometan a las mismas.
- La transferencia de embriones, la conservación de gametos así como su donación.

También prohíbe la *clonación*, a cuyo respecto se debe distinguir:

- La que se realiza con finés terapéuticos: que implica la creación de un embrión solo para extraer del mismo tejido u órganos destinados al combate de enfermedades específicas.
- La que se efectúa con finés reproductivos: esta es la que se dirige a concebir un nuevo ser humano que tenga un ADN idéntico a otro que ya se encuentra desarrollado.

Es decir, ésta genera una persona poseedora de una genética idéntica a la de otra y está sancionada con la inhabilitación del que la practicara.

Con relación a la *gestación subrogada* (“alquiler de vientre” o “maternidad subrogada”) se sanciona la nulidad de todo contrato gratuito u oneroso que se celebrara a este fin, es decir, entre una mujer o pareja que provea de gametos o embriones –propios o de terceros- para la gestación en el útero de otra mujer, obligándoles a ésta a entregar al nacido a la otra parte o a un tercero.

Esta modalidad sólo es admisible por excepción de constatarse los siguientes requisitos:

- Mujer incapaz de gestar un embarazo por enfermedad genética o adquirida diagnosticada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana.
- Celebración de acuerdo gratuito con familiar consanguíneo hasta el 2do grado (hermana) o familiar de su pareja (hermana o cuñada) la implantación y gestación del embrión propio (formado como mínimo por un gameto de la pareja y en el caso de la mujer sola o soltera por un óvulo).

Se aclara por la norma que la filiación del nacido corresponde a quienes solicitaron y acordaron la subrogación de la gestación

Como es dable imaginar, en esta zona los supuestos de daños pueden ser de la más variada naturaleza e involucrar en forma directa o indirecta a las personas e instituciones que hubieren participado en el perjuicio incluyendo al propio Estado.

14.- Muchas de estas conductas pasibles de reclamación civil por daños también han sido **tipificadas como delitos** por el Código Penal.

En esta dirección, es de tener presente:

- El Título X del C. Penal :“De los Delitos Contra las Buenas Costumbres y el Orden de Familia” incluye en su capítulo I a los delitos relacionados con la suposición y la supresión de estado civil; en su capítulo II a los delitos de bigamia y matrimonios ilegales; en el capítulo III al delito de raptó; en el capítulo IV a los delitos de violencia carnal, corrupción de menores y ultra al pudor; en el capítulo V a los delitos de espectáculos y publicaciones inmorales y pornográficos y en su capítulo VI al delitos de omisión de asistencia económica inherente a la patria potestad o guarda y la omisión de los deberes inherentes a la patria potestad.
- Por su lado, el Título XII del Código Penal: “De los Delitos contra la Personalidad Física y Moral del Hombre” en su capítulo V prevé a los delitos de Abandono de personas y Omisión de Asistencia” previéndose en el mismos a los delitos de: abandono de niños y personas incapaces; abandono de un recién nacido por motivo de honor y la omisión de asistencia.

La ley de Seguridad Ciudadana 16.707 en su art. 18 tipificó el delito de violencia doméstica (dentro del delito de lesión culpable), disponiendo: “Incorpórase al Código Penal, la siguiente disposición: “321 bis. Violencia doméstica. El que, por medio de violencias o amenazas prolongadas en el tiempo, causare una o varias lesiones personales a persona con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva o de parentesco, con independencia de la existencia del vínculo legal, será castigado con una pena de seis a veinticuatro meses de prisión. La pena será incrementada de un tercio a la mitad cuando la víctima fuere una mujer o mediaren las mismas circunstancias y condiciones establecidas en el inciso anterior. El mismo agravante se aplicará si la víctima fuere un menor de dieciséis años o una persona que, por su edad u otras circunstancias, tuviera su capacidad física o psíquica disminuida y que tenga con el agente relación de parentesco o cohabite con él”.

Ante este tipo de comportamientos, el ejercicio de la denuncia penal y la reclamación por daños obviamente tramitan por vías separadas y no son excluyentes.

15.- En lo que concierne a la **violencia doméstica**, la misma es definida por el art. 2 de la ley n° 17.514 como “... toda acción u omisión, directa o indirecta, que por cualquier medio menoscabe, limitando ilegítimamente el libre ejercicio o goce de los derechos humanos de una persona, causada por otra con la cual tenga o haya tenido una relación de noviazgo o con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva basada en la cohabitación y originada por parentesco, por matrimonio o por unión de hecho.”

Por su artículo 3, se establece que tal violencia misma puede tener manifestación física, emocional, sexual y patrimonial.

No es difícil deducir, por tanto, que el ejercicio de tal violencia apareja para la víctima el derecho a ser resarcida por los perjuicios que se le provocaran.

Es más, la ley n° 18.850 de 16/12/011 reguló un régimen de pensiones no contributivas y una asignación especial en beneficio de los hijos de personas fallecidas como resultado de violencia doméstica.

16.- En similar orientación, el proyecto de ley “para garantizar a la mujeres una vida libre de violencia basada en género” prevé para la víctima una indemnización mínima tarifada equivalente a 12 ingresos nominales del ofensor o 12 salarios mínimos nacionales y sin perjuicio del derecho a perseguir por la vía procesal correspondiente la reparación integral del daño.

Reparaciones éstas que, por un lado, demuestran la tendencia hacia la “judicialización” en la búsqueda de soluciones a un problema de naturaleza social y cultural cuya innegable raíz principal se encuentra en las notorias deficiencias que aquejan a la educación en todos sus niveles y, por otro, ponen de manifiesto, una vez más, la ineficacia de los órganos estatales en su tarea de prevenir daños a la familia en su función de garante de los derechos de sus respectivos integrantes, con las profundas repercusiones negativas que ello provoca para la sociedad toda.

16.- Concluyo:

a) El derecho a la reparación por daños padecidos en el ámbito del Derecho de Familia es innegable, por cuanto la protección de la familia –base de nuestra sociedad- junto al interés superior del menor y la reparación integral del daño integran el elenco de los principios generales del Derecho que son inherentes a la persona humana y cuyo rango constitucional impide su limitación por vía legal o reglamentaria.

b) Tal reparación se constituye a través de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual prevista en el C. Civil y deriva, en concreto, de la transgresión a los deberes o lesión de derechos tutelados por las normas del Derecho de Familia.

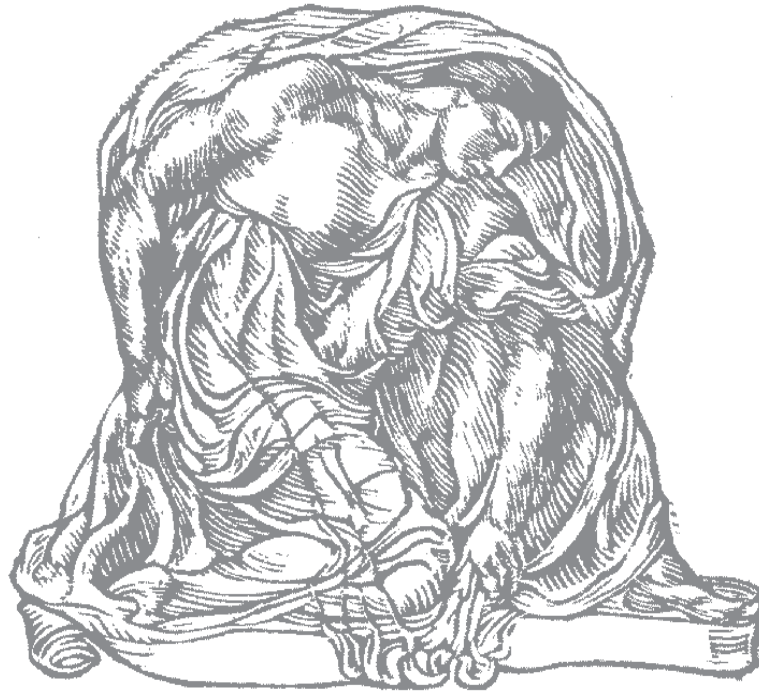
c) Los perjuicios en este sector tienen una preocupante y marcada tendencia creciente.

Su prevención y su atenuación no se lograrán mediante la “judicialización” de la problemática ni la imposición de indemnizaciones tarifadas.

Por el contrario, siendo el Estado garante de tales derechos y obligaciones, debe atender a la debida capacitación y profesionalización de los entes públicos con competencia en la materia y extenderle con celeridad al sistema educativo, para así paliar esta compleja situación que afecta gravemente a la colectividad.

Bibliografía:

- Balbela, Jacinta y Pérez Manrique, Ricardo: “Código de la Niñez y la Adolescencia” Comentado y Anotado Ed. B de F
- Mariño López, Andrés: “Código Civil de la República Oriental del Uruguay” Comentado, anotado y concordado Ed. “La Ley Uruguay”
- Ordoqui Castilla, Gustavo: “Derecho de Daños”, Ed. “La Ley Uruguay” Vol. II, Capítulo XI págs. 349 y ss.
- Prat, Julio: “Derecho Administrativo” Ed. ACALI T. I págs. 43 y ss.
- Real, Alberto Ramón: “Los principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya” en Rev. de Der. Púb. y Priv., 1958, T. 40, págs. 195 a 247
- Rivero Mabel y Ramos Beatriz: “Daños en las Relaciones de Familia” FCU 1º Ed.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

ABARNO, Isabel

El “contrato con plazo de prueba” por escrito no es el único medio para acreditar la temporalidad del vínculo laboral

ROJAS, Mathias

¿Ocupación y piquetes son extensión del derecho de huelga?

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL.

El "contrato con plazo de prueba" por escrito no es el único medio para acreditar la temporalidad del vínculo laboral

ISABEL ABARNO FERRERÍA

Sentencia Definitiva N° 17/2014

Montevideo, marzo 13 de 2014.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: "TESSIER, MARTIN contra RECORD TOOLS S.A." MENOR CUANTIA LEY 18.572 IUE: 2-57998/2013.

RESULTANDO:

1. ELEMENTOS FACTICOS CONTENIDOS EN LA DEMANDA Y LA CORRESPONDIENTE CONTESTACIÓN

1. Compareció en estos obrados, MARTIN TESSIER, quien manifiesta entablar proceso laboral por el cobro de indemnización por despido contra RECORD TOOLS S.A.

El compareciente manifiesta que comenzó a trabajar en la firma mencionada en calidad de Director Gráfico el día 24-6-

2013 hasta el 20-9-2013, por un salario mensual de \$14.911. No firmó contrato a prueba ni contrato a plazo.

Por acuerdo celebrado ante el MTSS en acta de conciliación que se adjunta, se le liquidaron los rubros impagos como aguinaldo, licencia, salario vacacional, horas extras, incidencias y multa por la suma total de \$15.835 pero no se le abonó el despido, por lo que quedó abierta la vía judicial al respecto.

El 20.9.2013 fue despedido directamente por los Sres. Neil Bruck y la Encargada de Recursos Humanos, manifestándole que se prescindía de sus servicios, porque se nece-

sitaba una persona con superior manejo del idioma inglés.

Así se generó la correspondiente indemnización por despido de una mensualidad más incidencias, lo que arroja la cifra de \$17.650 más multa por un total de \$19.673.

Ofrece prueba, adjunta acta de inútil tentativa de conciliación administrativa y solicita que en definitiva se condene a la demandada a pagar la suma de \$19.673.

Por decreto 2292/2013 se confirió traslado de la demanda que fuera contestada en tiempo y forma a fs.15.

2. Compareció la Dra. Isabel Abarno en representación de RECORD TOOLS S.A. según testimonio de poder que se adjunta a fs.13-14 y expresa que la empresa rechaza y controvierte en todos sus términos la pretensión incoada ya que el actor a sabiendas de su sinrazón presenta su demanda, conociendo que su contratación fue a prueba.

Son correctos los datos de ingreso y egreso del trabajador, cargo, causal de despido y salario nominal de \$14.911, pero no resultan ciertas las afirmaciones *en cuanto* le corres-

ponde indemnización por despido.

La demandada acordó el contrato a prueba, máxime que el cargo de Diseñador gráfico y para evaluar sus aptitudes se hacía necesario, conocer el desempeño y manejo del empleado.

El contrato a prueba surge de la nota firmada por el Sr. Tessier donde se le comunica el despido agregada a fs. 10. En dicha instancia no se formularon objeciones a los términos de la comunicación y si consideraba el plazo vigente del contrato de trabajo, así lo hubiera manifestado.

Por el contrario el actor nada expresó y siempre fue de su conocimiento que su contrato era a prueba por 90 días, ya que no existe otra forma de contratación en la empresa. Se evaluaron sus aptitudes y habilidades y al no demostrarlas, fue la causa del despido,

3. El accionante basa su pretensión en que no existió contrato escrito, quizás por falta administrativa pero si bien no se estimuló por escrito, no significa que no existe la estipulación entre las partes. No existe el requisito de solemnidad ni norma jurídica que lo imponga de acuerdo al art. 1251 C. Civil.

Tampoco se niega que se haya dado la contratación a prueba pero no manifiesta que la relación laboral fuera a prueba, sino que no firmó contrato a prueba ni contrato a plazo.

Ofrece prueba, adjunta documentación y en definitiva solicita se desestime la demanda en todos sus términos, con costos y costas a cargo del actor, si su conducta procesal lo ameritare.

Por auto N°88/2014 se convocó a las partes a una audiencia para el día 24 de febrero de 2014. Se determinó el objeto del proceso y de la prueba en forma provisoria y se dispuso el diligenciamiento probatorio pendiente.

Las partes concurrieron a la audiencia única y se fijó en forma definitiva el objeto del proceso y de la prueba. Alegaron las

partes en forma verbal y se señaló para el dictado de la sentencia definitiva el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO

1.1. La indemnización por despido que se impetra se basa en la circunstancia que no se dio la existencia de un contrato a prueba que permitiera a la empresa disponer el egreso en forma unilateral del trabajador, eximiéndose del pago de la correspondiente indemnización.

El contrato de trabajo a prueba es partícipe de la categoría de los contratos con término, que, en tal caso, se invocó que el término era de 90 días, tal como es norma en esta estipulación, la cual contiene la facultad de desistir por propia voluntad, de ambas partes, en cualquiera momento, mediante manifestación expresa y que no es pasible de revisión en la sede judicial.

Asiste razón a la demandada en cuanto señala que el contrato a prueba carece de la solemnidad, en el sentido que su validez depende de su extensión por escrito. De acuerdo al C. Civil art. 1251, que son contratos solemnes a aquellos sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.

En la hipótesis se trata de un contrato consensual en tanto impone obligaciones por el simple consentimiento de las partes aún en el caso de no haberse pactado formalmente en un instrumento.

1.2. La doctrina ha definido el contrato a prueba "como el que se celebra para establecer un periodo dentro del cual el trabajador ha de demostrar su aptitud profesional así como su adaptación a la tarea encomendada y durante la cual, cualquiera de las dos partes puede hacer cesar la relación" (Cfm. Plá Rodríguez Curso de Derecho Laboral Tomo II Vol. II pág. 43 y ss.).

En cuanto a lo señalado en la demanda se establece que "no se firmó contrato a prueba" pero no se controvierte que se haya establecido en forma la estipulación de un plazo de 90 días para evaluar las aptitudes y habilidades del actor como diseñador gráfico. Justamente la causa de su despido era su ausencia de conocimiento suficiente del idioma inglés, supuesto necesario para el adecuado desempeño de su función.

Véase que de los testimonios recabados específicamente el de Bruck, se desprende que él y la Sra. Tolosana contrataron al reclamante y se le explicó claramente cuáles eran las condiciones, tales como flexibilidad en el horario y destaca que se le manifestó expresamente "el tema de los tres meses como se hace con todos los que ingresan a la empresa".

Indica que el Sr. Tessier aceptó las condiciones en general "lo de los tres meses y el resto también". Pero el demandante debía de tener un mayor conocimiento del idioma inglés "por el packaging, cajas de productos y eso no lo podía hacer".

Y en consecuencia se le explicó que carecía de las calificaciones para continuar en el cargo señalando que no firmó contrato escrito.

La deponente Tolosana a fs. 27 refiere que Tessier cumplió con el requisito de selección y más allá del conocimiento del candidato se le instruye sobre la propuesta, condiciones, tarea, salario, horario, condiciones de un contrato a prueba por tres meses. Afirma que todo ello es manifestado especialmente ya que todo nuevo ingreso se hace "un contrato de tres meses para ver su idoneidad".

La testigo asevera que Tessier era plenamente sabedor de esas condiciones y "su referente le había presentado todas esas modalidades en su conjunto". Por otro lado en el avance de sus tareas significaría el uso del inglés a un nivel superior, que el reclamante carecía, no cumpliendo con ese requisito.

1.3. El demandado al contestar invocó la existencia de un contrato atípico de prueba y en la causa lo ilustró, no a través de prueba

documental, sino con declaraciones contundentes al respecto, las cuales indican la existencia del contrato a prueba.

Al firmar la carta de renuncia de fecha 20 de setiembre de 2013, el reclamante no formuló observación alguna con relación a los términos de la misma. Véase que la redacción refiere que "se notifica que la empresa luego de evaluar su desempeño ha decidido desvincularlo dentro del período contractual de prueba vigente..." Se dio especialmente énfasis a la existencia de un contrato a prueba y el demandante no expresó objeciones, sino que firmó conforme.

Y en concreto y como conclusión el hecho del despido del actor antes de concluidos los tres meses, no genera responsabilidad para la accionada, ni significa la rescisión anticipada del mismo en cuanto el objetivo fundamental de la contratación prevista se produjo por razones comprendidas en tal modalidad o sea la ausencia de aptitudes necesarias para cumplir con las funciones que requería el cargo, lo que no amerita otra apreciación judicial.

La conducta procesal del actor no amerita condenas procesales determinadas.

Por consiguiente se concluye que la demanda debe ser rechazada en todos sus términos.

Por lo señalado precedentemente, disposiciones legales citadas y atento además a lo establecido en los artículos 57 de la Constitución de la República, 340 del C. De General del Proceso, Leyes 10.449 del 12 de noviembre de 1943, 10.489 del 6 de junio de 1944, 10.570 del 15 de diciembre de 1944, 12.590 del 23 de diciembre de 1958, 12.597 del 30 de diciembre de 1958, 12.840 del 22 de diciembre de 1960, 13.356 del 26 de octubre de 1966, 15.596 del 17 de noviembre de 1988, 16.101 del 10 de noviembre de 1989, Ley 18.572 del 13 de setiembre de 2009, y Ley 18.847 de 25 de noviembre de 2011,

FALLO:

Desestimando la demanda.

Sin especial condena procesal en el grado. Ejecutoriada, cúmplase y oportunamente archívese.

En calidad de honorarios fictos se establecen cuatro bases de prestaciones y contribuciones.

MARIA del ROSARIO BERRO SOTO
Juez Letrado

PLANTEO DEL CASO

Se trata de un empleado contratado por una empresa para el cargo de diseñador gráfico. Al momento de su contratación se le expresó que estaría sujeto a prueba por tres meses a efectos de que se pudiera evaluar su aptitud y calificaciones para el trabajo. Este cargo importaba un amplio dominio del idioma inglés ya que implicaba hablar con proveedores del exterior para coordinar el diseño de las etiquetas y embalajes de los productos que, una vez importados al Uruguay, serían comercializados en plaza.

Sin embargo, durante el transcurso de este plazo inicial de prueba, el empleado demuestra un escaso dominio del idioma inglés, motivo por el cual se decide su desvinculación dentro del plazo de noventa días. Se le comunica por escrito esta decisión dándole las explicaciones del caso, a lo cual el empleado firma y no opone objeciones en la nota de despido. Se pone a su disposición la liquidación por egreso por los rubros laborales generados (salarios, licencia, salario vacacional y aguinaldo) la cual cobra a satisfacción.

Dicha liquidación claro está, no incluía la indemnización por despido dado que la desvinculación ocurre dentro del período de prueba.

Sin embargo, el empleado advirtió que por una omisión administrativa, la empresa olvidó hacerle firmar el contrato de prueba como lo hacía siempre que ingresaba un nuevo funcionario. Por este motivo, el empleado cita a la empresa al Ministerio de Trabajo y luego promueve proceso laboral de menor cuantía ante el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 8° Turno.

La sentencia en análisis

La sentencia de la Dra. María del Rosario Berro Soto N° 17/2014 de fecha 13 de marzo del mismo año, dictado en proceso de instancia única, desestimó la pretensión de indemnización por despido en todos sus términos.

La sentencia expresa en el numeral 3° de los Resultandos que: *“El accionante basa su pretensión en que no existió contrato escrito, quizás por falta administrativa pero si bien no se estimuló (sic) por escrito, no significa que no existe la estipulación entre las partes. No existe el requisito de solemnidad ni norma jurídica que lo imponga de acuerdo al art. 1251 del C. Civil”.*

Esta afirmación recoge la argumentación de la parte demandada, quien en su libelo de contestación de demanda afirmó que si bien en el caso no era un hecho controvertido la inexistencia de un contrato a prueba firmado, de ello no derivaba la consecuencia ló-

gica de que no haya existido tal acuerdo de voluntades y de que no se haya configurado en los hechos una relación laboral sujeta a tales términos de precariedad. En ausencia de un contrato a prueba suscripto por las partes, se ofrecieron otros medios de prueba (testimonial y documental) para ilustrar a la Sede la existencia del vínculo sujeto a prueba.

En el caso, la demanda pareció confundir el requisito de solemnidad “*ad solemnitatem*”, con los requisitos probatorios “*ad probationem*” de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo.

En nuestro derecho, no existe una norma jurídica que imponga como requisito de solemnidad para el nacimiento de un contrato de trabajo a prueba, la existencia de un contrato por escrito

El Código Civil define a los contratos solemnes en el artículo 1251: “... cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (artículo 1578)...” y al contrato consensual “...cuando obliga por el simple consentimiento de las partes...”. Dicho consentimiento puede instrumentarse por escrito o verbalmente. Claro está que los contratos de trabajo a prueba no son contratos solemnes, eso nadie lo discute, y que resultan válidos aunque no se instrumenten por escrito ya que su naturaleza es consensual. Por tanto: la firma del contrato de prueba no es una condición *sine qua non* para que exista tal contratación a prueba.

Así lo entendió la sentenciante, quien expresó: “Asiste razón a la demandada en cuanto señala que el contrato a prueba carece de solemnidad, en el sentido que su validez depende de su extensión por escrito. De acuerdo al C. Civil art. 1251, que son contratos solemnes a aquellos sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. En la hipótesis se trata de un contrato consensual en tanto impone obligaciones por el simple consentimiento de las partes aún en el caso de no haberse pactado formalmente en un instrumento”

La debilidad del argumento del actor cayó por su propio peso, ya que no negó la existencia de un contrato de trabajo a prueba. Manifestó en el numeral 1° de su demanda que “No firmé contrato a prueba ni contrato a plazo”. En ningún momento expresó que la relación laboral no era a prueba. Simplemente se limitó a manifestar que no firmó un contrato a prueba. Pero como viene de verse, ello no implica que no haya existido una contratación en tales términos.

La convención o acuerdo de partes en el caso que nos ocupa, es fuente de obligaciones por sí misma. La suscripción por escrito de un contrato de trabajo a prueba repercute en otro ámbito: en la carga de la prueba que tiene el empleador de acreditar la existencia de la contratación en tales términos.

El contrato de trabajo a prueba si existe, servirá para convencer de forma rápida al juzgador de la existencia de tales obligaciones. Sin embargo, nada obsta, en aplicación de los principios de debido proceso y de la disponibilidad del medio probatorio, que la parte demandada pueda ofrecer otros medios de prueba que permitan acreditar al Tribunal la existencia de un contrato a prueba. El juzgador, a la hora de analizar el cúmulo

probatorio acercado al proceso, a la luz de la sana crítica (artículo 140 del CGP) podrá analizar de acuerdo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, si tal contrato existió.

Pero esta solución no es novedosa. Así lo había entendido la jurisprudencia laboral nacional con anterioridad: *“Debe decirse que el contrato a prueba sin duda constituye un contrato atípico, en la medida que importa una disminución de derechos respecto del contrato típico de duración indeterminada. De allí que, aunque no exista reglamentación general al respecto, doctrina y jurisprudencia reclaman la prueba del mismo a través de cualquier mecanismo que acredite efectivamente, se admitió por el trabajador un contrato sin derecho a generar la indemnización por despido”*. Más adelante, la sentencia referida manifiesta: *“Pues bien. El accionado al contestar invocó el contrato atípico de prueba y en la causa lo ilustró, no a través de prueba documental, sino de la confesión del actor. La prueba por confesión resulta admisible en la medida de la indefinición del término contractual no constituye un derecho indisponible (artículo 153 del CGP) a tal punto, que el ordenamiento nacional tolera las contrataciones atípicas de tal índole (plazo, zafra, prueba, etc.). A mayor abundamiento, debe decirse que incluso los hechos posteriores de los contrayentes, ilustran el contrato a prueba a tres meses como dijo el actor. En efecto, los contendientes no plantearon discrepancias en punto a que habiendo comenzado el vínculo el 29.8.2006, el demandado dispuso el cese el 28.11.2006. Por estos fundamentos, se hará lugar al agravio, revocándose lo resuelto en primera instancia y absolviéndose a la demandada de la condena por indemnización por despido.”* (TAT 1º, Sentencia N° 3.2.2009, Rossi (r), Posada, Morales, publicada en Anuario de Jurisprudencia Laboral, año 2009, caso 132).

De la sentencia comentada y de la reseñada supra surge claramente que el contrato de trabajo a prueba puede probarse por diversos medios probatorios, no exclusivamente documentales referidas al contrato en si mismo.

En el caso en comentario, ocurrió que el demandado: (i) no objetó la comunicación de despido que se adjuntó al proceso donde se le informó que fue despedido dentro del plazo de prueba; (ii) la comunicación sostuvo que fue despedido porque no tenía un buen manejo del idioma inglés, lo que ratifica que la causa del despido se debió a la valoración de sus habilidades y aptitudes laborales por parte de la empleadora; (iii) admitió el actor en su demanda que “no firmó contrato a prueba” pero no niega una relación laboral de tales características.

Por si fuera poco, la parte demandada ofreció prueba testimonial donde se ratificaron estos hechos: *“La deponente XX a fs. 27 refiere a que (el actor) cumplió con el requisito de selección y más allá del conocimiento del candidato se le instruye sobre la propuesta, condiciones, tarea, salario, horario, condiciones de un contrato a prueba por tres meses. Afirma que todo ello es manifestado especialmente ya que todo nuevo ingreso se hace ‘un contrato de tres meses para ver su idoneidad’. La testigo asevera que (el actor) era plenamente sabedor de esas condiciones y ‘su referente le había presentado todas esas modalidades en su conjunto’. Por otro lado en el avance de sus tareas significaría el uso del inglés a un nivel superior, que el reclamante carecía, no cumpliendo con ese requisito”*.

Finalmente, la sentencia en comentario expresa un hecho propio del actor que cumple un rol de peso a la hora de valorar la prueba vertida en el expediente: *“Al firmar la*

carta de renuncia de fecha 20 de setiembre de 2013, el reclamante no formuló observación alguna con relación a los términos de la misma. Véase que la redacción refiere que ‘se notifica que la empresa luego de evaluar su desempeño ha decidido desvincularlo dentro del período contractual de prueba vigente...’ Se dio especialmente énfasis en la existencia de un contrato a prueba y el demandante no expresó objeciones, sino que firmó conforme.”

La sentencia finalmente concluye: “...el hecho del despido del actor antes de concluidos los tres meses, no genera responsabilidad para la accionada, ni significa la rescisión anticipada del mismo en cuanto el objetivo fundamental de la contratación prevista se produjo por razones comprendidas en tal modalidad, o sea la ausencia de aptitudes necesarias para cumplir con las funciones que requería el cargo, lo que no amerita otra apreciación judicial. (...) Por consiguiente se concluye que la demanda debe ser rechazada en todos sus términos”.

Conclusiones

Compartimos de buen agrado el fallo de la Dra. Berro. En efecto, fallos de este tipo permiten dejar atrás ciertos “dogmas” que todos los operadores del derecho considerábamos indiscutibles; y que, cerraban la puerta a la posibilidad de diligenciar en el proceso laboral otros medios probatorios que acreditaran el plazo de prueba de un contrato de trabajo temporal. RASO DELGUE, en este sentido expresaba hace varios años: “La doctrina y la jurisprudencia consideran que en virtud de la excepcionalidad del contrato, el mismo debe ser probado por escrito”. (RASO DELGUE, Juan; “La contratación atípica del trabajo, Ed. FCU, 2ª Edición 2009, pág. 125).

Pues bien: no refutamos ni dejamos de compartir esta afirmación. El medio de prueba “por excelencia” para casos de este tipo será siempre el contrato de trabajo a prueba suscripto por ambas partes. Pero ante un error u omisión administrativa (como ocurrió en el caso sentenciado), no todo está perdido. Si el empleador cuenta con otros medios de prueba, documentales, testimoniales o incluso la confesión de la parte, puede y debe hacerlos valer, ya que, como se dijo, el contrato de prueba por escrito es un contrato consensual por lo que la empleadora demandada deberá contar y acreditar en el proceso otros medios probatorios, que individual y conjuntamente considerados, tengan el peso probatorio necesario para el convencimiento del Juez.

¿OCUPACIÓN Y PIQUETES SON EXTENSIÓN DEL DERECHO DE HUELGA? COMENTARIO A FALLO DE TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 4º TURNO

MATHIAS N. ROJAS RODRÍGUEZ¹

Tribunal: Tribunal de Apelaciones en lo Civil del 4to turno de Montevideo, Uruguay

Partes: Frugone Izaguirre, Alexander y Otros c. Sindicato Único del Transporte de Carga y Ramas Afines

Fecha: 25/05/2016

Número de sentencia: 64/2016

Magistrados: Turell Araquistain (Redactor) - Maggi Silva (Firmante) - Pereira Sander (Firmante)

Texto Completo: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno

Sentencia N°64/2016

Montevideo, 25 de mayo de 2016

AUTOS: "Frugone Izaguirre, Alexander y Otros c/ Sindicato Único del Transporte de Carga y Ramas Afines – AMPARO" -- IUE: 0317-000215/2016.

I) El objeto de la instancia está determinado por el contenido del recurso de apelación interpuesto por la parte demanda contra la Sentencia No. 42 de 11 de abril de 2016 por la que el titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de 2o. Turno de Fray Bentos – Dr. Heber Peña – amparó la pretensión y en su mérito dispuso la desocupación y cese de medidas adoptadas por Sutcra en el acceso a la planta de UPM (fs. 135 – 144).

¹ Mathias Rojas es estudiante de segundo año de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. El autor desea agradecer al Dr. Eduardo Esteva Gallichio, por el impulso en el estudio del Derecho Constitucional y su colaboración con el presente trabajo y al Dr. Santiago Pérez del Castillo por su orientación y disposición para mejorar el mismo.

II) Sostuvo que la sentencia le agravia por error en valoración probatoria y en la aplicación del derecho, que se traduce en la afectación del libre ejercicio de la actividad sindical.

Afirmó que no está acreditado que la actora fuera propietaria de los camiones que habrían sido afectados por la medida; que al momento de dictarse el fallo se estuviera entorpeciendo el libre acceso a la planta, por el contrario fueron tres camiones supuestamente de la empresa los que intentaron obstaculizar la realización de una asamblea en la vía pública y ninguno de sus conductores pretendió pasar nuevamente por el lugar.

En definitiva que no existió ocupación alguna, solo el ejercicio del derecho de libertad sindical materializado en una asamblea.

Y que no se ha valorado adecuadamente que la empresa ha vulnerado reiteradamente derechos de sus trabajadores lo que ha generado el reclamo y protesta legítima.

Solicitó la revocatoria de la sentencia en tanto no se configuraron los extremos necesarios para la recepción de un amparo (fs. 153 – 158).

III) La actora evacuó el traslado abogando por la confirmatoria (fs. 166 – 174) y franqueado el recurso se remitieron los autos a conocimiento de la sala (fs. 175, 181) que acordó el dictado de sentencia.

IV) Los agravios propuestos por la demandada no son de recibo por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

V) El material probatorio incorporado permite concluir que desde el 31 de marzo fue bloqueado el ingreso a la planta de UPM a los camiones de Ameriland S.A., bloqueo que permanecía a la fecha de promoción de la demanda y aún al dictado de sentencia.

Dicho material está constituido por las denuncias formuladas ante la Seccional Tercera de Policía el día 2 de abril de 2016 (fs. 14 – 15) y la Dirección Nacional de Trabajo el día 5 de abril (fs. 11 a vto.), el acta de constatación del día 4 del mismo mes (fs. 6 – 9) y los testimonios de E. Antúnez (fs. 111 y ss.), R. Elizaga (fs. 113 y ss.), N. Hernández (fs. 116 y ss.), debiéndose ignorar las declaraciones de A. Frugone (fs. 128 y ss.), W. Mernies (fs. 129 y ss.) y M. Ruiz (fs. 130 y ss.) erróneamente tomadas en calidad de testigos porque constituyen parte material en este proceso (demanda en fs. 48).

Lo que lleva a descartar que “los trabajadores se han limitado a informar a sus compañeros de la propia empresa, realizar asambleas en ambientes públicos, poner al tanto de todos la situación injusta que ameritó el despido del trabajador Paredes y la situación de la empresa en cuanto al cumplimiento de la normativa” (sic. en fs. 88).

Los testimonios de E. Antúnez, R. Elizaga, N. Hernández dan fe de que no existía tal asamblea y que se les impidió el ingreso a la planta, lo que se confirma con las tomas fotográficas correspondientes al acta de constatación del día 4 de abril (fs. 4 – 5).

Y basta ver el testimonio de M. Luzardo (fs. 122 y ss.) para concluir que la actividad desarrollada por el sindicato aún se mantenía al momento del dictado de la sentencia de primera instancia, en todo caso la demandada tampoco puso en conocimiento de la contraria y de la sede que la medida hubiera cesado.

VI) El piquete es dañoso, afecta la actividad de la empresa y las retribuciones de los funcionarios en particular la de los camioneros.

Es indiferente que no se hubiere acreditado la propiedad de los camiones pues no cabe duda que, quien fuere su propietario, estaban afectados al servicio de transporte prestado por la actora.

La detención afecta el normal desempeño de la empresa y el cumplimiento de obligaciones contractuales asumidas por Ameriland S.A., como surge de la certificación notarial relativa a la existencia de relación contractual con “Forestal Oriental S.A.” para transporte, custodia y entrega de carga de madera (fs. 44) y los testimonios prestados por N. Hernández (fs. 116 y ss.) y O. Curbelo (fs. 119 y ss.).

También a los salarios correspondientes a los funcionarios (testimonios de E. Antúnez en fs. 111 y ss., R. Elizaga en fs. 113 y ss. y N. Hernández en fs. 116 y ss.).

VII) El piquete se formalizó en forma inmediata a que en el proceso de prevención y solución de conflictos (arts. 18 – 20 de la ley 18.566, Convenio, Cl. Vigésimo primero, en fs. 61) el Consejo de Salarios elevara el asunto a conocimiento de la Dirección Nacional de Trabajo según acta de 29 de marzo (fs. 10) y aún cuando nuestro derecho reconoce un proceso abreviado para la restitución del trabajador despedido “a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales” que constituyó la razón del conflicto (ley 17.940, dec. 165/06).

Se desconoce cuando y como según constatación a la demanda de amparo “los trabajadores decidieron tomar medidas” (fs. 87), quien comparece por el sindicato no aporta dato alguno (M. Luzardo, en fs. 121 y ss., en especial en fs. 123, 124) y los testigos aportados al proceso niegan haber sido informados del conflicto (E. Antúnez en fs. 112, R. Elizaga, específicamente en fs. 115).

VIII) Es conocida la discusión acerca de definir la ocupación o el piquete como una

extensión del derecho de huelga (Risso Ferrand, págs. 748 y ss.; Gari, P., Perez del Castillo, M., “La defensa de los derechos de la empresa y los trabajadores ...”, on line UY/DOC/356/2011; Durán Martínez, A., “La ocupación de los lugares de trabajo ...” on line UY/DOC/3/2011; Legnani, B., “Comentarios al decreto 354/2010 ...”, UY/DOC/75/2011; Delpiazso, C. y Robaina, A., “Estado de Derecho y ocupaciones”, Revista de Derecho, año V, No 9, págs. 7 y ss., Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, 2006; Ameglio, E., La regulación de las relaciones colectivas de trabajo: ...” Colotuzzo, N., Ocupación de los lugares de trabajo: ...” Larrañaga Zeni, N., “Ilicitud de la ocupación del lugar de trabajo” Ferreira, M., “Ocupación de los lugares de trabajo” todos en XVII Jornadas Uruguayas de Trabajo y de la Seguridad Social; T.A.C. 5o., Sent. 20/2008 y 135/2014).

El Tribunal participa de la corriente que sustenta que el piquete no conforma una extensión del derecho de huelga, pues en tanto ésta significa una abstención colectiva en el cumplimiento de las funciones, aquel constituye una forma activa de obstaculizar la prestación de servicios.

Por tanto no recibe la protección del art. 57 de la Constitución y deviene ilícito por afectación de derechos reconocidos constitucionalmente (Delpiazso, C. y Robaina, A., Ameglio, J; Larrañaga Zeni, N. en trabajos ya citados).

Y en cuanto pudiera haber alguna duda, el piquete que da lugar a este pronunciamiento es igualmente ilícito porque no tiene origen en decisión de asamblea; se asume por algunos funcionarios de la empresa cuando está en proceso el régimen de prevención de conflictos y el sistema jurídico ofrece medios de recomposición del derecho del empleado, que según se sostiene fue violentado; y finalmente significa imposición de una conducta

al resto de los camioneros con repercusión en el funcionamiento de la empresa y en sus retribuciones.

IX) Entonces, resultan configurados los elementos que dan lugar a la acción de amparo (ley 16.011) concebida como protección amplia en cuanto por ella se tutelan, sometida a un plazo de caducidad, en ausencia de otros medios legales todos los derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución y respecto a todo acto, hecho u omisión, de ilegitimidad manifiesta, con capacidad de lesionar, alterar, restringir un derecho o libertad o aún de amenazarlos y virtualidad de ocasionar un daño irreparable (de la sede, Sent. 259, 281/02; 1, 128/03; 315/06 entre otras).

Porque la medida dispuesta por algunos de los funcionarios, con las características de ilegitimidad ya señaladas, afecta la libertad, el trabajo, la propiedad, el ejercicio del comercio por parte de los actores (art. 7, 10, 36 de la Constitución) ocasionando un daño que es irreparable.

X) La conducta observada por las partes no da mérito a la imposición de sanciones procesales (arts. 688, 56, 261 C.G.P.)

Por los fundamentos expuestos, lo dispuesto en normas citadas y art. 10 ley 16.011, el Tribunal

FALLA:

Confírmase la sentencia de primer grado.

Sin sanciones procesales.

Y devuélvanse.

Turell(r.) - Maggi - Pereyra Sander²

² Sentencia 64/2016 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno en *La Ley Uruguay*. También puede verse en Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar el fallo que antecede en torno a la posición adoptada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno respecto del piquete y la ocupación como extensiones del derecho de huelga.

En primer lugar la sentencia implicó un cambio en la jurisprudencia precedente en materia de ocupaciones del lugar de trabajo. Los medios de comunicación se encargaron de informar el fallo de segunda instancia. Sin duda que la trascendencia pública de que fuera la planta de UPM la que sufría un piquete explica hasta cierto punto la relevancia del fallo.³ Sin embargo la trascendencia jurídica del caso estuvo en que la Sede declara que el piquete carece de la protección constitucional del artículo 57 de la Carta.⁴

En un segundo orden de ideas, la sentencia ratificó una postura doctrinal que se venía pronunciando en el mismo sentido. El derecho de huelga por su naturaleza, como por sus efectos y su protección constitucional ha llevado a que tanto la doctrina constitucionalista, como laboralista e incluso civil hayan tenido que ocuparse del punto. Su protección constitucional, así como su aparente colisión con otros derechos reconocidos en la misma fuente, invita a que los constitucionalistas intervengan y sin duda por su especialidad no puede prescindirse de quienes nos han enseñado y enseñan de Derecho Laboral.

Corresponde señalar que me interesa destacar la presente sentencia porque mientras hasta el momento la jurisprudencia —como veremos más adelante— evitaba pronunciarse sobre si la ocupación o piquete eran huelga o no mientras la sentencia a comentar establece en forma expresa que *“el piquete no conforma una extensión del derecho de huelga”*.

En fin se demostrará como la jurisprudencia uruguaya mantenía una concepción amplia del derecho de huelga entendiendo la ocupación y el piquete como legítimos, en la última década tendió a ordenar la desocupación en procesos de amparo por entender que afectaban derechos constitucionales mientras que el presente fallo mostró un giro distinto en el razonamiento que habitualmente se venía desplegando, no obstante también se ordena la desocupación.

2. EL CASO

2.1. HECHOS

El Sindicato Único del Transporte de Carga y Ramas Afines (“Sutcra”) realiza un piquete en la entrada de la planta de UPM.

3 Se puede ver noticia del Diario El País destacando el fallo, como así el mismo Poder Judicial en su sitio web oficial destacó la decisión de segunda instancia. Diario El País. *Fallo señala que piquete gremial a UPM “fue ilícito”*. Obtenido el 06 de agosto de 2016 de <http://www.elpais.com.uy/informacion/fallo-senala-que-piquete-gremial.html> Poder Judicial. (08 de julio de 2016); TAC 4º confirma fallo afirmando que un piquete no es extensión del derecho de huelga. Obtenido el 06 de agosto de 2016 de Histórico de Noticias: <http://www.poderjudicial.gub.uy/historico-de-noticias/1687-tac-4-confirma-fallo-afirmando-que-un-piquete-no-es-extension-del-derecho-de-huelga.html>

4 Artículo 57 de la Constitución de la República

Art. 57.- La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje.

Declarase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

El principal reclamo radica en que hubo camiones de transporte de la empresa Ameriland S.A que no pudieron ingresar a la planta UPM, debido al bloqueo en la entrada por el Sutcra.

Es importante para la Sede también que la medida adoptada no fuera decidida en previa asamblea ni se consideraron otros medios de prevención del conflicto que otorga el Derecho.

2.2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

2.2.1 La actora

La parte actora solicita la desocupación y el cese de las medidas adoptadas por el Sindicato.

No detalla la sentencia de segunda instancia los argumentos esgrimidos por la actora. Pero podríamos suponer en virtud del análisis del Tribunal que pudo haber alegado que: la ocupación es ilegítima en tanto no es una extensión del derecho de huelga y que en subsidio, ya no tan pretencioso, que se trata de una violación ilegítima del derecho de propiedad, derecho a la libertad de empresa, derecho a la libertad de trabajo, entre otros.

2.2.2 La demandada

En primer lugar intenta sacar los hechos de la figura del piquete y trasladarlos hacia la figura de una asamblea, la cual estaría amparada en la libertad sindical.

En segundo lugar señala que no fueron valorados adecuadamente los derechos de los trabajadores al reclamo y protesta.

Tercero, no se logró acreditar, por la actora, la propiedad de los camiones que fueron afectados

Claramente, señala que no se configuran los requisitos exigidos por la ley 16.011 para la procedencia de una acción de amparo.⁵

2.3. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

El Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia, en la cual se había ordenado la desocupación y el cese de las medidas adoptadas por el Sindicato en relación a la planta UPM.

Consideró la Sede que el bloqueo a la entrada de los camiones estaba probada, descartando que se trate de una hipótesis de “asambleas en ambientes públicos”.

⁵ La ley 16.011 en sus artículos 1 y 2 señala claramente cuáles son los requisitos de procedencia. La doctrina ha sistematizado los elementos: 1-Hecho, acción u omisión. 2- Lesión, restricción, alteración o amenaza de un derecho o libertad consagrado expresa o implícitamente por la Constitución. 3- Actual o inminente. 4- Ilegitimidad manifiesta, 5- Carácter residual: que no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o que existiendo sean ineficaces para la protección del derecho. Es discutible como elemento si el daño debe ser irreparable, dado que la ley no lo exige. (RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, t.III, Ed.Ingranusi, Montevideo, 1998, pág. 103-104; ROTONDO TORNARÍA, F, *Curso de Derecho Constitucional Segundo Curso*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2009, pág. 20; CORREA FREITAS, R., *Derecho Constitucional Contemporáneo*, t.I, Ed. FCU, Montevideo, 2007, págs.)

Entendió que tampoco existía la asamblea aludida por la demandada.

Indicó que el piquete era dañoso para la actividad de la empresa y la retribución de los camioneros. Siendo indiferente al caso discutir sobre la propiedad de los camiones.

Admitió la tesis de que **“el piquete⁶ no conforma una extensión del derecho de huelga...no recibe la protección del art. 57 de la Constitución y deviene ilícito por la afectación de derechos reconocidos constitucionalmente.”**

3. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia en décadas anteriores ya se había pronunciado sobre el punto. Pero este es el primer fallo a nivel nacional que señala en forma expresa que el piquete no es extensión del derecho de huelga.

3.1 LA JURISPRUDENCIA DE LA DÉCADA DEL 90

RASO DELGUE- PRATT PERCOVICH realizaron un estudio jurisprudencial en torno a las formas atípicas de huelga⁷, el cual data de 1994, y remitiremos a él como punto de partida para plantear los cambios que ha desarrollado la jurisprudencia en el punto.⁸

Parecería que hace más de dos décadas la jurisprudencia se acoplaba a la concepción amplia del derecho de huelga, incluyendo en su concepto todas las formas atípicas de huelga. Así por ejemplo el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno con la integración del año 1991 entendió siguiendo a ERMIDA URIARTE que *“todas estas son formas de huelga, y la Constitución no distingue, no habría por qué hacer una distinción donde el texto superior no lo hace”*⁹

En el mismo sentido el Juzgado Letrado de Trabajo de 6º Turno entendía por huelga siguiendo a ERMIDA URIARTE a *“toda omisión de trabajar, continua o interrumpida o toda alteración del trabajo, con una voluntad de reclamo o protesta y de carácter colectivo”*¹⁰

El autor del estudio RASO DELGUE señalaba en 1994 que la jurisprudencia lleva a concluir que *“en nuestro país el amplio reconocimiento constitucional del derecho de huelga alcanza las llamadas formas atípicas de huelga”*

Incluso se le otorgaba a la huelga una cierta supremacía sobre otros derechos como el de propiedad, así señaló el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno que las

6 A los efectos del fallo como del presente trabajo y el análisis jurídico piquete y ocupación se pueden manejar sin diferencias trascendentes. Así el mismo Tribunal los equipara al señalar *“Es conocida la discusión acerca de definir la ocupación o el piquete como una extensión del derecho de huelga”*.

7 Denominación otorgada por la doctrina a todas aquellas medidas que teniendo un fin de protesta o reivindicación contra el empleador no se limitan a una mera abstención de trabajar. Entre las modalidades atípicas se encontraría la ocupación y el piquete suponiendo que se trate de huelga.

8 RASO DELGUE, J.; PRATT PERCOVICH, L., *Derecho sindical en la jurisprudencia uruguaya*, Ed. FCU, Montevideo, 1994, págs. 81-83.

9 Sentencia n°92 de 28/05/1991 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno en L.J.U, t. CIII (RASO DELGUE, J.; PRATT PERCOVICH, L., op. cit, págs. 81).

10 Sentencia n° 46 de 22/05/1992 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 6º Turno. (RASO DELGUE, J.; PRATT PERCOVICH, L., op. cit,pág. 82)

modalidades atípicas de huelga “constituyen fenómenos normales en el funcionamiento del sistema social, que no es admisible suprimir invocando un derecho de propiedad de un alcance que aquél ya no tolera.”¹¹

No obstante cabe señalar que no existía unanimidad y las particularidades del caso podían llevar a que se ordenara la desocupación. En tal sentido en 1990, a pocos años de vigencia de la Ley 16.011 denominada Ley de Amparo, un Juez Letrado de Trabajo ordenó permitir que se retirara la mercadería necesaria para exportar, cuando trabajadores huelguistas bloqueaban el acceso. En el caso el obligado a entregar la mercadería era un tercero en la relación laboral y el Juez en virtud de ello señaló que “el derecho legítimo que poseen a zanjar sus diferencias con la empleadora (co-demandada) no puede extralimitarse al punto de causar perjuicios a terceros o a la economía nacional.”¹²

En 2001 la Suprema Corte de Justicia se pronunció en igual sentido que la mayoría de los fallos de la década anterior, ubicando “la ocupación dentro del concepto amplio de huelga”.¹³

3.2 LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS

Ya en la jurisprudencia reciente, de los últimos 10 años el número de acciones de amparo realizadas en virtud de ocupaciones y acogidas por nuestros jueces es elevado.

No obstante conviene tener presente que los motivos por los cuales los jueces hicieron lugar al amparo no fue por entender que la ocupación no era extensión del derecho de huelga, sino por entender que la ocupación estaba lesionando en forma manifiestamente ilegítima otros derechos fundamentales. Lo cual si bien puede derivar en un mismo resultado, es distinto.

Las sentencias recientes trataban el tema como un caso de colisión de derechos; en lugar de un caso de un acto ilegítimo, sin ningún tipo de protección constitucional, que lesiona derechos fundamentales.

En el análisis de los jueces se puede encontrar una especie de línea jurisprudencial en el mismo sentido. Siendo común a la jurisprudencia apoyarse en determinada doctrina y compartir ciertas ideas.

3.2.1 No existe primacía de los derechos sociales sobre los individuales

La jurisprudencia se ha apartado de la idea de que existe mayor jerarquía de los derechos sociales sobre los derechos individuales.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno ha señalado:

11 Sentencia n° 427 de 23/11/1992 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° Turno (RASO DELGUE, J.; PRATT PERCOVICH, L., op. cit, pág. 82)

12 Sentencia n°340 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil 4° Turno, en revista de Derecho Laboral, t. XXXIII, n° 157, 1990, Montevideo, págs. 183-185.

13 Sentencia 71/2001 de la Suprema Corte de Justicia en Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

“Sin desconocer la importancia en su campo de la doctrina que cita la apelante y en especial la posición del prestigioso autor, Dr. Ermida Uriarte, la Sala no comparte las citas que hace la recurrente de esos trabajos doctrinarios, y, fundamentalmente, las consecuencias que pretende extraer en su beneficio.

Desde luego, se coincide en cuanto a que el goce de los derechos fundamentales, todos, los de primera, segunda y tercera generación, por imperio de lo dispuesto en el art. 7 de la Constitución, está asegurado por el Estado.

Pero no existe ninguna norma que establezca la preeminencia que postula el apelante respecto de los de contenido social o individuales no patrimoniales respecto de los patrimoniales.

En cuanto a la autarquía sindical, su consagración no puede nunca significar en los hechos, la vulneración de otros derechos de igual jerarquía constitucional y, menos aun, la utilización de vías reñidas con los principios democráticos que deben presidir la actuación del sindicato no solo puertas afuera sino, también, puertas adentro.”¹⁴

Debe considerarse que si bien no todas las sentencias se pronuncian expresamente sobre la jerarquía entre los derechos fundamentales, es notorio que tal postura se ha abandonado en tanto no expresan lo contrario y los fallos expedidos en la materia demuestran una igual consideración de los derechos individuales y los sociales.

3.2.2 La ocupación colisiona con otros derechos fundamentales

Entiende la jurisprudencia que es un caso de colisión de derechos fundamentales. En tanto, la jurisprudencia se adhiere a lo expuesto por CASTELLO y DIEZ PICAZO en forma casi unánime para resolver los conflictos que suscita la ocupación con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

De tal modo es común a en las sentencias encontrar las siguientes remisiones:

*“Manuel Diez Picazo (Sistema de Derecho Fundamentales, 2da. Edición Thomas Civitas, Navarra, 2005) señala que ‘...en casos de colisión de derechos, es necesario llevar a cabo un **cuidadoso estudio de las características del caso concreto, tanto es sus aspectos fácticos como jurídicos a fin de evaluar las razones a favor de uno y otro, a fin de hallar un punto de equilibrio que resulte más ajustado al caso concreto**’ (citado por Risso Ferrand en ob. cit. nota No. 5 ,pag 13).*

Por el mismo camino para la dilucidación de situaciones en las que se enfrentan derechos constitucionalmente reconocidos, y, por tanto, de igual rango normativo, aboga el Dr. Alejandro Castello quien, con su habitual acierto, señala, en cita de la Dra. Natalia Colutuzzo (XVII Jornadas Uruguayas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -Ocupación de los lugares de

14 Sentencia 20/2008 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*. Ver también: Sentencia dfa-0004-000590/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*; Sentencia 9/2013 del Juzgado Letrado en lo Civil de 6° Turno en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*; Sentencia 159/2006 del Tribunal de Apelaciones de 5° Turno en *Estudios Jurídicos*, n° 2, año 2006, Ed. UCUDAL, págs. 307-314.

Trabajo- Estudio y evolución del fenómeno, pag 317 y ss.) que ‘...el Juez, deberá armonizar, ante el caso concreto, los derechos en juego utilizando las reglas de proporcionalidad, adecuación y la indispensabilidad de la medida’.¹⁵

Remitimos en este punto a la síntesis realizada por CASTELLO: “parece claro que para la posición mayoritaria de la Justicia Civil, la licitud de las ocupaciones de lugares de trabajo debe resolverse caso a caso, ponderándose la medida a la luz del test de proporcionalidad, examinando si la medida fue indispensable, necesaria y racional, de manera de no vulnerar y vaciar de contenido de otros derechos fundamentales y básicos como la libertad de trabajo, la libertad de industria y comercio y la libertad sindical negativa.” como a su vez “nuestra jurisprudencia civil, que al igual que sucede con las ocupaciones de lugares de trabajo, ha sido la que ha tenido que fallar en las acciones de amparo promovidas **contra los piquetes “duros”, ha aplicado la misma línea de razonamiento que en el caso de la toma de locales de trabajo**”.¹⁶

3.2.3 Se omite un posicionamiento expreso acerca del alcance del derecho de huelga

No discuten si la ocupación es o no parte del derecho de huelga, pero pareciere que si bien consideran excepcional la medida, se apartan de los autores que consideran que siempre es ilegítima.

En las sentencias analizadas se encuentra siempre citado RISSO FERRAND quien considera que la ocupación no es una extensión del derecho de huelga. Así señala el autor: “El problema de las ocupaciones no es si son prolongaciones del derecho de huelga o no (**que no lo son**), sino que es hasta dónde llega el derecho, o si quiere, dónde termina”¹⁷

La jurisprudencia remite a las mismas ideas de RISSO FERRAND pero opta en todos los casos por omitir una parte. De tal modo la jurisprudencia cita: “El problema de las ocupaciones no es si son prolongaciones del derecho de huelga o no (**..omissis..**) sino que es hasta dónde llega el derecho, o si se quiere dónde termina.”¹⁸

A nuestro entender la jurisprudencia al omitir seguir al autor en su pronunciamiento se abstuvo en todos los casos de pronunciarse sobre la extensión del derecho de huelga. Esto pudo deberse a dos motivos. Por un lado por ser innecesario estudiar el punto, ya que el fallo sería el mismo porque existen graves injerencias en los derechos fundamentales. Por otro lado porque consideran que la ocupación si sería extensión del derecho de huelga.

15 El resaltado nos pertenece. Sentencia 159/2006 del Tribunal de Apelaciones de 5º Turno en *Estudios Jurídicos*, n° 2, año 2006, Ed. UCUDAL, págs. 307-314.; Sentencia 0005-000219/2013 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.; Sentencia dfa-0004-000590/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.; Sentencia 9/2013 del Juzgado Letrado en lo Civil de 6º Turno en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.; Sentencia 20/2008 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.; Sentencia 83/2008 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.; Sentencia 182/2007 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.; Sentencia 184/2012 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*. Ver también Sentencia 59/2006 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5º Turno en *La Ley Uruguay*, publicado en la LJU c.15392

16 CASTELLO, A., Exclusiones, Restricciones y Límites del Derecho de Huelga, en *XXVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. FCU, Colonia del Sacramento, 2016, págs. 79 y ss.

17 El resaltado nos pertenece. (RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, t. I, Ed. FCU, Montevideo, 2015, pág. 749).

18 El resaltado nos pertenece. Cita encontrada en el cualquiera de las sentencias de la [Nota 15](#).

Es por ello que consideramos que la sentencia que analizamos en el punto de partida del presente trabajo ha dado un paso más: estudia el punto y se pronuncia expresamente: el piquete y la ocupación no son extensión del derecho de huelga. Sentencia que sin duda podría modificar la línea jurisprudencial planteada en los últimos años. La cual a su vez, como vimos, cuenta con gran apoyo de la doctrina de Derecho Público como parte de la doctrina laboralista.

3.3 LA SENTENCIA 64/2016 DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 4º TURNO

El fallo del TAC 4º en cuestión, también ordena la desocupación pero la argumentación realizada toma un giro distinto al que seguía la jurisprudencia desde el 2006.

Así el Tribunal señaló:

“Es conocida la discusión acerca de definir la ocupación o el piquete como una extensión del derecho de huelga (Risso Ferrand, págs. 748 y ss.; Gari, P., Perez del Castillo, M., “La defensa de los derechos de la empresa y los trabajadores ...”, on line UY/DOC/356/2011; Durán Martínez, A., “La ocupación de los lugares de trabajo ...” on line UY/DOC/3/2011; Legnani, B., “Comentarios al decreto 354/2010 ...”, UY/DOC/75/2011; Delpiazzo, C. y Robaina, A., “Estado de Derecho y ocupaciones”, Revista de Derecho, año V, No 9, págs. 7 y ss., Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, 2006; Ameglio, E., La regulación de las relaciones colectivas de trabajo:” Colotuzzo, N., Ocupación de los lugares de trabajo:” Larrañaga Zeni, N., “Ilícitud de la ocupación del lugar de trabajo” Ferreira, M., “Ocupación de los lugares de trabajo” todos en XVII Jornadas Uruguayas de Trabajo y de la Seguridad Social; T.A.C. 5o., Sent. 20/2008 y 135/2014).

El Tribunal participa de la corriente que sustenta que el piquete no conforma una extensión del derecho de huelga, pues en tanto ésta significa una abstención colectiva en el cumplimiento de las funciones, aquel constituye una forma activa de obstaculizar la prestación de servicios.

Por tanto no recibe la protección del art. 57 de la Constitución y deviene ilícito por afectación de derechos reconocidos constitucionalmente (Delpiazzo, C. y Robaina, A., Ameglio, J; Larrañaga Zeni, N. en trabajos ya citados).¹⁹

Como puede verse existe una diferencia en el argumento empleado por la jurisprudencia. En sentencias anteriores como vimos, en ningún caso tomaban posición. Así cuando optaban por citar a RISSO FERRAND omitían en la cita su opinión: que la ocupación no es extensión del derecho de huelga. En este caso: el Tribunal adhiere a una tesis que traería como consecuencia que la ocupación o piquete en ningún caso serían legítimos.

4. LAS IMPLICANCIAS DE LA TESIS ADOPTADA POR EL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 4º TURNO

La tesis adoptada por este Tribunal tiene un numeroso sustento en doctrina. En la doctrina de Derecho Público se encuentra total apoyo a la tesis adoptada por la Sede, y en el ámbito de la doctrina laboralista la cuestión se encuentra dividida.

19 El resaltado nos pertenece. Sentencia 64/2016 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno en *La Ley Uruguay*.

4.1. UN CONCEPTO DE HUELGA DEL ARTÍCULO 57 EN SENTIDO RES-TRINGIDO

Es compartido en doctrina el método lógico-sistemático-teleológico de interpretación de la Constitución, así como incluso el apoyo que nos pueden brindar las reglas del Código Civil vinculantes para las leyes.²⁰

El primer momento podría ser entender el significado del giro “huelga”. En este punto podríamos apoyarnos en el CC, buscando el sentido natural y obvio del término. Por ello es procedente ilustrar con la definición de la Real Academia Española: “*Interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de reivindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta.*”²¹ Así parece bastante claro que la huelga implica una actitud pasiva por parte de los trabajadores, no así una actitud activa como sería una ocupación o el piquete.

De todas maneras, no sería correcto por prestigiosa que sea la fuente, allanarse en un solo concepto. Los diccionarios jurídicos son una herramienta, que en este momento de la interpretación nos pueden aportar un ingrediente fehaciente de lo que la disciplina jurídica entiende por huelga.

El Diccionario del Español Jurídico nos enseña por la voz huelga que se trata de un: “*Derecho Constitucional al abandono colectivo del puesto de trabajo como medio de presión para defender los derechos laborales.*”²² Es consistente con la definición anterior y consistente con el concepto huelga como actividad pasiva de los trabajadores.²³

Por tanto, desde este punto de vista de la voz huelga no se puede concluir que la ocupación sea un concepto comprendido o englobado.²⁴

20 ESTEVA GALLICCHIO, E.; La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio En sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*, T. VI, Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral, págs. 257-259; RISSO FERRAND, M.; *Hacia una Nueva Interpretación Constitucional. La Realidad en Uruguay*, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, 2014, págs. 239-283.; ROTONDO TORNARÍA, F., *Curso de Derecho Constitucional Segundo*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2009, pág. 36.

21 Consultada la voz “huelga” en dle.rae.es.

22 MUÑOZ MACHADO, S, *Diccionario del Español Jurídico*, Ed. Real Academia Española, Madrid, 2016.

23 Cabe destacar que tampoco nos conformamos con dos conceptos, sino que más diccionarios jurídicos confirman el concepto de huelga. Se plantean dos al cuerpo como podrían plantearse otros en el mismo sentido. Entre ellos: MORENO RODRÍGUEZ, R., *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Ed. Diccibibliografía Editora, Buenos Aires, 2005; ORGAZ, A., *Diccionario Elemental de Derecho y Ciencias Sociales*, Ed. Assandri, Córdoba, 1996; ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT, *Vocabulario Jurídico*, Ed. Temis, Bogotá, 1995; OSSORIO Y FLORIT, M., CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G; *Diccionario de Derecho A-I*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2007.

En todos los conceptos existen dos notas comunes, por un lado tratarse de una conducta pasiva por parte de los trabajadores y por otro lado con fines reivindicativos.

24 Los siguientes autores sustentan una concepción restringida del concepto de huelga: LARRAÑAGA ZENI, N, El derecho de huelga y sus límites, en *Revista de Derecho y Tribunales*, n°20, Montevideo, octubre 2012, pág. 28, DURÁN MARTÍNEZ, A., op. cit, pág. 120, ORDOQUI CASTILLA ORDOQUI CASTILLA, G., *Abuso de derecho (civil, comercial, procesal, laboral y administrativo)*, Ed. Ediciones Del Foro, Montevideo, 2009, pág. 601., GARI, P; PÉREZ DEL CASTILLO, M; *Empresas y Sindicatos. Manual práctico de Derecho Sindical*, Ed.FCU, Montevideo, 2013, pág. 87.; PÉREZ DEL CASTILLO, S., *El Derecho de la Huelga*, Ed. FCU, Montevideo, 1993, págs. 19-28, DELPIAZZO, C., ROBAINA RAGGIO, A., *Estado de Derecho y Ocupaciones*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Ed. Universidad de Montevideo, n°9, Montevideo, 2006, pág. 11.

El estudio realizado por FERREIRA sobre las ocupaciones nos aporta además en ordenamientos jurídicos de derecho comparado la ocupación no es aceptada como una modalidad de huelga y que las doctrinas más recibidas a nivel general no la consideran una modalidad del derecho de huelga. (FERREIRA, M.C, *Ocupación de los lugares de trabajo*, en XVII

No obstante parte de la doctrina laboralista entiende que el sentido “natural y obvio” del término huelga no surge de un Diccionario o Diccionario Jurídico, técnica que aplicamos hasta el momento. Por el contrario, que el sentido “natural y obvio” está dado por la doctrina del momento o por sentido de uso por quienes ejercen el derecho en un momento dado.²⁵

En un segundo momento puede considerar el contexto de la Carta. El silencio respecto de la huelga no solo es en el artículo 57, sino de la Constitución en su conjunto. Si no cabe duda que parte de la interpretación contextual implica no olvidar que hay otros derechos humanos consagrados y de la misma jerarquía que la huelga. Esto implica que en tal punto la huelga encuentra podría encontrar un límite externo en los derechos ajenos.²⁶

En un tercer momento podríamos intentar desentrañar la finalidad de la norma y apoyarnos en la historia fidedigna. PLÁ RODRÍGUEZ estudia el origen del concepto de huelga en nuestra Carta y analiza las discusiones de la Convención Nacional Constituyente. En aquel entonces, en discusión había estado un artículo 56 con distinta redacción al aprobado. El cual si estuviera vigente, podría hacer más discutible el alcance del derecho. Como proyecto sustitutivo se había presentado: “Asegúrese el más amplio derecho de huelga a los Sindicatos y comités de lucha y la masa trabajadora”.²⁷ Podría ser un argumento a favor para sostener que debería adoptarse una concepción restringida. Bajo el entendido que el constituyente rechazó proyectos más amplios.

En síntesis podríamos concluir que el TAC 4º al dejar por fuera de la huelga la ocupación y el piquete, entiende el concepto de huelga bajo la tesis restringida. Pudiendo la huelga solo referirse a un no hacer o a una conducta pasiva, pero nunca un hacer o conducta activa como sería la ocupación o el piquete.

Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 2, Ed. FCU, Minas, 2006, págs. 141-156)

25 En este sentido puede verse: ERMIDA URIARTE, O., *Apuntes sobre la Huelga*, Ed. FCU, Montevideo, 1996, págs. 19-88; LOUSTAUNAU, N., Ocupación y Desocupación de Lugares de Trabajo, en *revista de Derecho Laboral*, t. XLVIII, n° 218, Ed. FCU, Montevideo, 2005, págs. 389-407; BABACE, H., Reflexiones sobre la Legitimidad o Ilegitimidad de las Nuevas Formas de Huelga (en el Derecho Positivo Uruguayo), en *X Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. FCU, Tacuarembó, 1998, págs. 21-34; CASTELLO, A., El Derecho de Huelga. Principales Características del Modelo Uruguayo, en *revista de Derecho Laboral*, t. LIII, n° 240, Ed. FCU, Montevideo, 2010, págs. 729-752; FERNÁNDEZ BRIGNONI, H., La Huelga: ¿Un Derecho Fundamental en Crisis?, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 31, Ed. Facultad de Derecho, Montevideo, 2011, págs. 143-153; LEGNANI CERETTA, C.-DUMPIÉRREZ SEDEVICIC, A., Ocupaciones de los Lugares de Trabajo, en *XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. FCU, Piriápolis, 2008, págs. 207-2016.

Particular destaque se puede hacer respecto de la postura de ROSSI ALBERT, quien entiende que la ocupación “constituye un derecho subjetivo que tiene su fuente de reconocimiento en el bloque de constitucionalidad, compuesto por lo menos por el art. 57 de la Constitución, los Pactos y Declaraciones de derechos humanos, el convenio internacional de trabajo N. 87 y los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT.” (ROSSI ALBERT, R.; *Dialéctica Ocupación-Desocupación. La Acción de Amparo y Residualidad*, en *Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. XVIII, ed. FCU, Colonia del Sacramento, 2007, págs. 415-429.)

26 Recordemos que el prestigioso laboralista ERMIDA URIARTE considera que existe una prevalencia de los derechos colectivos por sobre los individuales, por lo cual podría encontrarse justificación para que el derecho de huelga pueda vulnerar otros derechos humanos. (ERMIDA URIARTE, O., *Ocupaciones y Solución de Conflictos colectivos*. En *XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. FCU, Montevideo, 2006, págs. 249 y ss.) Tal posición no la compartimos, por entender que carece de justificación jurídica. Seguimos a COUTURE y PLÁ RODRÍGUEZ en cuanto señalan que la “única clasificación jerárquica de los derechos subjetivos generalmente admitida por la doctrina es que proviene de la jerarquía de las normas que los establecen.” (COUTURE, E., PLÁ RODRÍGUEZ, A., op. cit. pág. 274). La jurisprudencia también se ha pronunciado en oposición a la tesis de ERMIDA URIARTE respecto de la supremacía de derechos. Ver Nota 14.

27 PLÁ RODRÍGUEZ, A., Origen del concepto “derecho gremial de huelga” utilizado en el art. 56 de la Constitución, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, año XLVII, n° 9, Montevideo, setiembre de 1949, págs. 193-194.

4.2. BAJO LA TESIS RESTRICTIVA NO SE PRESENTARÍA UN CASO DE COLISIÓN DE DERECHOS

Un primer punto de análisis podría ser adentrarnos en el tópico de cómo resolver la colisión entre Derechos Humanos. Así podríamos dedicar todo un trabajo y más a buscar la manera adecuada de resolver el conflicto entre derechos. Pudiendo incluso distinguir corrientes, principios y sub-principios que podrían ayudarnos a resolver el punto, sobre los cuales no hay consenso.

Pero si se adopta la tesis restrictiva estaríamos realizando un análisis impertinente si nos dedicamos a la “colisión entre derechos”. No tenemos en nuestro objeto de estudio un caso de “colisión”, sino de afectación de Derechos Humanos por una conducta ilegítima. Es menester distinguir adecuadamente ambas hipótesis.

La hipótesis de colisión de Derechos implicaría que dos personas se encuentran en una posición en la cual los derechos de una afecta los de la otra. En consecuencia se nos presentaría el problema de cuál jerarquizar, cuál ponderar o cómo armonizar los derechos. Como se vio anteriormente, este fue el razonamiento empleado por la jurisprudencia en los últimos 10 años.

El supuesto de afectación, implica una acción, hecho u omisión ilegítimo que genera que un sujeto vea agraviados sus Derechos Humanos. No siendo necesario en este caso pensar en jerarquizar, ponderar o armonizar derechos. Sino que directamente se debe proceder a identificar cuál o cuáles son los derechos afectados, qué acto, hecho u omisión los afecta, cómo hacer cesar la lesión o amenaza de lesión de tales derechos.

¿La ocupación o el piquete provocan una hipótesis de colisión de Derechos Humanos o se trata de un acto que lesiona ilegítimamente Derechos Humanos?

Sin duda si nos referimos a ocupación o piquete como un caso de huelga, como derecho reconocido por la Carta, va a afectar otros derechos reconocidos constitucionalmente por lo que sería de un caso de colisión. Podría plantearse colisión del derecho de huelga con el derecho de empresa del empleador o con el derecho al trabajo de los trabajadores no huelguistas, entre otros. En tal caso, debe mantenerse el mismo respeto por todos los derechos involucrados y optar por un método para resolver la colisión.

Por el contrario, si nos referimos a la ocupación o piquete por fuera de la huelga no existe un derecho humano protegido constitucionalmente. Consiguientemente el acto de ocupar el lugar de trabajo es un acto manifiestamente ilegítimo que lesiona derechos reconocidos explícitamente en la Constitución, que según el caso podría ser: derecho a la libertad de trabajo, derecho a la libertad de empresa, derecho a libertad de conciencia o de pensamiento, derecho a la libertad de circulación, derecho de propiedad, derecho a la seguridad jurídica y derecho a la igualdad.²⁸

Consideremos que aunque se admitiera la ocupación legítima en sentido teórico, quedaría poco margen para el ejercicio de la misma. Dado que en cualquier caso sería un acto que agravaría varios derechos consagrados por la Constitución.

28 LARRAÑAGA ZENI, N., Ocupaciones y Piquetes: no son Huelga y Lesionan Derechos Fundamentales, en *Tribuna del Abogado*, Colegio de Abogados del Uruguay, n° 158, Montevideo, 2008, págs. 12-15.

5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS

Como señalamos anteriormente son numerosos los derechos que pueden verse restringidos por la ocupación o el piquete. No es menor distinguir que son también diversos los sujetos que pueden verse lesionados sus derechos, trabajadores no huelguistas, el empleador e incluso terceros.

El artículo 53²⁹ de la Carta protege el derecho a la libertad de trabajo. Sin duda que cuando existe la ocupación por parte de un grupo de trabajadores, se está impidiendo que los trabajadores no huelguistas puedan trabajar. Así DELPIAZZO- ROBAINA RAGGIO señalan que se afecta el núcleo esencial del derecho de los trabajadores no huelguistas.³⁰ También LARRAÑAGA ZENI señala que anula la libertad al trabajo al no permitir trabajar a quienes quieren hacerlo.³¹

En el mismo sentido PÉREZ DEL CASTILLO señala *“Si bien toda huelga constituye un serio escollo a la libertad de terceros no huelguistas, en la ocupación del sitio de trabajo ese obstáculo se lleva a un grado tal que hará fácil deducir su ilicitud.”*³²

Señala MENGHI ARBURÚAS que en los hechos que se ha olvidado el derecho a la libertad de empresa.³³ Pero no existe duda de su consagración en el artículo 36 de la Constitución.³⁴ Agrega el autor que incluso existe reconocimiento expreso legal de la libertad de empresa en la Ley 15.703 artículo 1 inciso 2º.³⁵

Sin duda parece ser este derecho, el afectado en forma más directa cuando una empresa es ocupada. Por otra parte, la huelga si bien existe como derecho, debe ser cotejada con el derecho a la libertad de empresa. En tal sentido expresa MENGHI ARBURÚAS que *“El reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa constituye un significativo límite para la regulación de las relaciones de trabajo y un imperativo hermenéutico para quienes deban interpretar y aplicar esa rama del derecho”*³⁶

Así para el autor la ocupación se vuelve *“inconstitucional”* vulnerando entre otros derechos, el derecho a la libertad de empresa. Así explica: *“las ocupaciones son inconstitucionales porque anulan directamente el contenido esencial de la libertad de empresa. El empresario pierde totalmente el control de su emprendimiento. Se anula una parte sustancial del derecho de*

29 Art. 53.- El trabajo está bajo la protección especial de la ley.

Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica.

30 DELPIAZZO, C., ROBAINA RAGGIO, A., op. cit., pág. 15

31 LARRAÑAGA ZENI, N., op. cit., pág. 14

32 PÉREZ DEL CASTILLO, S., op. cit., pág. 363.

33 MENGHI ARBURÚAS, J.D., Libertad de empresa: un derecho olvidado, en *La Ley Uruguay*, publicado en La Justicia Uruguaya, t. 151, Montevideo, 2015, pág. 2.

34 Art. 36.- Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

35 “El ejercicio de las libertades de empresa, de industria y comercia en la materia regulada por la presente ley, queda sujeto a las limitaciones y prohibiciones de interés general resultantes de ella...”

36 MENGHI ARBURÚAS, J.D., op. cit. pág.2

*libertad de empresa. Se viola ilegítimamente el núcleo duro del derecho, indisponible para los particulares y para el propio legislador.*³⁷

En tercer lugar se puede destacar la afectación del derecho de propiedad, consagrado también por la Carta.³⁸ Sin duda existe una privación al empleador de poder entrar a su establecimiento y usar y gozar de todas las instalaciones y bienes de que es dueño.

ORDIQUI CASTILLA entiende distinta la situación en caso de huelga y en caso de ocupación: *“mientras en un caso se refiere a dejar de trabajar por una reivindicación laboral, en el otro se alude a una acción de posesión sobre bienes del empleador sin su autorización.”*³⁹

Por último se puede destacar que la ocupación podría también vulnerar: -el derecho a la libertad de conciencia o de pensamiento si en el caso los huelguistas ejercen presiones ilegítimas sobre los trabajadores no huelguistas, -el derecho a la libertad de circulación, en tanto no se le permita circular por las instalaciones ni a los trabajadores no huelguistas ni al empleador o cualquier otro legitimado a ingresar, -derecho a la seguridad jurídica, debido a que quienes se ven afectados no encuentran en el Derecho Positivo la confianza en que los demás se comportarán correctamente⁴⁰-derecho a la igualdad debido a que la ocupación genera una situación dispar entre por un lado huelguistas y por otro no huelguistas y el empleador, en tanto los últimos no pueden ejercer sus derechos y libertades como si los huelguistas.

Es evidente como una medida del tipo de la ocupación vulnera no solo uno, sino varios derechos reconocidos en la Constitución. Los tres primeros en estudio tiene la particular de que habiendo ocupación, es difícil que exista un caso donde no se vean vulnerados los tres.⁴¹

Por el contrario, podemos destacar que de modo intermedio, entre quienes consideran que la ocupación es siempre legítima y los que consideran que en ningún caso sería, se encuentra la posición de PÉREZ DEL CASTILLO: *“una ocupación será expresión razonable del derecho a las medidas de conflicto sólo en casos excepcionales”*, señalando como ejemplo *“el desmantelamiento de empresa”*.⁴²

37 MENGHI ARBURÚAS, J.D., op. cit, pág.13. Se expresan en el mismo sentido LARRAÑAGA ZENI, N.; DELPIAZZO, C.; ROBAINA RAGGIO, A.; GARI, P.-PÉREZ DEL CASTILLO, M.; ORDIQUI CASTILLA, G.; RISSO FERRAND, M. Todos en trabajos ya citados.

38 Art. 32.- La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda.

39 ORDOQUI CASTILLA, G., op. cit, pág. 610.

40 DELPIAZZO, C., ROBAINA RAGGIO, A., op. cit., pág. 15; LARRAÑAGA ZENI, N., op. cit, págs. 12-15.

41 En tal sentido se expresan GARI-PÉREZ DEL CASTILLO explicando: *“De por sí resulta difícil concebir una ocupación que no perjudique por lo menos el derecho al trabajo, la propiedad y la libertad de empresa”* (GARI, P; PÉREZ DEL CASTILLO, M; op. cit., pág. 131)

42 Ponencia de PÉREZ DEL CASTILLO, S., Ocupaciones vs. Cooperación, en XXVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colonia del Sacramento, 21 y 22 de octubre de 2016.

6. CONCLUSIONES

1. La sentencia comentada realiza un paso más al pronunciarse sobre la extensión del derecho de huelga. Hasta el momento se omitía opinión expresa del punto.
2. Admitir la tesis restrictiva trae aparejado que la única posibilidad de ejercicio de huelga es abstenerse de trabajar, cualquier otra alteración sería ilegítima.
3. Coincidimos en que el sentido literal de la voz huelga empleado en el artículo 57 de la Carta limita el derecho únicamente a la abstención del trabajo. No obstante el sentido natural y obvio no necesariamente es igual al sentido otorgado por un diccionario. Es discutido en doctrina si el sentido natural y obvio es lo que la literalidad del término huelga implica, o es el que lo otorgan quienes ejercen el derecho o incluso si ni quiera habría que definirlo.
4. Es lógico que la práctica del piquete o la ocupación del lugar del trabajo afecten directamente otros derechos reconocidos en la Constitución, y difícil pensar un caso que no suceda. Pero admitir piquetes o ocupaciones en casos muy excepcionales donde no se agraven derechos fundamentales podría otorgar legitimidad al accionar si se prueba que realmente no agravia. Consideramos que el principio de libertad, del cual puede derivar la libertad sindical, amparado en el artículo 10 de la Constitución⁴³ es un sustento importante para señalar tal tesis.
5. Aún así, es totalmente procedente una acción de amparo ante una ocupación del lugar de trabajo o piquete verificándose a priori todos los elementos objetivos previstos en los artículos 1 y 2 de la Ley 16.011, salvo que se trate de un caso excepcional donde los derechos fundamentales no vean afectado su “núcleo duro”.

43 Artículo 10.

Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.



INFORMACIONES

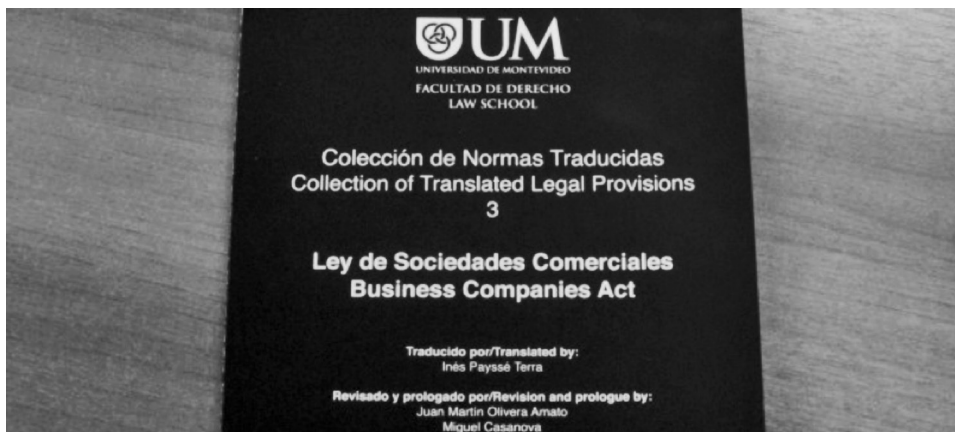
Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

FDER presentó traducción de Ley de Sociedades Comerciales

Estuvo a cargo de la abogada y traductora Dra. Inés Payssé Terra y fue revisada por el Dr. Juan Martín Olivera Amato y el Dr. Miguel Casanova



Nueva edición de “Abogado y Escribano por un día”

La Facultad de Derecho (FDER) organizó una nueva edición del concurso en el que estudiantes de bachillerato juegan a ser profesionales del mundo jurídico



“Abogado y Escribano por un día” es una competencia dirigida a alumnos de bachillerato, que tiene como fin brindar ayuda en materia de orientación vocacional y fomentar el trabajo en equipo.

Además, los estudiantes que participan pueden conocer la propuesta educativa de la Universidad de Montevideo (UM), pasar un buen momento y ganar importantes premios, como descuentos para estudiar Derecho en la UM.

Durante el concurso, los estudiantes debieron enfrentarse a un caso ficticio, del mismo modo que lo haría un abogado y escribano en la vida real. Dependiendo del rol que

se les haya asignado —actor o demandado— deberán aportar su visión del asunto y la solución jurídica que consideren más adecuada.

Las finales fueron el sábado 10 de setiembre tuvieron los siguientes resultados:

1° puesto equipo 3654 – Colegio y Liceo Hermanas Capuchinas de Maldonado, Integrado por: Florencia Olivera, Valentina Jerez y Evangelina Hernández.

2° Puesto equipo 4519 – Colegio y Liceo Pedro Poveda. Integrado por: Eduardo Jose González Crespo, Santiago Tagliamonte Gomez y Maria Eugenia Vargas Consul.

3° Puesto equipo 8569 – Sagrado Corazón de Jesús, de Montevideo. Integrado por: Rocío Miraglia y Juan Andrés Erosa.

4° Puesto equipo 9570 – Liceo Francés. Integrado por: Lucia Facal Scigliano y Rocío Facal Scigliano.

El difícil camino hacia la paz

El Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá, Dr. Juan Carlos Forero explicó en una conferencia en la FDER la situación del Acuerdo de Paz entre el gobierno de su país y las FARC.



A veces, a los ojos del mundo, la solución a los problemas internos de un país parece lineal. Sin embargo, los implicados no ven una salida tan sencilla. El Dr. Juan Carlos Forero, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, opinó en una charla en la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, que esto fue lo que sucedió con el Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Forero visitó Uruguay con ocasión de la IX edición de la Competencia Internacional de Arbitraje. La Universidad del Rosario coorganiza la actividad junto a la Universidad de Buenos Aires. Durante su estancia, ofreció una conferencia en la que explicó la realidad de su país con respecto al gobierno y las FARC.

El lunes 3 de octubre, mientras estudiantes de Derecho de toda América y parte de Europa participaban de la competencia, entre ellos también algunos colombianos, diarios de todo el mundo publicaron el resultado del referéndum del Acuerdo de Paz entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las FARC: en una votación muy reñida, el país rechazó la medida. Perdió por 50,22% frente a 49,77%.

Durante su ponencia, el abogado colombiano desarrolló los 50 años de guerra ininterrumpida de su país: la cantidad de vidas que el conflicto ha cobrado, los heridos y lo difícil que ha sido llegar a un cese del fuego.

El pueblo colombiano tuvo la responsabilidad de ratificar la firma del Acuerdo de Paz entre el gobierno y las FARC. Forero explicó que —a diferencia de lo que intuía el contexto internacional— el resultado de este sufragio no era tan claro: algunos estuvieron dispuestos a esta amnistía, y a perdonar así los crímenes cometidos por los guerrilleros, con el fin de lograr la paz, pero otros no estuvieron de acuerdo.

El Decano de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario explicó la dificultad del proceso: las negociaciones para determinar las penas o sanciones a los integrantes de las FARC, la forma en que debían relatar los crímenes cometidos y la indemnización a las víctimas. Para actuar, quienes participaron en el proceso de paz estudiaron casos similares de otros países, como Sudáfrica. Sin embargo, tomaron un rumbo distinto y propio

UM fue sede de la IX edición de la Competencia Internacional de Arbitraje

Participaron estudiantes de Derecho de 52 universidades de América Latina, EEUU, España y Francia



El equipo ganador fue el de la Universidad de Buenos Aires.

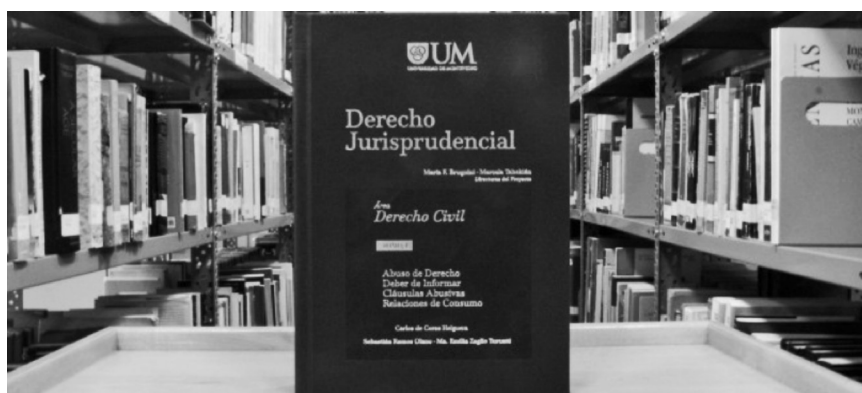


La última audiencia



SCJ presentó publicación de FDER

El Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Ricardo Pérez Manrique, y los autores del libro presentaron “Derecho Jurisprudencial”



El Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Ricardo Pérez Manrique, y los autores de la reciente publicación de la UM presentaron el 5 de octubre el libro “Derecho Jurisprudencial”.

El Dr. Pérez Manrique destacó: “Esta obra es un aporte sumamente importante porque coloca a los jueces en su verdadero rol. Cada uno lleva en su mochila una suerte de vademécum con sus criterios jurisprudenciales para resolver los casos que se le presentan y este libro, lo que hace, es sistematizar ese vademécum”.

Este es el primer tomo del Área Civil, resultado de un importante proyecto de investigación realizado por profesores y estudiantes de la Facultad de Derecho de la UM. La obra busca identificar las reglas jurídicas creadas por los tribunales uruguayos y está inspirada en los *Restatements of the law* de los Estados Unidos (conjunto de tratados que explican el *Common Law* o Derecho Anglosajón).

Las directoras del proyecto son las Dras. María Brugnini y Marcela Tabakián, profesoras de Derecho Anglosajón de la Universidad de Montevideo. En este primer tomo participaron los Dres. Carlos de Cores Helguera, Sebastián Ramos Olano, Ma. Emilia Zaglio Turcatti, profesores de Derecho Civil de la UM.

Próximamente, miembros de las FDER trabajarán en el segundo tomo del área civil y la facultad publicará los primeros tomos del área de Derecho Laboral y Derecho de Familia.

Universidad de Georgetown y UM evaluaron intercambios

Justin Swinsick, de la Universidad de Georgetown, se reunió con Nicolás Etcheverry, de la FDER, y Sarah-Jane Vokey, de la Dirección de Relaciones Internacionales



El jueves 13 de octubre, la Facultad de Derecho (FDER) recibió al Profesor Justin Swinsick, Associate Director of Graduate Admissions de Georgetown University Law Center, de la Universidad de Georgetown, Washington. Swinsick viajó primero a Brasil y luego visitó Uruguay para promover los intercambios académicos entre la Universidad de Montevideo (UM) y la Universidad de Georgetown.

Swinsick conversó con el Decano de la FDER, Nicolás Etcheverry y con Sarah-Jane Vokey, de la Dirección de Relaciones Internacionales, acerca de las diversas formas de convenio para promover los intercambios de alumnos y profesores.

Durante su visita, recorrió junto al decano algunos de los salones de la facultad y conoció a varios estudiantes y docentes de diversos grados y cursos de Derecho.

El ministro Ernesto Murro visitó la UM



El ministro Ernesto Murro visitó la Universidad de Montevideo (UM) el viernes 14 de octubre, invitado por el decano de la Facultad de Derecho, Nicolás Etcheverry. En el marco del curso de Ética profesional que se imparte a los estudiantes de 4to año en dicha Facultad, el ministro conversó en torno al concepto de "cultura del trabajo" que su ministerio está promoviendo desde el comienzo de su gestión. La exposición de Murro dio pie para un muy activo e intenso diálogo con preguntas y respuestas que se extendieron durante 90 minutos.

Finalizada la clase, el ministro almorzó con el decano antes de volver a sus actividades de gobierno.

Materias de US Law



Kirsten Gillson (All Defending Freedom) sobre del Areté Academy.



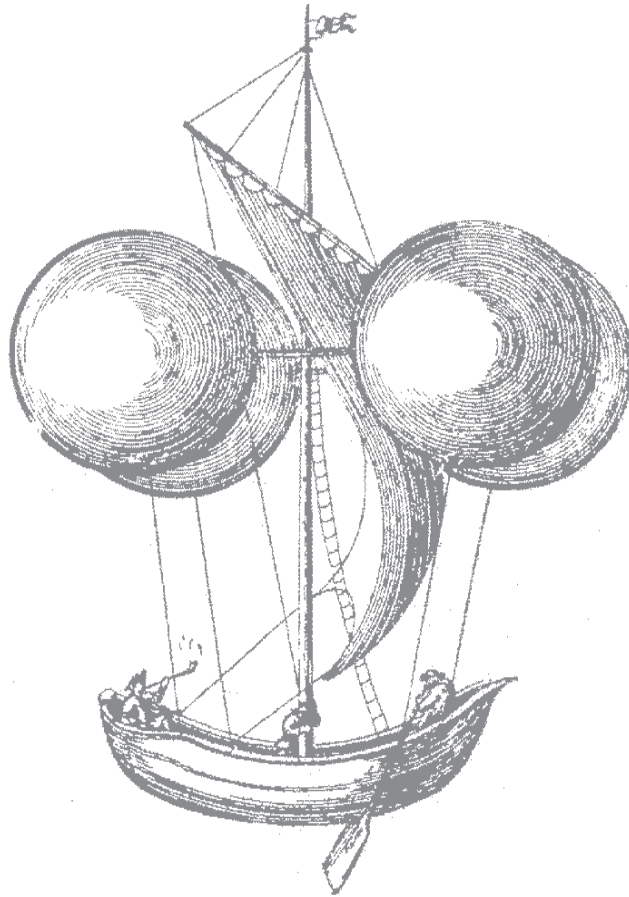
Design Thinking para abogados



El abogado y profesor de Stanford David Johnson capacitó a estudiantes y egresados de Derecho.



Además de los talleres, David Johnson participó de un almuerzo con autoridades y profesores de la UM. “Creemos que se acaba de abrir una puerta que tenemos que mantener abierta y capitalizar al máximo”, concluyó Josefina Maisonnave, Directora de Initium.



TESINAS DE MASTERS

GONZÁLEZ STEWART, María del Rosario

**Protección de Datos Personales de usuarios en los sistemas de Salud
pre-hospitalarios**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE USUARIOS EN LOS SISTEMAS DE SALUD PRE-HOSPITALARIOS (SERVICIOS PARCIALES DE SALUD)

Riesgos y desafíos antes las potestades de la Administración Tributaria

MARÍA DEL ROSARIO GONZALEZ STEWART¹

1. SUMARIO EJECUTIVO

El título del presente trabajo es *“PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE USUARIOS EN LOS SISTEMAS DE SALUDS PRE-HOSPITALARIOS (SERVICIOS PARCIALES DE SALUD), riesgos y desafíos antes las potestades de la Administración Tributaria”*.

El área de investigación en el que se enmarca el presente trabajo es la protección de Datos Personales en Salud y su tratamiento ante las potestades de la Administración tributaria.

El ámbito específico de estudio es el tratamiento de los mismos en las instituciones de salud que prestan servicios pre-hospitalarios, es decir, los sistemas de salud parciales, no abarcando por lo tanto, todas las particularidades que puedan existir en el ámbito hospitalario.

La justificación del tema se encuentra en el impacto, relevancia y sensibilidad que generan los temas vinculados a los datos de salud de las personas – en tanto datos personales sensibles- y las responsabilidades (administrativa, civil y penal) que puede generar un manejo no adecuado de los mismos. De ahí la importancia de la concientización, de la capacitación y de los criterios de las organizaciones para una adecuada y razonable protección de los mismos, tanto a nivel interno de las mismas como a nivel externo, como por ejemplo en caso de recibir una inspección de la Administración Tributaria.

A través de este trabajo de investigación se pretende abordar, por un lado, el análisis desde las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en la materia y su aplicación, uso e interpretación en el área de estudio así como difusión por los distintos medios y, por otro lado, cuál es el marco de actuación y criterios que debe tener la administración fiscal en sus inspecciones, con las facultades que el Código Tributario y las leyes y regla-

¹ Contadora Pública – Universidad de la República Oriental del Uruguay, Máster Ejecutivo en Dirección y Administración de Empresa, EMBA en el IAE, Universidad Austral, Argentina; IEEM, Escuela de Negocios, Uruguay; años 2006 /2007, Programa de Desarrollo Directivo, PDD; IEEM año 2002, Gerente General Unidad Coronaria Móvil (UCM) desde Julio de 2012 a la fecha.

mentaciones vigentes le otorgan, procurando ante todo, el debido cumplimiento de los derechos de los usuarios a la protección de sus datos personales.

El objetivo es plantear ciertas consideraciones y recomendaciones que hay que tener en cuenta, en el ámbito práctico para un correcto y adecuado trato de los datos personales en protección de las personas titulares de los mismos, así como las instituciones que los guardan y tratan.

Además, dejar planteado cómo el marco normativo debe acompañar la transición que hoy se está viviendo en Uruguay en tema de unificación de datos en salud a nivel nacional así como sus principales desafíos.

Cabe destacar, además, que se incluye en el presente trabajo, un capítulo de anexo normativo, doctrina, estudios y referencias nacionales y extranjeras que dan marco al tema de estudio.

2. INTRODUCCIÓN

El área de investigación en el que se enmarca el presente trabajo es la protección de Datos Personales en Salud, especialmente en lo relativo al resguardo que deben tener las instituciones, públicas y privadas, de los mismos en cumplimiento de las normas legales y reglamentarias vigentes cuando la Dirección General Impositiva (D.G.I.) realiza una actuación en dichas organizaciones.

Al momento de realizar las inspecciones la D.G.I. a través de sus inspectores recaban información en las instituciones de salud que prestan servicios pre-hospitalarios, pudiendo, si no se establecen determinados criterios, invadir la privacidad que la ley otorga a los usuarios de los mismos.

Esta situación, nos lleva a plantearnos el siguiente tema de investigación: *“Protección de Datos Personales de usuarios en los sistemas de Salud pre-hospitalarios”, riesgos y desafíos antes las potestades de la Administración tributaria.*

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

3.1. Objetivos de Investigación

A los efectos de guiar el trabajo de investigación, se plantearon los siguientes objetivos:

3.1.1. Objetivo principal

Determinar los criterios y formas en que los datos personales de los usuarios de los servicios de salud, deben estar tratados para proteger los derechos de sus titulares ante una inspección de la D.G.I.

Hay cuatro actores principales involucrados en este estudio:

1. los usuarios de las instituciones de salud titulares de los datos;
2. la institución - pública o privada- donde se encuentran almacenados los datos;
3. los médicos obligados a mantener confidencialidad en datos recibidos durante su actuación a la luz del secreto médico profesional; y,
4. la D.G.I. y sus facultades para obtener información y velar por el cumplimiento de las normas tributarias.

3.1.2. Objetivos específicos

- Identificar cuáles son, de acuerdo a la normativa vigente, los datos personales considerados sensibles.
- Identificar aquellos aspectos que al momento de una inspección deben tenerse en cuenta para que no se afecten los derechos de las personas en cuanto a sus datos personales.
- Conocer la situación que se vive en otros países respecto al tema planteado.

3.2. Preguntas de Investigación

3.2.1. Pregunta Principal de Investigación

¿Cuáles son los criterios y las formas en que los datos personales de los usuarios de los servicios de salud deben tratarse para proteger los mismos ante las actuaciones del órgano fiscalizador D.G.I.?

3.2.2. Preguntas que se derivan de la pregunta principal

- *¿Cuáles son, de acuerdo a la normativa vigente, los datos personales considerados sensibles?*
- *¿Qué aspectos deben tenerse en cuenta al momento de tener una inspección para proteger los datos personales de los usuarios o pacientes de la institución de salud?*
- *¿Cuáles son las facultades que la norma otorga a la D.G.I. para su actuación?*
- *¿Cómo es la situación que se vive en otros países respecto al tema planteado?*

3.3. Justificación de la Investigación

La justificación está dada por la sensibilidad que tienen los datos personales referidos a la salud y que ésta sensibilidad y derecho a su protección no se vea violada u afectada al momento de una actuación del órgano fiscalizador. Este procura su objetivo de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias pero un derecho no debe vulnerar el otro.

Por otro lado, tomando el sector de la salud, tenemos también otra norma que protege los datos de los pacientes. Está el secreto profesional del médico y su protección. Así está establecido en el código penal en el Artículo 302 “(Revelación de secreto profesional). El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables) de multa”.

Ma. Teresa Requejo Naveros, cuando dice para el caso de la legislación Española en un foro, “en conclusión, se trata de un delito de novedosa inclusión en nuestro texto penal que, tras muchos años de vacío, permite sancionar a aquellos profesionales de la medicina que incumplan su obligación de sigilo o reserva quebrantando la confianza en ellos depositada por el paciente².”

Esta pena que se impone al profesional en nuestra legislación también se puede extrapolar que se sustenta, entre otros motivos, en el quebrantar la confianza que deposita el paciente en su médico y también en la institución al cual pertenece y representa.

3.4. Viabilidad de la Investigación

La viabilidad de la investigación se basó en la facilidad de acceder a los datos necesarios, en virtud de la situación laboral y profesional de la investigadora.

3.5. Antecedentes encontrados

Existe bibliografía en relación al tema de la Ley de Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data, así como también hay jurisprudencia y dictámenes del órgano de control³. El órgano de control fue creado por la ley para velar el cumplimiento de la norma, y se llama Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales en adelante U.R.C.D.P.

Como antecedente está la Tesis del Dr. Pablo Schiavi, “El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales en el Uruguay”.

4. MARCO TEÓRICO

El marco teórico en el cual se desarrolló el estudio se encuentra en la Constitución de la República, Leyes, Decretos, Resoluciones y ciertas sentencias que forman parte de la reciente jurisprudencia del tema.

4.1. Constitución de la República; Arts. 7, 28, 44, 66, 72 y 332.

4.2. Ley N° 18.331 del 11 de Agosto de 2008 sobre “Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data”, y los decretos que reglamentan la citada ley, Decreto 414/009 y decreto 308-2014 modifica Decreto 414-009.

2 Requejo Naveros, Ma. Teresa. Foro, Nueva época, núm. 6/2007:159-194. El secreto Profesional del Médico y su protección jurídico-penal. Una perspectiva histórica.

3 Ley 18.331 capítulo VII, art. 31 Órgano de control. Unidad Reguladora y de Control de datos Personales (U.R.C.D.P.)

- 4.3. Ley N° 18.335 Derechos y obligaciones pacientes y usuarios de los servicios de salud y su decreto reglamentario N° 274/2010 que declara los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud.
- 4.4. Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010, Presupuesto Nacional Período 2010-2014, artículos 150 a 156.
- 4.5. Ley N° 18996. Aprobación de rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal. **Ejecución 2011. Artículos 306 y 307.**
- 4.6. El Código Penal Uruguayo art. 302 donde establece la pena por la revelación de secreto profesional.
- 4.7. Decreto N° 664/008 de fecha 22 de Diciembre de 2008, donde se establece la creación del Registro de Base de Datos personales a cargo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales.
- 4.8. Decreto 396/003 se crea Historia Clínica Electrónica única de cada persona.
- 4.9. Código tributario: art. 47 Secreto de las actuaciones, Facultades de la Administración y art. 70 Obligaciones de los particulares.
- 4.10. Sentencia Tribunal de lo Contencioso Administrativo (T.C.A.) N° 145/2015 de febrero de 2015.

Comenzamos el marco teórico de estudio partiendo de la definición dada sobre protección de datos de Carlos E. DELPIAZZO quien dice que “la mayoría de la doctrina continental utiliza la expresión, derecho a la protección de datos personales, para designar el derecho bajo examen cuyo objeto es la tutela frente a la posible utilización no autorizada de los datos de la persona para confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, familiar, profesional o social”⁴.

Además, Augusto Durán Martínez incluye en su libro “Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública hábeas data” la definición del derecho a la protección de datos de Óscar Puccinelli “la facultad conferida a las personas para actuar per se y para exigir la actuación del Estado a fin de tutelar los derechos que pudieran verse afectados por virtud de acceso, registro o transmisión a terceros de los datos nominativos a ella referidos”⁵.

El régimen de protección de los datos personales permite que los ciudadanos ejerzan su legítimo poder de disposición y control sobre los datos de carácter personal referidos a su persona que se encuentran registrados en bases de datos de titularidad de terceros.

La legislación faculta a los ciudadanos a decidir cuáles de esos datos quieren proporcionar a terceros, sea el Estado o un particular, o qué datos pueden esos terceros recabar,

4 Delpiazzo, Carlos E. – “A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso”. Montevideo. pág. 3 en <http://docplayer.es/docview/26/7112746/#file=/storage/26/7112746/7112746.pdf>.

5 “Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública hábeas data” Segunda edición actualizada y ampliada, AMF, Editorial y libertad jurídica. Montevideo, 2012, pág 11.

permitiendo asimismo que sepan quién posee sus datos personales y para qué, pudiendo inclusive oponerse a esa posesión o uso.

La Ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, públicos o privados.

Sobre el derecho a la protección de datos personales en salud en Uruguay vamos a definir los conceptos y elementos que forman parte de la investigación en relación al tema de los datos personales.

Como primera precisión cabe mencionar que *los datos de salud son datos personales*, y conforme a la ley, literal d) del artículo 4° de la Ley N° 18.331, *los datos de salud son datos sensibles*.

Se agrega además que el Decreto reglamentario de la referida Ley, define los datos personales relacionados con la salud como “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente, y futura física o mental, de una persona”⁶.

Para el tratamiento de los datos de salud, el principio es la necesidad de contar con el **consentimiento expreso y escrito del titular del dato**, siendo éste requerimiento más estricto que el indicado para otro tipo de datos.

Hay excepciones para tratar estos datos sin consentimiento, por razones de salud e higiene públicas, de emergencia, o en forma disociada para la realización de estudios epidemiológicos. Este punto lo podemos asociar a la investigación, si requiero información sobre un servicio como objeto pasible de obligación tributaria debo disociar la parte relacionada a los datos de salud de la transacción económica.

De acuerdo a la ley 18.331 artículo 19 – Datos relativos a la salud- la norma establece que *“los establecimientos sanitarios públicos y privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional, la normativa específica y lo establecido en la ley”*.

Dentro del **Capítulo I** de la Ley de Protección de datos Personales N° 18331 establece el tema en estudio, protección de datos personales como de “Derecho humano”.

El artículo 1° “Derecho humano” de la ley en estudio establece expresamente que *“el derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República”*⁷.

Con este primer artículo se reconoce que el derecho a la protección de datos personales es un derecho humano que la ley ampara.

6 Decreto 419/009 artículo 4 inciso D.

7 Ver Anexos/Marco normativo/Constitución de la Republica, artículo 72°.

Durán Martínez en su libro sobre “Protección de datos personales”⁸ expresa que según Bidart Campos, “derechos humanos son aquellos que tienen como sujeto al hombre en cuanto hombre, en cuanto pertenece a la especie que llamamos humana, prescindiendo de su condición de ciudadano o extranjero, de trabajador o desocupado o jubilado o pensionista, de niño o adulto, de mujer o varón, o de integrante de algún grupo étnico en particular o de otras situaciones diferenciales que puedan existir.”⁹

También fija el ámbito subjetivo de aplicación, es para persona física y también para persona Jurídica.

Esto se establece en el artículo 2º de la ley artículo dispone que: “El derecho a la protección de los datos personales se aplicará por extensión a las personas jurídicas, en cuanto corresponda”.

El artículo 3º de la ley se refiere al Ámbito objetivo de aplicación de la misma “El régimen de la presente ley será de aplicación a los datos personales registrados en cualquier soporte que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los ámbitos público o privado.

No será de aplicación a las siguientes bases de datos:

- A) *A las mantenidas por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.*
- B) *Las que tengan por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y sus actividades en materia penal, investigación y represión del delito.*
- C) *A las bases de datos creadas y reguladas por leyes especiales”.*

Con esto queda establecido que para poder tratar los datos estos deben estar registrados en alguna base o soporte.

El artículo 3 del Decreto N° 419/009 de 31 de agosto de 2009, en cuanto al ámbito territorial dispone que el tratamiento de los datos personales están sometidos a la ley:

- “A) Sean efectuados por un responsable de base de datos o tratamiento establecido en territorio uruguayo, siendo éste el lugar donde ejerza su actividad, cualquiera sea su forma jurídica.*
- B) El responsable de la base de datos o tratamiento no esté establecido en territorio uruguayo pero utilice en el tratamiento de datos medios situados en el país. Exceptúense de la regla precedente, los casos en que los citados medios se utilicen exclusivamente con fines de tránsito, siempre que el responsable de la base de datos o tratamiento designe un representante, con domicilio y residencia permanente en territorio nacional, ante el Órgano de Control, a los efectos de cumplir con las obligaciones previstas por la Ley que se reglamenta y en esta reglamentación. Tal designación no*

8 Ídem 4

9 Bidart Campos, G.J, Teoría General de los derechos humanos. Astrea Buenos Aires, 1991, p.2 citado por Augusto Durán Martínez en libro Derecho a la Protección de Datos Personales y Acceso a la Información Pública Hábeas Data

impedirá las acciones legales que puedan ser promovidas contra el responsable de la base de datos o tratamiento, ni disminuirá su responsabilidad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones impuestas legal o reglamentariamente”.

El tema de la territorialidad es extremadamente importante en el área de salud, dado la universalidad de la información y el acceso a la telemedicina se abren posibilidades de acceso a consultas, tratamientos y trae aparejado el tema del manejo de la información y su protección fuera del territorio nacional. Caben consideraciones legales sobre el tema que aún se mantienen bajo estudio.

La Telemedicina definida por la Organización Mundial de la Salud como “(...) la provisión de los servicios de atención sanitaria, donde la distancia es un factor crítico, por todos los profesionales de atención sanitaria utilizando tecnologías de la información y comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y heridas, investigación y evaluación, y para la educación continua de los proveedores de atención sanitaria, todo en interés de mejorar la salud de sus individuos y sus comunidades”¹⁰.

Dejo planteado un tema que forma parte, sin duda, del marco del trabajo de tesis dado que está relacionado con el art. 44 de la Constitución de la República “derecho a la salud” que hoy con apertura a las redes internacionales trasciende el territorio nacional.

El artículo 4° de la Ley establece ciertas definiciones de las cuales tomare como relevantes para el caso de estudio las relacionadas a:

- “B) Comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del titular de los datos.*
- C) Consentimiento del titular: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la cual el titular consienta el tratamiento de datos personales que le concierne.*
- D) Dato personal: información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables.*
- E) **Dato sensible:** datos personales que revelen origen racial y étnico, preferencias políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical e **informaciones referentes a la salud** o a la vida sexual.*
- F) Destinatario: persona física o jurídica, pública o privada, que recibiere comunicación de datos, se trate o no de un tercero.*
- G) **Disociación de datos:** todo tratamiento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda vincularse a persona determinada o determinable.*
- J) Tercero: la persona física o jurídica, pública o privada, distinta del titular del dato, del responsable de la base de datos o tratamiento, del encargado y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable o del encargado del tratamiento.*

10 Documento Guía Jurídica; Telemedicina Salud.uy Versión 1.0-Año 2015

- K) *Responsable de la base de datos o del tratamiento: persona física o jurídica, pública o privada, propietaria de la base de datos o que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.*
- L) *Titular de los datos: persona cuyos datos sean objeto de un tratamiento incluido dentro del ámbito de acción de la presente ley.*
- M) *Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos sistemáticos, de carácter automatizado o no, que permitan el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.*
- N) *Usuario de datos: toda persona, pública o privada, que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en una base de datos propia o a través de conexión con los mismos”.*

El Capítulo II de la Ley regula los principios generales a los cuales deberá ajustarse la actuación de los responsables de las bases de datos, tanto públicos como privados, y, en general, de todos quienes actúen en relación a datos personales de terceros.

El artículo 5 dispone: “Valor y fuerza- La actuación de los responsables de las bases de datos, tanto públicos como privados, y, en general, de todos quienes actúen en relación a datos personales de terceros, deberá ajustarse a los siguientes principios generales:

- A) **Legalidad.**
- B) *Veracidad.*
- C) *Finalidad.*
- D) **Previo consentimiento informado.**
- E) *Seguridad de los datos.*
- F) *Reserva.*
- G) *Responsabilidad.*

Dichos principios generales servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”.

Estos principios son los que deben regir a todos los que traten datos personales de terceros.

- Principio de legalidad (Art. 6°): *“La formación de bases de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptas, observando en su operación los principios que establecen la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en consecuencia.*

Las bases de datos no pueden tener finalidades violatorias de derechos humanos o contrarias a las leyes o a la moral pública.”

Este artículo de la ley establece que las bases de datos tienen que estar registradas para ser lícito su tratamiento.

- Principio de veracidad (Art. 7°): *“Los datos personales que se recogieren a los efectos de su tratamiento deberán ser veraces, adecuados, ecuanímenes y no excesivos en relación con la finalidad para la cual se hubieren obtenido. La recolección de datos no podrá hacerse por medios desleales, fraudulentos, abusivos, extorsivos o en forma contraria a las disposiciones a la presente ley. Los datos deberán ser exactos y actualizarse en el caso en que ello fuere necesario.”*

Cuando se constate la inexactitud o falsedad de los datos, el responsable del tratamiento, en cuanto tenga conocimiento de dichas circunstancias, deberá suprimirlos, sustituirlos o completarlos por datos exactos, veraces y actualizados. Asimismo, deberán ser eliminados aquellos datos que hayan caducado de acuerdo a lo previsto en la presente ley.”

- Principio de finalidad (Art. 8°): *“Los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.*

Los datos deberán ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubieren sido recolectados.

La reglamentación determinará los casos y procedimientos en los que, por excepción, y atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos, y de acuerdo con la legislación específica, se conserven datos personales aun cuando haya perimido tal necesidad o pertinencia.

Tampoco podrán comunicarse datos entre bases de datos, sin que medie ley o previo consentimiento informado del titular.”

Este artículo establece y acota el uso de los datos registrados en las bases, los cuales solo podrán ser utilizados para los fines que dieron motivo a su obtención.

- Principio del previo consentimiento informado (Art.9).

El Art. 152 de la Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010 da nueva redacción Inciso 2 y al Literal E) del Art. 9 de la Ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008.

La redacción actual del artículo es: Artículo 9° *“Principio del previo consentimiento informado- El tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse.*

El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 13 de la presente ley.

No será necesario el previo consentimiento cuando:

- A) *Los datos provengan de fuentes públicas de información, tales como registros o publicaciones en medios masivos de comunicación.*

- B) *Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal.*
- C) *Se trate de listados cuyos datos se limiten en el caso de personas físicas a nombres y apellidos, documento de identidad, nacionalidad, domicilio y fecha de nacimiento. En el caso de personas jurídicas, razón social, nombre de fantasía, registro único de contribuyentes, domicilio, teléfono e identidad de las personas a cargo de la misma.*
- D) *Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento.*
- E) *Se realice por personas físicas para su uso exclusivo personal, individual o doméstico.”*

En este artículo se consagra determinadas excepciones al principio del previo consentimiento informado. La disposición establece que no será necesario el previo consentimiento informado cuando los datos "se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal".

En tal sentido, una función propia de los poderes del Estado es la actividad de fiscalización y recaudación de tributos. Por lo tanto, en una situación de inspección se podría decir, si se cuestionara la falta del previo consentimiento informado, el punto ingresaría dentro de la excepción prevista en este artículo inciso B) de la ley 18.331.

En materia de consentimiento, el Capítulo III del Decreto N° 419/009 de 31 de agosto de 2009 regula expresamente el consentimiento informado para la recolección y el tratamiento de datos por un lado y las formas de recabar el consentimiento.

-Principio de seguridad de los datos (Art.10).

“El responsable o usuario de la base de datos debe adoptar las medidas que resultaren necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales. Dichas medidas tendrán por objeto evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, así como detectar desviaciones de información, intencionales o no, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.”

Los datos deberán ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.

Queda prohibido registrar datos personales en bases de datos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad.

En cuanto a este principio de seguridad de los datos el Capítulo IV del Decreto N° 419/009 de 31 de agosto de 2009, regula las medidas de seguridad y la vulneración de la seguridad.

Al respecto el artículo 7° del Decreto, en cuanto a medidas de seguridad, dispone que "Tanto el responsable como el encargado de la base de datos o tratamiento deberán proteger los datos personales que sometan a tratamiento, mediante aquellas medidas

técnicas y organizativas que resulten idóneas para garantizar su integridad, confidencialidad y disponibilidad”.

En cuanto a la vulneración de la seguridad, el Art.8 del decreto establece, “cuando el responsable o encargado de la base de datos o tratamiento conozca de la ocurrencia de vulneraciones de seguridad en cualquier fase del tratamiento que realice, que sean susceptibles de afectar de forma significativa los derechos de los interesados, deberán informarles de este extremo”.

- Principio de reserva (Art.11).

“Aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieron legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros.

Las personas que, por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieran acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligadas a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público. Lo previsto no será de aplicación en los casos de orden de la Justicia competente, de acuerdo con las normas vigentes en esta materia o si mediare consentimiento del titular.

Esta obligación subsistirá aun después de finalizada la relación con el responsable de la base de datos.”

En este artículo se establece que las personas que obtuvieron legítimamente información pueden usar la misma para el fin que la obtuvieron pero de forma reservada y para operaciones del giro y sin comunicar a terceros.

- Principio de responsabilidad (Art.12).

“El responsable de la base de datos es responsable de la violación de las disposiciones de la presente ley”.

Derechos de los titulares de los datos

El Capítulo III de la Ley regula especialmente los derechos de los titulares de los datos, y también del emisor y del destinatario de los datos-

Artículo 13 de la Ley dispone:

Artículo 13. “Derecho de información frente a la recolección de datos.- Cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa, precisa e inequívoca:

A) La finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios.

- B) *La existencia de la base de datos, electrónico o de cualquier otro tipo, de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable.*
- C) *El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos sensibles.*
- D) *Las consecuencias de proporcionar los datos y de la negativa a hacerlo o su inexactitud.*
- E) *La posibilidad del titular de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos”.*

Este artículo se relaciona con el principio del previo consentimiento y regula qué se debe informar, cómo se debe informar y cuándo.

El artículo 14 de la Ley en la redacción dada por el artículo 152 de la Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010 dispone:

Artículo 14 Derecho de acceso.- “Todo titular de datos personales que previamente acredite su identificación con el documento de identidad o poder respectivo, tendrá derecho a obtener toda la información que sobre sí mismo se halle en bases de datos públicas o privadas. Este derecho de acceso sólo podrá ser ejercido en forma gratuita a intervalos de seis meses, salvo que se hubiere suscitado nuevamente un interés legítimo de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Cuando se trate de datos de personas fallecidas, el ejercicio del derecho al cual refiere este artículo, corresponderá a cualquiera de sus sucesores universales, cuyo carácter se acreditará debidamente.

La información debe ser proporcionada dentro de los cinco días hábiles de haber sido solicitada. Vencido el plazo sin que el pedido sea satisfecho o si fuera denegado por razones no justificadas de acuerdo con esta ley, quedará habilitada la acción de habeas data.

La información debe ser suministrada en forma clara, exenta de codificaciones y en su caso acompañada de una explicación, en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población, de los términos que se utilicen.

La información debe ser amplia y versar sobre la totalidad del registro perteneciente al titular, aun cuando el requerimiento sólo comprenda un aspecto de los datos personales. En ningún caso el informe podrá revelar datos pertenecientes a terceros, aun cuando se vinculen con el interesado.

La información, a opción del titular, podrá suministrarse por escrito, por medios electrónicos, telefónicos, de imagen, u otro idóneo a tal fin.”

En este último caso no indica que debe ser un medio apto para transmitir información con exactitud.

El artículo 15 de la Ley en su nueva redacción, dispone:

Artículo 15. “Derecho de rectificación, actualización, inclusión o supresión.- Toda persona física o jurídica tendrá derecho a solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión

de los datos personales que le corresponda incluidos en una base de datos, al constatar error o falsedad o exclusión en la información de la que es titular.

El responsable de la base de datos o del tratamiento deberá proceder a realizar la rectificación, actualización, inclusión o supresión, mediante las operaciones necesarias a tal fin en un plazo máximo de cinco días hábiles de recibida la solicitud por el titular del dato o, en su caso, informar de las razones por las que estime no corresponde.

El incumplimiento de esta obligación por parte del responsable de la base de datos o del tratamiento o el vencimiento del plazo, habilitará al titular del dato a promover la acción de habeas data prevista en esta ley.

Procede la eliminación o supresión de datos personales en los siguientes casos:

- A) Perjuicios a los derechos e intereses legítimos de terceros.*
- B) Notorio error.*
- C) Contravención a lo establecido por una obligación legal.*

Durante el proceso de verificación, rectificación o inclusión de datos personales, el responsable de la base de datos o tratamiento, ante el requerimiento de terceros por acceder a informes sobre los mismos, deberá dejar constancia que dicha información se encuentra sometida a revisión.

En el supuesto de comunicación o transferencia de datos, el responsable de la base de datos o del tratamiento debe notificar la rectificación, inclusión o supresión al destinatario dentro del quinto día hábil de efectuado el tratamiento del dato.

La rectificación, actualización, inclusión, eliminación o supresión de datos personales cuando corresponda, se efectuará sin cargo alguno para el titular.”

El artículo 16 de la Ley en su nueva redacción, dispone:

Artículo 16. (Derecho a la impugnación de valoraciones personales).- *“Las personas tienen derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos que les afecte de manera significativa, que se base en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, entre otros.*

El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos personales que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

En este caso, el afectado tendrá derecho a obtener información del responsable de la base de datos tanto sobre los criterios de valoración como sobre el programa utilizado en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión manifestada en el acto.”

Se buscó en este artículo asegurar evitar cuestiones subjetivas que implican valorar a partir del tratamiento de los datos. Se pretende la objetividad de los datos.

El artículo 17 de la Ley en su nueva redacción, dispone:

Artículo 17. “Derechos referentes a la comunicación de datos.- Los datos personales objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del emisor y del destinatario y con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la comunicación e identificar al destinatario o los elementos que permitan hacerlo.

El previo consentimiento para la comunicación es revocable.

El previo consentimiento no será necesario cuando:

- A) Así lo disponga una ley de interés general.*
- B) En los supuestos del artículo 9° de la presente ley.*
- C) Se trate de datos personales relativos a la salud y sea necesaria su comunicación por razones sanitarias, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, preservando la identidad de los titulares de los datos mediante mecanismos de disociación adecuados cuando ello sea pertinente.*
- D) Se hubiera aplicado un procedimiento de disociación de la información, de modo que los titulares de los datos no sean identificables.*

El destinatario quedará sujeto a las mismas obligaciones legales y reglamentarias del emisor y éste responderá solidaria y conjuntamente por la observancia de las mismas ante el organismo de control y el titular de los datos de que se trate.”

Datos especialmente protegidos.

El Capítulo IV de la Ley refiere a datos que son objeto de una protección especial:

- Datos sensibles (Art.18);
- Datos relativos a la salud (Art.19);
- Datos relativos a las telecomunicaciones (Art.20);
- Datos Relativos a bases de datos con fines de publicidad (Art. 21);
- Datos relativos a la actividad comercial o crediticia (Art.22);
- Datos trasferidos internacionalmente (Art.23).

A continuación detallo lo relativo a este capítulo que refiere a datos que son objeto de un tratamiento especial.

- Datos sensibles (Art.18).

*“Artículo 18. **Datos sensibles.**- “Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Éstos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular.*

Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocian de sus titulares.

*Queda prohibida la formación de bases de datos que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. **Se exceptúan** aquellos que posean los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones religiosas, asociaciones, fundaciones y otras entidades sin fines de lucro, cuya finalidad sea política, religiosa, filosófica, sindical, que hagan referencia al origen racial o étnico, **a la salud y a la vida sexual**, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, **sin perjuicio que la comunicación de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del titular del dato.***

Los datos personales relativos a la comisión de infracciones penales, civiles o administrativas sólo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas, sin perjuicio de las autorizaciones que la ley otorga u otorgare. Nada de lo establecido en esta ley impedirá a las autoridades públicas comunicar o hacer pública la identidad de las personas físicas o jurídicas que estén siendo investigadas por, o hayan cometido, infracciones a la normativa vigente, en los casos en que otras normas lo impongan o en los que lo consideren conveniente”.

En este artículo se establece que los datos relativos a la salud de las personas pueden ser almacenados en bases de datos. De hecho así lo hacen los establecimientos sanitarios constituyendo la historia clínica del asociado. Pero queda claramente establecido que para para comunicar dichos datos se requiere del consentimiento del titular de los mismos.

- Datos relativos a la salud (Art.19).

Artículo 19. Datos relativos a la salud.- *“Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional, la normativa específica y lo establecido en la presente ley”.*

En éste artículo queda claramente establecido que el secreto profesional debe ser respetado. Esto, incluso, en el código penal se establece la pena para el profesional que no respete el secreto.

“El médico que conoce, por razón del ejercicio de su profesión, determinado hecho y lo divulga, sin que exista ninguna razón superior, de alto interés social, no sólo está quebrantando principios éticos, sino que comete un delito. El secreto profesional, en relación a la profesión médica, ha cedido en estos últimos tiempos. Cuando se trata de asistencia que se presta en Hospitales de Clínicas, el conocimiento de la enfermedad, ya no pertenece al profesor que realiza el examen, sino que todo el equipo y todos los que estudian alrededor de la enfermedad, toman conocimiento de la misma. En realidad, lo que sucede, es que el enfermo por el sólo hecho de ingresar a un establecimiento de esa

naturaleza, acepta la norma hospitalaria. Marafión destaca que el secreto profesional médico, ha venido cediendo en interés de la ciencia. Hay un motivo superior, es decir, una justa causa, que obliga a revelar el secreto. Claro está, que cuando se lleva el caso estudiado a la divulgación, ya sea en Congresos o por publicación de un trabajo profesional, no puede hablarse de revelación total del secreto; sólo hay una revelación parcial, que no afecta al enfermo, siempre que, el caso se presente sin ningún antecedente que permita la individualización del enfermo.¹¹

El Artículo 302 del Código Penal: "(Revelación del secreto profesional). El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables) de multa."

Ledo Arroyo Torres incluye además en su libro la opinión del Dr. Aguirre Roselló, quien advierte "que no basta que esté en juego la averiguación de un delito, para que la "justa causa" aparezca, ya que el artículo 360, inciso 10 del cód. penal, exime de responsabilidad al médico, partera o farmacéutico, que calla, ante la evidencia de un delito, si se hallare amparado por el secreto profesional, **hizo la consulta al Dr. Irureta Goyenay** nuestro codificador contestó que era un problema que no podía ser reducido a fórmulas determinadas y a cuyo respecto resulta imposible dar definiciones precisas; y concreta así su opinión: "Cada uno, llegado el caso, debe proceder y resolverlo con arreglo a su buen sentido, a su sentido moral"¹².

El Artículo 34¹³ establece los cometidos *del órgano de control de datos personales (URC-DP)*, disponiendo que *éste deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la presente ley. Entre sus funciones encontramos:*

- A) *Asistir y asesorar a las personas sobre alcance de la ley.*
- B) *Dictar las normas y reglamentaciones que se deben observar en el desarrollo de las actividades comprendidas por esta ley.*
- C) *Realizar un censo de las bases de datos alcanzados por la ley y mantener el registro permanente de los mismos.*
- D) *Controlar acerca de la legalidad, integridad, veracidad, proporcionalidad y seguridad de datos, pudiendo realizar observación y sanciones en el caso de no cumplimiento de la ley.*
- E) *Solicitar información a las entidades públicas y privadas, garantizando en todos los casos la seguridad y confidencialidad de la información y elementos suministrados.*
- F) *Opinar cuando se le requiera, así como dictar sanciones si hay violación a la normas regulan el tratamiento de datos personales comprendidos en ésta.*

11 Arroyo Torres, Ledo. "El Secreto Profesional" en <http://documentos.aeu.org.uy/040/044-11-466-495.pdf>

12 Aguirre Rosello citado en el documento Arroyo Torres, Ledo. "El Secreto Profesional" pág. 480.

13 Ley N° 18.331. Protección de datos personales y acciones de "Habeas data". Art. 34

G) *Asesorar en forma necesaria al Poder Ejecutivo en la consideración de los proyectos de ley que refieran total o parcialmente a protección de datos personales.*

H) *Informar y asesorar en forma gratuita.*

La unidad de control también tiene facultades sancionatorias como lo establece el artículo 35 de la ley 18.331.

El Capítulo VIII de la Ley en estudio consagra la Acción de Protección de Datos Personales, regulando el procedimiento, la procedencia y competencia, la legitimación y el trámite de primera y de segunda instancia.

El Artículo 37 “Habeas data” establece que *“Toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial efectiva para tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y de su finalidad y uso, que consten en bases de datos públicos o privados; y -en caso de error, falsedad, prohibición de tratamiento, discriminación o desactualización- a exigir su rectificación, inclusión, supresión o lo que entienda corresponder. Cuando se trate de datos personales cuyo registro esté amparado por una norma legal que consagre el secreto a su respecto, el Juez apreciará el levantamiento del mismo en atención a las circunstancias del caso”*.

En relación a este punto Héctor M. DELPIANO en *“Derechos Fundamentales y Habeas Data en el Uruguay”*, Anuario de Derecho Administrativo, sostiene que *“el Habeas Data ampara derechos básicos de la personalidad humana en cuanto a su representación (imagen) ante el mundo; mundo que, por el poder informativo consolidado y potenciado por el advenimiento en las últimas épocas por las tecnologías de la informática y de las telecomunicaciones asociadas, han logrado soliviantar el espectro de apacibles derechos de los individuos”*¹⁴.

Procedencia.

En cuanto a la procedencia, el artículo 38¹⁵ dispone que *“El titular de datos personales podrá entablar la acción de protección de datos personales o habeas data, contra todo responsable de una base de datos pública o privada, en los siguientes supuestos:*

A) *Cuando quiera conocer sus datos personales que se encuentran registrados en una base de datos o similar y dicha información le haya sido denegada, o no le hubiese sido proporcionada por el responsable de la base de datos, en las oportunidades y plazos previstos por la ley.*

B) *Cuando haya solicitado al responsable de la base de datos o tratamiento su rectificación, actualización, eliminación, inclusión o supresión y éste no hubiese procedido a ello o dado razones suficientes por las que no corresponde lo solicitado, en el plazo previsto al efecto en la ley”*.

¹⁴ DELPIANO, Héctor M. – *“Derechos Fundamentales y Habeas Data en el Uruguay”*, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo IX (F.C.U, Montevideo 2002), pág. 15 citado en Schiavi, Pablo *“El control de acceso a la información pública y de la protección de datos personales en el Uruguay”* Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo. Montevideo, 2012. Pág. 111.

¹⁵ Ley N° 18.331. Protección de datos personales y acciones de “Habeas data”. Art. 38.

Legitimación.

La legitimación para ejercer la acción de habeas data está regulada por el artículo 39. La acción de habeas data podrá ser ejercida por el propio afectado titular, en el caso de persona física, de los datos o sus representantes, ya sean tutores o curadores y, en caso de personas fallecidas, por sus sucesores universales, en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por medio de apoderado. Cuando se trata de personas jurídicas, la acción deberá ser interpuesta por sus representantes legales o los apoderados designados a tales efectos.

Este punto será desarrollado en el caso de estudio ya que veremos que para hacer lugar al derecho de protección de datos personales, se requiere un derecho interés directo, personal y legítimo.

Ley 18335 – Derechos y obligaciones pacientes y usuarios de los servicios de salud del 15 de agosto de 2008

La ley regula los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud con respecto a los trabajadores de la salud y a los servicios de atención de la salud.

Los pacientes y usuarios tienen derecho a recibir tratamiento igualitario y no podrán ser discriminados por ninguna razón ya sea de raza, edad, sexo, religión, nacionalidad, discapacidades, condición social, opción u orientación sexual, nivel cultural o capacidad económica.

Esta norma establece con claridad cuáles son los derechos y obligaciones de los usuarios y pacientes del sistema de salud.

Código Tributario (C.T.)

Artículo 45.- (Formulación de actas).- “Las diligencias y comprobaciones que realicen los funcionarios se documentarán en actas circunstanciadas suscritas por los mismos, de las que se dejará copia al interesado. Este también deberá firmar el acta, pudiendo dejar las constancias que estime conveniente; si se negare a firmarla, así se hará constar por el funcionario actuante”.

Según Valdez Costa, Valdés de Blengio y Sayagués Areco¹⁶ en su libro Código Tributario Comentado y Concordado, “el artículo trata de uno de los aspectos fundamentales del procedimiento administrativo del cual derivan efectos decisivo para actuación como la determinación por la Administración y la aplicación de sanciones. En él se prevén formalidades esenciales para su validez cuyo fundamento es sin duda otorgar garantías al particular inspeccionado”.

Artículo 68 – Facultades del Fisco

Artículo 68. (Facultades de la Administración).- “La Administración dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización y especialmente podrá:

¹⁶ Valdez Costa R., Valdez de Blengio N. y SayaguesAreco E. Código Tributario. Cuarta edición. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernandez. Art. 45. Pág. 288.

- A) Exigir a los contribuyentes y responsables la exhibición de los libros, documentos y correspondencia comerciales, propios y ajenos, y requerir su comparecencia ante la autoridad administrativa para proporcionar informaciones.
- B) Intervenir los documentos inspeccionados y tomar medidas de seguridad para su conservación.
- C) Incautarse de dichos libros y documentos cuando la gravedad del caso lo requiera y hasta por un lapso de treinta días hábiles; la medida será debidamente documentada solo podrá prorrogarse por los órganos jurisdiccionales competentes, cuando sea imprescindible para salvaguardar los intereses de la Administración.
- D) Practicar inspecciones en bienes muebles o inmuebles detentados u ocupados, a Cualquiera título, por los contribuyentes y responsables. Sólo podrán inspeccionarse domicilios particulares con previa orden judicial de allanamiento.
- E) Requerir informaciones a terceros, pudiendo intimarles su comparecencia ante la autoridad administrativa cuando ésta lo considere conveniente o cuando aquéllas no sean presentadas en tiempo y forma.

- Debe ser información relevante a los efectos tributarios

- Debería tratarse de información que complementa o sustituye la que debería haber dado el sujeto pasivo inspeccionado

- No correspondería solicitar información genérica sin relación con un procedimiento concreto ya que ello comportaría una «expedición de pesca» que viola, entre otros, el principio de inocencia.

- F) Solicitar la constitución de garantía suficiente respecto de los créditos determinados cuyo adeudo esté pendiente.
- G) Intervenir o incautarse de los bienes muebles cuando éstos carezcan de los elementos externos de contralor o de las estampillas, sellos o cuños de valor que acrediten el correcto pago del tributo.

Cuando sea necesario para el cumplimiento de las diligencias precedentes, la Administración requerirá orden judicial de allanamiento.”

Si bien el artículo 68 le otorga “**las más amplias facultades de investigación y fiscalización**” también se establecen ciertos límites:

- Arbitrariedad
- Abuso o desviación de poder
- El propio art. 68 en sus diferentes hipótesis.

Art. 70 – Deberes de los Administrados

Artículo 70.-Obligaciones de los particulares.- *“Los contribuyentes y responsables están Obligados a colaborar en las tareas de determinación, fiscalización e investigación que realice la Administración; y en especial deberán:*

- A) *Llevar los libros y registros especiales y documentar las operaciones gravadas en la forma establecida por la ley, el reglamento o las resoluciones de los organismos recaudadores.*
- B) *Inscribirse en los registros pertinentes, a los que aportarán los datos necesarios y comunicarán oportunamente sus modificaciones.*
- C) *Conservar en forma ordenada los libros y demás documentos y registros durante el término de prescripción del tributo, según lo dispuesto por las normas pertinentes.*
- D) *Facilitar a los funcionarios fiscales autorizados, las inspecciones o verificaciones en cualquier lugar, domicilios, establecimientos industriales o comerciales, oficinas, depósitos y medios de transporte.*
- E) *Presentar o exhibir en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados las declaraciones, informes, comprobantes de legítima procedencia de mercaderías, y toda documentación relacionada con hechos generadores de obligaciones tributarias, y formular las ampliaciones o aclaraciones que les fueren solicitadas.*
- F) *Comunicar cualquier cambio en su situación que pueda dar lugar a la alteración de su responsabilidad tributaria.*
- G) *Concurrir a las oficinas fiscales cuando su presencia sea requerida.”*

Este artículo establece diversas especificaciones de la obligación genérica de contribuir con la genérica de colaborar en las tareas de la determinación e investigación que realice la administración.

Estas obligaciones integran el grupo de los llamados deberes formales, cuya violación da lugar, normalmente, a la configuración de contravenciones, pero puede ser también una presunción de defraudación.

Como marco para el estudio también vamos analizar el Deber de informar vs. “Secreto Profesional”.

Vemos los siguientes marcos normativos para el tema:

- Art. 302 del Código Penal
- Fundamento: arts. 7, 28, 66, 72 y 332 de la Constitución
- Art. 306 de la Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del Ejercicio 2011, Ley N° 18.996 del 23 de octubre de 2012.

Pacto de San José de Costa Rica del 22 de Noviembre de 1969; Convención

Americana de Derechos Humanos.

-“derecho de comunicarse libre y privadamente” con el asesor

- “derecho de no estar obligado a declarar contra sí mismo”

- No se ampara por el secreto aquella información que suponga una participación del profesional en el ilícito

Es interesante mencionar que tenemos por un lado la ley que protege los datos personales los cuales, en el caso de salud, solo pueden ser tratados con consentimiento expreso y por escrito; pero por otro lado tenemos, además del artículo 68 del C.T. que da amplias facultades a la DGI, el artículo 306 de la ley 18.996 que dispone una excepción a la aplicación de la ley de protección de datos personales, en lo relativo a datos requeridos por la administración fiscal.

Es así que en el artículo 306 de la ley N° 18.996 se establece que *“Las facultades establecidas por el artículo 68 del Código Tributario autorizan a la Dirección General Impositiva a solicitar información tanto en el marco de una actuación inspectiva particular, como con carácter general mediante resolución fundada del organismo recaudador. Declárase que, a los efectos de lo establecido en el presente artículo, no regirán las limitaciones dispuestas en la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008. Quien incumpliera la obligación de proporcionar la formación en el ámbito del presente artículo, será sancionado de acuerdo a la gravedad del incumplimiento (artículo 100 del Código Tributario), con la multa prevista en el inciso cuarto del artículo 469 de la Ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005, en la redacción dada por el artículo 68 de la Ley 18083, de 27 de diciembre 2006”*.

El artículo 469 establece que *“.. todos los órganos u organismos públicos estatales o no estatales, están obligados a aportar, (...), , los datos que no se encuentren amparados por el secreto bancario o estadístico y que les sean requeridos por escrito por la Dirección General Impositiva (DGI) o el Banco de Previsión Social (BPS) para el control de los tributos”*.

En el mismo artículo establece también que *“.. quien incumpliera las obligaciones establecidas en el inciso primero del presente artículo, así como en el artículo 70 del Código Tributario, al solo efecto de dar cumplimiento a las facultades establecidas en el artículo 68 del citado Código, será pasible de una multa de hasta mil veces el valor máximo de la multa por contravención (artículo 95 del Código Tributario) de acuerdo a la gravedad del incumplimiento.*

La información recibida en virtud del presente artículo por la DGI y por el BPS queda amparada por el artículo 47 del Código Tributario.”¹⁷

Luego el artículo 307 de la ley 18.996 establece que *“La D.G.I. podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública para el desarrollo de sus cometidos...”*.

Este artículo 306 de la ley 18.996 entonces, como nos comenta la Dra. Ana Brian Nougrés *“nos ofrece reparos y nos deja mucho lugar para la reflexión, en merito a distintos elementos que traeremos a coalición a continuación.”*¹⁸

17 Redacción dada por: Ley N° 18.083 de 27/12/2006 artículo 68. TEXTO ORIGINAL: Ley N° 17.930 de 19/12/2005 artículo 469.

18 Brian Nougrés, Ana. “Del tratamiento que da el sistema uruguayo de protección de datos personales a los datos

Se tomarán algunas consideraciones realizadas en dicha revista por la doctora que busca reflexionar sobre “Del tratamiento que da el sistema uruguayo de protección de datos personales a los datos tributarios”.

Este artículo de la ley sin ninguna duda está dando un marco de excepción a la ley de Protección de Datos Personales. Entonces surge claramente, y como lo expresa la doctora en su documento, el interrogante de si la forma de proteger los datos personales se logra generando excepciones a la aplicación de la ley que los consagra¹⁹.

El artículo en su inciso primero otorga a la administración fiscal la facultad de “solicitar información” pero en su inciso segundo penaliza sino se da.

Es difícil de comprender cómo por un lado, la ley de protección de datos que para tratar un dato personal se requiere el consentimiento del titular del dato, pero por otro lado, hay una ley que si no se da el dato te sanciona. Es decir la ley te sanciona sino se aporta los datos solicitados por la Administración. El consentimiento que es válido es el realizado en forma libre. Si las consecuencias del no otorgamiento son una pena, se puede interpretar con total lógica y razón que el consentimiento deja de ser libre cuando el mismo se brinda por temor a la aplicación de una sanción.

Este artículo 306 de la rendición de cuentas deja interrogantes y posiciona distinto al Uruguay frente a la Unión Europea en relación a la Directiva 95/46 ya que resulta de interpretar que el consentimiento otorgado bajo coacción no pareciera ser respetuoso del derecho humano fundamental a la protección de datos personales.

Por otro lado y en relación al secreto profesional, cabe destacar lo que ha escrito el Dr. Gabriel Adriasola al respecto. *“Si bien esta Administración Tributaria entiende que no se configura el art. 302 del Código Penal con relación a una inspección, en el caso de sustentarse la posición contraria y sostenerse el acaecimiento del tipo penal en cuestión, nada impide alegar por parte del profesional inspeccionado la existencia de la “Justa Causa” que contempla la norma. Debemos tener presente que tal concepto no posee definición legal. Fue la doctrina penal la que ha establecido un muy acotado elenco (el consentimiento del cliente, el estado de necesidad, la legítima defensa y normas que ordenan dar cuenta de ciertas actividades que cumplen algunos profesionales). En virtud de lo expresado no existe una norma que obligue a considerar como justa causa las establecidas por la doctrina. En ese razonamiento, la justa causa requerida, estaría dada por una norma legal dictada por razones del interés general, más precisamente en el interés público que defiende la Administración y que constitucionalmente está consagrado en el art. 85 numeral 4, en cuanto a establecer las contribuciones necesarias para el mantenimiento del Estado, término que proviene de la Carta de 1830”*²⁰.

Existe una actuación en cumplimiento de la ley, más precisamente del art. 68 y del art. 70 pues este establece, “obligaciones de los particulares”, por lo que el profesional actúa en cumplimiento de la obligación legal de colaboración.

tributario”. Tribuna del Abogado” Octubre/Diciembre 2012, Aportes doctrinarios. Universidad de la Republica. Pág. 18.
19 Ídem 20

20 Adriasola, Gabriel, “La D.G.I. y el secreto profesional”, 15-10-2006 en <http://www.adriasolaclavijo.com/publicaciones.php?b=a&n=11>

Deberes de órganos públicos (art. 469, Ley N° 17.930)

- Deber de los órganos públicos de informar a la DGI datos que no estuvieran amparados por el secreto bancario o estadístico
- Se exceptúa al Poder Judicial y al Poder Legislativo respecto de actuaciones de carácter secretas o reservadas
- Quienes incumplan lo anterior, así como, lo dispuesto en el art. 70 del C.T., serán pasibles de una multa de hasta 1.000 veces el valor máximo de la multa por contravención.

El deber de informar por parte de terceros (no entes públicos) surge implícitamente del art. 68, literal E).

- La información recibida estará amparada por el secreto tributario.²¹

5. METODOLÓGICO

5.1. Hipótesis de Investigación

Por tratarse de un estudio de investigación de alcance descriptivo no se planteó hipótesis de investigación.

5.1.1. Identificación de las variables

Si bien no se estableció una hipótesis de investigación, la variable a ser medida y analizada en la investigación, está contenida en la pregunta principal de investigación, siendo las mismas:

Los criterios y las formas en que los datos personales de los usuarios de los servicios de salud deben tratarse para proteger los mismos ante una actuación del órgano fiscalizador.

5.1.2. Definición de las variables

5.1.2.1. Definición conceptual

Protección de los datos personales, contenidos en alguna base, al momento de realizarse una actuación inspectiva por parte de la D.G.I. a un contribuyente.

5.1.2.2. Definición operacional

Qué elementos y consideraciones deben tener en cuenta, las instituciones de salud, para que los datos personales estén resguardados y sean respetados de acuerdo a las condiciones contenidas en la norma, y cómo se almacenan para estar preparados para preservar los mismos ante las inspecciones del órganos de control y fiscalización.

El indicador de la variable será el cumplimiento de los aspectos formales de la ley que buscan proteger los datos personales.

21 Artículo 47 del Código Tributario- Secreto de las Actuaciones

5.2. Definición del alcance del estudio

En consideración del objetivo de investigación establecido, el alcance del estudio será descriptivo. Busca analizar con precisión todos los aspectos a tomar en cuenta en relación a la protección de los datos personales y su tratamiento y preparación ante una inspección para dar estricto cumplimiento a la norma de Protección de Datos Personales.

5.3. Diseño de Investigación

El diseño de investigación, como estrategia para dar respuesta a la pregunta de investigación, fue la de Estudio del Caso.

5.4. Unidades de análisis

Las Unidades de Análisis seleccionadas para el desarrollo del trabajo de investigación fueron:

- El caso relacionado con una sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 145/2015²² de 13 de Febrero de 2015 en la cual la actora solicita la “Acción de nulidad” contra la resolución N° 1570/2011, dictada por el Director General de Rentas con fecha 3 de Octubre de 2011, por la cual se aprobó la actuación inspectiva seguida ante el contribuyente.

En esta se plantea una eventual afectación al derecho a la intimidad de los pacientes de una clínica privada, en el marco de los procedimientos inspectivos de la DGI a efectos de recabar los datos con incidencia fiscal.

- Otras normativa relacionadas al tema de protección de datos personales y acciones realizadas o invocadas por la D.G.I., a saber:
 - a. Un dictamen del Consejo Ejecutivo de U.R.C.D.P., N° 19/2010 de 27 de agosto de 2010, surge a raíz de una consulta formulada por la D.G.I. al Clearing de Informes.

La D.G.I. consulto sobre si el Clearing de Informes debe -en caso de serle requerido- proporcionarle los números de teléfonos celulares que ésta le solicite, en tanto disponga de ellos en sus bases de datos. El Consejo Ejecutivo de la URCDP dictaminó que “no se deben comunicar los datos referidos a números de teléfono celular, por parte de Clearing de Informes a la Dirección General Impositiva”²³.

El Dictamen en estudio se enmarca **en primer lugar**, en el alcance de la comunicación de datos regulada en el artículo 17 de la Ley N° 18.331, “Derechos referentes a la comunicación de datos” exigiendo para su legitimidad la conjunción simultánea de los siguientes requisitos, a) el interés legítimo del emisor y del destinatario de la comunicación, y b) el previo consentimiento del titular de los datos, salvo las excepciones establecidas en la norma. En este caso, el interés legítimo solo podría vislumbrarse desde

²² Anexo/Marco Normativo/Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 145/2015. 13 de febrero, 2015.

²³ IDEM 3.

la órbita de la DGI, (destinatario) no así del Clearing de Informes (emisor). La ausencia de este requisito, por sí solo bastaría para desestimar la comunicación de datos. Y **en segundo lugar** en la necesidad del previo consentimiento del titular para validar la comunicación de datos.

Como conclusión, el dictamen determina que el Clearing de Informes no puede proporcionar datos a la D.G.I. sin el consentimiento de sus titulares ya que la ley 18.331 se lo prohíbe y no habría excepciones, según lo planteado, que justificaran el pedido por parte del Fisco.

- b. Otro antecedente relacionado al tema de la protección de datos personales y el órgano fiscalizador D.G.I. es la Resolución 1365/2011 de la misma Unidad. Esta unidad establece que la Resolución de DGI 1486/011 (solicitud de datos a clubes y colegios) es legítima y la ley 18.331 habilita excepción a entregar datos sin consentimiento del titular ya que, entre otras razones, ello se realiza en el marco de la competencia asignada por la ley (C.T.) a la DGI.

Los involucrados, Colegios, pidieron al Tribunal de lo contencioso que anulara dicha resolución.

Resolución 1365/2011 de la misma Unidad donde confirma que la Resolución de DGI 1486/011 (solicitud de datos a clubes y colegios) es legítima y la ley 18.331 habilita excepción a entregar datos sin consentimiento del titular ya que, entre otras razones, ello se realiza en el marco de la competencia asignada por la ley (C.T. art. 68) a la D.G.I. Dicha resolución fue impugnada ante el tribunal de lo Contencioso Administrativo. El tribunal en Sentencia TCA 111/015 13/2/2015²⁴ desestima la demanda incoada y confirma la resolución impugnada. Los aspectos de dicha resolución y su análisis serán tomados en cuenta en el análisis del caso de estudio, es decir al analizar la sentencia 145/2015.

- Entrevistas realizadas a un Director Corporativo de la Tecnología de la Información de una empresa Internacional y a una Contadora Pública que trabaja en una estudio de asesoría tributaria.

5.5. Instrumentos de medición empleados

Los instrumentos de medición empleados fueron: Análisis Documental y Entrevista.

6. ANÁLISIS DE LOS DATOS OBTENIDOS DISCUSIÓN

6.1. De Estudio de Caso

Se toma como caso de estudio una inspección realizada por el órgano fiscal a una sociedad médica.

En esta sentencia del tribunal de lo contencioso, hasta este momento única en la materia, estudiaremos cómo ha sido el tratamiento de los datos personales, contenidos en las

24 Anexo/Marco Normativo/ Sentencia del T.C.A. 111/05 13/02/2015

base de información del contribuyente, al momento de realizarse la actuación inspectiva por parte de la D.G.I.

6.1.1. Marco de actuación

La DGI realiza una actuación inspectiva a una sociedad contribuyente que prestaba servicios médicos quirúrgicos. La administración al terminar su actuación determina obligaciones tributarias a cargo de institución por concepto de IVA, PATRIMONIO, ICOSA e IRAE por los períodos inspeccionados. Declara y entiende la D.G.I. declarándose que la empresa incurrió en las infracciones de mora, contravención y defraudación, aplicándose las respectivas sanciones, y declarándose responsables por sus respectivos períodos de actuación a los Directores de la firma.

La empresa pidió al tribunal la acción de nulidad considerando que hubo violación en la Ley de Protección de Datos y Hábeas Data N° 18.331. Esto es, denunció procedimiento ilegal en relación a la forma cómo obtuvo, el órgano, la información para la determinación tributaria. Además, el contribuyente alegó también otros temas tributarios los cuales no se profundizara en este trabajo, centralizándose en el tema objeto de estudio, es decir tratamiento de los datos personales antes una inspección del órgano de control.

6.1.2. Alegatos del contribuyente

El contribuyente alegó y sostuvo que la resolución impugnada es violatoria de la regla de Derecho, ya que posee en su base la existencia de un hecho ilícito que acarrea su nulidad, siendo éste la violación del secreto médico por parte de la Administración, ya que basa su liquidación de tributos en información violatoria del derecho de los pacientes involucrados, a que el médico preserve la información contenida en las historias clínicas propiedad de los pacientes, que por lo menos, realizaron una consulta en la clínica inspeccionada. Deriva del derecho a la intimidad contenido en la Constitución y Ley de Protección de Datos Personales y Habeas Data N° 18.331, la que exige el consentimiento del propietario de la información en forma libre, previa, expresa e informada.

Adujo que la Administración, amparada en una orden de allanamiento, procedió a confiscar historias clínicas, que son propiedad de los pacientes y custodiadas por el médico actuante. Afirmando que siempre prevalece el secreto profesional sobre las facultades del Fisco, no pudiendo ser relevado éste por ninguna autoridad, ni judicial ni menos aún administrativa; incluso la información comercial contenida, refiere a hechos futuros, es decir, presupuestos realizados a pacientes de posibles tratamientos que se le podían realizar, lo que no implica que necesariamente se hayan concretado en los hechos, por lo que se les está imputando a los actores tributos sobre presunciones simples sobre hechos generadores, lo que es ilegítimo.

En suma, solicitó la anulación del acto fundando en la forma como se obtuvo la información, para el contribuyente violando la ley.

6.1.3. Precauciones de la DGI

La dirección fiscal, en cambio entendió que actuó conforme las facultades que le otorga la ley. Esgrimiendo las razones por las cuales no hubo violación a las garantías

relacionadas con el secreto médico, dado que consta en dicha acta que la Sra. Administrativa, analizó la documentación, seleccionando las referentes a cirugías efectivamente realizadas por el Doctor, y procedió al fotocopiado solo de las hojas que contienen datos numéricos pasibles de interés fiscal. Una vez fotocopiada la documentación, dicha administrativa tachó los datos personales escriturados con el fin de preservar la identidad de los pacientes y luego procedió a entregar dichas copias. La documentación recibida en esas condiciones se folió y quedaron adjuntas al acta firmada por la administrativa y el Doctor de la institución de salud.

Para poder ingresar el equipo inspectivo tenía una orden de allanamiento de la justicia penal. Las pruebas se obtuvieron con las facultades de fiscalización e investigación concedidas a la DGI, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 68 del Código Tributario. Por lo expuesto la Administración entendió que dado que hubo resguardo de los datos personales de los pacientes intervenidos por el Doctor (de los cuales los funcionarios de la DGI no conocieron), que no cabe duda que no se produjo violación al derecho a la intimidad de los pacientes.

En cuanto a los datos, se tomaron solamente aquellos referidos a actuaciones médicas efectivamente realizadas. Es decir, aquellos datos donde efectivamente hubo un servicio prestado.

6.1.4. Posición del tribunal

El Tribunal, en decisión adoptada por unanimidad, coincidió con lo dictaminado por la Administración y procedió a desestimar la demanda.

Los argumentos manejados por la D.G.I. fueron los siguientes:

- La información entregada por orden del Director de la empresa se relacionaba a la actividad efectivamente realizada por el Doctor por lo cual hubo un servicios efectivamente prestado lo cual es hecho sujeto a pago de los impuestos relacionados a la actividad.

- La información que se entregó, fotocopia, tenía tachados los datos personales (escriturados) a los efectos de preservar la identidad de los pacientes.

Al tachar la información relacionada con el paciente se da cumplimiento a la ley, disociando los datos personales de la historia que contienen la actuación médica. Esto en fiel cumplimiento a lo que establece la ley como se ha comentado en el marco teórico.

Como se estableció en el acta de inspección *“la administrativa procedió al fotocopiado solo de las hojas que contienen datos numéricos pasibles de interés fiscal.”*

Luego la D.G.I. en base a la información obtenida la cruzó con la las declaraciones juradas presentadas y se realizó el procedimiento de reliquidación de obligaciones tributarias.

En función de lo analizado se concluiría que la empresa no declaró los ingresos obtenidos por la actividad efectivamente realizada y en el primer ejercicio analizado existen

diferencias en cuanto a las tasas de IVA. Lo expuesto implica adeudos en concepto de IVA, anticipos y saldo de Iric e Irae.

Surgen diferencias en cuanto a los pagos realizados de otros impuestos también.

Luego de ello se confirió vista.

La empresa señaló que hubo violaciones, las cuales son a saber:

-El secreto profesional y el derecho a la intimidad, al haberse accedido a las historias clínicas para recabar los datos necesarios para la determinación de tributos.

Se analizaron los descargos y el Departamento Jurídico de la D.G.I. dictaminó que el material utilizado fue obtenido en uso de las facultades de investigación y fiscalización concedidas a la Administración por el art. 68 del Código Tributario. Es decir, hubo orden judicial de allanamiento y se tomaron todos los recaudos posibles para proteger la información exclusivamente de salud de los pacientes y acceder únicamente a la información de interés fiscal.

El fundamento principal de la empresa en relación a la violación del secreto médico por parte de la Administración se refería a:

1. basar su liquidación de tributos en información violatoria del derecho de los pacientes involucrados
2. por haberse accedido a las historias clínicas propiedad de los pacientes y custodiadas por el médico Doctor,
3. violación al secreto profesional ya que se accedió a la información propiedad del paciente y cuya protección la tiene el médico en su relación médico-paciente. Estando este secreto sobre las facultades del Fisco, no pudiendo ser relevado éste por ninguna autoridad, ni judicial ni menos aún administrativa.

Tal como señala en su voto el Ministro Dr. HARRIAGUE, *“el tema a decidir tiene que ver con la tensión entre el deber de la Administración de conseguir la prueba necesaria para demostrar la verdad material de los hechos relevantes para el procedimiento administrativo y las garantías de los particulares frente a la actuación de la Administración tributaria”*.

CAJARVILLE enseña que la actividad de la Administración durante el procedimiento administrativo, debe orientarse a la búsqueda de la verdad material, aún con prescindencia de la actividad de las partes. Esto surge del principio de impulsión de oficio consagrado en el art. 2 del Decreto 500/991.²⁵

El art. 68 del C.T. le reconoce a la Administración *“las más amplias facultades de investigación y fiscalización”* y en el caso, analizados los hechos puede concluirse que la Administración Fiscal no afectó los derechos individuales de los contribuyentes actores,

25 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: *“Procedimiento Administrativo”*, Idea, Montevideo, 1997, págs. 97 y 98).

habiendo ejercido las facultades inspectivas legalmente previstas, sin arbitrariedad, según órdenes previamente dadas, y en cumplimiento fiel de sus cometidos.

Tampoco entendió el tribunal que se han violentado derechos de terceros (pacientes) en la forma de adquisición de la prueba. Se tacharon los nombres y se usó la información para la verificación tributaria.

El T.C.A., rechazó lo presentado por la empresa de salud contribuyente por las siguientes razones:

1. El art. 68 del Código Tributario le da a la Administración Tributaria las más amplias facultades de fiscalización e investigación
2. El secreto profesional puede ser levantado mediante orden judicial según surge de la ley 18.335. En este caso, de todas formas no hubo vulneración del secreto profesional del médico. Tampoco se afectó el derecho a la intimidad de los pacientes de la clínica. La Administración solo recabo datos con incidencia para el cálculo de los impuestos. No tomo datos personales, ni sensibles como lo son por ley los datos de salud de los pacientes de la clínica. Por lo cual no se violó dicha norma.
3. El derecho lesionado no pertenece al contribuyente sino al titular de los datos, es decir a cada paciente por lo cual para el contribuyente es un interés indirecto. En este sentido la ley en su artículo 39 Legitimación, establece que la acción de habeas data solo puede ser ejercida por el propio afectado titular de los datos o sus representantes.
4. Para accionar en la jurisdicción anulatoria, también debe ser personal y directo. En este caso no es así ya que la que solicita la anulación por la razón invocada de forma es el contribuyente y no el paciente.
5. No se violó el secreto médico profesional. Siendo este la información que recibe el médico, específicamente confiada por el paciente al profesional en ocasión de la prestación del servicio. La administración no tomo datos de la salud de los pacientes, sino que datos concernientes a las actividades realizadas y su cuantía para determinar y verificar el pago de los impuestos. Es decir solo se recabo información con relevancia fiscal y la identidad de los pacientes no se vio, ya que se taparon / tacharon los datos personales, por lo que no se ha afectado en el secreto profesional ni la intimidad de los pacientes.

En conclusión la información obtenida en el procedimiento es del propio contribuyente. Reflejan las actividades que constituye el hecho generador de la obligación tributaria.

6.1.5. Comentario a la Sentencia y consideración final

Es claro en esta sentencia los siguientes datos:

1. los fundamentos de la empresa no se basan en lo establecido por las normas. No hay tratamiento ilegal de la información.

2. Los datos recabados son genéricos, no relativos al secreto médico profesional. Además de que no hay asociación del servicio prestado a una persona particular sino un acto médico y el valor del mismo.
3. No se relevó en cada acto médico la identidad de la persona por lo cual no hay una violación a la intimidad de las personas involucradas en los servicios prestados.
4. El derecho a la protección de datos personales no lo invoca el interesado directo sino es indirecto.

La resolución del tribunal fue desestimar y confirmó el acto administrativo impugnado.

Análisis y recomendaciones sobre el tema en estudio.

El caso práctico planteado, que acabo de presentar y desarrollar, es un marco de referencia para el tema que busco dejar planteado como contribución en mi trabajo de investigación.

Es decir la forma en que se deben proteger los datos personales, el derecho de preservar los mismos por ser sensibles, ante una actuación del órgano fiscal que en pos de su cometido busca verificar si el contribuyente ha cumplido con las normas tributarias.

En éste caso se ve cómo resolvió el tema el contribuyente en el momento de la inspección y las medidas que tomo para proteger los datos personales referentes a la salud de sus pacientes. Imprimió, tacho datos personales y entrego la documentación. Es decir, logró disociar el dato personal del acto médico.

En el caso de estudio tampoco se afectó el secreto médico profesional, ya que la información obtenida no era relativa a la salud del pacientes sino que solo se obtuvo información con relevancia fiscal (y no médica), y la identidad de los pacientes estuvo a salvo.

También es importante resaltar lo establecido en el artículo 68, ya mencionado en el marco teórico, donde la propia ley le otorga a la administración las más amplias facultades para investigar y fiscalizar. Por lo cual, es muy importante que las instituciones de salud tengan siempre la posibilidad de disociar los datos de salud del paciente de las actividades que realiza, base ésta para el pago correspondiente de los impuestos. La finalidad de la Administración es obtener las evidencias necesarias para la correcta verificación de las declaraciones del contribuyente, pero no es su fin saber a quién se le practicaron los servicios de salud. Sí es claro y necesario que entiendan el tipo de servicio prestado ya que de eso se derivará el tipo de impuesto o la tasa de impuesto a pagar. Por ejemplo, no es la misma tasa de impuestos al valor agregado (I.V.A.) un servicio de salud que un servicio para embellecer una persona.

Por esta razón, es necesario también considerar y preguntarnos cómo están preparadas las organizaciones que prestan servicios de salud a las persona para protegerlas en sus derechos y cómo dicha preparación se refleja en las políticas de seguridad de datos y en sus procedimientos de trabajo en relación al tratamiento de los datos incluidos en sus bases de datos.

Para abordar éste tema es que se aporta una entrevista realizada a una persona responsable del departamento de tecnología de la información y bases de datos de una empresa de servicios de salud.

A su vez para entender cómo ha sido el trabajo de campo de la Administración en distintas empresas en relación al tema de la protección de datos personales incluidas en las transacciones de los contribuyente, comento y comparto también, una entrevista realizada a una Contadora que asesora tributariamente a empresas y las acompaña durante las actuaciones inspectivas.

6.2. Entrevistas

6.2.1. Entrevista a Director Corporativo de Tecnología, Sr. Pedro Fiorito.

Se realizó una entrevista al Director Corporativo de Tecnología, cargo que ocupa en una empresa de salud Internacional, presente en 5 países en América Latina.

El objetivo de la entrevista fue entender cómo se aplica ésta norma en la realidad de Uruguay y cómo es dicho entendimiento y manejo en la realidad de otros países.

La entrevista esta transcripta en el capítulo de 9, Anexo/Entrevistas.

Como relevante, se puede mencionar que el punto de partida en las organizaciones es que las mismas deben tener una Política de Seguridad Informática, la cual debe establecer claramente quien es el responsable de las bases de datos. Es a través de éstas personas, que el entrevistado llama "Owners", que la empresa vela por la seguridad y confidencialidad de los datos almacenados en sus bases.

Hay un rol de Gerenciamiento de la Seguridad, siendo el encardado de éste rol el responsable máximo del cumplimiento de las políticas que luego se reflejan en procedimientos que aseguren el cumplimiento de los principios que rigen la Ley.

Las organizaciones, han tomado conciencia a partir de la ley 18.331 de la relevancia del tema de proteger los datos de las personas. Los derechos que éstos tienen sobre los mismos y las obligaciones de las instituciones.

Nos comenta que en una fase inicial es común encontrar que las organizaciones no están preparadas en su organigrama para implementar estas políticas. Es habitual que quede ésta responsabilidad en el área de sistemas y tecnología.

6.1.2. Entrevista a la contadora Beatriz Viera, Asesora Tributaria

La entrevista a la Contadora, que trabaja en una organización que realiza asesoría tributaria, ha sido con el fin de entender como ha visto en las sucesivas inspecciones de la D.G.I. a instituciones, el tratamiento, bordaje de la protección de datos personales y su concientización en relación a este tema.

En la entrevista, que se transcribe en el capítulo 9, Anexos/Entrevistas, ha dejado dos aspectos muy claramente delineados:

- a. Desde el punto de vista de la empresa, contribuyente, el tema de los datos personales siempre genera mucha preocupación.
- b. Desde el punto de vista del órgano de control, en su experiencia, nunca ha llegado a ir más allá de los datos relacionados con las transacciones. Es decir, que tipo de operación hace la empresa y cuáles son los montos de dichas operaciones. En su experiencia no ha sucedido que para lograr su cometido de fiscalizar el cumplimiento de las normas el órgano haya tenido que ir más allá de los datos antes mencionados.

De ésta entrevista ha quedado claramente de manifiesto que el fin perseguido por la D.G.I. está totalmente vinculado a entender los hechos generadores de impuestos. Siendo que éstos deben ser conocidos para determinar que impuestos involucran, pero no hay ningún interés, ni aplica para su fin, el conocer el dato de salud de las personas física.

Esto nos deja a la luz de los hechos y normas de cómo deben prepararse y trabajar las organizaciones para dar cumplimiento a la ley y proteger a sus usuarios al momento de tener que dar a conocer sus transacciones y operaciones ante una inspección de la DGI.

7. CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

7.1. Conclusiones parciales

A continuación se contestan las preguntas específicas de información planteadas al inicio del trabajo de investigación, en base a los datos obtenidos y a la luz del marco teórico establecido.

- ¿Cuáles son los elementos que forman parte de la inspección de la D.G.I. de acuerdo a la ley?

Los elementos que dan marco genérico y específico a la actuación de la D.G.I. están establecidos en los artículos 68 y 70 del Código Tributario.

A su vez es importante que los contribuyentes tengan presente que, si bien la Administración Tributaria tiene amplias facultades de investigación y fiscalización otorgadas por la ley, tiene asimismo la obligación de guardar secreto de la información que resulte de sus actuaciones administrativas y/o judiciales. Se prevé en la norma la destitución para el funcionario infidente.²⁶

También el artículo 306 de la ley 18.996 de 7 de noviembre de 2012²⁷ tiene una referencia expresa a la Ley de Protección de Datos Personales. La norma autoriza a la D.G.I.

26 Artículo 47 del Código Tributario – Secreto de las actuaciones

27 Artículo 306, Ley N° 18.996. “Las facultades establecidas por el artículo 68 del Código Tributario autorizan a la Dirección General Impositiva a solicitar información tanto en el marco de una actuación inspectiva particular, como con carácter general mediante resolución fundada del organismo recaudador.

Declárase que, a los efectos de lo establecido en el presente artículo, no regirán las limitaciones dispuestas en la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008.

Quien incumpliera la obligación de proporcionar la información en el ámbito del presente artículo, será sancionado de acuerdo a la gravedad del incumplimiento (artículo 100 del Código Tributario), con la multa prevista en el inciso cuarto del artículo 469 de la Ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005, en la redacción dada por el artículo 68 de la Ley N° 18.083, de 27 de diciembre de 2006”.

a solicitar información en el marco de una actuación inspectiva particular o general mediante resolución fundada del organismo recaudador.

- ¿Cuáles son de acuerdo a la normativa vigente los datos personales de los usuarios de los centros de salud considerados sensibles?

Los datos personales que son considerados sensibles son los que revelan información referente a su salud, entre otros.

También y relacionado al tema de datos de salud cabe mencionar el secreto médico profesional que está protegido por el Código Penal en su artículo 302 como fuera mencionado en el marco teórico. Se refiere a información que el paciente en el marco de una actuación médica confiere al médico tratante y éste debe guardar secreto.

Otro elemento a consecuencia de la actuación médica es el derecho de usuarios y pacientes del sistema de salud de conocer sobre su salud y que toda la información relacionada a la misma se incluya en su historia clínica. La historia debe ser completa, escrita o electrónica, y debe figurar su evolución del estado de salud.

Esto se establece en artículo 18 de la ley 18.335 de 15 de agosto de 2008 mencionada en el marco teórico. En este artículo es donde se establece el secreto sobre las Historias Clínicas de los pacientes. A saber dice el último párrafo del inciso D) del artículo 18, *“el revelar su contenido, sin que fuera necesario para el tratamiento o mediante orden judicial o conforme con lo dispuesto por el artículo 19 de la presente ley, hará pasible del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal.”*

- ¿Qué aspectos de la inspección afecta los derechos de las personas en cuanto a sus datos personales?

En relación al caso estudiado donde hubo una inspección de la D.G.I. se tomaron los reparos o cuidados necesarios para que los datos personales referentes a ciertas actuaciones médicas de pacientes no pudieran ser identificados. Es decir, si bien la Clínica no mantenía en su base de información disociado los datos de la persona física de las actuaciones médicas practicadas a cada una de ellas, al momento de tener que entregar la información a la D.G.I. los datos personales fueron tachados.

Es decir la D.G.I. obtuvo la información relacionada a la cantidad de transacciones, tipos de servicios, montos de los actos médicos para validar el cálculo de los impuestos sin violar la ley de protección de datos personales.

Las instituciones para preservar los datos personales en sus bases deben tener mecanismos y procedimientos adecuados para poder disociar los datos sensibles ante el acceso de cualquier persona no autorizada, así como ante una inspección de algún órgano de control.

- ¿Cómo es la situación que se vive en otros países respecto al tema planteado?

Como se ha mencionado en la revisión teórica los datos personales en salud son también considerados sensibles estableciendo la legislación la sanción correspondiente

cuando los mismos no son tratados como lo establece la ley. Así lo recoge, por ejemplo, la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo.

7.2. Conclusión final

Para concluir el presente trabajo de investigación y una vez alcanzadas las conclusiones parciales, se procede a dar respuesta a la pregunta principal de investigación, que establecía:

¿Cuáles son los criterios y formas en que los datos personales de los usuarios de los servicios de salud deben tratarse para proteger los mismos ante las actuaciones del órgano fiscalizador D.G.I.?

Los criterios y formas en que los datos personales tienen que ser tratados están relacionados con la naturaleza del dato. Los datos de salud son:

1. Datos personales
2. Datos sensibles

Como dato personal, lo primero que hay que resaltar es que el derecho a la protección de los datos personales es un derecho humano fundamental como se establece en la Ley de Protección de Datos Personales.

En segundo lugar, para el tratamiento de los datos de salud, y en general cualquier dato personal, el principio es la necesidad de contar con el consentimiento expreso y escrito del titular del dato.

En el caso que se requieran los datos de salud por temas estadísticos o de investigación éstos deben ser disociados del titular de los mismos como ha sido manifestado en el marco teórico artículo 17 inciso c) de la ley 18.331.

Es aquí, y al amparo de este artículo 17 de la ley, que para proteger los datos personales, la Administración al momento de hacer una inspección a una institución de salud en caso de requerir acceder al tipo de tratamiento para determinar el tipo de impuesto y porcentaje de tasa a aplicar, solicita se tape/tache la información concerniente al titular del tratamiento.

Así ha procedido la D.G.I. en éste caso estudiado y con extremo cuidado, en general, al momento de inspeccionar instituciones públicas o privadas de salud como surge de la entrevista realizada a la Contadora Beatriz Viera.

No pareciera que hay interés de la Administración en entrar a relevar datos que vinculen la persona con el tipo de patología o tratamiento que se hizo.

Lo relevante para la Administración no es la relación médico-paciente, ni la historia clínica de éste.

Según lo concluido de la entrevista con la Contadora Viera, la cual ha participado en diversas actuaciones, la D.G.I. tiene mucho cuidado en éste tema. La D.G.I. ha denotado

en sus actuaciones conocimiento en torno al tema de la protección de datos en salud. A saber:

1. la ley que establece y cataloga estos datos como sensibles
2. el secreto médico profesional que puede tener condena si no media causa justa y se revela como lo establece el código penal en su artículo 302.
3. la historia clínica que es propiedad del paciente según se establece por la ley 18335 artículo 18 y solo podría ser relevada por orden judicial.

Por otro lado, también tiene las más amplias facultades para fiscalizar e investigar.

¿Cómo ha actuado la D.G.I. en el caso de estudio?

En el caso de estudio el interés de la D.G.I. fue averiguar la cantidad de transacciones realizadas y qué tipo de servicio médico se prestó. Esto era muy importante para distinguir si todas las intervenciones eran un acto médico o eran intervenciones para embellecer a la persona. De allí el porcentaje de tasa a aplicar del impuesto al valor agregado. Para poder llevar a cabo ésta actuación la D.G.I. pide contribución al contribuyente. Si son ficheros físicos se tapan los datos personales y si está en medios magnéticos se elimina la información personal.

Se puede concluir que a la D.G.I. el dato de la persona física vinculado a su salud, al momento de una inspección de una institución, no le interesa. Es decir, para determinar la actividad y la tributación de esa actividad no interesa el nombre de la persona que recibió el servicio asociado al tipo de tratamiento o servicio que recibió.

Es importante aclarar que la Administración Tributaria por el artículo 68 tiene amplias facultades de investigación y fiscalización por lo cual llegado el extremo, que realmente es difícil de identificar como necesario, puede pedir información.

Esta facultad de la D.G.I. para tratar los datos personales está también en la ley 18.996 artículo 306, como fue mencionado en el marco teórico. Se autoriza a la Administración y se declara que para el ejercicio de su facultad dada por el artículo 68 del Código Tributario no rigen las limitaciones dispuestas en la Ley N° 18.331. Para solicitar los datos personales sensibles, debe mediar resolución fundada y debe ser por escrito.

Podemos afirmar que la Administración posee las más amplias facultades y que para ejercer esa facultad tiene una disposición legal que establece una excepción a la aplicación de la ley de datos personales, que es en cierta medida redundante. La misma vela por el cumplimiento de las normas fiscales, declaración y pago. Por lo cual no siendo el dato de la salud de la persona el objeto de su actuación y sabiendo que existe la propiedad de la historia médica por parte del usuario evita incursionar e ingresar en un campo sensible siendo que éste no es el determinante para el cálculo de los impuestos.

Es decir, y a modo de ejemplo que sirva de interpretación de mis conclusiones, la D.G.I. podría pedirle a una clínica todos los clientes que se han realizado un determinado

tipo de intervención cuyos montos sean mayores a determinado valor. Esto lo puede hacer con las amplias facultades del artículo 68 y además con el inciso E) de dicho artículo donde le habilita a requerir información a terceros. En este caso lo que se busca entender es la capacidad contributiva de una persona y no ingresar en la esfera de la intimidad de la persona. Se quiere saber si gastó más de un determinado monto en un determinado concepto sin entrar, claro está, en la especificación de qué tipo de tratamiento fue que se hizo cada persona de la cual la D.G.I. obtuvo la información.

Es decir, los datos que atañen a la salud no son relevantes para que la D.G.I. cumpla con sus objetivos.

Siendo los objetivos de la D.G.I. de acuerdo a lo establecido en el Decreto N° 337/011 los siguientes: “La Dirección General Impositiva tiene por misión obtener la recaudación de los recursos del Estado provenientes del sistema tributario interno mediante la efectiva aplicación de las normas que lo sustentan, promoviendo el cumplimiento voluntario de los obligados, en un marco de respeto a sus derechos, actuando con integridad, eficiencia y profesionalismo con el fin de brindar un buen servicio a la sociedad.

En el marco de su misión los objetivos estratégicos apunta a facilitar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, combatir el fraude y el incumplimiento fiscal, fortalecer el compromiso funcional, institucional y social con la misión asignada y promover la efectiva, aplicación de las normas tributarias a efectos de lograr el desempeño eficaz, eficiente y transparente en la gestión de la organización”²⁸.

Por lo cual en el caso estudiado se concluye que la D.G.I., en conocimiento de la ley de protección de datos personales, tomo las medidas para acceder a documentación necesaria para la determinación tributaria sin acceder a los datos personales de los pacientes que realizaron la cirugía.

7.3. Recomendaciones

La principal recomendación a realizar es generar concientización de la ley de protección de datos personales a nivel de las instituciones que tienen registradas bases de datos de personas físicas.

Las instituciones, públicas o privadas que reciban y almacenen datos de las personas y en especial de la salud de las personas deben tener una política y procedimiento de manejo para un buen tratamiento de los mismos. Debe haber una concientización de la norma para su cumplimiento, medidas para su divulgación, y control de aplicación de las mismas. Por distintos medios es responsabilidad de la institución hacer conocer la misma.

No es un mero trámite para cumplir una ley, que nos ha dado ventajas ante los organismos internacionales, sino que es un valor y respeto ante datos que son de la esfera íntima del ser humano, no debemos olvidarnos que estamos ante un derecho humano fundamental.

28 Decreto N° 337/001 que aprueba la reformulación de la reestructura Organizativa de la D.G.I.

Como punto de partida, las instituciones debieran incluir en el contrato laboral de su personal una cláusula que deje claramente establecido la responsabilidad que le confiere la empresa en el manejo adecuado de los datos personales.

Hoy ésta necesidad surge con mayor fuerza de cara al uso cada vez más masivo de la tecnología de la información y comunicación, así como la universalidad de las herramientas y contenido en redes sociales. En un instante podemos captar información y comunicar masivamente con solo un par de clics en nuestros celulares inteligentes o tabletas. Es el deber de las instituciones, responsables de datos, velar por que su personal maneje los mismos en forma adecuada y conforme a la ley. Un manejo inadecuado pone en riesgo, en instituciones de salud, datos que son muy sensibles.

El desafío, es sin duda, proteger el acceso a los datos en un contexto de importante transformación tecnológica donde hoy nuestros datos ni siquiera están físicamente y visiblemente guardados sino muchas veces en ambientes que llamamos “nubes”. Así en el mediano plazo estarán las historias clínicas de los pacientes, informatizadas y única a nivel nacional. Este camino es inexorable hoy el país lo está transitando y va a requerir un gran esfuerzo de implementación de las políticas y procedimientos antes mencionados que den garantía al usuario del sistema acerca de la protección y acceso restringido a sus datos de salud. El mayor desafío en este sentido es lograr que cada individuo tenga su historia clínica, siendo esta única y accesible desde cualquier lugar con los debidos niveles de autorizaciones.

Con este nuevo contexto la mayoría de la información sensible estará digitalizada. Es por eso que es extremadamente relevante un manejo adecuado y acorde a la ley ya que su irresponsable difusión en red tiene alcances inimaginables.

Para esto las empresas deben tener y difundir las políticas de privacidad así como tener políticas de restricciones de acceso al momento de usar las redes y la información contenida en las bases de la empresa.

En relación a la Administración y sus facultades para actuar es importante tener presente que los datos requeridos en una inspección responden a una necesidad del órgano fiscalizador de contar con cierta información para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y la verificación de la cuantía de los impuestos. El órgano fiscalizador, en conocimiento de la ley, debe tomar los recaudos para llevar a cabo la inspección sin violar la ley de Protección de Datos Personales, es decir los datos de los individuos involucrados en las transacciones.

Debemos tener presente, en primer lugar que la D.G.I. tiene amplias facultades de actuación, artículo 68 de la ley, pudiendo fiscalizar e investigar así como pedir información a terceros. Además el artículo 306 de la ley 18.996 autoriza a la DGI en el marco de su actuación a solicitar información mediante resolución fundada. Siendo éste artículo el que regula además que no regirán las limitaciones dispuestas en la ley N° 18.331 de Protección de Datos Personales.

En segundo lugar, que los datos de salud son sensibles y están protegidos por ley y para su revelación se requiere consentimiento expreso y escrito del titular art. 18 de la

ley 18.331. Además, en el caso de las personas físicas la información contenida en sus historias clínicas es de su propiedad.

En tercer lugar, tenemos el artículo 302 del código penal donde se refiere al secreto médico profesional y su pena para quien lo revele sin justa causa. De ser necesario pedir información al amparo del artículo 68 éste podría chocar con el secreto profesional del médico. Para el médico, la justa causa podría estar en una solicitud por escrito por parte de la D.G.I. de ciertos datos al amparo de sus facultades. También al amparo de éste artículo podría estar el revelar el contenido de las historias clínicas de los pacientes. Sabiendo que son de su propiedad.

La garantía para el contribuyente, que tiene sobre los datos personales de salud de ser solicitados en una inspección por la D.G.I., lo da el artículo 47 del código Tributario donde se regula el secreto de las actuaciones. La administración tributaria y los funcionarios están obligados a guardar secreto de las actuaciones administrativas y/o jurídicas. Es decir, el contenido de la Historia Clínica no podría salir de la esfera de la actuación administrativa.

Como recomendación final es importante tener claridad de cuáles son los derechos y las obligaciones que tienen las personas en cuantos a sus datos personales de salud. Así como el tratamiento que de los mismos deben tener las entidades. Saber que existe una ley que protege los datos personales, la ley N° 18.331 y la ley N°18.335 que regula derechos y obligaciones de pacientes. También las facultades de la D.G.I. en el artículo 68 y las garantías que da el artículo 47 sobre los secretos de la actuación.

Si bien está regulada la facultad de la administración para solicitar la información de salud contenida en una institución, su fin es velar el cumplimiento de las normas tributarias de los contribuyentes y no la salud de sus miembros. Existe la ley pero no la intención de entrar en la esfera íntima del ser humano.

Como consideraciones finales, cabe mencionar que se ha expuesto un panorama de la legislación vigente sobre el tema en nuestro país. Del análisis del mismo se podría interpretar que deben convivir dos situaciones, la amplitud de la norma legislativa que habilita a la Administración a usar las más amplias facultades de investigación y fiscalización, con la obligación también legal de la confidencialidad de los datos que atañen a la salud de las personas y el secreto médico profesional.

Y en éste tema de la salud de las personas, puede haber zonas y situaciones grises entre el balance de las facultades de la Administración Tributaria y los derechos de los Particulares - en especial el derecho a la intimidad- debiéndose resolver si ha de primar el deber de colaborar con la Administración, cumpliendo lo impuesto por la ley (artículos. 68 y 70 del CT) o por el contrario, hay que priorizar el deber de guardar secreto por sobre la pretensión del Fisco.

Claramente, si la administración hubiera pedido las historias clínicas de todos los pacientes, la violación al secreto profesional sería clara, por lo que, ante un pedido de ese tipo, si el médico revelara esa información estaría incurriendo en violación del secreto

médico profesional. Para lo cual en caso de proceder debe tener otras garantías para el debido proceso de la solicitud.

Si bien éste no es el ámbito más frecuente donde dichas normas suelen enfrentarse, puede suceder, tal como surgió el planteo en el caso de investigación analizado.

En el mismo resulta obvio que a la Administración no le interesaban los resultados de la operación de los pacientes de la Clínica Médica, sino determinar con certeza, la sospecha que de algún modo se había instalado, sobre la capacidad contributiva del profesional o profesionales médicos que llevaban a cabo ciertas intervenciones y por las cuales debían obviamente tributar de una determinada manera conforme al tipo de servicio realizado.

Sin embargo, en éstas ocasiones debería tenerse bien presente que la confidencialidad de los datos de la salud de las personas, no solo atañen a su salud física, sino al concepto en su integridad, y por tanto también la salud psíquica. Lo que de descuidarse éste aspecto puede dar lugar a la obtención de información para la determinación de incapacidad de una persona y por ende la consecuencia de la indisponibilidad sobre patrimonio, entre otras cuestiones.

Por tanto, como ya se dijo, resulta de suma importancia el rol de los prestadores de salud, en cuanto custodio de ésta información y la necesidad de instruir debida y responsablemente a los funcionarios que manejen o de cualquier modo puedan tener acceso a la misma en alguna etapa para el ejercicio de su función.

Cuando la información se solicita a través de un pedido judicial, el problema deja de existir, porque implica que existió un juez con potestades suficientes que analizó previamente la situación y decidió, por lo que frente a ese pedido judicial no queda otra opción que cumplir y la tranquilidad para el prestador que un juez obligo al levantamiento del secreto profesional o reserva de confidencialidad.

Distinto es el caso cuando se presenta directamente el órgano recaudador o la Administración que con las más amplias facultades que la ley le otorgó y que puede acceder hasta información que no le es relevante, y esto es un tema de quién lo lleve a cabo. Siguiendo con el ejemplo del caso de estudio, en el mismo la funcionaria se comportó de forma diligente y responsable “tachando” los nombres de los usuarios. Pero cabría preguntarse también que hubiera pasado si estando acompañada de otro funcionario, en el ejercicio de dicha tarea, éste otro funcionario pudiera haber visto por ejemplo el nombre de un familiar o conocido, aunque después se haya “tachado”. La obtención de esa información no sabemos qué destino puede tener, si usada a favor o en contra de un familiar o amigo y por otros temas, de índole civil, familiar, etc.

Por eso debemos decir que ello no puede depender de la mano, ni el ojo humano sino que debe estar precedido de una resolución fundada que señale expresamente los límites y la información necesaria a ser recogida y sus motivos. Esta será la mejor manera que tendrá el prestador de salud de cumplir con su obligación de confidencialidad de los datos de salud de sus usuarios. Entendemos que la falta de delimitación concreta podría

dar lugar a que no se otorguen datos sensibles de las personas hasta que no se reciba una resolución más fundada y con las características dichas.

Por todas las consecuencias que un uso inadecuado de los datos de salud de las personas puede tener es que nos inclinamos por una postura rigurosa y estricta al momento de permitir el acceso a información propiedad del paciente.

8. LISTADO BIBLIOGRÁFICO

- Valdez Costa R., Valdez de Blengio N. y Sayagues Areco E. Código Tributario. Cuarta edición. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. Tradinco. Edición Actualizada.
- Schiavi, Pablo. *“El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales”*. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. Montevideo, 2012.
- Schiavi, Pablo. *“Estudios de información pública y datos personales”*. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. Montevideo, 2014.
- Schiavi, Pablo. *“Estudios de información pública y datos personales”*. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. Montevideo, 2016.
- Pereira Campos, Santiago y García Martínez, Rafael. *“Estudios multidisciplinarios sobre derecho médico y organizaciones de la salud”*. La Ley Uruguay. Montevideo, Uruguay. 2010.
- Delpiazzo, Carlos E. – *“A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso”*. Montevideo. en <http://docplayer.es/docview/26/7112746/#file=/storage/26/7112746/7112746.pdf>
- Arroyo Torres, Ledo. *“El Secreto Profesional”* en <http://documentos.aeu.org.uy/040/044-11-466-495.pdf>
- Duran Martínez, Augusto. *“Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública Hábeas Data. Leyes N° 18.331 de 11 de agosto del 2008 y N° 18.381 de 17 de octubre de 2008”*. Segunda edición actualizada y ampliada. Editorial y librería Jurídica Amalio M. Fernandez. Montevideo, Uruguay 2012.
- Adriasola, Gabriel, *“La D.G.I. y el secreto profesional”*, 15-10-2006 en <http://www.adriasolaclavijo.com/publicaciones.php?b=a&n=11>
- Unidad reguladora de control y datos personales. *“Protección de datos de salud”*. Montevideo, Uruguay.
- Programa Salud-uy. *“Guía Jurídica. Telemedicina”*. Versión 1.0, 2015.
- Viega, Ma. José. *“Avances y desafíos del marco normativo del gobierno electrónico”* AGESIC 24 de diciembre del 2011.
- Viega, Ma. José y Rotondo Tornaría, Felipe. *“34 conferencia Internacional de autoridades de Protección de Datos y privacidad”* Unidad reguladora de control y datos personales.
- Salud.uy. Presidencia, MEF, MSP y AGESIC. V Encuentro Nacional de Gobierno Electrónico. 6-12-2012.

- Requejo Naveros, Ma. Teresa. Foro, Nueva época, núm. 6/2007:159-194. El secreto Profesional del Médico y su protección jurídico-penal. Una perspectiva histórica.
- Ley N° 18.331 de Protección de Datos Personales y acción de Hábeas Data y decreto reglamentario de la ley 414-009 de 31 de agosto de 2009 y decreto 308-2014 que modifica decreto 414-09 del 22 de Octubre de 2014
- Ley N° 18.335, Derechos y Obligaciones de pacientes y usuarios de los servicios de salud y decreto reglamentario de la ley N° 274/2010
- Ley N° 19.030. Aprueba convenio 108 Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.
- Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de los datos de las personas físicas.
- Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010, Presupuesto Nacional Período 2010-2014, artículos 150 a 156.
- Ley N° 18996. Aprobación de rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal. Ejecución 2011. Artículos 306 y 307.
- Decreto N° 664/008 de fecha 22 de Diciembre de 2008, donde se establece la creación del Registro de Base de Datos personales a cargo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales.
- Decreto 396/003 se crea Historia Clínica Electrónica única de cada persona.
- Decreto N° 337/001 que aprueba la reformulación de la reestructura Organizativa de la D.G.I.



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

BIANCHI, Carolina

Los vicios de la voluntad testamentaria

LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

CAROLINA BIANCHI

SUMARIO

1. EL TESTAMENTO COMO ACTO UNILATERAL Y PERSONALÍSIMO. 2. VICIOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA. 2.1. El error. 2.1.1. Falsedad de la causa o motivo. 2.1.2. El error en los legados. 2.2. La violencia. 2.3. El dolo. 2.3.1. Las palabras o maquinaciones insidiosas. 2.3.2. Alcance de la nulidad. **3. EFECTOS DEL VICIO DE LA VOLUNTAD: ¿NULIDAD O INOPONIBILIDAD?** 4. CONCLUSIONES.

1. EL TESTAMENTO COMO ACTO UNILATERAL Y PERSONALÍSIMO

El testamento está definido en el artículo 779 del Código Civil como el acto revocable mediante el cual la persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte. El mencionado artículo, únicamente hace referencia al contenido típico de un testamento: el relativo a la disposición de los bienes por parte del testador (ya sea a título universal mediante la designación de heredero, o a título particular cuando se nombra un legatario). Pero además, el testamento puede tener un contenido atípico de carácter extrapatrimonial, como la designación de un tutor o el reconocimiento de un hijo natural.

A los efectos del presente análisis, es pertinente centrarse en dos aspectos del testamento: su carácter unilateral y personalísimo. Lo anterior en tanto son las características más directamente relacionadas con la manifestación de la voluntad *per se*.

Como acto jurídico unilateral, el testamento requiere para su perfeccionamiento únicamente de la manifestación de volun-

tad del testador. Dicha voluntad no requiere ser conocida por las personas hacia las cuales el acto está destinado para producir sus efectos; éstos se despliegan desde el momento de la muerte del testador. Esta última nota le confiere el rasgo de no recepticio. El artículo 781 del Código Civil prohíbe que dos personas testen en el mismo acto, dejando en claro su carácter también unipersonal.

La nota de personalísimo implica, en primer lugar, la necesidad de que sea el propio testador quién manifieste su voluntad, excluyendo la posibilidad de otorgarlo mediante terceras personas. Conforme el artículo 782 del Código Civil, el testamento no se puede otorgar a través de representante. La Dra. CAROZZI señala que esta prohibición es incluso más restrictiva que la que se presenta en otro acto de carácter personalísimo que regula el Código Civil, como lo es el matrimonio¹. El artículo 100 del Código Civil, permite la celebración de este último por medio de la figura del nuncio; en materia de testamento esta facultad no es admitida, limitando totalmente la posibilidad de que el acto se perfeccione por medio de la manifestación de voluntad un tercero.

¹ CAROZZI FAILDE, Ema, *Manual de Derecho Sucesorio, Tomo 1*, Segunda Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 37.

En segundo lugar, se prohíben las cláusulas que establezcan que un tercero determine la subsistencia de la institución de heredero o de un legado, así como la designación de su cantidad. Señala VAZ FERREIRA acertadamente, que a pesar de que el Código Civil no lo menciona, tampoco es posible que el tercero designe a la persona del heredero o del legatario, ya que en ese caso estaríamos ante un acto que representa la voluntad de este tercero y no así la del testador. Diferencia estos casos, de aquellos en los cuales el tercero sirve únicamente como instrumento para desentrañar la voluntad del testador, haciendo, al decir de POLACCO, meramente un técnico aplicador de criterios².

En su inciso final, el artículo 782 del Código Civil, sí permite que quede en manos de un tercero el repartimiento de determinados bienes, cuando el testador deja disposiciones que establezcan la clase de personas entre las cuales éstos deben repartirse.

2. VICIOS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

El testamento debe considerarse como un acto que depende de la voluntad; su orden causal se ve alterado cuando interfiere un fenómeno que opera sobre la determinación del querer, y que le da a la declaración de la voluntad una inclinación distinta a que originariamente tenía cuando fue creada en el ámbito interno del testador libremente. Así es como la misma se desvía o desnaturaliza.

A raíz de este fenómeno es que las anomalías de la voluntad son recogidas en las legislaciones como elementos que generan instituciones viciadas. Algunos son inter-

nos como la incapacidad y el error; y otros externos como la violencia y el dolo³.

La voluntad testamentaria va a ser considerada válida en tanto emane de una persona que cuente con capacidad para testar (artículo 831 del Código Civil⁴). Pero además, debe responder a la total autonomía de la parte y plasmarse así en el acto jurídico.

En nuestro ordenamiento, los factores que vician la voluntad son denominados vicios del consentimiento y están enumerados en el artículo 1269 del Código Civil, que establece que *“el consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”*. GAMARRA señala que la voluntad se forma en base a motivos; cuando entre los motivos determinantes tuviera injerencia el falso conocimiento, ya sea espontáneo (error) o provocado (dolo), o el temor (violencia), este proceso de formación de la voluntad se aparta de su curso normal y pasa a estar viciado⁵. Cuando la voluntad está viciada, no es válida.

El Código Civil regula la teoría general de los vicios en sede contractual dentro de la sección referida a los requisitos para la validez de los contratos. En materia testamentaria, sin embargo, el legislador omite

3 Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia del 22 de febrero de 1934, España.

4 **Artículo 831 del Código Civil:** *“No pueden disponer por testamento: 1°.- Los impúberes, esto es, los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce. Los que hayan cumplido respectivamente esa edad, podrán testar libremente, aunque se hallen bajo la patria potestad. 2°.- Los que se hallaren bajo interdicción, por razón de demencia aunque tuvieran intervalos lúcidos. 3°.- Los que, sin estar bajo interdicción, no gozaren actualmente del libre uso de su razón, por demencia, ebriedad u otra causa. En este caso, el que impugnare la validez del testamento deberá probar que el que lo hizo no gozaba del libre uso de su razón. 4°.- Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente. Los individuos no comprendidos en las prohibiciones de este artículo son hábiles para disponer por testamento (Artículo 1616).”*

5 GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XII*, Tercera Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1979, p. 10.

2 VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las Sucesiones, Tomo primero*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1980, p. 213.

proporcionar íntegra regulación específica, dedicándole únicamente un artículo a la violencia (artículo 789), dos al error (artículos 787 y 788) y ninguno al dolo.

Si bien hay referencia en sede testamentaria a los vicios de la voluntad, ésta no resulta suficiente y se generan vacíos legales. Por lo tanto, como entiende la doctrina unánime, debe ser integrada con la teoría general en sede de contratos. Pero esta teoría general fue elaborada para aplicarse a negocios jurídicos bilaterales -como lo es el contrato- y, cuando se aplica en un negocio jurídico unilateral y unipersonal -como el testamento- hay que tener en cuenta las especialidades de la figura.

En ese sentido, AREZO advierte que el contrato y el testamento son dos negocios jurídicos antitéticos⁶. Por un lado, el contrato como una “*convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera (...)*”, y por el otro el testamento como un acto unilateral y unipersonal mediante el cual “*una persona*” dispone directa o indirectamente de todo o parte de sus bienes -siempre teniendo la posibilidad de realizar, además, disposiciones de carácter extrapatrimonial-. Aconseja manejar la aplicación de las normas generales de forma cuidadosa, para evitar las generalizaciones y la mala aplicación de las normas de derecho por analogía.

2.1. El error

Se entiende por error a la divergencia entre la realidad y la representación de ésta, por parte del agente⁷; se trata de conocimientos, ideas o conceptos falsos de la realidad. Estos conceptos falsos pueden

darse tanto con respecto a realidades materiales -en cuyo caso estaremos ante el error de hecho- como jurídicas -supuesto del error de derecho⁸.

En materia testamentaria el Código Civil expresamente distingue dos tipos de error de hecho: *error in persona* y *error in corpore*. Aquí, el legislador se adhiere a la regla de que la descripción falsa o equivocada no vicia el acto, en tanto la voluntad sea clara (*falsa demonstratio non nocet*). Es decir, la divergencia entre la voluntad y su manifestación, no genera la nulidad del acto, salvo que exista duda sobre la persona o cosa, o se configure el supuesto del artículo 788 del Código Civil (infra 2.1.1).

El *error in persona* está previsto en el inciso primero del artículo 787 del Código Civil. Esta disposición establece que cuando la persona del heredero o del legatario hubiera sido falsamente designada, la disposición conservará su validez siempre y cuando no haya duda con respecto a quién fue el instituido. El artículo 780 del Código Civil, consagra un principio relacionado en materia de interpretación, conforme el cual, a pesar de no usar el testador la palabra heredero, en caso de ser su voluntad clara en ese sentido, se entenderá que la disposición fue hecha a título universal. Esto implica que no se incurre en error por no emplear el vocablo heredero, siempre que del contexto se comprenda de forma clara la voluntad del testador para realizar tal designación.

El inciso segundo del mismo artículo prevé el *error in corpore* y le da los mismos efectos que al *error in persona*: la validez de la cláusula cuando la cosa hubiera sido falsamente designada por parte del testador.

VAZ FERREIRA sostiene que, además, hay ciertas reglas de la teoría general del error en materia contractual que son de

6 AREZO PIRIZ, Enrique, “Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria” en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 73 (1-6), 1987, pp. 25-37; p. 27.

7 *Ibidem*, p. 12.

8 IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 112.

aplicación analógica a las disposiciones testamentarias. Así, el error material de aritmética que menciona el inciso segundo del artículo 1270 del Código Civil⁹. Conforme a dicho artículo, un error meramente matemático -de cálculo, por ejemplo- solo da lugar a la reparación, en tanto no haya dudas de la verdadera voluntad del testador.

En lo que respecta al error de derecho, si bien el artículo 1270 inciso primero del Código Civil establece que no impedirá los efectos legales del contrato, en sede testamentaria esta disposición no es aplicable. Este tipo de errores son frecuentes en aquellos testamentos en los cuales el testador redacta sin asistencia letrada, como sucede en ocasiones con los testamentos cerrados. En estos casos, hay que estar a la voluntad del testador; si por ejemplo designa un albacea cuando lo que en realidad correspondería designar en el caso concreto (según la función que el sujeto ha de cumplir) fuera un curador, el error de derecho se remedia interpretando de forma adecuada la voluntad del testador y rectificando la cláusula en cuestión.

Para IRURETA GOYENA, el supuesto del artículo 788 del Código Civil, es el único en el que debería permitirse que el error de derecho vicie el testamento. Fundamenta su postura en que el mencionado artículo no hace distinción entre los tipos de errores. Con respecto a los demás supuestos en los cuales el testador comete un error de derecho, pero no exterioriza el motivo ni lo hace condicional o determinante, entiende que no puede considerarse nula la disposición¹⁰. Esto en tanto, en sede contractual la nulidad del error de derecho se consagra para proteger a la contraparte, pero en materia testamentaria la figura de la contraparte no existe, y no guardaría

relación con el resto de las disposiciones legales conservar este criterio para proteger a los terceros. Lo que importa en estos supuestos es determinar cuál fue la verdadera voluntad del testador, y el establecer que la disposición en la que se presenta el error de derecho es nula, sin más análisis, violentaría dicha finalidad.

El error está plenamente relacionado con la interpretación de la voluntad testamentaria. Debe buscarse, en primer lugar, tratar de desentrañar dicha voluntad y solo en caso de no poder hacerlo se entenderá viciada la disposición en cuestión. Aquí podemos identificar una de las principales diferencias entre el error en materia contractual y el error en materia testamentaria. En materia contractual, el error afecta a todo el negocio jurídico. En cambio, en materia testamentaria el negocio jurídico como un todo no se ve afectado por el error en una o varias de sus cláusulas, sino que las únicas afectadas son las cláusulas viciadas.

Este tratamiento diferencial por parte del legislador en sede testamentaria (artículo 787 del Código Civil) se ejemplifica con una comparación con su tratamiento en sede contractual (artículo 1271 del Código Civil). Se sanciona con la nulidad del contrato cuando hubiera error en la sustancia o calidad de la cosa, mientras que el error en la designación de la cosa (cuando no se pueda interpretar de otra forma la voluntad testamentaria) implica nulidad únicamente de la cláusula viciada y no de todo el testamento.

2.1.1. Falsedad de la causa o motivo

El artículo 788 del Código Civil establece que la falsedad de la causa o del motivo expresado por el testador no vicia una disposición testamentaria, a menos que este motivo se enuncie de forma condicional o que surja claramente de los términos del

9 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 221-222.

10 IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 112 y ss.

testamento que este motivo hacía depender la eficacia de una determinada disposición testamentaria.

AREZO¹¹ enumera cuatro requisitos necesarios para que la falsedad del motivo necesariamente implique un vicio y por consiguiente la anulación de la disposición testamentaria: (i) debe haber un motivo especial (ii) expresado en el testamento (iii) que sea erróneo y (iv) determinante. Con respecto al tercer requisito, AREZO busca diferenciar el concepto de error del de falsedad. Dice que el legislador emplea incorrectamente el concepto de falsedad, ya que ésta encierra la idea de que el testador sabía que los motivos sobre los cuales apoyaba su voluntad eran falsos, en cuyo caso no habría error. Sin embargo, en la hipótesis del artículo, estamos ante un testador que de buena fe creía que las cosas eran tal como él se las representaba –incurre en error-. Se trata de un “estado de creencia sincera” sustentado en informaciones incorrectas o datos no reales, en el cual se puede constatar efectivamente el error. En este sentido también se pronuncia IRURETA GOYENA, quien afirma que la aplicación del artículo solo tiene lugar cuando hay error propiamente dicho, es decir cuando el testador creía en la existencia real del motivo, no así cuando hay falsedad¹².

VAZ FERREIRA discrepa parcialmente y afirma que no se trata exclusivamente de motivo erróneo. Esto en tanto la falsedad de un motivo se puede dar porque éste sea simulado, erróneo o porque éste dejó de existir (aunque en algún momento hubiera sido verdadero). Cuando se trate de un (i) motivo simulado, la disposición no estará viciada, porque al no estar obligado el testador a indicar cuáles son los motivos para realizar las disposiciones, éstos carecen de

consecuencias jurídicas. Cuando se trate de un (ii) motivo erróneo causado por la ignorancia, tampoco estará viciada la disposición en tanto no se hubiera enunciado como condicional o de él se hubiera hecho depender la eficacia de la disposición. Entonces, para VAZ FERREIRA estos dos tipos de motivos se rigen por las reglas del artículo 788 del Código Civil. Por último, para los (iii) motivos que hubieran dejado de existir, el autor establece que también es de aplicación el mencionado artículo, sin perjuicio de que la circunstancia pueda reducirse a una mera cuestión de interpretación de la voluntad testamentaria¹³.

El artículo 1004 del Código Civil establece una excepción conforme la cual un error de hecho vicia una disposición, dejándola sin efecto. Conforme a este artículo cuando el testador, en su segundo testamento, instituye un nuevo heredero estableciendo de forma expresa que lo hace a raíz de la muerte del instituido heredero en el primer testamento, y éste en realidad no hubiera muerto, subsiste la primera institución.

2.1.2. El error en los legados

En el capítulo referente a los legados, el legislador prevé varios supuestos de error. El artículo 919 del Código Civil establece que cuando el testador mande a pagar lo que creyera deber, pero en realidad no debe, la disposición se tendrá por no escrita. En este caso, el testador no tuvo la intención de beneficiar a quién creía era su deudor, simplemente buscaba saldar una deuda; al no existir tal deuda se configura el error y, para este caso en concreto, el legislador ha establecido que debe tenerse dicha cláusula por no puesta.

Por otro lado, el artículo 920 del Código Civil plantea la hipótesis en la cual el tes-

11 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 29.

12 IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 116.

13 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 226 y ss.

tador manda pagar más de lo que debe en razón de una deuda determinada. En este supuesto, el error recae -no en la existencia de la deuda, como en el artículo 919- sino en el monto de la misma. Aquí la consecuencia que establece el legislador es que no se va a deber el exceso, es decir, la diferencia entre la verdadera deuda y lo que el testador manifiesta que se debe pagar al momento de su muerte.

También, el Código Civil en el artículo 921 regula la situación en la cual el testador confiesa en el testamento una deuda hacia un tercero, con respecto de la cual no se tuviera prueba. En este caso, el legislador opta por entender la disposición como un legado gratuito y, por lo tanto, lo sujeta a las responsabilidades y deducciones propias de los legados -tiene responsabilidad proporcional y subsidiaria por el artículo 1175 del Código Civil, y no puede vulnerar las legítimas ni otras asignaciones forzosas-.

IRURETA GOYENA afirma la necesidad de armonizar los artículos 919 y 921 del Código Civil ya que ambos parten de supuestos de hecho diferentes¹⁴. El artículo 919 del Código Civil presupone una equivocación por parte del testador, mientras que en la voluntad del testador que regula el artículo 921 del Código Civil, subyace la intención de este de perjudicar a los herederos forzosos haciendo pasar lo que debería ser una carga, por una deuda del pasivo hereditario.

CAROZZI señala que este último supuesto (del artículo 919 del Código Civil) es similar a la situación planteada en el artículo 788 del Código Civil, en tanto puede llegar a entenderse como un motivo falso y establece que es necesario distinguirla del caso del error¹⁵.

Entonces, el testador puede bien creer que debe y no deber; en ese caso, la cláusula se tendrá por no escrita (artículo 919). O bien, puede saber que no debe y decir que debe. En este caso puede suceder que el testador haya enunciado un motivo falso para disponer de los bienes a favor de este sujeto que hace llamar deudor (artículo 788), situación en la cual, de no considerarse un motivo determinante, la cláusula no será considerada como viciada. Pero, además, cuando de esta deuda no hubiera prueba (artículo 921), la disposición valdrá como legado y “deberá comprenderse entre las cargas y no entre las deudas sucesorias”.

AREZO por su parte, afirma que el artículo 919 del Código Civil contiene efectivamente un supuesto de error por parte del testador. Sin embargo, en el artículo 921 del Código Civil se da un supuesto de falsedad y justamente por eso es que la sanción es diferente en los dos supuestos¹⁶.

2.2. La violencia

El artículo 789 del Código Civil establece que aquel testamento que en el cual de cualquier modo hubiera intervenido la fuerza, será nulo en todas sus partes. En este contexto debe entenderse a la palabra fuerza como sinónimo de violencia, siendo que esta violencia puede ser tanto física como moral, en aplicación del artículo 1272 del Código Civil en sede de contratos¹⁷. Conforme este último artículo, la violencia física tiene lugar cuando se emplea una fuerza física irresistible, y la violencia moral cuando se inspire temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en la persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Así, a pesar de que el artículo únicamente alude a la fuerza, la doctrina admite que

14 IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 118-119.

15 CAROZZI FAILDE, Ema, *ob. cit.*, p. 58.

16 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 26-27

17 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 217.

el supuesto de nulidad por violencia moral también genera la nulidad del testamento.

El término “*cualquier modo*” empleado en el artículo 789 del Código Civil trae diferentes posturas con respecto a su alcance. Por un lado, VAZ FERREIRA afirma que la violencia física en este caso no tiene por qué revestir el carácter de irresistible, así como, en el caso de la violencia moral, tampoco deben considerarse las características que exige el artículo 1273 del Código Civil (condición, carácter, hábitos, sexo) con respecto a la persona que la emplea, cuando exista el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave¹⁸. En este sentido, CAROZZI establece que lo que buscó el legislador es que el juez sea más flexible al momento de considerar la constatación de la violencia en materia testamentaria, de lo que debe serlo en materia contractual¹⁹. De todas formas, el mero temor reverencial, al igual que en sede contractual, no afectará la validez del testamento.

Por otra parte, AREZO, establece que el término “*cualquier modo*” hace más bien referencia a la persona de la cual proviene la violencia que vicia el testamento. Es decir, la violencia puede provenir tanto de quien resulte beneficiario de la disposición que se instituyó a raíz de la violencia como de un tercero que no resulte beneficiado²⁰. Fundamenta su postura en el artículo 1274 del Código Civil. Dicho artículo sanciona con invalidez a aquel contrato en el cual un tercero ejerza tanto violencia física como moral. No tendría sentido no considerar la violencia ejercida por un tercero como causal de nulidad por vicio de violencia en el caso de los testamentos, cuando a lo largo del Código queda claro como el legislador, dada la naturaleza unilateral y unipersonal

del testamento, protege con más esmero la voluntad del testador, quien puede encontrarse en una posición de indefensión. Por esto es que AREZO entiende que la violencia vicia “*venga de donde venga*”.

Al respecto, entiendo que cuando el artículo 789 del Código Civil refiere al “*testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza*”, con “*modo*” se refiere a forma. Y en ese sentido coincido con VAZ FERREIRA y CAROZZI al decir que en sede testamentaria debe ser considerada la violencia en un sentido más amplio que en la sede contractual, no debiendo contar con el carácter de irresistible. Esto basado en el fundamento de que el legislador intenta proteger con mayor esmero la voluntad testamentaria. Y por esta misma razón, es que considero que, como donde no distingue la ley tampoco debe distinguir el intérprete, AREZO acierta en postular que la violencia puede venir de cualquier sujeto: tanto de aquel a favor de quien se hizo la disposición viciada, como de un tercero.

En relación a los efectos de la existencia de este vicio en lugar de entenderse nula únicamente la cláusula afectada (como sucede en el error), se considera nulo todo el negocio testamentario. Además, si quien ejerció la violencia contra el testador fue una persona con finalidad de heredar, será considerado indigno en los términos del numeral 5° del artículo 842 del Código Civil.

2.3. El dolo

En sede testamentaria no hay previsión expresa del dolo. Esto ha llevado a una parte de la doctrina a afirmar que la omisión por parte del legislador fue voluntaria y por ende debe entenderse que el dolo no vicia la voluntad testamentaria.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, sostiene que existe una laguna legal que

18 *Ibidem*, p. 217.

19 CAROZZI FAILDE, Ema, *ob. cit.*, p. 59.

20 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 30.

debe ser integrada aplicando analógicamente tanto las normas de dolo contenidas en la teoría general que se encuentra en materia contractual, como aquellas normas que regulan los otros vicios de la voluntad, mismo en sede de testamentos.

El Código Civil diferencia dos tipos de dolo: dolo principal y dolo incidente. El dolo principal está definido en el artículo 1275 del Código Civil como aquel que se produce cuando una parte mediante palabras o maquinaciones insidiosas determina a otra parte a participar de un negocio jurídico del cual no hubiera participado de no mediar dolo. Es decir, este tipo de dolo hace de causa determinante de la celebración del contrato: de no existir, tampoco hubiera existido contrato y es por esto que ocasiona su nulidad. El artículo 1276 del Código Civil define al dolo incidente como aquel que no vicia el contrato, pero que de existir le da derecho a quien lo haya padecido de pedir reparación de daños al que lo hubiera causado. Este dolo no es causa determinante en el contrato, pero altera sus términos generando una situación más gravosa que la que hubiera tenido lugar de no mediar dolo.

Resulta pertinente aclarar que es necesario leer estas disposiciones teniendo en cuenta las particulares del testamento. Como un acto jurídico unilateral cuya única parte es el testador, el dolo no puede provenir “de uno de los contrayentes” como enuncia el artículo, sino que debe provenir de terceros. Y estos terceros son los que mediante palabras o maquinaciones insidiosas debieron determinar al testador a otorgar un testamento con disposiciones discrepantes a las que hubiera establecido de tener su voluntad inalterada.

No hay acuerdo doctrinario con respecto al alcance de dichas disposiciones en materia testamentaria. AREZO sostiene

que, en este caso, no tiene cabida el dolo incidente, ya que considerarlo como generador del vicio implicaría un exceso. Por lo tanto, sigue la regla que se ha establecido para los contratos, con la salvedad de que no considera que corresponda reparación por daños en caso de que se constate la existencia de dolo incidental²¹.

Sin embargo. VAZ FERREIRA establece que ambos tipos de dolo ocasionan el vicio de la voluntad²². Así como no corresponde diferenciar ante qué modalidad o grado de violencia estamos para que se constate la posibilidad de iniciar la acción de nulidad, tampoco corresponde diferenciar entre los tipos de dolo. Si bien en materia contractual el dolo incidente solo da lugar a una reparación, en materia testamentaria, donde a lo largo del Código el legislador tutela con mayor recelo la voluntad del testador, no corresponde hacer esa diferenciación. A mi entender, esta parece ser la posición más acorde con el criterio legislativo empleado en sede testamentaria. Además, VAZ FERREIRA sostiene que sería extremadamente dificultoso aplicar por analogía tal consecuencia, en tanto no se puede con certeza identificar quienes son los perjudicados por el dolo y en qué cuantía.

Tanto AREZO como VAZ FERREIRA coinciden en que, a pesar de que parte de la doctrina asemeja el vicio del dolo con la captación de la voluntad, este paralelismo no puede tener lugar en nuestro derecho, en tanto la última figura está prevista en un artículo separado (artículo 783 del Código Civil²³) y se trata de un concepto especialísimo²⁴.

21 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 32.

22 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 218.

23 **Artículo 783 del Código Civil:** “Es nula toda disposición captatoria. Se entenderá por tal aquella en que el testador asigne alguna parte de sus bienes a otro, a condición de que este le deje por testamento parte de los suyos. Tampoco valdrá la disposición en que, bajo cualquier nombre o concepto, se deja a uno el todo o parte de los bienes, para que los aplique o invierta con arreglo a las instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador (Artículo 866, inciso 3)”.

24 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 217; AREZO PI-

2.3.1. Las palabras o maquinaciones insidiosas

Para poder determinar cuando estamos ante este vicio de la voluntad, es menester comprender qué se quiere decir cuando se habla de palabras o maquinaciones insidiosas. Este tipo de determinación, va a requerir además un análisis del caso concreto, ya que hay testadores más sugestionables que otros, y son más propicios a determinado tipo de engaños. No existe una lista taxativa de situaciones que provoquen dolo.

Por maquinación insidiosa, GAMARRA entiende al artificio o a la malicia puesta en marcha para engañar o inducir en error a otra persona. Se pueden identificar dos formas de artificio: una de ellas consiste en directamente presentar circunstancias falsas, y la otra alterar los hechos verdaderos²⁵; incluso hay quienes admiten que la omisión de comunicar algo que había obligación de comunicar, también represente una maniobra dolosa.

Para el testador el dolo pasa inadvertido, es decir, el testador ignora que su voluntad está siendo determinada por un tercero.

La doctrina unánime entiende que la mera simulación de afectos no constituye una hipótesis de dolo²⁶. La jurisprudencia española, de forma mayoritaria, afirma que el “*dolus bonus*”, es decir los cuidados especiales o atenciones distintivas que se hicieran hacia el testador, no constituyen una hipótesis de dolo²⁷. Tampoco la sola mentira es constitutiva del dolo.

RIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 31.

25 GAMARRA, Jorge, *ob. cit.*, p. 138 y ss.

26 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 218; AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 32; IRURETA GOYENA, José (hijo), *ob. cit.*, p. 124.

27 Sentencia 132/2009 de la Audiencia Provincial Sección N° 4; Sentencia 686/2014 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil; Sentencia 132/2013 de la Audiencia Provincial Sección N°1.

2.3.2. Alcance de la nulidad

En este orden podemos encontrar dos posiciones enfrentadas: quienes consideran que la nulidad afecta a todo el negocio jurídico testamentario y quienes afirman que esta solo afecta a la o las cláusulas propiamente viciadas.

La primera postura es sostenida por AREZO, quien proclama que hay que remitirse a los principios generales en materia contractual que señalan que la nulidad es del acto jurídico entero²⁸. Además fundamenta que de admitir la postura que dice que la nulidad debe ser solo de las cláusulas afectadas estaríamos afirmando que hay tantas voluntades testamentarias como cláusulas contiene el testamento.

Como esto último no es cierto y la voluntad testamentaria es única e indivisible, si ésta está viciada por el dolo, está viciada en su totalidad. E inclusive, si pudiéramos identificar cuál o cuáles cláusulas fueron las que están concretamente afectadas por el dolo, estas pueden ser determinantes del resto del testamento.

La segunda postura la defienden VAZ FERREIRA y CAROZZI.

Por un lado, VAZ FERREIRA afirma que para poder considerar que el vicio implica la nulidad de todo el testamento, se requiere disposición expresa de la ley que así lo imponga, tal como sucede con la violencia (artículo 789 del Código Civil). Al no existir una disposición de este alcance en materia de dolo, no cabe más que concluir que la disposición viciada es únicamente aquella en la que haya acaecido el dolo²⁹.

CAROZZI, por el otro, si bien reconoce que la voluntad testamentaria debe consi-

28 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 32.

29 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 219.

derarse como una sola y no como varias representadas en cada una de las cláusulas, afirma que hay antecedentes en sede de error, del legislador considerando nulidad parcial por vicio de la voluntad testamentaria. Así llega a la conclusión que para encontrarle una solución al asunto del alcance de la nulidad en el dolo hay que aplicar analógicamente las normas relativas al error en materia testamentaria y solo subsidiariamente las que tratan el dolo en materia contractual³⁰.

Afirma que si el artículo 788 del Código Civil prevé la nulidad únicamente de la cláusula cuando hay error en una causa condicional o determinante, es coherente inferir que el alcance de la nulidad es el mismo cuando el error, en lugar de provenir espontáneamente del propio testador, proviene de palabras o maquinaciones insidiosas de un tercero. Son situaciones similares que deberían de resolverse de la misma manera.

Sostiene que el dolo es un error especialísimo y que para guardar la coherencia de las disposiciones legales, debe ser tratado como tal. Si bien en materia contractual los dos vicios pueden diferenciarse con claridad, en materia testamentaria la oposición se desdibuja en tanto lo que existe en ambos casos es una falta de representación de la realidad.

Con respecto a esta cuestión, comparto la conclusión a la que llega AREZO al afirmar que la nulidad del testamento es total en caso de dolo, en el sentido de que ante un vacío normativo debe proceder la aplicación analógica de las normas que rigen el dolo en la sede contractual. Con respecto al fundamento de que la voluntad del testador no puede ser dividida y por ende consagrada la nulidad parcial (solo de la

cláusula viciada) me afilio a la postura de CAROZZI que señala que el legislador reconoce esta posibilidad en el caso del error; sin embargo, este supuesto de nulidad parcial no se da en el caso del dolo.

Inclusive si se afirmara que no debe remitirse a la sede contractual para buscar la solución y que ésta debe ser encontrada dentro de las disposiciones del Código Civil en materia testamentaria, considero que, al respecto del acto jurídico testamento, el dolo se asemeja más a la violencia en tanto la configuración del vicio también está determinada por una voluntad ajena a la del testador, a diferencia del error. Y en ese sentido, debería entenderse que revisten la misma gravedad -que a su vez es mayor en relación a la del error- justamente por tratarse de un factor externo el que infiere en la voluntad del testador. Entonces, al ser estos dos vicios equiparables deberían conllevar la misma nulidad: la del testamento en su totalidad.

3. EFECTOS DEL VICIO DE LA VOLUNTAD: ¿NULIDAD O INOPONIBILIDAD?

Remitiéndose al artículo 1560 del Código Civil, en sede de nulidades, AREZO sostiene que este vicio de la voluntad produce la nulidad relativa³¹. Esto, en tanto el mencionado artículo establece que todos los vicios que no impliquen la falta de requisitos o formalidades que las leyes prevén para darle valor a los actos o contratos, generarán su nulidad relativa. Se trata de un criterio residual a la existencia de nulidad absoluta.

Pero lo que resalta AREZO es que este artículo hace mención a los actos y el Cód-

30 CAROZZI FAILDE, Ema, *ob. cit.*, p. 61 y ss.

31 AREZO PIRIZ, Enrique, *ob. cit.*, p. 30.

go definió al testamento como un acto, ya en el artículo 779, por lo tanto, el testamento como acto jurídico debiera estar incluido en este supuesto.

Que se considere nulo relativamente, a decir del artículo 1562 del Código Civil implica que esta nulidad no puede ser declarada por el juez de oficio, sino solamente a instancia de parte y únicamente puede promoverla aquella parte en cuyo beneficio la misma se ha constituido. Una vez declarada, hace caer el acto -y, por consiguiente, sus efectos- de forma retroactiva³². Para él no hay impedimentos para que la acción de nulidad por vicio de la voluntad sea ejercida por el propio testador, conforme los plazos del artículo 1568 del Código Civil.

Por el contrario, VAZ FERREIRA establece que en lugar de producir la nulidad del testamento, produce la inoponibilidad del mismo frente a terceros³³. Para sustentar su postura, analiza la de JAPIOT, que posteriormente critica.

JAPIOT diferencia nulidad de inoponibilidad. En primer lugar establece que la nulidad genera la ineficacia del acto respecto de las partes, mientras que la inoponibilidad lo hace respecto de los terceros. En segundo lugar, y estrechamente relacionado con la primera característica, menciona que solo las partes del acto pueden pedir su nulidad, mientras que la inoponibilidad puede ser solicitada por cualquier tercero. Y con respecto a esta última diferencia, hace notar la gran dificultad que se presenta en ciertos casos para efectivamente identificar cuando es un tercero o una parte quien opone una acción de este estilo.

En algunas acciones, como la acción de reducción, está claro que los herederos forzosos hacen de terceros al iniciarla. No

queda sin embargo tan claro en la acción que busca la nulidad del testamento por vicios del consentimiento. Quienes afirman que los sucesores que la inician son terceros, se basan en el hecho de que tienen intereses diferentes a los del testador, que sí fue parte en el acto. El testador no ve perjudicado su interés por el acto viciado, justamente porque el mismo no despliega sus efectos sino hasta el momento de su muerte. Ahora bien, JAPIOT, por el otro lado, sostiene que el hecho de que el testador no sufra los efectos del testamento es a raíz de una circunstancia externa (su muerte), pero que nada impide que el derecho a pedir la nulidad del testamento nazca mientras éste esté vivo. Sí es cierto que es poco práctico que el testador inicie una acción de nulidad contra su propio testamento, cuando puede revocarlo y obtener los mismos resultados mediante un procedimiento más simple, pero esto no quiere decir que no posea el derecho. Así, cuando este muere, traspasa el derecho a iniciar la acción de nulidad a sus sucesores, y estos inician una verdadera acción de nulidad como partes y no una acción de inoponibilidad como terceros.

Al planteamiento del autor francés, VAZ FERREIRA le realiza cuatro críticas, que en su tratado menciona como las consecuencias negativas de la aplicación de la teoría.

La primera guarda relación con el plazo de prescripción de la acción de nulidad. El artículo 1568 del Código Civil, establece que el plazo para pedir la acción de nulidad es de cuatro años y comenzará a contarse desde el día que hubiera cesado la violencia o desde el día que se hubiera celebrado el acto con error o dolo. Entonces, si la acción de nulidad nace en cabeza del testador, este plazo comienza a contarse cuando este aún viva, y podría suceder que la prescripción se configure antes de

32 CAROZZI FAILDE, Ema, *ob. cit.*, p. 54.

33 VAZ FERREIRA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 308 y ss.

su muerte. En este caso, como el testador ya perdió el derecho a iniciar la acción mediante la prescripción, sus sucesores no lo heredan y el acto se convierte en inatacable.

La segunda es que se generaría una contradicción cuando, por ejemplo, quién otorgue el testamento fuera un menor de edad. En ese caso sus representantes podrían ejercer, en vida del testador, la acción de nulidad en caso de que hubiera habido un vicio. Similar sucede con los dementes, cuyos representantes sí estarán facultados para ejercer la acción de nulidad, no así la de revocación.

La tercera crítica, tiene su base en la legitimación activa de la acción. Aquella persona que hubiera sido instituida heredera de no mediar vicio de la voluntad, no tiene legitimación activa para iniciar la acción, no teniendo forma de tutelar sus derechos.

La cuarta crítica, muy relacionada con ésta, señala que tampoco los legatarios estarían legitimados para iniciar la acción en cuestión, en tanto no son sucesores del testador.

En el primer caso, el heredero instituido a base del vicio no tendría interés en iniciar la acción, porque saldría perjudicado, perdiendo su porción de la herencia; lo mismo sucede con los herederos en el segundo caso, quienes de no iniciarse la acción de nulidad se evitan tener que pagar un legado que decrecería sus porciones hereditarias.

Concluye que el titular de la acción nunca será el testador, por lo tanto, en vida del testador no se puede ni iniciar la acción de nulidad por vicio del consentimiento, ni comenzar a contabilizar el plazo de prescripción de las mismas. En este sentido sostiene que *“las nulidades derivadas de los vicios de la voluntad deben considerarse establecidas por ley en beneficio de las personas*

*que podrían ser perjudicadas por el testamento viciado, conforme al art. 1562, quienes pueden alegar tales nulidades son dichas personas o los herederos o cesionarios de las mismas”*³⁴. Al aceptar que la acción de nulidad no puede ser iniciada por el testador, que es el único que es parte en el acto, debe entenderse que no estamos frente a una verdadera nulidad, sino que se trata de inoponibilidad.

Acto seguido, adhiere a la doctrina que afirma que las acciones de inoponibilidad tienen carácter de imprescriptibles.

En relación a esto último, AREZO compone una crítica basada en el artículo 1193 del Código Civil. El mencionado artículo establece que todo lo que está en el comercio de los hombres puede prescribirse a menos que una ley específica establezca lo contrario. Así, al estar las acciones de inoponibilidad en el comercio de los hombres y no existir ley expresa que establezca que no prescriben, no pueden nunca considerarse imprescriptibles. Sería una interpretación *contra legem* decir lo contrario. En el mismo sentido, en mi opinión, de haber querido el legislador una solución diferente a la nulidad relativa para los casos de vicio de la voluntad en materia testamentaria, lo hubiera establecido expresamente -en el propio Código Civil- como excepción a la regla general del artículo 1560 del Código Civil. Además, las disposiciones legales contenidas en materia testamentaria hacen siempre mención a la nulidad del acto y no así a la inoponibilidad.

4. CONCLUSIONES

- Se pueden identificar tres elementos que vician la voluntad testamentaria: error, violencia y dolo.

³⁴ VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., p. 314.

- El error es la divergencia entre la realidad y su representación por parte del agente, quien de buena fe creía que los motivos sobre los cuales apoyaba su voluntad eran verdaderos.
 - Hay dos tipos de error: de hecho (en la persona y en la cosa) y de derecho.
 - Provoca la nulidad de la o las cláusulas testamentaria solamente cuando genera duda sobre la persona o la cosa, así como cuando se redacta como condición o surge claramente de los términos del testamento que de él dependía la eficacia de una disposición.
- La violencia puede ser física –cuando se emplea fuerza irresistible- y moral –cuando se inspire temor fundado en mal inminente sobre la persona o bienes del testador o de su cónyuge y descendientes-.
 - De existir provoca la nulidad de todo el testamento y puede llegar a generar indignidad de quien la provoca cuando este tenga finalidad de heredar.
- El dolo tiene lugar cuando un tercero mediante palabras o maquinaciones insidiosas determina la voluntad del legislador.
 - La doctrina está dividida con respecto al alcance de la nulidad que provoca: hay quienes dicen que es únicamente de la o las cláusulas testamentarias, mientras que otros afirman que es de todo el testamento.
- En relación a los efectos de los vicios de la voluntad la doctrina discute si dan lugar a nulidad relativa o a inoponibilidad.

Bibliografía

AREZO PIRIZ, Enrique. “Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria” en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 73 (1-6), 1987, pp. 25-37.

CAROZZI FAILDE, Ema. *Manual de Derecho Sucesorio, Tomo 1*. Segunda Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010.

GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XII*. Tercera Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1979.

IRURETA GOYENA, José (hijo). *Curso de Sucesiones, Tomo III. Sucesión testamentaria*. Organización Taquigráfica Medina, Montevideo, 1949.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*. La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

LEGNANI, Bernardo. *Manual Básico de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones*. La ley Uruguay, Montevideo, 2013.

RIVERO DE ARHANCET, Mabel. *Leciones de Derecho Sucesorio*. Tercera Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

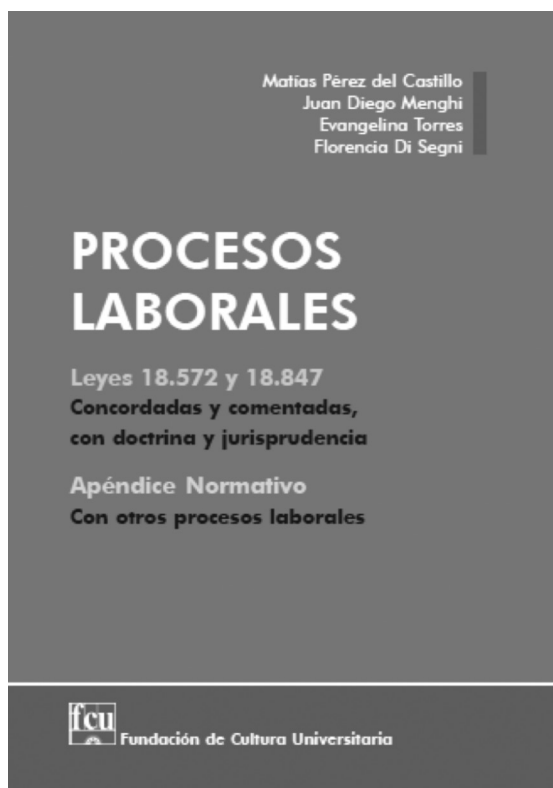
VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de las Sucesiones, Tomo primero*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1980.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

*Procesos Laborales de Matías Pérez del Castillo, Evangelina Torres,
Juan D. Menghi y Florencia Di Segni por Santiago Pérez del Castillo*

*Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales,
por Carlos Delpiazzo*



La obra es fruto del trabajo en equipo de Matías Pérez del Castillo, Juan Diego Menghi, Evangelina Torres y Florencia Di Segni.

Los autores presentan un compilado de las Leyes 18.572 y 18.847 sobre "Abreviación de los Procesos Laborales", con comentarios a cada artículo, acompañados de las opiniones más recibidas de la doctrina y de la jurisprudencia reciente, con un enfoque teórico y práctico.

Lo obra la completa un Anexo Normativo en el que se transcriben las leyes que regulan procesos laborales especiales (Ley 17.940 de protección de la libertad sindical, Ley 18.561 sobre acoso sexual, etc.), normas vinculadas a esos procesos (entre otras, las Leyes 18.099 y 18.251 sobre tercerizaciones) y regulaciones a considerar en conflictos colectivos (por ejemplo, Ley 18.566 sobre Negociación Colectiva y el decreto 165/006 sobre ocupaciones).

La presentación del libro facilita la comprensión y el acceso a los procesos laborales que rigen en Uruguay, constituyendo una herramienta imprescindible para jueces, abogados y demás operadores jurídicos que ejercen actividad contenciosa en la materia.

Santiago Pérez del Castillo

REVISTA URUGUAYA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, N° 1, 175 PÁGINAS

Agosto, 2016

Siempre es motivo de congratulación la aparición de una nueva publicación periódica en nuestro medio.

I

Como se indica en la **Presentación** a cargo del Prof. Felipe Rotondo, Presidente del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, se trata de una nueva modalidad de publicación a cargo de esa Unidad, que no sustituye a las anteriores sino que propicia “un diverso enfoque abierto a los aportes y contribuciones de expertos y conocedores, teóricos y prácticos, sean nacionales o extranjeros, en materia de datos personales y su protección”.

Siendo así, sólo cabe augurar perseverancia a la Revista que inicia su camino con este N° 1, centrada en una temática que ha tenido un importantísimo desarrollo en los últimos años a partir de una conciencia cada vez más decantada de la dignidad humana inherente a toda persona y de la que derivan todos sus derechos.

II

La primera sección de este ejemplar refiere a la **Doctrina** y contiene 6 trabajos muy interesantes y el mío. A través de todos ellos, provenientes de distintos países y visiones, se puede apreciar como hilo conductor el atender a los desafíos de la globalización, mirando hacia adelante.

Como ya lo he destacado antes de ahora, siguiendo calificada enseñanza, la *globalización* como proceso de interconexión, debe distinguirse de otros fenómenos como son la globalidad y el globalismo. Mientras que la *globalidad* es la conciencia de vivir en una sociedad mundial interrelacionada, de modo que ningún país ni grupo puede vivir al margen de los demás, el *globalismo* puede considerarse una ideología caracterizada por la pretensión de llevar a cabo la superación de los mercados nacionales por un mercado integrado mundial paralelo a la institucionalidad estatal. Según este enfoque, la globalización de la economía procede a través de la liberalización comercial, la desregulación de los mercados, la privatización y, en algunos casos, la integración regional, tendiendo a la mercantilización de las relaciones sociales y produciendo un debilitamiento del poder de los Estados nacionales, especialmente de su poder normativo.

Desde tal escenario mundial interconectado, la ponencia de la canadiense Chantal BERNIER parte de la premisa de que “El desarrollo rápido de la tecnología de la información impone a gobiernos, empresas y juristas una mirada al futuro” porque -como lo pone en su título- “El futuro ha llegado”.

Los trabajos del italiano Giovanni BUTTARELLI y de la española Mar ESPAÑA MARTI aportan “Reflexiones respecto a la globalización y la privacidad de datos” y describen los “Retos de la protección de datos en un mundo globalizado” respectivamente.

Bajo el título de “Difusión no autorizada de imágenes íntimas”, el argentino Pablo PALAZZI se posiciona ante los desafíos para la protección de datos de las imágenes publicadas en internet, buscadores y redes sociales.

Con parecido enfoque, la mexicana Ximena PUENTE DE LA MORA aborda la interesante cuestión de “El robo de identidad y la protección de datos personales” en su país.

A su tiempo, el célebre Profesor finlandés Ahti SAARENPAA advierte que “cuando se pone énfasis en alguno de los principios -apertura (que nosotros llamamos habitualmente acceso) o protección de datos personales (que en estas latitudes solemos encartar en la privacidad)- muy fácilmente se deja de lado al otro, y se falla en considerar adecuadamente las conexiones entre ambos”.

Por mi parte, con similar preocupación, haciendo pie en lo que el Papa Francisco ha calificado en su Encíclica “Laudato Si” como la “globalización del paradigma tecnocrático”, me concentré en la cuestión de procurar un equilibrio entre los derechos de acceso y a la privacidad, analizando el “Tratamiento de la información pública y personal a la luz de las nuevas tecnologías”.

III

La segunda sección, dedicada a la **Jurisprudencia**, incluye dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativos al tratamiento de datos personales, una fechada el 13 de mayo de 2014 y la otra el 6 de octubre de 2015.

IV

La tercera sección contiene 27 **Dictámenes** escogidos del Consejo Ejecutivo de la Unidad reguladora y de Control de Datos Personales, emitidos entre 2010 y 2016 sobre aspectos diversos tales como datos sensibles reunidos por las empresas de seguridad, tratamiento de datos de salud, casos en los que se requiere o no el consentimiento informado de los titulares, transferencia internacional de datos en la nube, e información resultante de las evaluaciones de personal, entre otros.

V

La cuarta sección, titulada **Nota de Interés**, contiene la opinión de la María Verónica PEREZ ASINARI acerca del “Impacto en Uruguay del nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre protección de datos personales”.

A juicio de la Jefa de la Oficina del Supervisor Europeo de Protección de Datos, el nuevo Reglamento para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales N° 2016/679 (publicado el 4 de mayo en el Diario Oficial de

la Unión y que será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018) se aplicará no sólo a las organizaciones y empresas que se encuentren establecidas en el territorio de la Unión sino también a aquellas que no se encuentren establecidas en dicho territorio cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con:

- a) la oferta de bienes o servicios a individuos en la Unión Europea, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o
- b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

Es por ello que una empresa uruguaya (ejemplo: una app o un sitio web) que ofrezca bienes o servicios a individuos de la Unión Europea, o controle su comportamiento, deberá cumplir con el nuevo Reglamento de protección de datos.

VI

La quinta y última sección consiste en una interesante **Entrevista** a Jacob KOHNS-TAMM, quien presidió la Autoridad Holandesa de Protección de Datos y entre 2010 y 2014 fue Presidente del Grupo de Trabajo en Protección de Datos del art. 29.

VII

Es de felicitar este nuevo esfuerzo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales por acercar a todos los interesados -en este caso con alta estatura académica- la importancia de la tutela de los datos personales que, en definitiva, no es más que el cuidado de un aspecto esencial del ser humano.

Es imprescindible no perder de vista que, en todo momento, cualquiera sea su edad o normalidad, el hombre ostenta esa interior dignidad que le viene no de ser un hombre de dignidad sino de tener la dignidad de un hombre; de esa dignidad eminente o intrínseca extraen su razón de ser los derechos humanos, cuyo titular no es la humanidad en su abstracción genérica ni un determinado tipo de hombre sino cada hombre en su personal concreción.

Por eso, la afirmación y reafirmación de los derechos fundamentales -en este caso los que hacen a su privacidad- parte del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica.

Formulo votos para que este ejemplar de la Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales sea el primero de una larga serie, que mantenga el cuidado editorial y el nivel de contenido de éste, y que su difusión ayude a la labor de administradores públicos y privados, y también de los jueces.

Dr. Carlos E. Delpiazzo
11 de agosto de 2016



Diciembre, 2016. Depósito Legal N°. 000.000 / 16
www.tradinco.com.uy