



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Homenaje a Mariano Brito

DOCTRINA

DELPIAZZO, Carlos E.
Derecho de los Padres en materia de enseñanza religiosa

NESSAR, Silvana
Mariano Brito. La labor bien acabada: un quehacer cumplido impecable

PEZZUTTI, Miguel
Secreto de las Administraciones Tributarias: ¿Privilegio del Estado y para el Estado?

ROTONDO, Felipe
Bases Constitucionales del Derecho Administrativo Económico

VELASCO SUÁREZ, Diego
Fundamento de la Responsabilidad del Estado y del Funcionario

BOTT, Ingo / MUÑOZ GLIED Sophie
¿Procesos sensacionalistas o necesidad práctica? - Juicios multitudinarios y el principio de publicidad en Alemania y España

HOWARD, Walter
El síndrome de alienación parental

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago
Nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresarial

LANGON CUÑARRO, Miguel
Responsabilidad penal del empleador

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago
Entidades religiosas y relaciones laborales

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia Nro. 815/011 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

FISCHER CASTELLS, Federico
Algunas reflexiones acerca del control de la homonimia de las sociedades comerciales

Sentencia Nro. 105/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3° turno de 10 de noviembre de 2011 y sentencia Nro. 11/2013 TAC de 7° Turno de 14 de febrero de 2013

VELOSO GIRIBALDI, Natalia
Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional: el caso Jaramillo

INFORMACIONES

Grado y Postgrado

TESINAS DE MASTERS

BIDERMAN ABRAMOVICZ, Veronica
ERRAZQUIN BUSTELO, Mariana C.
Riesgos de la precarización de la función pública en el Uruguay del siglo XXI

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

ÁLVAREZ, Pilar
ROCHA, Carolina
Límites internos al derecho de informar

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

MANUAL DE CONTRATOS
VENTURINI, Beatriz (coordinadora)
(por Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Homenaje a Mariano Brito7

DOCTRINA

DELPIAZZO, Carlos E.

Derecho de los Padres en materia de enseñanza religiosa.....13

NESSAR, Silvana

Mariano Brito. La labor bien acabada: un quehacer cumplido impecable27

PEZZUTTI, Miguel

Secreto de las Administraciones Tributarias: ¿Privilegio del Estado y para el Estado?47

ROTONDO, Felipe

Bases Constitucionales del Derecho Administrativo Económico.....83

VELASCO SUÁREZ, Diego

Fundamento de la Responsabilidad del Estado y del Funcionario93

BOTT, Ingo / MUÑOZ GLIED Sophie

¿Procesos sensacionalistas o necesidad práctica? - Juicios multitudinarios y el principio de publicidad en Alemania y España125

HOWARD, Walter

El síndrome de alienación parental129

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago

Nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresarial163

LANGON CUÑARRO, Miguel

Responsabilidad penal del empleador175

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago

Entidades religiosas y relaciones laborales191

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia Nro. 815/011 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

FISCHER CASTELLS, Federico

Algunas reflexiones acerca del control de la homonimia de las sociedades comerciales.....205

Sentencia Nro. 105/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3º turno de 10 de noviembre de 2011 y sentencia Nro. 11/2013 TAC de 7º Turno de 14 de febrero de 2013

VELOSO GIRIBALDI, Natalia

Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional: el caso Jaramillo.....219

INFORMACIONES

Grado y Postgrado.....241

TESINAS DE MASTERS

BIDERMAN ABRAMOVICZ, Veronica

ERRAZQUIN BUSTELO, Mariana C.

Riesgos de la precarización de la función pública en el Uruguay del siglo XXI255

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

ÁLVAREZ, Pilar

ROCHA, Carolina

Límites internos al derecho de informar317

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

MANUAL DE CONTRATOS

VENTURINI, Beatriz (coordinadora)

(por Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci)341

MENSAJE DEL DECANO

Homenaje a Mariano Brito

El 31 de enero falleció el Dr. Mariano Brito, Rector Emérito de la Universidad de Montevideo, Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Administrativo de nuestra Facultad de Derecho, ex Ministro de Defensa pero por encima de todo ello, un hombre de bien y un gran amigo.

No es exacto decir que “se nos fue Mariano”, pues está ahora presente en la UM quizás hasta con más fuerza que antes. Porque sin dudas, Mariano Brito dejó huella, ancha y profunda. Por su modo de ser, de afrontar los problemas, de conversar con cada uno de forma cordial y serena. Por su enorme capacidad de estudiar y transmitir con claridad lo estudiado. Y también por su permanente estilo conciliador, que buscó siempre el diálogo pausado y meditado antes que la confrontación atropellada.

Es que Mariano comprendió y vivió en forma permanente la noción de respeto por toda persona humana, que por ser eso, persona, tiene una dignidad infinita, única e irrepetible.

Además de lo antes expuesto, para los que creemos en una dimensión mucho más rica y trascendente que la que nos toca en este mundo, Mariano no se nos fue sino que nos dejó un “hasta luego”, encomendándonos, eso sí, que siguiéramos los senderos que él – como muchos otros hombres y mujeres de esta UM – fueron delineando y trazando en el día a día desde el momento de su fundación. ¿No están más con nosotros? Pienso lo contrario; están mucho más con nosotros que mientras trabajaron en esta Casa de Estudios, contemplándonos de cerca y guiándonos imperceptible, pero seguramente desde su nueva dimensión. En otras palabras, al partir hacia la eternidad, no cerraron una puerta que no se vuelve a abrir, sino que abrieron una que nos señala la luz y el camino para llegar a ella.

No puedo evitar repetir algunas de las ideas que volqué en uno de los últimos homenajes que se le hicieron a Mariano un año antes de morir, en la Escuela de Negocios de la UM (IEEM):



Revista de DERECHO

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

*

Director

Dr. Santiago Pérez del Castillo

Director Fundador

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Sub. Director y Redactor Responsable

Dr. Miguel Casanova

Consejo Editorial

Dr. Carlos de Cores
Dr. Alberto Faget Prati
Dr. Jorge Fernández Reyes
Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga
Dr. Pedro Montano Gómez
Dr. Santiago Pérez del Castillo
Dr. Siegbert Rippe

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Miguel Casanova
Dr. Juan Manuel Gutiérrez

Secretaría Técnica

Dra. 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

Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad

Año XIII (2014), N° 25

“Cuatro palabras resumen todo lo que quiero decir de Mariano, pues son las que me parece ilustran más y mejor lo que ha sido su desempeño personal a lo largo de la vida, más allá de sus diversas actividades como abogado, docente, esposo, investigador y hombre que desempeñó cargos públicos.

Esas cuatro palabras son conocimiento, formación, respeto y cariño.

Conocimiento, porque Mariano supo transmitir conocimiento en todas las áreas en las que le tocó actuar. Para transmitir conocimiento hay que estudiar y aprehender lo estudiado antes; y vaya que Mariano estudió y supo aprehender e interpretar con corrección, innovación y originalidad lo estudiado, fuera cual fuera el tema o tarea asignada. Sobre todo, a través de su estudio y praxis, lo que ha hecho Mariano fue un permanente intento de reflexión para conocer y comprender más y mejor al hombre en lo que tiene de permanente esencialidad antropológica y a la vez de perpetua mutabilidad. Su incansable estudio y reflexión ha perseguido un solo fin: su pasión por la búsqueda permanente de la verdad junto con todos lo que hayan querido acompañarlo en dicha búsqueda. El Dr. Delpiazzo, al realizar su semblanza en la obra *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano Brito* lo cita textualmente y me permito recoger esas mismas palabras del homenajeado pues nada mejor que ellas para ilustrar esa búsqueda y enamoramiento por la verdad: *“De la búsqueda de la verdad en términos de misión y apertura en libertad, dimana necesariamente el pluralismo y la diversidad de los actores universitarios, excluyentes de la unicidad política, partidaria, económica, social o ideológica. Su piedra de toque se halla en la libertad intelectual y en el respeto acendrado del pluralismo de los integrantes de la Universidad. Pero aquella búsqueda de la verdad, en términos de misión formadora de pensamiento, es ajena a un sincretismo conciliador aparente de doctrinas diferentes; se trata, en cambio, de reflexionar sobre ellas para alcanzar el conocimiento de la verdad. De aquí una exigencia fundamental para la Universidad: la información sin retaceos...”* (*)

Formación, porque un docente o un hombre que ocupa cargos de jerarquía puede transmitir muchos conocimientos pero no ocuparse de formar y ayudar de veras y personalmente a sus educandos o dependientes; en casos así, el mero transmisor de conocimientos corre el riesgo de dejar minusválido e incompleto a su circunstancial auditorio. Utilizo adrede la expresión minusvalía, pues es precisamente lo que Mariano jamás se resignó a no transmitirle a todos y cada uno de los que se cruzaron por su camino. Por el contrario, si algo siempre tuvo entre ceja y ceja, fue contagiar más y mejores valores a quienes lo rodeaban en sus aulas, entre sus amistades y en sus diversos trabajos. Formación personal, fruto de su trato amable y conciliador, afable y comprensivo, pero sobre todo, fruto de su arraigado y persistente cultivo de la amistad franca y verdadera.

Respeto, porque lo transmitió siempre, sin imponerlo, pues nunca abusó de sus posiciones de poder, sino que lo fue destilando y distribuyendo casi imperceptiblemente, con clase y elegancia, como sólo lo hacen las personas sobrias, humildes y profundas a la vez. Sólo ellas son las que no imponen el respeto por la fuerza, sino que lo conquistan y contagian por natural autoridad. Si se comprende la justicia como el hábito de darle a los demás lo suyo, él siempre la cultivó, comenzando por darle en primer lugar a Dios lo que le corresponde y luego a los que lo han tratado, jerarquizando lo intangible e in-

material de nuestros derechos y deberes, antes que lo tangible y material que sin dudas también importa, pero dura menos.

Cariño finalmente, porque todo lo anterior puede lograrse sin inspirar cariño, afecto, empatía. Entonces la persona puede enseñar, formar e inspirar respeto; pero querer y hacerse querer es un plus, un aditivo que no todos poseen. Y vaya que Mariano lo tiene y ha repartido a granel. Por encima y antes que nada, Mariano ha sabido querer y se ha hecho querer. En los días que corren el verbo amar se viene empleando en forma demasiado abusiva, alterando y trivializando su verdadero significado. Pero si nos atenemos sin frivolidad y simpleza al verbo, no tengo dudas que amar es algo que Mariano ha sabido hacer y transmitir a todos los que lo rodearon de una forma u otra a lo largo de estos años. Si amar es siempre renovar y renovarse, Mariano lo ha sabido hacer muy bien.

Resulta que el Dr. y Maestro Mariano Brito, parafraseando a una de sus obras más importantes, es (y no digo fue, pues sigue presente y vivo a su manera) un hombre de permanencia, contemporáneo y prospectivo.

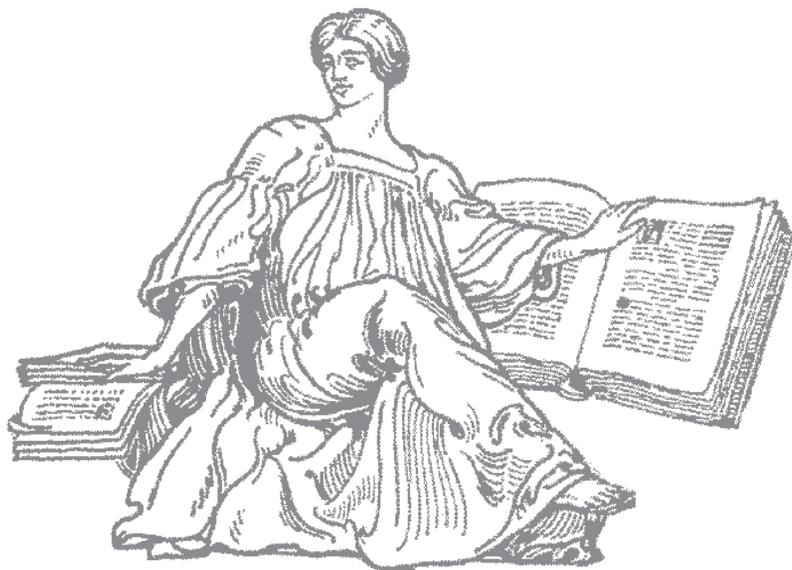
A él y a su única e inseparable Susana, muchas gracias.”

Hay una fotografía de Mariano en la que lo vemos de brazos cruzados con una biblioteca y muchos libros detrás. Es una foto que capta muy agudamente su personalidad: nos observa con cariñosa serenidad y con una sonrisa que dice mucho. Transmite paz interior, calma y al mismo tiempo ganas de hacer, trabajar y seguir dando todo lo que esté al alcance. Espero ver una réplica de esa foto algún día en la sala que lleva su nombre, donde se reúne el Consejo Superior de la Universidad. Nos daría un mensaje claro y permanente a todos: *“Los acompaño y los aliento; no aflojen. Sigán buscando lo mejor de las cosas y lo mejor de ustedes mismos...”*

Lindo compromiso, Mariano. Procuraremos no defraudarte.

(*) M.Brito, Universidades formadoras de pensamiento – D. Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva. UM, Montevideo, 2004, pag 159 y ss.

Nicolás Etcheverry
Decano



DOCTRINA

DELPIAZZO, Carlos E.

Derechos de los padres en materia de enseñanza religiosa

NESSAR, Silvana

Mariano Brito. La labor bien acabada: un quehacer cumplido impecable

PEZZUTTI, Miguel

Secreto de las Administraciones Tributarias: ¿Privilegio del Estado y para el Estado?

ROTONDO, Felipe

Bases constitucionales del derecho administrativo económico

VELASCO SUÁREZ, Diego

Fundamentos de la responsabilidad del estado y del funcionario

BOTT, Ingo / MUÑOZ GLIED Sophie

“¿Procesos sensacionalistas o necesidad práctica? - Juicios multitudinarios y el principio de publicidad en alemania y españa”

HOWARD, Walter

El síndrome de alienación parental

DERECHOS DE LOS PADRES EN MATERIA DE ENSEÑANZA RELIGIOSA

CARLOS E. DELPIAZZO (*)

SUMARIO:

I) RECONOCIMIENTO. Con gratitud a Mariano Brito, maestro de vida. **II) EDUCACION Y ENSEÑANZA.** Rol de la familia y de las instituciones de enseñanza a su respecto. **III) EXTENSION DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.** Sus alcances según la Constitución. **IV) PROTAGONISMO PATERNO.** Sus bases naturales y jurídicas. **V) MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR PARA SUS HIJOS LOS MAESTROS QUE DESEEN.** 1 – Derecho a la libre elección de instituciones de enseñanza. 2 – Derecho a que se sigan sus determinaciones. 3 – Derecho a que la formación sea acorde a las convicciones paternas. 4 – Derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria. 5 – Derecho a ayudas públicas en la enseñanza no obligatoria. **VI) CONCLUSIONES.** Indebida neutralidad pública en un Estado laico.

I) RECONOCIMIENTO

El 31 de enero de 2014 se fue al Cielo Mariano Brito, dejando un hueco y una tristeza enormes en todos nosotros y más allá de fronteras. Pero también es grande nuestra paz porque a nadie mejor que a él pueden aplicarse las palabras de San Pablo: “He luchado el buen combate, he concluido la carrera, he guardado la fe; y desde ahora me espera la corona de justicia que el Señor, justo juez, me entregará en aquel día”¹.

En lo personal, he tenido el privilegio de iniciar la carrera docente de su mano y de haber trabajado junto a él en la función pública, además de haber compartido múltiples actividades académicas -en el país y en el exterior- y de haber vivido inolvidables charlas y momentos lindos y de los otros.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Autor de 65 libros y más de 400 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

1 SAN PABLO – “Segunda carta a Timoteo”, capítulo 4, versículos 7 y 8.

No haré aquí una semblanza de este **maestro de vida**, remitiéndome a lo que ya he dicho y escrito en otras oportunidades en que felizmente le homenajeamos en vida ², pero no puedo dejar de reiterar el agradecimiento por todo lo recibido.

Fue él quien me estimuló a estudiar más allá de la norma positiva los temas de mayor trascendencia para la persona humana -centro del sistema jurídico- y a reunirlos en un libro que delicadamente quiso prologar ³.

Precisamente, el tema elegido para esta publicación en su recuerdo es la reelaboración direccionada hacia el campo específico de los derechos de los padres en materia de enseñanza religiosa, de una conferencia que él me invitó a preparar hace largos 25 años⁴, en el marco de un ciclo que organizó sobre "Estado de Derecho, educación y laicidad".

II) EDUCACION Y ENSEÑANZA

Es habitual hablar de enseñanza y de educación como sinónimos, siendo que se trata de conceptos distintos y que traducen actividades en las que los actores pueden ser diferentes.

Por una parte, como ya lo he señalado antes de ahora, ambos términos no se subsumen en términos de identidad ⁵: mientras que la **enseñanza** implica transmitir el propio saber, lo que se cree o entiende sobre algún punto, la educación importa la trasmisión de valores ⁶, por lo que Justino JIMENEZ DE ARECHAGA pudo decir que "educar es incorporar a alguien a cierta tradición cultural, infundiéndole principios" ⁷.

Siguiendo a Mariano R. BRITO, puede decirse que la **educación** es medio para la formación del hombre en plenitud; a través de ella se avanza en la afirmación de las facultades, capacidades o potencias de la persona humana ⁸.

Por otra parte, mientras que la **familia** tiene una función original e insustituible en la educación de los hijos ⁹, a las **instituciones de enseñanza**, sean públicas o privadas, les cabe un rol primario en la materia que les es propia (enseñar), coadyuvando complementariamente en la educación.

2 Carlos E. DELPIAZZO - "Semblanza del Profesor Mariano R. Brito", en Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 19 y sigtes.; "Ante el cambio de Rector", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII (2009), N° 16, págs. 7 y 8; y "Homenaje al Prof. Mariano R. Brito", en IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 7 y sigtes.

3 Carlos E. DELPIAZZO - "Dignidad humana y Derecho" (U.M., Montevideo, 2001).

4 Carlos E. DELPIAZZO - "El derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para sus hijos", en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales N° 7 (Montevideo, 1988), pág. 113 y sigtes.

5 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Especial" (A.M.F., Montevideo, 2010), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 11.

6 Mariano R. BRITO y Héctor FRUGONE SCHIAVONE - "Régimen jurídico de la educación y de la enseñanza en el Uruguay" (C.E.N., Montevideo, 1973), pág. 15 y sigtes.

7 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional" (Medina, Montevideo, s/f), tomo II, pág. 99.

8 Mariano R. BRITO - "Educación y persona humana", en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1988), N° 7, pág. 41 y sigtes.

9 PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ - "Compendio de la doctrina social de la iglesia" (Librería Editorial Arquidiocesana, Montevideo, 2005), N° 239.

Si bien el contenido de la educación -en cuanto transmisión de valores e ideas- es más amplio que el de la enseñanza, es indudable que enseñar es también educar y, por ende, mediante la enseñanza, las entidades respectivas, especialmente las estatales, pueden transmitir los valores y principios propios de la concepción humanista recogidos por nuestra Carta política, quedando excluida su actuación en los demás aspectos de la educación, reservados a los padres.

Así resulta de la Constitución, la cual refiere a la enseñanza en los arts. 68 a 71 y 202 a 205, mientras que habla de educación en el art. 41.

III) EXTENSION DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Respecto a la libertad de enseñanza, la Constitución establece sus bases y reconoce una serie de principios relativos a su prestación por entidades estatales.

En cuanto a las **bases de la libertad de enseñanza**, corresponde señalar como punto de partida que el art. 68, inc. 1° de la Carta no la consagra sino que la garantiza. Garantizar algo implica admitir la existencia de lo garantizado, de modo que la libertad de enseñanza existe con independencia de la norma constitucional en tanto es inherente a la persona humana (art. 72), concebida como ser espiritual dotado de inteligencia y voluntad (art. 8°), llamada a alcanzar la verdad sin que ella le sea impuesta, lo que implica el derecho a aprender y su contracara: la libertad de enseñar ¹⁰.

Así lo reconoce el art. 11 de la ley N° 18.437 de 12 de diciembre de 2008 cuando establece que “los educandos tienen la libertad y el derecho de acceder a todas las fuentes de información y de cultura, y el docente el deber de ponerlas a su alcance” (inc. 2°), agregando que “El docente, en su condición de profesional, es libre de planificar sus cursos realizando una selección responsable, crítica y fundamentada de los temas y las actividades educativas, respetando los objetivos y contenidos de los planes y programas de estudio” (inc. 1°).

De modo similar, el art. 3° de la ley orgánica de la Universidad de la República N° 12.549 de 10 de octubre de 1958 proclama que “La libertad de cátedra es un derecho inherente a los miembros del personal docente de la Universidad”.

Por lo tanto, la libertad de enseñanza comprende la libertad de aprender y la de enseñar y, como consecuencia de ello -al decir de Augusto DURAN MARTINEZ ¹¹- “supone fundamentalmente:

- a) la de crear o establecer institutos de enseñanza, dándoles la forma jurídica y de administración que se estime pertinente, lo que conlleva la de designar libremente a los docentes;

¹⁰ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 12 y sigtes.

¹¹ Augusto DURAN MARTINEZ - “Enseñanza privada y libertad. Bases constitucionales”, en Estudios de Derecho Constitucional (Ingranusi, Montevideo, 1998), pág. 57 y sigtes.

b) la de elegir los métodos, los programas y la orientación que se considere conveniente;

c) la de expedir títulos o certificados de estudios;

d) la de elegir, por sí o por medio de los representantes legales, las instituciones docentes que se prefieran; y

e) la posibilidad de aplicar los conocimientos adquiridos, lo que implica el reconocimiento de los títulos que se otorgan en el ejercicio de esa libertad”.

Ratificando lo antedicho, agrega el art. 68, inc. 2° de la Carta que “La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos”.

Quiere decir que la única intervención estatal que se contempla debe estar habilitada por un acto de naturaleza legislativa (desde el punto de vista formal) y referir únicamente al mantenimiento de la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos (desde el punto de vista del contenido), a partir de lo cual cabe extraer las siguientes conclusiones ¹²:

a) la ley no puede suprimir la libertad de enseñar;

b) la ley no puede monopolizar la enseñanza;

c) la ley sólo podrá permitir al Estado intervenir para mantener la higiene pública, la moralidad pública, la seguridad pública y el orden público;

d) la ley no puede suprimir la libertad de aprender y de elegir donde hacerlo (art. 68, inc. 3°);

e) la ley no puede suprimir el derecho inalienable de los padres respecto del cuidado y educación de sus hijos (art. 41);

f) el contenido de la enseñanza no puede ser objeto de censura (art. 29);

g) tampoco puede prohibirse la enseñanza religiosa (art. 5°);

h) no pueden desconocerse las demás garantías constitucionales de que goza la enseñanza privada (arts. 7°, 10 y 36); y

i) los institutos privados de enseñanza gozan de exoneración impositiva (art. 69).

Por otra parte, la Constitución reconoce una serie de **principios relativos a la presta-**

12 Daniel Hugo MARTINS - "Principios constitucionales sobre la enseñanza", en Daniel Hugo MARTINS y otros - "La enseñanza pública y privada en el Uruguay", (A.M.F., Montevideo, 1973), pág. 31 y sigtes.; y "La libertad de enseñanza, la fundación de institutos privados y la validez de los títulos profesionales", en Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone (A.M.F., Montevideo, 2000), pág. 365 y sigtes.

ción del servicio de enseñanza por parte de entidades estatales¹³.

En primer lugar, de acuerdo al art. 70, inc. 1° de la Constitución se consagra la *obligatoriedad* de la enseñanza primaria y de la enseñanza media, agraria o industrial, lo que significa que, para el constituyente, existen dos niveles de enseñanza obligatoria: la primaria (primer nivel) y la media (o secundaria), agraria o industrial (segundo nivel), que ofrece esas tres modalidades.

En segundo lugar, en la siguiente disposición de la Carta, “Declárase de utilidad social la *gratuidad* de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística” (art. 71), de modo que la gratuidad no es general -como la obligatoriedad- sino sólo para la “enseñanza oficial” (es decir, la pública) y no para la privada, a cuyo respecto sólo se dice que estará exonerada de impuestos nacionales y municipales (art. 69).

En los niveles de enseñanza obligatoria, que la gratuidad sólo alcance a las instituciones públicas supone conculcar el derecho a elegir (plasmado en el art. 68) dentro de un sistema pluralista de posibilidades incluso de las instituciones privadas.

En el nivel superior, no obligatorio, el principio de gratuidad significa que nadie puede verse impedido de realizar estudios universitarios por razones económicas, lo que no implica que quienes puedan pagar lo hagan. Así parece haberlo reconocido el art. 407 de la ley N° 16.226 de 29 de octubre de 1991 al facultar a la Universidad de la República “a cobrar una matrícula a sus estudiantes que se hallen en condiciones económicas de abonarla”.

En tercer lugar, corresponde señalar la *subsidiariedad* del quehacer estatal en la materia, consistente en garantizar el derecho de los padres y de las instituciones docentes (art. 68), tutelar el derecho de todos a la enseñanza (art. 70), promover la acción educativa mediante incentivos (art. 69), crear instituciones docentes allí donde no lleguen las iniciativas particulares y suplir a éstas y a la familia cuando no cumplen -porque no pueden o por dejación de deberes- su misión educativa. Basta atender a los verbos (velar, proteger, garantizar, propender, proveer lo necesario) y sustantivos (auxilios compensatorios, subvención) utilizados por el constituyente en las disposiciones citadas y sus concordantes para reconocer el papel de fomento, protección y supletorio que cabe al Estado en la materia, cuya actividad -como ocurre en todo servicio social- no excluye sino que complementa la actuación que desarrollan los particulares en ejercicio de un derecho propio.

En cuarto lugar, la Carta consagra la *autonomía* (art. 202) cuando la prestación del servicio es asumido por entes públicos, sea por imposición de su propio texto (inc. 1°) o por disposición de la ley a la que se remite (inc. 2°).

IV) PROTAGONISMO PATERNO

En el referido contexto, corresponde enfatizar en el protagonismo de la familia y, más

¹³ Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 14 y sigtes.

concretamente, de los padres respecto a sus hijos en materia religiosa.

Desde el punto de vista natural, bien se ha enseñado que “El derecho y deber de los padres a la educación de la prole se debe considerar como *esencial*, relacionado como está con la trasmisión de la vida humana; como *original y primario* respecto al deber educativo de los demás, por la relación de unicidad de amor que subsiste entre padres e hijos; como *insustituible e inalienable* y, por consiguiente, no puede ser totalmente delegado o usurpado por otros”¹⁴.

Desde el punto de vista jurídico, tras proclamar que “la familia es la base de nuestra sociedad” (art. 40), la Constitución define como deber y derecho de los padres “el cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social” (art. 41).

De este modo, se consagra explícitamente el derecho-deber de los padres, que forman corporalmente a sus hijos por la generación, a formarlos espiritualmente por la educación. Este derecho-deber de los padres -por extensión, de la familia¹⁵- es anterior a cualquier otro derecho de la sociedad y del Estado, al cual, en principio, le queda vedado el campo de la educación, salvo en lo que tiene que ver con “la formación del carácter moral y cívico de los alumnos” (art. 71, inc. 2), en el ámbito de la actividad docente a su cargo¹⁶.

Una manifestación fundamental de ese derecho-deber de los padres es la de elegir, para la enseñanza de sus hijos, los maestros o instituciones que deseen (art. 68, inc. 2).

V) MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR PARA SUS HIJOS LOS MAESTROS QUE DESEEN

Dicho derecho de los padres a la libre elección de los maestros e instituciones que deseen para sus hijos, puede considerarse integrado, a su vez, por varios derechos que es posible separar y distinguir¹⁷, a saber:

- a) el derecho a la libre elección de instituciones de enseñanza pública o privada;
- b) el derecho a educar a los hijos conforme a las propias determinaciones;
- c) el derecho a que los hijos reciban una formación moral y religiosa acorde con sus propias convicciones;
- d) el derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria; y

14 JUAN PABLO II – “Familiaris Consortio” (Ediciones Paulinas, Montevideo, 1981), N° 36.

15 Adolfo GELSI BIDART - “Cuestiones de Cultura y Enseñanza” (A.M.F., Montevideo, 1974), págs. 253 y sigtes.

16 Mariano R. BRITO y Héctor FRUGONE SCHIAVONE - “Régimen jurídico de la Educación y de la Enseñanza en el Uruguay” cit., pág. 14.

17 Carlos E. DELPIAZZO - “El derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para sus hijos” cit., pág. 113 y sigtes.

e) el derecho a la ayuda económica pública en los niveles de enseñanza no obligatoria.

Vale la pena indagar en el alcance y proyecciones de cada uno de estos derechos.

1 – Derecho a la libre elección de instituciones de enseñanza

La primera manifestación de este derecho de los padres, consistente en elegir instituciones públicas o privadas para mandar a sus hijos, no sólo está proclamada explícitamente por el art. 68, inc. 2 de la Constitución, sino también por el art. 26, num. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, más específicamente, por el art. 13, num. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966¹⁸⁽¹⁸⁾ y por el art. 8º, num. 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988¹⁹.

Mientras que la Declaración expresa que “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, el Pacto contiene el compromiso de los Estados Partes de “respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza”. Por su parte, el Protocolo reconoce que “los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

De los textos citados se desprende un amplio reconocimiento del derecho de los padres tendiente a garantizar la protección de los derechos educativos de los menores a su cargo, habida cuenta de la enorme importancia que tiene para el pleno desarrollo de la personalidad humana el recibir la educación de los primeros años de la vida dentro de una coherencia y unidad de criterios que permita enraizar firmemente el pensamiento y la conducta sobre unas mismas bases, partiendo de las convicciones vividas y comunicadas en el seno del ambiente familiar.

De modo general, suele decirse que la expresión “enseñanza privada” designa a la totalidad de las instituciones fundadas o administradas por particulares, en tanto que por “enseñanza pública” o “enseñanza oficial” se entiende la creada y organizada por entidades estatales. Al respecto, es claro que en nuestra Constitución la palabra “instituciones” se refiere a ambas, según resulta del art. 69²⁰.

Obviamente, el hecho de que se contemple específicamente el derecho de los padres a elegir para sus hijos la institución escolar que consideren más adecuada -sea pública o privada- no significa desconocer el derecho de cualquier persona mayor de edad en cuanto a la elección del centro educativo en el que aspire a acrecentar su educación a

18 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue ratificado por la ley N° 13.751 de 11 de julio de 1969.

19 El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Pacto de San Salvador) fue ratificado por la ley N° 16.519 de 22 de julio de 1994.

20 Héctor BARBE PEREZ - "Proceso Educativo del Uruguay" (Barreiro, Montevideo, 1981), págs. 78 y 121.

cualquier nivel.

Por otra parte, participando este derecho de los caracteres propios de una libertad pública, de un derecho de hacer, deberá ser correspondido por la obligación de no impedir, ni dificultar ni restringir su ejercicio por parte de otros sujetos y, particularmente, del Estado. La actividad estatal en la materia debe inscribirse en el respeto integral a la más amplia libertad cultural que la Constitución consagra como derecho inherente a la personalidad humana (art. 72), expresión concreta de la libertad de comunicación del pensamiento (art. 20) y supuesto ineludible de ésta para su realización. Pero además debe crear las condiciones de seguridad material para que el derecho de los padres pueda ser efectivamente ejercitado, ya que al Estado corresponde “velar” por la estabilidad de la familia “para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad” (art. 40), acudiendo incluso con auxilios compensatorios (art. 41) para impedir la frustración o imposible realización de aquel derecho ²¹.

2 – Derecho a que se sigan sus determinaciones

Una segunda manifestación de la titularidad de la representación legal de los hijos menores que corresponde a los padres, es la que consiste en el derecho de éstos de determinar la forma de satisfacer el derecho a la educación de aquéllos. Así lo reconoce el art. 41 de la Constitución y lo ratifican el art. 26, num. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 12, num. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 ²².

De modo particular, estos dos últimos textos positivos coinciden en afirmar el derecho de los padres a que sus hijos “reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Quiere decir que el derecho de los padres a elegir maestros para sus hijos se integra, en segundo lugar, por el derecho a ser ellos quienes determinen las condiciones de la educación que van a recibir los menores a su cargo, sin perjuicio del marco general de enseñanza obligatoria que esté legítimamente establecido.

Se trata de un derecho de los padres, de cara a sus hijos y “erga omnes”. Si bien se le impone a los padres como un deber, su cumplimiento implica los derechos necesarios para su efectiva realización: el derecho de tomar respecto de los hijos las medidas necesarias y el derecho de asegurar frente a terceros la realización eficaz de la acción educadora tanto en el ámbito doméstico como en el más amplio de la enseñanza institucionalizada.

3 – Derecho a que la formación sea acorde a las convicciones paternas

Con base en los textos positivos referidos en los párrafos precedentes, el derecho paterno a que los hijos sean formados acorde a sus convicciones constituye una tercera manifestación o explicitación de uno de los elementos componentes del derecho bajo

²¹ Carlos E. DELPIAZZO – “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), pág. 56 y sigtes.

²² La Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José) fue ratificada por la ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985.

examen.

Parece claro que el mejor modo de asegurar que los hijos menores reciban la formación moral y religiosa acorde con las convicciones de sus padres, es a través del derecho a la elección de la institución de enseñanza a la cual enviarlos. Pero ello sólo es posible si se consigue un conjunto suficientemente diversificado, pluralista, de alternativas integrales ya que la formación de acuerdo con unos principios religiosos, filosóficos y morales no se limita idealmente a unas lecciones de religión, de filosofía o de moral sino que debe inspirar y penetrar todo el conjunto de la actividad educativa.

En nuestro país, la reforma valeriana iniciada con el decreto ley N° 1.350 de 24 de agosto de 1877 establecía que “La instrucción primaria es pública o privada; es pública la que se costea y establece en las escuelas del Estado; es privada la que se dé en los colegios y escuelas particulares no costeadas por el Estado” (art. 13). La misma se reputaba obligatoria (art. 20), incluyendo la religión católica con excepción de los alumnos que profesen otras religiones y cuyos padres, tutores o encargados se opongan a que la reciban (art. 18).

Sin embargo, desde la promulgación de la ley N° 3.441 de 6 de abril de 1909 quedó expresamente suprimida toda enseñanza y práctica religiosa en las instituciones públicas²³, entendiéndose equivocadamente a la laicidad -en rigor, laicismo- como exclusión de la religión²⁴. En consecuencia, por esta característica de las instituciones públicas y por la libertad que es propia de las instituciones privadas²⁵, puede resultar limitado el derecho a escoger formación religiosa y moral, cuando no es posible ejercitarlo a través del derecho de elección bajo examen.

4 – Derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria

Una cuarta manifestación del derecho de los padres a elegir para sus hijos los maestros o instituciones que se adecuen a sus convicciones es el derecho a la ayuda económica en los niveles de enseñanza obligatoria.

De acuerdo al art. 70, inc. 1 de la Constitución, “son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial”. Esto significa que, para el constituyente, existen dos niveles de enseñanza obligatoria: la primaria (primer nivel) y la media (o secundaria), agraria o industrial (segundo nivel), que ofrece esas tres modalidades²⁶. Según el art. 71 de la Carta se declara de utilidad social “la gratuidad de la enseñanza oficial” en todos los niveles. No ocurre lo mismo con la enseñanza privada, a pesar de que se consagra su exoneración de impuestos (art. 69) y se comete a la ley proveer lo necesario para la efectividad de la obligatoriedad (art. 70, inc.3).

23 Alfredo R. CASTELLANOS - "Proceso histórico de la neutralidad y el laicismo escolar en nuestro país", en Estudios de Ciencias y Letras (Montevideo, 1983), N° 7, págs. 59 y sigtes.

24 BENEDICTO XVI – Discurso dirigido el 9 de diciembre de 2006 al 56 Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos.

25 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional" (Medina, Montevideo, s/f), tomo II, pág. 100.

26 Gonzalo AGUIRRE RAMIREZ - "El Consejo Nacional de Educación", en Daniel Hugo MARTINS y otros - "La enseñanza público y privada en el Uruguay" cit., pág. 139.

Esa distinción entre entidades públicas y privadas no aparece recogida en el art. 26, num. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en el art. 13, num. 29 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni en el art. 13, num. 3 del Pacto de San Salvador.

Al tenor de la Declaración, "La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos". De modo más concreto, el Pacto Internacional (y en similares términos el Interamericano) dispone: "La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente. La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita".

De lo expuesto se desprende que debe existir una relación de causa a efecto entre la obligatoriedad y la gratuidad, de modo que para sufragar los costos de los servicios educativos (cualquiera sea su naturaleza) no se practicará un sistema de justicia conmutativa entre quien preste el servicio y quien directamente lo reciba sino un sistema de justicia distributiva, comprometiendo la solidaridad de todos en el sostenimiento de las instituciones de enseñanza. Ello está justificado precisamente por la circunstancia de que esa enseñanza se impone a todos como obligatoria y beneficia a toda la sociedad.

El criterio de que la gratuidad con financiación pública sólo alcanza a las instituciones oficiales supone conculcar abiertamente el derecho de los padres a elegir "los maestros o instituciones que deseen" (art. 68, inc 2) dentro de un sistema pluralista de posibilidades, por cuanto los obliga a realizar una opción entre la gratuidad, sacrificando la posibilidad de enviar a sus hijos a una institución privada (aún cuando lo deseen según sus preferencias), o decidirse por esta última alternativa, renunciando a la gratuidad. Obviamente, se trata de una opción reservada a quienes dispongan de los medios económicos para renunciar a la gratuidad -suponiendo que sea un derecho renunciabile- pues las familias de menores ingresos estarán privadas de ejercitar tal opción ²⁷.

Esta restricción de hecho a la libertad de elección de institutos de enseñanza ha sido duramente criticada por la doctrina comparada ²⁸, la que ha llamado la atención sobre el ataque que implica al principio constitucional de igualdad ²⁹, para asegurar el cual la ayuda del Estado aparece como la única garantía a la vez que como el único medio de liberar a la enseñanza privada del reproche de elitismo antidemocrático que a menudo

27 Carlos E. DELPIAZZO - "El derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para sus hijos" cit., pág. 118.

28 José Luis MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ - "La Educación en la Constitución española", en "Persona y Derecho" (EUNSA, Pamplona, 1979), N° 6, pág. 262 y sigtes.

29 A. COCATRE-ZILGIEN - "¿La liberté de l'enseignement est-elle en péril?", en *Revue du droit public et de la science politique* (París, 1977), N° 4, pág. 781.

sé le ha dirigido ³⁰.

Similares consideraciones se han formulado entre nosotros al cuestionarse el “monopolio rentístico” de la escuela pública ³¹ y destacarse la circunstancia de que las escuelas privadas descargan al Estado de una obligación onerosa ya que si los alumnos no fueran a ellas tendrían que ir a las escuelas públicas y ello causaría un aumento del presupuesto de la educación pública ³².

5 – Derecho a ayudas públicas en la enseñanza no obligatoria

Para que sea verdad el derecho paterno a elegir, una quinta manifestación de su derecho la constituye el que puedan recibir ayudas públicas también en los niveles de enseñanza no obligatoria.

Tanto la Constitución (art. 71) como los textos internacionales citados marcan un principio rector en virtud del cual el Estado debe propender hacia la plena realización del ideal de la igualdad de oportunidades en los niveles de educación no obligatoria ³³.

En tal sentido, será admisible que, a diferencia de los niveles en que se ha consagrado la obligatoriedad, no todos tengan derecho a la ayuda estatal sino solamente quienes tengan la aptitud o idoneidad que se establezca -de modo general para cada tipo de enseñanza y sin discriminaciones- y no dispongan de los medios económicos suficientes (pudiendo graduarse las ayudas), respetando una igualdad de trato que no ha de verse afectada por el hecho de que se opte por un instituto público o privado.

En cambio, lo que no resulta admisible es que no exista ningún tipo de ayuda al respecto.

VI) CONCLUSIONES

El panorama de la legislación universal en la materia ³⁴ demuestra que el derecho de los padres a la libre elección de instituciones de enseñanza para su hijos resulta ilusorio si su ejercicio efectivo no está garantizado a través de una adecuada financiación pública de la enseñanza privada.

A nivel comparado, en algunos países, la ayuda oficial está dirigida directamente a las instituciones de enseñanza mientras que en otros se canaliza hacia los padres, que son subvencionados directamente por el Estado, según sus posibilidades económicas,

30 Jean RIVERO - "Les libertés publiques" (PUF, París, 1973), tomo 2, pág. 298.

31 Francisco BAUZA - "Estudios Constitucionales" (Biblioteca Artigas, Montevideo, 1953), pág. 222.

32 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional" cit., tomo II, págs. 106 y 107.

33 Carlos E. DELPIAZZO - "Dignidad humana y Derecho" cit., pág. 61, y "Derecho Administrativo Especial" cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 48 y sigtes.

34 Ver: Panorama de la legislación universal sobre las distintas modalidades del aporte del Estado a la enseñanza no oficial, en Estudios de Ciencias y Letras (Montevideo, 1983), N° 7, págs. 88 a 92. De dicha reseña se desprende que existen distintas modalidades de aporte oficial a la enseñanza privada en Alemania, Austria, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Dinamarca, Bélgica, Francia, Escocia, Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Jordania, Siria, Turquía, Irak, Irán, Paquistán, Indonesia, Japón, India, Líbano, Nigeria, Ghana e Israel, entre otros.

debidamente acreditadas, de forma que no reciben ayuda aquellos cuya situación patrimonial excede de ciertos límites, la reciben totalmente quienes carezcan de recursos y la reciben parcialmente los que se encuentran en una situación intermedia, graduándose la subvención en la medida que lo requiera cada categoría.

En nuestro país, de los textos constitucionales examinados surge un claro reconocimiento de que todo hombre es titular del derecho inalienable a la educación. Cuando el niño o el joven no pueden tomar decisiones acerca de su propia existencia, son los padres los llamados en primer lugar a cumplir la misión educativa, que se les impone como derecho y como deber (art. 41).

Para que el derecho especialmente reconocido (art. 68, inc. 2) sea real y efectivo, la actuación estatal se ha reducido en nuestro país a la exoneración tributaria de las instituciones de enseñanza privada (art. 69), sin perjuicio de la gratuidad de la enseñanza oficial (art. 71). Obviamente, ello resulta insuficiente si se tiene en cuenta que la obligatoriedad alcanza a todos y que "la ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones" (art. 70, inc. 3), sin distinguir entre instituciones públicas y privadas.

Si bien la Constitución de 1967 extendió la exoneración a todas las instituciones de enseñanza privada, es bueno recordar que el texto dado al art. 69 fue el resultado de una transacción política. En efecto, el proyecto de reforma auspiciado por los sectores reformistas del Partido Colorado mantenía incambiada la fórmula de 1952. En cambio, el proyecto del Partido Nacional lo variaba, estableciendo en un primer inciso el mismo texto del actual art. 69, y agregando un segundo inciso, que decía: "La ley establecerá el sistema de repartición proporcional del subsidio escolar, en el ciclo de la enseñanza primaria para las escuelas privadas". Como consecuencia del acuerdo que possibilitó la reforma, se suprimió el segundo de dichos incisos, dejando incambiada la solución jurídica ya que será de resorte de la ley arbitrar mecanismos que permitan a los padres ejercitar su derecho de elección sin condicionamientos económicos.

En lo que refiere específicamente a la enseñanza religiosa, para que los padres puedan realmente optar por un instituto (público o privado) que la contemple adecuadamente, es imprescindible que la ley provea lo necesario -según lo preceptúa el art. 70 de la Carta- a fin de que el derecho pueda ejercitarse sin cortapisas. Para ello, podrá acudir a cualesquiera de los sistemas que exhibe el Derecho comparado, pero deberán privilegiarse aquellas formas de ayuda que tomen en cuenta, de modo preferente (aunque no exclusivo), la situación de la familia, prestando "auxilios compensatorios" a los padres que tienen a su cargo numerosa prole. No es suficiente para ello el régimen de asignaciones familiares -cuya finalidad es otra³⁵- por lo que considerar agotado con tal instrumento el cumplimiento del mandato constitucional, equivale a restringir el mismo, cuyo alcance resulta con claridad evidente si se lo conjuga con lo dispuesto en los arts. 68 y 70.

Por lo tanto, es deber inexcusable del Estado contribuir con fondos públicos al financiamiento de la enseñanza privada en general y, de modo particular, en los niveles obligatorios a fin de que los padres puedan ejercitar su derecho de elección en forma

35 Américo PLA RODRIGUEZ - "Las asignaciones familiares ¿instrumentos de política social o de política salarial?", en Rev. Derecho Laboral, tomo XVII, N° 96, pág. 673 y sigtes.

libre, sin cortapisas económicas, en un marco pluralista y de justicia distributiva. Mientras ello no ocurra, bajo un ropaje de pretendida neutralidad estatal, se estará obligando a quienes carecen de recursos a optar -sin poder elegir- en función de consideraciones económicas.

Y ello no es neutralidad ni laicidad sino laicismo mal entendido, que atenta contra los derechos del niño (ampliamente reconocidos en el Código respectivo), generando un desequilibrio entre su persona, la familia a la que pertenece y el Estado como organización servicial de la sociedad a la que se debe ³⁶.

³⁶ Felipe ROTONDO TORNARIA – “Persona, educación y Estado”, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 609 y sigtes.

MARIANO BRITO. LA LABOR BIEN ACABADA: UN QUEHACER CUMPLIDO IMPECABLE

SILVANA NESSAR

No resulta fácil responder a tan magna invitación para participar en una edición especial de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo en homenaje a nuestro querido Mariano Brito.

Y no resulta fácil porque las reflexiones que se plasmen con motivo de este homenaje deben estar a la altura de alguien que supo dedicar su vida, en todos los ámbitos en que la misma se desarrolló, a realizar una labor bien acabada: un quehacer cumplido impecable (San José María Escrivá de Balaguer, Amigos de Dios, No. 55).

Recientemente tuvimos la oportunidad de leer un testimonio de Mariano publicado en el año 2002 en el libro “San José María y los uruguayos”.

Fueron esas palabras las que nos inspiraron para escribir estas líneas, fundamentalmente porque en ese testimonio nos ilustra sobre la grandeza en la vida “corriente, ordinaria y cotidiana”, habiendo encontrado Mariano en la docencia universitaria un ámbito singularmente oportuno para lograr esa grandeza.

Fue entonces cuando advertí que sería una muy interesante manera de homenajearlo dar a conocer, algunos de los muchos dictámenes que, en su calidad de Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, tuvo oportunidad de emitir.

Es que en ellos se revela esa grandeza que se logra cuando ese quehacer cotidiano y corriente a que se refería en aquel testimonio, se realiza de manera rigurosa y con la mayor perfección que pueda alcanzarse.

Pero además, con estos pronunciamientos, que nos atreveremos a comentar ya que muy poco puede agregarse a tan brillante razonamiento, tuvo Mariano la ocasión de demostrar que todo lo que enseñaba y sostenía en sus muy numerosas publicaciones lo aplicó cuando fue llamado a ejercer cargos en la órbita del control jurisdiccional.

Recordemos que en reiteradas oportunidades Brito escribió sobre la importancia del control jurisdiccional del obrar del Estado, insistiendo en que ese control debe extenderse y penetrar en la vida misma del Estado, y destacando especialmente la labor del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en esa tarea como “clave de bóveda para la tutela jurisdiccional efectiva (2) Brito, Mariano, en Derecho Administrativo, Su Permanencia, Contemporaneidad, Prospectiva, “Control Jurisdiccional de la Administración en el Uruguay”, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Mdeo., Año 2007, pág. 351).

Por mandato constitucional art.315 de la Constitución de la República, habiendo sido

designado Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, fue “necesariamente oído, en último término, en los asuntos de la jurisdicción del Tribunal”.

Fue entonces cuando pudo aplicar y desarrollar sus enseñanzas en punto a la razonabilidad del acto administrativo, a las medidas cautelares en el procedimiento contencioso anulatorio y la desaplicación del reglamento ilegal, temas, entre muchos otros, sobre los que nuestro homenajeado nos ilustró en sus publicaciones.

En estos dos dictámenes que a continuación comentaremos, maneja Brito con esa extrema rigurosidad a que nos referíamos antes, la cuestión relativa a la “razonabilidad del acto administrativo”.

Nos referiremos inicialmente al **dictamen 877/89**.

La causa que motivó su dictado trata de la demanda de anulación de un acto administrativo emitido por la Comisión Especial Ley 15.783, en virtud del cual no se accede a la solicitud del accionante de ser reintegrado a su cargo en la ANCAP.

Expresó la Administración demandada que el funcionario había sido destituido de su cargo por la comisión de ilícitos que merecieron su procesamiento por el delito de encubrimiento, por lo que su solicitud de reintegro y recomposición de la carrera administrativa no se encuentra al amparo de la ley 15.873, norma que se aplica a situaciones muy diferentes a la de autos.

A la hora de resolver la cuestión sometida a su consideración como Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, dijo Brito:

“...el punto medular de la cuestión radica en determinar si la Administración, dentro de los márgenes de la discrecionalidad, actuó de acuerdo a derecho, o si por el contrario, extralimitándose de ellos, incurrió en arbitrariedad al disponer la destitución del Sr. Díaz”.

Compartió en la oportunidad la posición sustentada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en anterior jurisprudencia, afirmando que el deber de la Administración de respetar el derecho del funcionario a la permanencia en el cargo puede ser desconocido, en los casos en que, **razonablemente**, ello se adecue a la falta constatada, situación en que aquélla utiliza los poderes disciplinarios otorgados por el ordenamiento jurídico, de manera no arbitraria, sino racional.

Sostuvo asimismo que:

“La razonabilidad apuntada involucra correspondencia con los motivos y consecuentemente proporcionalidad en la medida de la sanción, volviendo pasible de anulación el acto que infrinja esos límites”.

Concluyó que el acto no era irregular por ausencia de razonabilidad, existiendo un motivo claro que determinó su dictado.

Tampoco puede invocarse, afirmó, ausencia de proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Todos esos argumentos determinaron que se aconsejara la confirmación del acto objeto de dictamen, posición que, a la postre fuera compartida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a la hora de dictar sentencia.

Pues bien; como puede advertirse, en el referido pronunciamiento Brito refiere a “la razonabilidad del acto administrativo”.

En su obra “Derecho Administrativo, Su Permanencia, Contemporaneidad, Prospectiva”, habla sobre el control jurisdiccional de la razonabilidad de los actos administrativos, afirmando su procedencia... “conforme a una regla de proporcionalidad entre el acto en sí, medio para el fin debido, y éste” (3) op. cit. pág.467).

Afirmó en el citado trabajo, en posición que compartimos íntegramente, que el control jurisdiccional debe dirigirse a analizar la razonable aptitud del acto en relación al fin a perseguir, debiéndose descartar toda licitud si ese obrar fuere ostensiblemente ajeno a aquél.

Destacó asimismo en el dictamen aspectos que en su obra también resaltó en relación a la desproporción o exceso, afirmando que la ausencia de razonabilidad es configurante de arbitrariedad, situación que no advirtió en el casus.

En efecto; en el caso en estudio, entiende Brito que al no existir desproporción entre la sanción aplicada al accionante y la falta cometida, debidamente acreditada, la Administración actuó de manera razonable, tomó una decisión que se compadecía con el fin de interés público que debe perseguir, y por tanto descarta toda arbitrariedad, pasible de inficionar al acto con vicios invalidantes.

“En suma, concluye en su obra, cuando el acto dictado no sea razonablemente apto para el fin de interés público debido, será justiciable en vía anulatoria por ser contrario a una regla de derecho (art. 309 de la Constitución de la República). Porque el acto en cuestión, desconociendo el fin de interés público, se habrá apartado de su causa jurídica”. (4)op. cit.pág. “De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio”, pág.468).

Finalizaba afirmando que ese control jurisdiccional es ineludible en un sistema jurídico que pretenda alcanzar una verdadera tutela del administrado.

Finalmente, el TCA acompañó en sentencia No. 28/90 la postura de rechazo aconsejada por la Procuraduría del Estado.

Pues bien; si algo puede sin hesitación concluirse del análisis de este primer dictamen, a nuestro modesto criterio, es que esa razonabilidad que exigía Brito de parte de la Administración en su obrar, también la aplicó en el suyo propio, ya que a la hora de actuar del lado del control, en la vida misma del Estado, recogió lo que antes, en la teoría había plasmado.

Nada más coherente puede pedirse, hizo lo que dijo debía hacerse.

Otro de los temas que también le inquietaban, siempre preocupado por la persona humana y las formas de protegerla, fue el relativo a las medidas cautelares en el procedimiento contencioso anulatorio, afirmando lo escueto de su consagración.

Así, en el dictamen que veremos seguidamente, No. 777/89, en relación al tema de la suspensión de ejecución de los efectos del acto administrativo, se pronunció favorablemente a la medida incidental impetrada, con apoyo además al tan citado principio de la razonabilidad.

En la causa, se promovió, conjuntamente con la demanda anulatoria, la suspensión de ejecución de un acto administrativo dictado por el Directorio de la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas en virtud del cual se aplicó al Frigorífico Uruguayo S.A. una multa pecuniaria.

Afirmó en la oportunidad la actora que se encontraba imposibilitada de pagar una multa de esa magnitud, aportando prueba que acreditaba los extremos invocados.

Efectuando un riguroso análisis de las probanzas agregadas concluyó nuestro homeneajeado en estos términos:

“El juicio de razonabilidad que debe presidir la decisión de amparo, aconseja su dictado. Las proyecciones económicas para el actor y aún para terceros, con pasible daño para el primero, su cuantía y efecto difusivo, revelan que el acto cuya suspensión se procesa es de aquellos a que se refiere la norma legal reproducida, siendo los daños a la parte actora superiores a los que la suspensión pudiera ocasionar a la organización y funcionamiento del Ente”.

Sabido es que la suspensión de ejecución de los actos administrativos es la única medida cautelar que el legislador consagró en el procedimiento contencioso administrativo de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Se trata de una medida regulada en el art. 2° de la ley 15.869, de 22 de junio de 1987, cuyo texto reza:

Artículo 2°. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado.

La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión.

Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal.

La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento.

Artículo 3°. Decretada la suspensión del acto, ésta mantendrá su vigor desde su notificación a la parte demandada y hasta la conclusión del proceso, pero el Tribunal, a petición de parte o de oficio y en cualquier momento del trámite, podrá, y en atención a nuevas circunstancias, dejarla sin efecto o modificarla.

Si la parte demandada no evacúa el traslado o haciéndolo, omite el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del decreto ley 15.524, podrá decretarse la suspensión si de las afirmaciones de la parte actora y de los elementos de juicio que ésta hubiere incorporado al efecto, surgen circunstancias que, a juicio del Tribunal, la hicieran pertinente, sin perjuicio de la ratificación o rectificación de lo decidido, luego de incorporados los antecedentes administrativos.

En todos los casos el Tribunal deberá decidir sobre la petición de suspensión dentro del plazo de treinta días de concluida la sustanciación del incidente, suspendiéndose ese plazo durante un máximo de sesenta días para el diligenciamiento de las probanzas que el Tribunal estime necesarias y disponga por vía de diligencias para mejor proveer."

La doctrina ha sido conteste en afirmar que este instituto de amparo es manifiestamente insuficiente para atender las necesidades de los justiciables.

En ese sentido afirmó Cajarville, en posición que Brito compartía íntegramente:

"La insuficiencia de esta medida cautelar es manifiesta: las restricciones legales en cuanto a la oportunidad para solicitarla, necesariamente con la presentación de la demanda anulatoria, lo que supone el previo agotamiento de la vía administrativa; su tramitación procesal como incidente, con apertura a prueba, que ha llevado a que en algunas oportunidades se falle antes sobre el fondo que sobre la suspensión del acto; y sumados a todo ello, los criterios restrictivos del propio Tribunal en la apreciación de las causales, la privan de toda efectividad como garantía de los interesados." (5) Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, "Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo", Tomo II, Edición 2008, pág. 668).

La inquietud de Brito en punto a la ineficacia de esta medida así como la limitación de las admitidas por el Tribunal en tal carácter, lo llevaron a incluir en todos los proyectos de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en que fue invitado a intervenir, la consagración de un mayor número de medidas cautelares como también a admitir la suspensión ya consagrada en términos más amplios.

Así en su ya citada obra expresó en punto a este tema:

" Ante este instituto tuitivo preventivo de amparo, organizado con el carácter excepcional examinado, cabe procurar la revisión o reforma legislativa para aproximar el tratamiento procesal más adecuado al propósito tuitivo que motiva el instituto..." (6) op. cit. "Control Jurisdiccional de la Administración en Uruguay", pág. 362).

Planteó asimismo en el referido trabajo la posibilidad de incorporar al proceso contencioso anulatorio otras medidas cautelares, a cuyos efectos sugirió acudir a la inte-

gración de las normas procesales, con las contenidas en el Código General del Proceso, como normas subsidiarias, conforme lo admite el art. 104 del Decreto Ley 15.524, 27 de diciembre de 1983.

El interés en comentar el presente dictamen radica precisamente en una vez más demostrar que a la hora de ejercer el control jurisdiccional de la Administración, aplicó sus enseñanzas en punto también a este tema.

En efecto; conforme se desprende de sus expresiones en el pronunciamiento en análisis, aconsejó al Tribunal acoger la pretensión incidental del actor, una vez que aplicó la llamada "teoría del balance", concluyendo que los daños que la ejecución del acto acarrearían al mismo por la ejecución del acto, eran superiores que los que se ocasionarían al Ente involucrado por su suspensión.

Su consejo no fue desatendido, y el Tribunal en sentencia 411/89, de 25 de octubre de 1989, compartió el dictamen del Procurador del Estado, haciendo lugar a la pretensión de suspensión formulada por la actora.

Tal fue la contundencia del pronunciamiento de Brito que el Alto Cuerpo dijo en el Considerando I):

" El Tribunal, en total coincidencia con lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado y compartiendo "in totum" sus argumentaciones, hará lugar a la suspensión impletrada."

Poco pudo agregar el Cuerpo a tan preciso y conciso dictamen, se limitó a reiterar los argumentos expuestos por la Procuraduría del Estado, siendo una de las muy pocas oportunidades en que se accedió a la suspensión.

Empero, es justo destacar que esa jurisprudencia restringida de otros tiempos, en la actualidad ha hecho un vuelco favorable, y hoy podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que ha aumentado considerablemente el número de casos en que se accede a la referida medida cautelar.

Quizá, y también sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que esa iniciativa de Brito, teniendo una visión de apertura, favorable al justiciable, inspiró esta nueva jurisprudencia en la que se advierte asimismo, esa postura menos restrictiva, que atiende a la persona humana y sus necesidades.

En ese sentido hemos tenido la oportunidad de referirnos a alguna jurisprudencia posterior en el tema. (7) Nessar, Silvana en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, FCU, Año 2008, "Tres importantes sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo", pág.781 y ss.).

Ponemos allí de manifiesto, haciendo referencia a las sentencias 559/06, 599/07 y 645/07, en las que se accedió a la suspensión de ejecución de los efectos del acto administrativo objeto de la anulatoria, que el TCA está marcando claramente una tendencia

de apertura en su jurisprudencia en la materia, tan reiteradamente reclamada por la doctrina vernácula.

Cierto es que esa postura humanista que caracterizó a Brito en su proceder y en su obra, nunca lo llevó a apartarse del ordenamiento jurídico escrito, del Derecho Positivo.

En efecto; recuerdo que en alguna de sus clases, que tuve el honor de compartir, comentó que el aplicador del derecho no puede tener “la soberbia” de desconocer el ordenamiento jurídico escrito, aún cuando no lo comparta, o advierta que el mismo violenta principios de rango supraconstitucional, de aquellos a que refiere nuestro art. 72 de la Constitución de la República.

Podrá y deberá, sin duda, en esas circunstancias, promover su eliminación de aquel ordenamiento, pero mientras integre la regla de derecho, debe ser aplicado y respetado.

Y este comentario resulta plenamente aplicable al caso que comentaremos a continuación por cuanto si bien, como señalamos, Brito insistía en la necesidad de interpretar la medida cautelar de suspensión de ejecución en forma laxa, de manera de poder acceder a la misma con mayor amplitud y así proteger de modo más eficaz a la persona, tampoco dudó en rechazar su acogimiento cuando la misma no reunía los requisitos exigidos en el art. 2 de la ley 15.869, ya citada, con estricto apego a la misma.

Así, en ocasión de pronunciarse en otra causa en la que se promovió por vía incidental la multicitada medida cautelar, dijo en dictamen No. 342/89:

“El planteo de la medida tuteladora se produjo con posterioridad a la introducción de la demanda anulatoria, separadamente de ésta, tal como resulta de esta pieza y del expediente de anulación ya citado.

La circunstancia referida ameritará por sí el rechazo de la suspensión impetrada, en opinión del suscrito, atento a que ello importa un planteo extemporáneo. Por el art. 2 de la ley 15.869, el pedido de suspensión deberá formularse con la demanda”.

No olvidemos que la doctrina reclamaba que, ante la excesiva rigidez con que se consagró esta medida en la Ley Orgánica del TCA, se admitiera su planteamiento separadamente de la demanda anulatoria.

En ese sentido expresó Delpiazzo:

“Así, por ejemplo, creo que sería muy buena cosa que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo admitiera, ya que la suspensión debe pedirse conjuntamente con la demanda anulatoria, la interposición anticipada de la demanda. Al respecto, no debe olvidarse que lo que nuestro legislador reprime es la interposición tardía de la acción de nulidad, pero no así la interposición anticipada, de manera que es posible considerar ajustada a derecho la posibilidad de interponer la demanda de nulidad aún cuando todavía no esté agotada la vía administrativa a los efectos de poder promover la suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto. Evidentemente, el Tribunal no va a poder tramitar

la demanda porque estará ausente todavía uno de los presupuestos, el del agotamiento de la vía administrativa, pero sí podrá tramitar la suspensión de la ejecución jurisdiccional (8) Delpiazzo, Carlos, *Desafíos actuales del control*, FCU, Mdeo. Año 2001, pág. 62).

También en esa causa dijo el Tribunal en sentencia 381/89, y en consonancia con lo aconsejado por la Procuraduría del Estado:

“El Tribunal compartiendo las argumentaciones vertidas por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo a fs. 16 vto. a 17 de los obrados, considera que en el caso no procede acceder a la solicitud en trámite y ello por cuanto la misma se formuló extemporáneamente, respecto del accionamiento promovido. El art. 2 de la ley 15.869 reza que el pedido de suspensión deberá formularse “con la demanda”, circunstancia que no se dio en el caso, y por consiguiente impide su consideración”.

Como afirmamos supra, Brito defendía la aplicación del Derecho Positivo, aún cuando no se compartiera, sin perjuicio de promover las acciones y mecanismos pertinentes a fin de lograr su modificación, y así adecuarla a la regla de derecho.

Empero esta afirmación no puede realizarse de igual forma en todas las situaciones en que el operador del derecho deba aplicarlo.

En ese sentido, haremos referencia seguidamente a una litis en la que, compartiendo la postura de otros autores, abogó por la desaplicación del reglamento ilegal.

Cuando se refería a la actividad reglamentaria de la Administración, decía Mariano, compartiendo la posición de García de Enterría:

“Los reglamentos constituyen hoy, sin duda, la mayor amenaza de la libertad”(9) García de Enterría, citado por Brito, Mariano en *Actividad Reglamentaria de la Administración*, 1as. Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, “Autoridad y Libertad: radical problemática de la actividad estatal reglamentaria”, FCU, Año 1989, pág. 54).

Señaló en esa oportunidad que la “aptitud expansiva y penetración” del reglamento con riesgo de libertad, obedecía a la necesidad de obtener una actuación eficaz del Estado, con respuestas concretas y prontas para el cumplimiento de sus cometidos, destacando el papel de la Administración como “agente dinamizador del desarrollo”.

Afirmó vehementemente en el citado trabajo que el reglamento ... “debe abstenerse de penetrar o regir originariamente, afectándola, la zona de los derechos inherentes a la personalidad humana. Ellos, a salvo su intangibilidad, sólo pueden recibir la limitación proveniente de la ley, por razones de interés general.”

Precisamente en este “casus” se plantea el tema del reglamento ilegal...

En efecto; la cuestión refiere a un acto dictado por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas en virtud del cual se otorga a una funcionaria una licencia, pero no en los términos en que ésta la solicitara, esto es, en carácter de licencia extraordinaria.

La Administración demandada, al evacuar el traslado conferido, afirma que por aplicación de la reglamentación dictada con fecha 2 de febrero de 1987, la funcionaria debe agotar los días de licencia reglamentaria, previo a la concesión de la licencia extraordinaria solicitada.

Al estudiar la causa sometida a su consideración, en la calidad ya señalada de Procurador del Estado, advierte Brito, en dictamen No. 411/89 que aún cuando un reglamento establezca el señalado alcance, ... "él no puede enervar la aplicación de la ley de la materia, atento al principio de jerarquía normativa".

La ley de la materia, era la ley No. 12.590, la que, conforme a la doctrina laboralista y cita a Santiago Pérez del Castillo, en su Manual Básico de Normas Laborales, determina que "los 20 días de vacaciones deben hacerse efectivos dentro del año inmediato siguiente al período en que se generó el derecho".

La forma en que en virtud del acto en causa se otorgó la licencia, no respetó el mandato legal, sino la norma de naturaleza reglamentaria a que refiere la demandada en su contestación.

Y más adelante sostuvo, citando a Durán Martínez:

"En estricta lógica, cabe concluir que, por lo expuesto, la Administración debe abstenerse de aplicar el reglamento ilegal, aún cuando éste no haya sido derogado".

Igual posición ha sostenido en la doctrina extranjera Jaime Rodríguez Arana, quien sostuvo que aplicar un reglamento ilegal, "sería tanto como desobedecer a la ley de la que dicho reglamento trae causa" (10) Rodríguez Arana, Jaime, Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana, Año 2007, pág. 136).

Naturalmente que este autor admite que no es sencillo para el funcionario negarse a aplicar el reglamento que entiende ilegal en tanto está sometido a la jerarquía administrativa y puede ser pasible de sanciones si no acata las órdenes de sus superiores.

Sin embargo, ante el mismo argumento invocado por Martins en el tema, contestó Durán Martínez citando a García de Enterría:

"Los funcionarios no están vinculados a los reglamentos (jurídicos) como consecuencia de su subordinación jerárquica, sino, en cuanto que dichos reglamentos forman parte del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo. No está pues aquí en juego la jerarquía, elemento definidor de la centralización, sino el principio de la jerarquía de las normas" (11) Durán Martínez, A. en Actividad reglamentaria..., pág.72).

Y Brito, compartiendo esa postura, afirma:

"ante una contradicción entre una norma infravalente y otra supervalente, prima la última, y ha de aplicarse, salvo que el Derecho Positivo, prevea una solución distinta, como ocurre en nuestro país con las leyes inconstitucionales".

Aconsejó pues en la oportunidad el amparo de la demanda anulatoria en tanto violentó normas de rango supravaleantes.

Como era de esperarse el Tribunal de lo Contencioso Administrativo acompañó la solución propuesta por el magistrado pre opinante y se pronunció en estos términos:

“De la constelación normativa legal (leyes 12.545 y 12.590), cuyos textos precisos se citan en el dictamen del Sr. Procurador, surge clara y notoriamente, que la licencia se halla “pendiente” cuando está en condiciones de ser gozada...”.

Ante esa precisión y claridad de los términos en que aquél se pronunciara, culmina incorporando textualmente el dictamen del Sr. Procurador del Estado en la parte final del Considerando II).

Como expresamos al comenzar esta exposición, no nos resultó fácil responder a esta invitación de la Revista de la Facultad de Derecho, pero esperamos haber logrado nuestra aspiración de que, a través de este breve repertorio de pronunciamientos que emitió Mariano con motivo de ejercer el cargo de Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, hayamos podido dejar en claro manifiesto esa enseñanza que él quiso dejar con su obra, ese trabajo que ... “dentro de las limitaciones humanas... fue efectuado atentamente también en los mínimos detalles...” (12) San José María... Amigos de Dios No. 55).

Trabajó con orden y constancia, con apego a lo que entendía justo, y si algo imborrable dejó en sus enseñanzas a sus alumnos y a todos los que tuvimos la suerte de poder acompañarlo, fue precisamente esa virtud...una trama de virtudes, como decía San José María:

“Es toda una trama de virtudes la que se pone en juego al desempeñar nuestro oficio, con el propósito de santificarlo: la fortaleza, para perseverar en nuestra labor, a pesar de las naturales dificultades y sin dejarse vencer nunca por el agobio; la templanza, para gastarse sin reservas y superar la comodidad y el egoísmo; la justicia, para cumplir nuestros deberes con Dios, con la sociedad, con la familia, con los colegas; la prudencia, para saber en cada caso qué es lo que conviene hacer, y lanzarnos a la obra sin dilaciones...Y todo, insisto, por Amor... (13) San José María, Amigos de Dios No. 72).

DICTÁMENES

Dictamen N° 411/89

BOSCH GARCÍA, MARÍA HELENA CON ESTADO MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS

Acción de nulidad

Al Tribunal de lo Contencioso Administrativo

-I-

Agotamiento de la vía administrativa

La acción de autos fue deducida con ajuste a las disposiciones constitucionales y legales de la materia, previo agotamiento de la vía administrativa.

1) Deducida la petición de fs. 5 de antecedentes administrativos, recayó resolución ministerial el 30/9/87 (fs. 7). Fue notificada el 8/10/87.

2) La interesada recurrió mediante recursos de revocación y jerárquico el 16/10/87, en plazo (art. 4° inc. 1° y 2° de la Ley N° 15.869).

3) El 15/12/87 se dictó el acto confirmatorio por el Sr. Ministro de Transporte y Obras Públicas, y se franqueó el recurso jerárquico (fs. 14 de antecedentes administrativos).

4) El Poder Ejecutivo mantuvo el acto impugnado por resolución de 23/12/87, notificada el 3/2/87 (fs.17).

5) La actora promovió la acción de nulidad el 15/4/88, en plazo conforme al art.9° de la Ley 15.869 y habida cuenta de la suspensión operada conforme al art. 10 inc.30 de la citada Ley.

-II-

Aspecto Sustantivo

La Procuraduría concluirá sugiriendo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la anulación del acto en causa en cuanto afectó dieciocho días de licencia ordinaria ("reglamentaria"), correspondiente al año civil 1987, para otorgar treinta días de licencia extraordinaria.-

En efecto, procede advertir:

a) "Los empleados al servicio del Estado tendrán derecho a gozar de una licencia anual remunerada en las condiciones establecidas por la Ley N° 10.884 de 17 de diciembre de 1947 y sus concordantes, modificativas o ampliatorias" (Ley 12.545 de 16/10/958 art. 1°).

b) La Ley 12.545, y sus modificativas, fueron derogados por la Ley 12.590, de 23/12/958, art.28., siendo sustituidas por el régimen de la última citada.

c) Por el art.7 de la Ley 12.545 y art. 1° de la Ley 12.590, los funcionarios públicos tienen derecho a una licencia anual remunerada de veinte días como mínimo, dos días que correspondan deberán hacerse efectivos en un solo período continuado.

d) Según el art. 7° de la Ley 12.590, la licencia en su totalidad se hará efectiva dentro del año, a contar desde el vencimiento del último período de trabajo que origina el derecho a la misma.-

e) La doctrina laboralista ha dicho con total precisión, comentando la Ley 12.590 (aplicable a los trabajadores del sector público según lo ya expuesto): "Los 20 días de vacaciones deben hacerse efectivos dentro del año inmediato siguiente, al período en que se generó el derecho" (Santiago Perez del Castillo –Manual básico de normas laborales, ed. 1979, p. 55).

Atento a lo que antecede, cabe concluir:

1) Que la licencia ordinaria generada por la actora hasta la fecha de la resolución impugnada (30/9/87) debió ser gozada en un sólo período continuado (art. 1° Ley 12.590).

Ocurre que por la resolución encausada se le concedieron dieciocho días de licencia "reglamentaria" y doce días de licencia extraordinaria.-

Siendo la licencia anual de veinte días, que deberán gozarse en un sólo período, obvio es que se produjo el siguiente resultado: el saldo de dos días de Licencia ordinaria 1987 quedó para su goce posterior. No se cumplió, pues, el último mandato legal citado.

2) La resolución cuestionada determinó el empleo o afectación de dieciocho días de licencia ordinaria (cabe observar que a su fecha sólo podrá haber generado quince días), a partir del 17 de setiembre de 1987. Con esto se apartó del régimen de la Ley 12.590, art.7° (cit. supra. lit. d) y doctrina citada: La licencia se hizo efectiva parcialmente dentro del año civil en curso (1987) y no en el siguiente (1988).

La demandada invocó la resolución de 2 enero de 1987 que, según expresa, establece: "Declarase por vía interpretativa que no se encuentran amparados en el art.4° del Reglamento de Asistencia de fecha 2 de abril de 1966, los funcionarios que tuvieran pendiente todo o parte del término del goce de licencia reglamentaria, quedando facultada la Administración para establecer las excepciones que en el caso estime pertinentes".

La citada "Resolución" (se trataría de un reglamento) es también mencionada por la actora a fs.21 v., con igual contenido, por lo que se admitió como correcta la referencia.

Pero aún cuando un reglamento establezca el régimen con el alcance a untado por la Administración en su resolución, él no puede enervar la aplicación de la ley de la materia, atento al principio de jerarquía normativa. Como bien se ha dicho "...ante una contradicción entre una norma infravalente y otra supervalente, prima la última y ha de

aplicarse, salvo que el Derecho Positivo prevea una solución, distinta como ocurre en nuestro país con las leyes inconstitucionales.

Y más adelante: "En estricta lógica, cabe concluir que, por lo expuesto, la Administración debe abstenerse de aplicar el reglamento ilegal aún cuando éste no haya sido derogado" (Augusto Durán Martínez, Desaplicación del reglamento ilegal, en Actividad reglamentaria de la Administración, 1as. Jornadas rioplatenses de Derecho Administrativo, F.C.U., Montevideo, 1989, fs. 75-5).

CONCLUSIÓN: El suscrito entiende procedente la anulación de la resolución ministerial de 30/9/87, de causa, en cuanto afectó dieciocho días de licencia ordinaria de la actora generados en 1987.

Montevideo, 17 de agosto de 1989

Dr. Mariano Brito

Procurador del estado en lo contencioso administrativo

Dictamen N° 342/89
MARABUNTA S.R.L. CON ESTADO MINISTERIO DE INDUSTRIA
Y ENERGIA

Suspensión de ejecución de acto administrativo

Exp. No. 238 89

Al Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

I

Agotamiento de la vía administrativa

1- Se entrará al examen de la cuestión formal de contralor de la introducción de la acción anulatoria (agotamiento de la vía administrativa).

2- El Centro Nacional de la Propiedad Industrial, el 25 de febrero de 1986 concedió el registro impetrado por Parábola S.A.

La firma Marabunta S.R.L., notificada que fue de aquel acto el 13 de marzo de 1986, recurrió en tiempo y forma (art. 32 inc.2º. del Decreto-Ley 15.524, entonces vigente), según escrito a fs.28 del agregado en 181 fojas, en autos de acción de nulidad promovido por la actora que se refiere más abajo, en el numeral 9.

3- El acto citado, dictado en ejercicio de atribuciones delegadas del Ministerio de Industria y Energía, fue confirmado el 13 de marzo de 1986 y se franqueó el recurso jerárquico.

4- El 14 de julio de 1986, el Sr. Ministro de Industria y Energía en ejecución de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo, revocó la resolución de 25 de febrero de 1986.

5- Parábola S.A. fue notificada a fs. 54, recurriendo el 29 de setiembre de 1986. El sello de notificación indica la fecha "30/09/86". Es obvio que la recurrencia tuvo lugar, válidamente, antes de la notificación (fs. 59 ss. legajo en 181 fojas).

6- El 29 de diciembre de 1986 el Sr. Ministro de Industria y Energía, con invocación de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo, revocó la resolución de 14 de julio de 1986. Con ello vino a restablecer el acto de otorgamiento del registro de marca (fs. 94 del legajo en 181 fojas).

7- El 6 de febrero de 1987, Marabunta S.R.L. dedujo los recursos de revocación y jerárquico contra el acto de 29 de diciembre de 1986, citado en el numeral anterior. Había sido notificada el 26 de enero de 1987.

8- Finalmente, Marabunta S.R.L. ejerció la acción de nulidad el 13 de marzo de 1987.

9- Todo lo consignado resulta de los autos "Marabunta S.R.L. con Estado – Acción de nulidad", F. n° 178/87, también radicados para dictamen de esta Procuradoría que se han tenido a la vista.

10- La relación precedente habilita la siguiente cuestión: ¿no se configuró ejercicio prematuro de la acción de nulidad, atento a que a la fecha señalada en el numeral 8, supra, no había sobrevenido denegatoria ficta (art. 32 inc. 2 y 6 del Decreto- Ley 15.524, vigente entonces) ni existía denegatoria expresa?.

Esta Procuradoría entiende que no medió el ejercicio prematuro. En efecto, la cuestión se resuelve a la luz del art. 36 del Decreto-Ley 15.524, por el cual "No habrá reposición de reposición".

CAJARVILLE, en opinión que se comparte, ha interpretado dicha disposición en los siguientes términos:

"Por reposición puede entenderse, en general, tanto la decisión del autor de un acto por la cual lo modifica, como el recurso conferido al lesionado por ese acto para lograr aquella decisión, pero el legislador no tuvo en cuenta que tradicionalmente y también en este mismo DL, ni la decisión ni el recurso reciben en nuestro país esa denominación, sino la de revocación".

La frase de marras "sólo puede significar que no habrá (recurso de) reposición –rect., de revocación- de una (decisión de) reposición; esta decisión de reposición que así se declara irrecurrible sólo puede consistir en la revocación total del acto originario, porque las otras posibilidades –revocación parcial o reforma- están expresamente previstas en el resto del artículo".

Y más adelante expresa que "Normalmente, esa revocación total puede agraviar a un tercero beneficiario del acto originario y no al recurrente que con ella verá satisfecha su pretensión". En este caso "el agraviado no debe interponer recursos administrativos, sino promover directamente la acción anulatoria". (autor cit., "Recursos Ad-

ministrativos”, ed. FCU, Montevideo, 1987, págs. 103 y 104; los subrayados pertenecen al dictaminante).

En virtud de todo lo cual, a la fecha de promoción de la demanda, dictada ya el acto revocatorio de la revocación- en otras palabras, otorgado el registro a Parábola S.A.- bien pudo Marabunta S.R.L. accionar de nulidad, como lo hizo. Para ello no era necesaria la previa decisión denegatoria de los recursos deducidos, ni aún más, estos mismos.

-II-

Suspensión de la ejecución del acto impugnado

1. Procede ahora dictaminar sobre la pretensión de suspensión del acto administrativo impugnado, promovida el 2 de diciembre de 1988 (fs.6 a 7 de esta pieza separada).

2. El planteo de la medida tuteladora se produjo con posterioridad a la introducción de la demanda anulatoria, separadamente de ésta, tal como resulta de esta pieza y del expediente de anulación ya citado.

3. La circunstancia referida ameritará por sí el rechazo de la suspensión impetrada, en opinión del suscrito, atento a que ello importa un planteo extemporáneo. Por el art. 2 de la ley 15.869, el pedido de suspensión deberá formularse “con la demanda”.

La solución legislativa, determinante de la oportunidad y forma del planteo de la cuestión de suspensión, es conforme con el apartamiento excepcional que el instituto de la suspensión –según su regulación legislativa entre nosotros- plantea el principio de ejecutoriedad del acto administrativo.

Atento a lo referido no corresponde entrar al examen de los fundamentos sustantivos de la petición de suspensión: examen de los daños graves que la ejecución podría irrogar a la parte actora y su relación con los que la suspensión pudiera irrogar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado (art.2º inc. 1º Ley 15.869).

Montevideo, 29 de junio de 1989

Dr. Mariano R. Brito

Procurador del Estado en lo contencioso administrativo

Dictamen N°877/89

DIAZ, NELSON CON ESTADO COMISION ESPECIAL LEY No 15.783

Acción de nulidad

Exp. No. 181/988

Tribunal de lo contencioso Administrativo:

-I-

Agotamiento de la vía administrativa

Se ha verificado el agotamiento de la vía administrativa conforme a la previsión cons-

titucional. En efecto: 1. Dictado al acto de la Comisión especial en causa (Resolución 1167/87, de 20/9/87, a fs.458 en rojo, 2ª.pieza de Antecedentes Administrativos), se cumplió su notificación el 26/10/87 (fs.459 en rojo, de aquella pieza).-

2. El Recurso de revocación fue deducido en plazo el 5/11/87 (fs.460 de aquellos antecedentes).-

3. Hubo resolución denegatoria expresa de 29/12/87, a fs.468, notificada el 8/2/88 (fs.469)

4. La acción de nulidad se dedujo el 4/4/88, conforme al art.9º de la ley 15.869.-

-II-

CUESTION PROCESAL PREVIA: alcance del allanamiento de la demanda en autos

1. Alegando de bien probado la demandada comparece manifestando que se le tenga por allanada a la demanda.-

2. Esta Procuraduría y el Tribunal de lo contencioso Administrativo se pronunciaron antes de ahora, en ejercicio de sus respectivas competencias, sobre el alcance procesal que el allanamiento da la demanda tiene en el juicio anulatorio.-

Al respecto se está a cuanto se expresara en dictámenes del Dr. Juan Carlos Imhof, de 5/10/956 (dict.Nº132, autos "Industria Nacional Laminadora c/Estado", Exp. 335/ de 9/4/956 (dict.N1133, autos "VIDPLAN S.A. c/Estado", exp. 343/955) y del Dr. Atilio Renzi Segura, de 21/3/963 (Nº24, autos "Curto, Miguel c/OSE" exp.1260/59, y a cuanto resulta de las sentencias Nº262, de 21/11/961 y N196, de 25/10/963, ese Tribunal.-

En el primero citado dijo el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo:

"En cuanto a la materia o sustancia del proceso está constituida por la apreciación de la juridicidad de la actuación administrativa, se advierte la presencia de un elemento especialmente caracterizador de la aptitud procesal de los contendientes: la indisponibilidad del bien jurídico controvertido."

"Y ello es obvio, porque la juridicidad del acto procesado es una especial calidad del mismo, apreciable por el órgano específicamente cometido, y que se revela por la adecuación de la voluntad allí manifestada con la que expresa la norma condicionante."

"De ello se sigue que, en la elaboración y producción del juicio concreto que habrá de formular el Tribunal para decidir el asunto sometido, carecerá de toda relevancia la manifestación de aquiescencia del órgano público demandado frente a la pretensión formulada por el actor, aun cuando expresamente reconociera la validez de todos los fundamentos invocados por la contraparte.

En el supuesto enunciado, la administración tuvo y tiene en sus manos la potestad de extinguir en su sede el acto que, luego de adoptada, reputó irregular.

Pero para lo que no está habilitada es para determinar con su voluntad, la decisión jurisdiccional acerca de la legalidad de su actuación en un caso dado.

Y por consecuencia, tampoco podrá el Tribunal resolver aquella especie mediante la aplicación del criterio expeditivo consagrado en el a.322 del C.P.C., sino que su decisión deberá atender a la real composición jurídica del asunto sometido lo que resultará, como ya se estableciera, de la comparación del acto en cuestión con los enunciados de la legalidad determinante.”

3. Si bien podría observarse ahora que el Decreto-Ley 15.524, por su art.104, remite al Código de Procedimiento Civil “En todos los puntos no regulados expresamente por esta ley y demás leyes que rijan la materia, concordantes, complementarias y modificativas”, es de señalar que la integración referida en cuanto hace el art.322 de ese Código no puede tener en el proceso sentencioso-administrativo anulatorio los efectos que él determina, porque el allanamiento no importa la extinción del acto administrativo cuestionado de ilegalidad. Este ha surgido a la vida jurídica en virtud de la manifestación de voluntad de la Administración, subsistirá en cuanto su autora –por un acto de voluntad contrario (el acto revocatorio)- o sea Tribunal, en ejercicio de su competencia anulatoria, determine la exención respectiva. Subsistente al acto, continúa con la producción de sus afectos jurídicos, y el Tribunal –en virtud de la promoción de la demanda- deberá ejercer su poder-deber de dictar la sentencia pertinente.-

-III-

LA CUESTION SUSTANTIVA OBJETO DE DECISION JURISDICCIONAL

1. Resulta de los antecedentes administrativos:

a) Que el actor, en ocasión de la comisión de ilícitos en que estuvieron involucrados diversos funcionarios de ANCAP, fue procesado penalmente por encubrimiento.-

b) la empleadora (ANCAP) lo suspendió preventivamente por seis meses sin goce de sueldo (legajo personal a fs.426, 2ª. Pieza)

c) por providencia N°104, de 16/6/83, del Juzgado Letrado de 1ª. Instancia en lo Penal de 6°. Turno, se absolvió al actor en estos autos (certificado a fs.5, subrayado en rojo, de A.A., 1ª. Pieza).-

d) el funcionario imputado de conducta irregular declaró a fs.15, subrayado en rojo, lo siguiente:

1°. Que “Sí me ofrecieron \$10.000 como una atención a mí persona; el Inspector Pedro Bassano, José Rosielo, José Fontela, Hércules Consentino, diciéndome que era una cosa que no habría ningún problema, que no era contra la Institución...”.-

2° A Fs.222 foliatura en rojo (careo con el Sr. Pedro Bassano), que “se ratifica en sus dichos, que era en forma de préstamo y que se lo pagara como podía).-

3° A fs.246, en rojo, 1ª.pieza reconoció que su conducta era censurable desde el punto de vista moral.

4° A fs.295, en rojo, 1ª. Pieza, por su mandatario, expresó que su conducta “obviamente no es digna de aplauso”.-

5° A fs.296, en rojo, expresa: “Claro está que la presunción primero y confirmación luego de que el dinero que recibía era mal habido, convierte a su conducta en inmoral. Pero esa inmoralidad es de tal entidad que lo hace inepto para seguir perteneciendo a ANCAP?”

2. En cuanto la regularidad sustantiva de la sanción está condicionada a la observancia de la garantía constitucional de oportunidad de defensa para el ejercicio del derecho respectivo (art.66 de la Constitución). Sabe concluir que aquella es inobjetable, Invariablemente, el funcionario imputado tuvo vista de las actuaciones sumariales y compareció articulando sus defensas y medios probatorios (fs.246, A.A., 1ª. Pieza y 292 y ss.)-

3. La pretensión originaria del actor en autos, para su reincorporación a ANCAP Y recomposición de su carrera administrativa conforme a la ley 4.783, enfrenta al decisor de una cuestión nuclear: como bien dijo la Comisión Especial en el considerando 3° de su Resolución 1176/87, “... al punto medular de la presente cuestión radica en determinar si la Administración, dentro de los márgenes de la discrecionalidad, actuó de acuerdo a derecho, o si por el contrario, extralimitándose de ellos, incurrió en arbitrariedad al disponer la destitución del Sr. Díaz” (fojas 458.A.A., 2° pieza, foliatura en rojo).

La conducta ilícita quedó probada, incluso por la admisión del involucrado. Pero ha mediado proporcionalidad?

El reiterado criterio jurisprudencial de ese Tribunal asigna a la potestad disciplinaria el límite de la razonabilidad, sin mengua del reconocimiento del campo de la discrecionalidad.-

Al respecto ha dicho que el derecho constitucional del funcionario a la permanencia en el cargo (art.61, constitución)”...es de carácter subjetivo e implica correlativamente, el deber de la Administración de respetarlo y desconocerlo solamente en los casos en que, razonablemente, ello se adecua a la falta constatada, dicho de otro modo, cuando se comprueba que se han utilizado los poderes disciplinarios de manera no arbitraria y racional. Lo contrario constituye un notorio abuso de poder que viola el acto por la notoria falta de proporcionalidad entre la falta y la sanción” (Sent.263/85, de 18/12/85).-

Se confirma así aquel criterio, ya repetido entonces, cuando se dijo: “Además, según criterio sostenido reiteradamente no es materia que corresponda al Tribunal decidir, la relativa a la correspondencia entre la pena y los hechos que se sancionan salvo el caso de desproporción, extremo ausente en el caso de autos”(Sentencia 108/71, de 3/5/71).-

La razonabilidad apuntada involucra correspondencia con los motivos y consecuentemente proporcionalidad en la medida de la sanción, volviendo pasible de anulación el acto que infrinja esos límites.-

El dictaminante no estima irregular por ausencia de razonabilidad al acto en causa.-

El motivo existió según lo expuesto y desde este punto de vista el acto es regular.-

Tampoco puede invocarse la ausencia de proporcionalidad entre la falta y la sanción. Es que la elección de ésta radica en el ámbito de la discrecionalidad y si bien ella se concreta en la decisión, ésta sólo podría ser anulada por una manifiesta desproporción que no se estima dada en la especie. No puede olvidarse, que como lo expresa el actor a fs.297 (2ª. Pieza. A.A., foliatura en rojo), "un funcionario recibe dinero de otras, con el presentimiento primero y el conocimiento luego, de que aquél se obtiene por los segundos, de forma irregular". Tal conducta revela una objeción moral cierta. En tal extremo el Directorio entendió configurada la causal de ineptitud moral previa en el art.32 del Estatuto del Funcionario y obró consecuentemente. –

4. CONCLUSIÓN: Por los fundamentos expuestos, el suscrito entiende procedente la confirmación del acto impugnado,

Montevideo, 6 de noviembre de 1989

Dr. Mariano R. Brito

Procurador del estado en lo contencioso administrativo

SECRETO DE LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS: ¿PRIVILEGIO DEL ESTADO Y PARA EL ESTADO?

MIGUEL PEZZUTTI¹

Recuerdo del Prof. Mariano Brito.

El halago que nos hace la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo representa, a la vez, una enorme responsabilidad. Se trata de evocar al Maestro desde la reflexión, es decir, desde el campo donde su legado se hace prolífico.

Mariano (así era para nosotros, un “*nosotros*” de alcance extenso como consecuencia de que su generosidad y don de gentes le permitió abarcar un amplísimo ámbito de acción –e interacción– social) invitaba al pensamiento de manera constante. Se trataba de una invitación que partía desde la humildad que no negaba el ser racional ínsito en la naturaleza del hombre que lo motiva a buscar y acercarse a la verdad. No hablaba ni enseñaba desde las alturas. No profetizaba con fórmulas de algoritmos jurídicos inexpugnables. Enseñó, siempre, desde la invitación a la reflexión, mostrando el camino que el otro debía andar por sí.

Esa forma de ver en el otro –alumno, colega, amigo– un sujeto con dignidad propia e intransferible, y no un mero receptáculo de ideas más o menos elaboradas, constituye su marca personal en todos aquellos que compartimos en algún momento tareas y actividades.

Mariano reflejó, con total apego y coherencia, el ideal personal y académico respetuoso, austero, solidario e impulsor.

En cierto modo, ello motiva el cambio del título del artículo tal cual fue originariamente fijado², detalle menor quizás, aunque asume también forma de homenaje. Desde la pregunta, el interrogante, comienza la búsqueda de respuestas. El camino que habrá de seguirse, como enseñó Mariano, implica también un compromiso. No se trata de hacer de las normas y preceptos un rebuscado laberinto acotado y reservado a iluminados que son los encargados de desentrañar su verdadero sentido. Menos aún habrá de apreciárselas desde un paradigma de aplicación con aritmética rigurosidad, de lógica fría y sin alma, desapegada y sin compromiso con valores que se consideran esenciales, pues ellos están fincados en la naturaleza misma de la dignidad del hombre y su centralidad en el Estado Democrático de Derecho. Se tratará, entonces, con las limitaciones propias del autor, simplemente reflexionar y propiciar reflexiones que serán seguramente más

1 Profesor en las Maestrías en Derecho Administrativo Económico y en Derecho y Técnica Tributaria de la Universidad de Montevideo. Asistente de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la UDELAR. Coordinador del Anuario de Derecho Administrativo.

2 Este análisis se basa en la exposición realizada en las 2das. Jornadas de Ética, Derechos y Deberes en la Función Pública y Administración Tributaria, organizadas por la Auditoría Interna de la DGI, bajo el título: *Deber de Secreto Tributario, reserva y confidencialidad frente al Derecho a la Información Pública*.

prolíficas que este artículo.

1. Secreto de las Administraciones Tributarias en épocas consagración del acceso a la Información pública

Determinar ámbitos de coexistencia entre el secreto tributario y el acceso a la información pública, parece ofrecerse como oportunidad de delimitar espacios muy claramente establecidos y por ende, en apariencia estamos frente a una tarea sencilla.

Sin embargo, a poco que se profundiza en el problema, el panorama parece ser menos claro y por ende, se hará necesario ubicar el problema en sus justos parámetros.

Y ello sólo puede asegurarse si se parte de colocar, en forma primaria, los bienes jurídicos y derechos en juego tutelados con cada instituto, para analizar, a partir de ello, los alcances del derecho positivo.

1.1. En búsqueda del fundamento de los institutos estudiados y su jerarquía normativa.

¿Cuál es la razón que lleva al Estado a consagrar o reconocer como principio general el acceso a la información pública o para qué restringe determinada porción de datos de tal posibilidad, reservándola a un ámbito de inaccesibilidad o secreto?

Estas cuestiones y la búsqueda de sus respuestas, deben partir de un supuesto que a nuestro entender se eleva a la categoría de base fundante del Derecho Administrativo: la centralidad de la persona humana como paradigma de nuestra estructura constitucional. Como ha sido expresado de manera contundente por CAGNONI³ *“la Constitución en su contenido, al proclamar los derechos humanos y la organización del Estado y del Gobierno del Estado, teleológicamente apunta a la circunstancia de fijar límites al ejercicio del Poder.”*

Ello ni implicará desconocer la relevancia del Derecho Positivo, ni “desprecio de lo normativo”⁴

Pero aun con este reconocimiento subsiste la pregunta: ¿Se trata de derechos emergentes de la Ley o ellos responden a situaciones jurídicas que le prexisten y por ende tienen jerarquía constitucional o aún superior?

Bucear en estos conceptos no es tarea científica desprovista pragmatismo. Las consecuencias del análisis, creemos, se expanden sin dificultades a la aplicación concreta de los institutos en cuestión, inciden en su interpretación y en la forma de integrar los supuestos de conflicto no previstos en la norma, dirimiendo así la forma de hacer el Derecho en el caso concreto.

Las respuestas a estos interrogantes comprometen, también, el trabajo indagación y percepción de cómo sedimentan algunos conceptos jurídicos en el ordenamiento, pero especialmente, en la consideración de la jurisprudencia. Este último aspecto resulta

3 Cagnoni, Aníbal. La Primacía de la persona. El principio personalista. En Revista de Derecho Público, N° 24 p. 135

4 Brito, Mariano. Derechos Fundamentales, En Derecho Administrativo..., cit. p. 51

esencia, pues como enseñó BRITO, *“No hay derecho sin juez. El juez es pieza absolutamente esencial en toda organización del Derecho y esto no es excepción en el Derecho Público cuando se trata de la observación del derecho por la Administración”*⁵

Baste considerar para corroborar la relatividad histórica de algunos de los puntos comprometidos, cómo la opacidad llegó a ser la regla de la actuación administrativa, posiblemente basada en la perspectiva de la mayor idoneidad de los gobernantes para manejar las cuestiones públicas y por ende –quizás en su base- la necesidad de exclusión del control ciudadano.

El Decreto Orgánico de los Ministerios, de 14 de mayo de 1907, en su art. 69 decía que *“los empleados tienen prohibición para transmitir, en cualquier forma noticias de los asuntos de servicio y de la resolución dictada sin la autorización del Ministro u oficial Mayor.”*

Sin embargo, la publicidad de la gestión administrativa ganó en un siglo terreno en la doctrina primero y en el derecho positivo luego, hasta considerarse hoy, acertadamente, la solución de principio.⁶

DURÁN MARTÍNEZ sostiene respecto del acceso a la información pública, que se trata de un derecho inherente a la persona humana, puesto que está en la esencia del hombre en tanto ser racional, la búsqueda de la información como herramienta para encontrar la verdad.⁷

Así, el fundamento del instituto se halla sin forzamientos en el art. 72 de la constitución.

A modo de matiz, y aun cuando la norma invocada sería la misma, podríamos plantearnos la duda de si se trata de un derecho inherente a la persona humana o, en realidad, estamos frente a un deber de las autoridades públicas derivado de la forma republicana de gobierno.

Ello, a nuestro juicio, permitiría aproximarnos algo más a la naturaleza del bien cuya satisfacción se ha perseguido y el interés –o derecho– que se habrá de proteger.

Cierto es que con la aprobación de la Ley 18.831, el acceso habría pasado a ser en sí mismo, un derecho subjetivo.

Como tal, puede ser objeto de reclamo directo ante las autoridades sin necesidad de justificar otro estatus jurídico que califique la legitimación activa. En este orden, la petición que formula quien reclama una información no depende de una actuación discrecional del sujeto obligado y se dirime por caminos diferentes o al menos por una vía

5 Los límites y las posibilidades de los diferentes sistemas de la jurisdicción administrativa, en Derecho Administrativo. P. 373

6 Noboa, Rafael: Notas sobre la naturaleza y el alcance del secreto de las actuaciones establecido por el Código Tributario. Revista Tributaria N° 19, Julio 1977, p. 699; Lopez Rocca, Elbio: Publicidad y Secreto en la Administración Pública, RDP N° 24 p. 39; Casinelli Muñoz, Horacio: “El principio de publicidad en la gestión administrativa”, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T. 58, 1962, N° 7.

7 Duran Martínez, Derecho a la Protección de Datos personales y al acceso a la información pública, AMF, 2009, p. 88

paralela adicional, a los previstos para la peticiones administrativas en la Constitución de la República .

No requeriría de ninguna legitimación adicional puesto que estaría garantizado a todo sujeto por su sola razón de persona.⁸

Sin embargo, este derecho, así reconocido, parece estar vinculado a la actividad de lo público, de las estructuras que ordenan y conforman la actividad de una comunidad de la que el individuo es parte. Porque no se reclama una particular situación frente a la norma que no sea la de la invocación del derecho en tanto miembro de una comunidad.

Entonces, en ello se verifica la existencia de un derecho expresado o garantizado en términos paralelos a los de un control objetivo de la actividad estatal: no se necesita justificar lesión de un derecho personal del demandante ni interés legítimo.

Así, se trata de favorecer el control –instituto de singular relevancia en la doctrina desarrollada por BRITO⁹– de aquello que es “cosa pública”. Y como hemos dicho en otras ocasiones, ello se transforma en camino de doble vía, ya que la transparencia y accesibilidad (conceptos similares, aunque no idénticos) permiten, a la vez que el otorgamiento de herramientas de satisfacción de los derechos o intereses individuales, colectivos o difusos afectados por la gestión estatal, la consagración de vías que favorezcan la realización efectiva del mandato constitucional de la “buena administración”.

Sin embargo, este derecho consagrado legalmente pero fundado, como vimos se ha sostenido, en conceptos y reglas constitucionales, no es de carácter absoluto¹⁰. Por ende,

8 Cristina Vazquez señaló en su momento la “gran amplitud de la solución legal, tanto en lo que refiere a la titularidad del derecho (“todas las personas”) como a que no se requiere invocar motivo alguno para pedir información (“sin necesidad de justificar las razones por las que se solicita”), de lo que a su vez se deriva que “No se requiere invocar la titularidad de un derecho subjetivo o un interés calificado, pero en los artículos 13 y 15 se alude al peticionario, empleando las expresiones “persona interesada” e “interesado”, por lo que cabe entender que debe tratarse, al menos, del titular de un interés simple”.

Revista de Derecho y Tribunales N° 15, Febrero 2011, AMF, Montevideo, pgs. 80 y 87.

9 Ver en “Derecho Administrativo. Su permanencia-contemporaneidad-prospectiva”. En particular y sobre la relevancia que le otorga al instituto en distintos trabajos: Fuentes del Derecho administrativo, p. 31 (perfilándolo como elemento caracterizante de la singularidad del Derecho Administrativo); “El Control jurisdiccional de la Administración en el Uruguay” –p. 351- donde desarrolla ideas para la ampliación del control en orden a la satisfacción del reclamo de tutela jurisdiccional efectiva-; “De la razonabilidad del acto administrativo discrecional: la cuestión de su control jurisdiccional anulatorio” –donde perfila los ámbitos de control de la discrecionalidad administrativa-.

10 Sobre la calificación de absolutéz de determinados derechos afirma Casinelli Muñoz -Los límites de los derechos humanos en la constitución nacional. “Derecho Constitucional y Administrativo”, La Ley, p. 888-: “esto nos coloca en la necesidad de distinguir el derecho fundamental o el derecho humano frente al Estado legislador y el derecho fundamental frente al Estado administrador. Frente al estado administrador el derecho fundamental es siempre derecho subjetivo, por consiguiente cuando hay un titular de un derecho, el Estado aparece como obligado a la prestación positiva o negativa correlativa a esa situación jurídica de derecho subjetivo. En cambio, cuando se trata de ejercicio de potestad legislativa limitadora o reguladora del ejercicio de los derechos fundamentales, la posición en la que se encuentra el individuo o el grupo social titular del derecho fundamental individual o colectivo de que se trate es una situación de interés legítimo; en cuanto tiene como correlativo, al otro lado de la relación jurídica, no una obligación sino una potestad limitadora o reguladora”

Pero distingue a su vez, determinados derechos que no pueden ser siquiera limitados o restringidos por razones de interés general.

“el principio de igualdad no está sujeto a posibles restricciones por razones de interés general. Lo mismo El habeas corpus, la acción de inconstitucionalidad, o la responsabilidad del Estado, no pueden ser restringidos por razones de interés general.” Y Asume luego que incluso puede entenderse que en determinados supuestos, existen derechos irres-

puede ser restringido en los términos del doble requerimiento del artículo 7 de la Carta: uno sustancial, constituido por el reclamo del interés general; el otro formal, la existencia de Ley.

En este camino parece ir la postura de DELPIAZZO¹¹, quien sostiene que el “núcleo duro” en el derecho al acceso a la información pública se sustenta en la *transparencia con-natural a la servicialidad de la Administración*.

Coincidimos con esta postura. Desde que la administración no es titular de interés propios sino gestora de un interés general, la alienación emergente –fuente de la indisponibilidad que la vincula a con interés¹²– justifica hacer accesible al conocimiento de las personas, los caminos a través de los cuales el poder ha operado.¹³

Con ello, la importancia del seguimiento ciudadano de la actividad administrativa también amerita el análisis de este fenómeno desde la teoría del control, como fundadamente propone SCHIAVI¹⁴ siguiendo a DELPIAZZO¹⁵, para quien en el acceso a la información pública “se potencia el control de la actividad administrativa y de quienes la realizan, permitiendo el pleno ejercicio de la soberanía del pueblo sobre sus mandatarios y por ende, fortificando el sistema democrático republicano y coadyuvando a superar el déficit democrático que supone el secretismo del obrar público”.

Esta visión además ha sido la que ha sustentado ROTONDO¹⁶.

Así las cosas, estos derechos tienen que ver también en cómo el individuo se manifiesta, no sólo por su esencia sino por su pertenencia, al colectivo organizado políticamente. En otras palabras, el interés general mandata algo que no es de esencia del hombre, pero lo es de su convivencia en una organización republicana.

En este marco, la Ley 18.381 distingue tres órdenes de información que no se encuentran alcanzados por el derecho al acceso y por ende constituyen excepciones al principio del acceso, lo que no significa sino la reglamentación del derecho reconocido: el secreto, la reserva y la confidencialidad.

El secreto de determinadas informaciones no está expresamente definido por una norma descriptiva, sino que tiene que ver con un estatuto protector, generalmente vin-

tringibles aun cuando no estén expresamente enunciados, y ello en virtud de que surja de la “convicción colectiva” de que así suceda

11 Delpiazzo, Carlos. Protección de Datos personales y acceso a la Información pública, FCU, 2009, p. 21.

12 Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 10ª. Edic., 2014, p. 150

13 Esta idea no es novedosa, ciertamente. Recuerda CASTAGNO que ya el aristotelismo clásico de Nino y Vitoria remiten a la idea del poder como situación derivada del conocimiento racional natural –no necesariamente revelado– que se fundamenta en la naturaleza de la sociedad civil y se traduce en natural consecuencia de la república, ya que esta no podría dirigirse a sus fines sin contar con esa herramienta. (CASTAGNO, RAUL: El Poder Constituyente entre mito y realidad, Universidad Católica de Cuyo, 2012, p. 26 y 41)

14 Schiavi, Pablo. El control del Acceso a la información pública y de la protección de datos personales en Uruguay, UM, 2012, p. 26

15 Delpiazzo Carlos. Protección de Datos personales y Acceso a la Información Pública. FCU, 2009, p. 16

16 Rotondo, Felipe. “Aproximación a la participación del administrado a la luz de los principios generales”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XXVI, n°1, p. 63

culado a la intimidad de los sujetos, aunque no definido expresamente en esta norma sino en otras de rango legal dictadas especialmente.

Sin perjuicio de que no son la misma cosa, el secreto generalmente se asocia a la intimidad. Sostiene González Gattano que cuando hablamos de intimidad podemos hacerlo en distintos sentidos. Habría, señala, un significado propio del concepto, que habla de la "vida interior, de sus relaciones más personales con otras", "de lo que se sitúa en el nivel profundo de su vida psíquica, que permanece generalmente escondido bajo las apariencias, impenetrable a la observación externa". Pero expresa luego que "hay que señalar un sentido más general de la intimidad que aplicamos tanto a personas como cosas y que está concretado con su raíz etimológica". Las cosas y los animales no tienen intimidad en sentido propio, pero tiene interioridad: "intimo (...) coincide en parte con el significado de inmanencia. Lo más íntimo es lo más inmanente", a partir de lo cual anticipa que "la peculiar inmanencia humana es la intimidad de un ser que tiene conciencia de su intimidad"¹⁷

Es así que la intimidad es también un bien jurídico a tutelar por el legislador.

Este Derecho Humano, fue reconocido por la Declaración Universal de Derechos del Hombre en su art. 12 en los siguientes términos: "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*"

En este marco, el art. 8° de la Ley 18.831 deja fuera del alcance del derecho al acceso a las informaciones "*definidas como secretas por la ley y las que se definan seguidamente como de carácter reservado y confidencial*"

Véase que el concepto de secreto no tiene en este caso una definición expresa y que, de hecho depende siempre de otra norma particular. Esto permite que, al menos formalmente, determinadas informaciones que puedan ser secretas, tengan el contenido que ameritarían calificarlas como reservadas o confidenciales. Ello dependerá entonces, de una norma legal especial.

Conceptualmente secreto es literalmente "apartado, escondido". Recuerda López Rocca que Couture lo calificaba como "reserva, sigilo; deber inherente a la función de los abogados procuradores, jueces y secretarios que les impone la omisión de hacer saber a otras personas las circunstancias relativas a los procesos en los que intervienen y que por su índole no deben ser difundidas."

Sobre el secreto de las Administraciones Tributarias ya volveremos, pero es importante señalar como precisión previa, que no alcanzamos a visualizar una separación ontológica entre los fenómenos a que alude el art. 8° de la Ley 18.381, sino que en todo caso, debe estarse al derecho positivo para determinar qué alcance tiene cada vocablo.

Y por ende, en una afirmación que alcanza a nuestro derecho positivo, habrá una primera línea que separa lo secreto por un lado, de lo confidencial y reservado, por otro. Y

¹⁷ Gonzalez Gattano, Norberto: "El deber de respeto a la intimidad", Ed. Univ. De Navarra, 1990, p. 26

entre ellos será distinto lo primero por cuanto refiere a información principalmente vinculada a la intimidad, de los segundos, donde se tratará de situaciones más directamente vinculadas con lo que se considera el interés general o interés público.

1.2. Sobre el eventual conflicto.

Entre el derecho al acceso a la información pública y los supuestos de reserva, secreto y confidencialidad pueden generarse situaciones de conflicto o entrelazamiento de intereses que involucran no sólo a las administraciones actuantes, sino a particulares titulares de la información. En efecto, partiendo del supuesto que estamos frente a derechos subjetivos como son el de acceso a la información y el de protección de intimidad –en principio, ambos de raigambre constitucional– la pregunta siguiente es cómo pueden superarse eventuales colisiones.

Una respuesta posible ha sido sugerida en base a la llamada jerarquización de los derechos. EKMEKDJIAN sostiene que los derechos son jerarquizables en tanto representan medios de satisfacción de valores.

Así, a mayor relevancia del valor en juego, mayor preponderancia del derecho fundamental protegido o afectado. Este autor sugiere este criterio jerárquico: 1) *derecho a la dignidad humana y sus derivados (conciencia, intimidad, defensa)* 2) *derecho a la vida y sus derivados (salud, integridad física, psicológica)* 3) *derecho a la libertad física;* 4) *los restantes derechos personalísimos (identidad, nombre, imagen, domicilio)* 5) *derecho a la información,* 6) *derecho de asociación;* 7) *los restantes derechos personales,* 8) *derechos patrimoniales.*

De este modo, los derechos son más restringibles conforme más inferior es su nivel de ubicación, para criticar luego lo que llama la “falacia” de la armonización, en el entendido de que no hay armonización posible sino sacrificio de uno en beneficio de otro. Entonces, dice, “*el derecho de rango superior debe prevalecer por sobre el inferior*”¹⁸

CIANCIARDO critica esta postura y sostiene que, o bien se basa en una comparación ciega, o en cambio se trata de un criterio que esconde una comparación que escapa al debate.

Afirma que los valores se explican en sí mismos y por ende, no se puede satisfacer dos valores al mismo tiempo, o dicho de otro modo, no podrían ser protegidos o relevantes dos valores contradictorios. Esto sería irresoluble y por ende, irracional.

Sostiene que esta tesis escapa a la idea básica de que el conflicto y el derecho son elementos que coexisten y por ende, deben ser compatibilizados.

Escapando a la idea de utilitarismo que proponen algunos autores (en caso de conflicto debe perseguirse el que satisfaga a mayor número de personas)¹⁹, dice “Un bien

18 En Cianciardo, Juan. “La Jerarquización de los Derechos” en. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, N 14, 2008, p. 15.

19 Criterio propuesto por Carlos Santiago Nino, en *Ética y Derechos Humanos*, citado por Cianciardo. En alguna forma, también el criterio fue sustentado para definir el Interés general por parte de alguna doctrina, al referirlo como el interés del mayor número.

humano es un bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos. Hablar de un derecho como *humano* supone entender el bien no como algo abstracto, sino referido a un sujeto, el hombre, que supone para el bien no la condición de bien en si, que no posee, sino la de bien desde un cierto punto de vista, el del hombre, con un determinado fin, el humano. Por tanto, se trata de un bien delimitado por la naturaleza y la teleología propia de un ser que es unidad, aunque se despliega en diferentes dimensiones existenciales y consecutivas, y por ello, será un bien en la medida en que se armonice con otros bienes que también los son para el sujeto, y en consecuencia, para cualquier otro sujeto. La armonía de un conflicto entre los bienes depende de que estos vengan referidos a una naturaleza, a una instancia objetiva”²⁰

Entre nosotros, DELPIAZZO y DURÁN percibieron este problema y coincidieron en la preceptividad de compatibilizar las situaciones jurídicas involucradas.

DURAN²¹ afirma que la interpretación y aplicación del derecho procede acudir más a la ponderación que a la subsunción.

Siguiendo a Alexy reflexiona respecto de los pasos necesarios en el proceso de ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esta ponderación, reflexiona sobre la valoración o balance entre lo que implica el sacrificio de un bien por un lado, frente al beneficio necesario en el caso del otro. Para ello es necesario determinar el grado de insatisfacción o afectación de uno, luego la importancia de la satisfacción del signo contrario y finalmente, la justificación de un sacrificio frente al beneficio del otro.

DELPIAZZO, rechaza las tesis conflictivistas y apela a la armonización o coherencia del sistema. Ello implica, como primer mandato, la interdicción de la supresión recíproca de las disposiciones constitucionales como recurso interpretativo.

Afirma que *“partiendo de la necesaria interpretación armónica de los derechos, impuesta no solo por la unidad del sujeto humano sino también por la regla general de la interpretación constitucional sistemática, en casos de concurrencia de derechos, la labor del intérprete debe centrarse en pensar cada uno de los derechos en juego desde su contenido esencial, a efectos de determinar, no el “peso” concreto de los mismos ... sino cual se comparece y cual no en el caso concreto.”*²²

Y en el mismo sentido contrario a la jerarquización se pronunció RICHINO al sostener *“Probablemente los decepcione, pero debo ser honesto con ustedes: considero imposible establecer un orden o ranking estable y definido, en términos generales, entre derechos subjetivos (aunque luego haré alguna referencia a la situación de los Derechos Fundamentales). La dilucidación de esta clase de conflictos pertenece al ámbito jurisprudencial, aunque también pueda corresponder en ocasiones a las Administraciones Públicas, cuando deban pronunciarse sobre el “mejor derecho” de alguien, durante la sustanciación de un procedimiento administrativo (lo que explica, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 153 del Decreto 500/991 de 27 de setiembre de 1991, cuando el eventual acogimiento de los recursos interpuestos pudiera afectar una situación jurídica declarada*

20 Cianciardo, op. Cit, p. 15

21 Duran Martinez, Augusto, op. cit. p. 92

22 Prologo al libro de Pablo Schiavi *“El control....”*, cit, p. 15

o constituida por acto administrativo).”²³

Es que todo ranking caerá, agregamos nosotros, en la valoración subjetiva de cada autor según sus convicciones o, peor, nos expondrá a enfrentar aquello que SAGUES llama la “manipulación narcisista” ²⁴

Esta cuestión no es nueva ni constituye un desafío exclusivo de la dogmática local a partir de las recientes disposiciones legales.

La Sala del Tribunal Constitucional Alemán, el 15 de diciembre de 1985 debió resolver sobre la tensión generada entre una norma que autorizaba la colección de información estadística, y el derecho a la intimidad que invocó el accionante.

Y sostuvo que una norma que estableciese la recolección de datos en forma no anónima para ser acopiados con finalidades indeterminadas o no determinables, sería inadmisibles. Pero al mismo tiempo sostuvo que la colección de datos con fines estadísticos es admisible incluso con fines no determinados a priori, ya que son presupuestos para la eficiente planificación estatal²⁵.

Agregamos por nuestra parte que la colisión entre el interés de acceder a una información en manos de las Administraciones y el interés –derecho– a que se mantenga en reserva, no constituye el único escenario de conflictos posibles, sino que ellos pueden ampliarse a otros.

Pongamos por caso la oposición del secreto tributario no ya a un individuo que invoca el derecho de acceso a la información pública, sino el derecho a defenderse en una actuación administrativa cuando ello está vinculado con otro expediente, relativo a la situación de otro contribuyente al cual o a cuyas resultancias administrativas se lo expone.

Es entonces que retoma relieve el problema y sin perjuicio de señalar la fundada postura de DELPIAZZO respecto de que en caso de conflicto entre derecho de acceso a la información pública y derecho a la intimidad –o interioridad-, esta última debe prevalecer, debe igualmente reconocerse que la intimidad es, como en su mayoría los derechos fundamentales, básicamente limitable en tanto es también inherente al hombre, su vida en sociedad y por ende, parte de su intimidad vinculada con las necesarias exigencias de ese bien común del que él mismo participa.

Ello sin perjuicio de reconocer la existencia de fundadas opiniones en cuanto al carácter absoluto del derecho a la intimidad en determinados ámbitos. Sobre la base de la Constitución Brasileña²⁶, el jurista e intelectual paulista IVES GANDRA MARTINS,

²³ Richino, Alvaro. *Colisión de derechos subjetivos. ¿Existe prevalencia?*, en *Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo*, FCU 2011, p. 77

²⁴ Sagües, Jose Pedro: “*La interpretación judicial de la constitución*”, Lexis Nexis, p. 175

²⁵ Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Fundación Konrad Adenauer, 2003. P. 41

²⁶ El art. 5 de la Constitución de 1988 establece: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso

sostiene la intangibilidad del derecho a la intimidad incluso frente a la Constitución. Dice *“siempre estuve convencido de que la expresión “secreto de datos” hospeda a la de “secreto bancario”. Esta es especie de aquél género. Por otro lado, en los derechos y garantías individuales, claramente, el constituyente aseguró la preservación de la intimidad y privacidad de las personas y la preservación del secreto de datos.*

Y agrega, *“se trata de una cláusula inmodificable... Entiendo, pues, que ni por enmienda constitucional es posible alterar este dispositivo”*.²⁷

Sin embargo, en general los ordenamientos reservan un ámbito de intimidad –especialmente la que refiere al ámbito de la vida en familia y a la conciencia– con mayor intensidad protectora, al tiempo que definen parámetros para que la ley compatibilice el resto de la vida privada del individuo con su faceta social.

Así sostuvo el Tribunal Constitucional Alemán que *“no todo el ámbito de la vida privada se encuentra bajo la protección absoluta garantizada por el Art. 2, párrafo 1 de la ley Fundamental en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la ley Fundamental (bVerfGE 6, 389 [439]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]). El ciudadano, al ser parte de y estar vinculado a la comunidad, debe aceptar todas las medidas estatales públicas que sean adoptadas fundamentalmente en interés de la colectividad y bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, siempre en la medida que no afecten el ámbito inviolable de su derecho a desarrollar su vida privada”*²⁸

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, o Convención, en adelante), establece un texto también abierto para una eventual regulación o limitación legislativa. En efecto, el art. 11, junto con el derecho al reconocimiento de la dignidad de persona de todo individuo, establece *“2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

En este marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a la intimidad admite restricción bajo el régimen de la Convención –lo que no quiere necesariamente decir que no pueda la ley nacional o la constitución de uno de los estados miembros proporcione un estándar de protección mayor al mínimo previsto en aquella²⁹–.

Sostuvo así que *“para ser compatible con la Convención Americana una injerencia debe*

de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei n° 9.296, de 1996)

Nótese, como simple aporte al análisis, que el numeral X no hace referencia a las limitaciones que por ley pudieran establecerse.

27 Ives Gandra da Silva Martins. Direitos Fundamentais do Contribuinte. Nova Serie -6. Ed. Revista dos Tribunais. 2000. P. 65 y sgts.

28 Sentencia de la Segunda Sala del 31 de enero, 1973 –2 BvR 454/71–. Publicada en “Cincuenta años...” Cit, p. 60

29 En este sentido, salvo que se verificase afectación de otro principio o derecho, nada impedirá que una Constitución nacional consagre un régimen de protección superior, es decir, el carácter absoluto de la defensa de la intimidad en más aspectos de los que alcanza la Convención.

cumplir con los siguientes requisitos: estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo, y ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención. ³⁰

Dada la integración de las reglas de la Convención al derecho interno, es función de los jueces nacionales garantizar también su aplicación y tutela.

Por ende, los magistrados nacionales deben garantizar la inexistencia de injerencias arbitrarias o indebidas.

En este sentido, pues, con la postura doctrinaria sostenida recientemente por PESCADERE y BARREIRO³¹, que ven en este carácter de no arbitraria y legítima una doble manifestación: formal, en cuanto al requisito previo habilitante de la injerencia; y sustancial, en cuanto a su adecuación material a los presupuestos limitantes definidos formalmente.

Así, en nuestro ordenamiento, la limitación a la intimidad sólo puede ser admitida si media, previamente, Ley habilitante. Va de suyo que la previsión habrá de ser expresa, como cualquier cláusula limitativa de la libertad y por ende, alcanzada por los efectos interpretativos del principio *pro-homine*.

Luego, la limitación –incluso en su consagración legal– debe dotarse de adecuación a la finalidad perseguida –satisfacción del interés general– mediante una proporcionalidad y racionalidad que haga que ella se transforme en apta para el fin debido y no agreda, por exceso, la intimidad también protegida.

Esa última frontera, como califican los autores, a la injerencia de la Administración en la vida privada, constituye a la vez, la barrera inicial de protección del ámbito de lo interior del sujeto, no necesariamente lo “interior” pero sí “inmanente” y por ello, lo que debe quedar resguardado de su exposición pública.

Así las cosas, la intimidad que entra en conflicto con la pretensión administrativa de ingresar en esa esfera, y luego, la pretensión de otros sujetos de acceder a la información pública, encuentra límites. Algunos de ellos son bien precisos: el secreto plantea un límite infranqueable a la publicidad de la información, y se erige pues, en herramienta protectora de la intimidad. Por tal motivo, analizaremos esos límites en detalle.

Luego se sigue que, incluso respecto de aquella información que se pretenda incorporar a una actuación o investigación administrativa, será necesario que ella no sea adquirida mediante procedimientos o requisitorias que constituyan, de por sí, injerencia arbitraria.

Y lo será siempre que no cuente con:

- a) Una norma legal habilitante, y

³⁰ Caso: TRISTÁN DONOSO VS. PANAMÁ, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2009

³¹ Pescadere, Diego y Barreiro, Pablo: “La intimidad como límite al ejercicio del derecho de acceso a la información tributaria. Tutela jurisdiccional efectiva y oportunamente tempestiva”. En Revista Tributaria 238, p. 23 y sgts.

b) Que esa norma habilitante o su aplicación, no constituyan en sí mismas, mecanismos inidóneos para la finalidad pública perseguida, se funden en motivos ajenos a los dispuestos como presupuestos por las normas, o excedan de los parámetros de razonable aplicación.

Esta delimitación, aparentemente sencilla, encontrará en la práctica desafíos de trascendencia.

En primer lugar, cuando se trata de definir la eficacia de las vías y remedios dispuestos por el ordenamiento para garantizar el acceso a la información pública y su conexión con la esfera protegida de un tercero.

Ello resulta especialmente relevante en el caso de lo dispuesto por el art. 18 de la ley 18.381 incorpora el mecanismo del "silencio positivo" en lo que no dudamos en caracterizar como un positivo gesto de valentía y compromiso con la efectividad de las situaciones jurídicas tuteladas, que normalmente naufragan en la desidia de algunas Administraciones a las que podría tanto dar resolver o no.

Pero esta ficción jurídica ha de provocar dificultades cuando se trata de información que opera en poder de la Administración pero está alcanzada por el secreto tributario.

Un silogismo de estricto rigor formal sostendrá que el efecto jurídico de la solicitud no respondida es la aprobación ficta de la requisitoria, y por ende, el único actuar debido para la Administración será suministrarla, y luego, el único actuar posible para el Juez será controlar el ajuste de la Administración a ese efecto creado por la ley, para, en caso de incumplimiento, ser irremediamente el brazo ejecutor de la misma, ordenando la entrega.

Así las cosas, una Administración tributaria a la que se le piden los estados contables de un contribuyente y por mera desidia no responda, debería entregar esa información, y el Juez, limitarse a ordenar su entrega.

Esta interpretación es posible que se extraiga, además, del hecho de que el legislador no ha hecho salvedad alguna, y donde no hay excepción legal, no puede hacerla el intérprete.

Sucede que, frecuentemente, el legislador actúa y se manifiesta sobre un tema en específico. El que no haya salvedades a su ámbito de aplicación no quiere decir que ha considerado ese derecho o situación como superior a otras. Será tarea del intérprete desentrañar los tejidos de las disposiciones consagradas.

En el presente caso, la ficción jurídica del silencio positivo tiene todos los atributos de una erradicación de la realidad, pero no es la realidad, y por ende su alcance es acotado al supuesto planteado. Porque la respuesta positiva no es sino una herramienta de satisfacción de un interés. Pero esto no quiere decir que se trate de un interés "sagrado" frente a los restantes intereses individuales involucrados.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno debió resolver en un caso donde se planteó esta dificultad de manera muy clara: se planteó una solicitud de acceso a la información pública por parte de un periodista, respecto de los tributos pagados en la importación de máquinas tragamonedas.

En ella el Tribunal, siguiendo precedentes pronunciamientos de su similar de 3° Turno, sostuvo que a partir del silencio positivo “*esa vía procesal no queda restringida a un amparo automático por la simple constatación del vencimiento del plazo, pues el Tribunal interviniente, en ejercicio de su poder-deber jurisdiccional, ha de aplicar la normativa al caso concreto, sin hallarse limitado por la actividad o inactividad administrativa ni obligado por las razones jurídicas que puedan motivarla. Incumbe a todo órgano jurisdiccional el poder-deber de decidir sobre la procedencia jurídica de la pretensión que ante el mismo se haya formulado, de determinar si se configuran efectivamente los supuestos constitucionales y legales del acceso a la información petitionado, si el objeto de la pretensión es lícito o no, si asiste legitimación al solicitante y a la parte demandada, etcétera*”

Un ejemplo por el absurdo permitirá comprender lo expuesto: si se petitiona el acceso a la historia clínica de un paciente de una institución de salud pública, contra la voluntad de éste; y la Administración omite pronunciarse, o lo hace tarde denegando la información, opera el vencimiento del plazo legal, pero de todos modos no procede el acceso a aquélla, porque vulnera la reserva legalmente impuesta en protección de los derechos del paciente, ya que no se trata en realidad de información de acceso público, a pesar de que un órgano público se halle en posesión de la misma. Y por el solo hecho de que haya vencido el plazo, no se enerva la potestad de denegar posteriormente el acceso en forma expresa y fundada, ni la del órgano jurisdiccional de revisar tanto los fundamentos de la solicitud como los de la denegatoria (si existió) resolviendo con independencia acerca de la procedencia o no de la pretensión. La ley prevé que al vencimiento del plazo se podrá acceder a la información, pero ello es sin perjuicio de que se verifiquen los demás supuestos legales de procedencia de ese acceso, para determinar la compatibilidad de la solicitud con el orden jurídico.”³²

Porque también estará en juego la intimidad del titular de esa información, y además, su derecho a contradecir en un procedimiento o proceso, la legitimidad del interés del solicitante frente al suyo propio.³³

Este matiz, que hemos señalado en su relevancia para otros aspectos interpretativos en materia de tutela jurisdiccional efectiva³⁴, también se refleja en aspectos colaterales de frecuentes procedimientos seguidos por las autoridades tributarias.

En efecto, cuando se investiga a una persona respecto de su carácter de integrante de un posible o pretendido “conjunto económico”, será necesario que la Administración recabe información de diferentes contribuyentes, formalmente diversos pero respecto de

³² Sentencia 187 de 2011

³³ Esto en el caso del secreto. No necesariamente adherimos a este criterio cuando el interés protegido por el deber de reserva no está vinculado a la situación jurídica de otra persona sino del propio Estado.

³⁴ Pezzutti, Miguel y Barreiro, Pablo: Dos cuestiones respecto de la prescripción: pago posterior a su acaecimiento y los efectos de la sentencia del TCA respecto del tiempo transcurrido, en Consultor Tributario, N° 1, Ed. La Ley, 2011

los cuales habrá de indagar la existencia un vínculo.

Luego, llegado el caso, podrá concluir que existe una unidad sustantiva y considerar a sujetos distintos como uno solo, pero, ¿acaso es posible que dicte el acto que declara tal supuesto sin permitir acceder a los afectados al complejo de informaciones recabadas, bajo el argumento de que constituyen secreto tributario respecto del otro?

Esta eventual tensión entre dos o más valores o bienes (la intimidad del titular de la información; la necesidad pública de obtener datos necesarios para la determinación de la idoneidad de la liquidación fiscal que efectúa el contribuyente; el derecho de defensa del afectado por la información de un tercero) puede ser superada por una visión que cohesione los posibles conflictos, rechazando soluciones que por simples resulten tan atractivas como condenatorias de los derechos individuales de un sujeto.

1.3. Análisis desde el Secreto de las Administraciones Tributarias

Proponemos analizar el tema desde el secreto tributario.

Ello porque este instituto constituye un estatuto especial, legalmente dispuesto en atención a la protección de un bien jurídico determinado, de cuyo alcance, a título de excepción, dependerá cuando la Administración puede negarse a revelar información.

Fuera de ella, todo será públicamente accesible salvo, obviamente, en los casos de reserva o confidencialidad.

El principio de restricción en el acceso a la información obtenida por las autoridades fiscales es un paradigma prácticamente indiscutido.

En general la visión desde el Derecho Tributario lo relaciona con una especie de equilibrio entre las facultades del Fisco y la confinaba que en ellas deposita el ordenamiento frente a la intimidad del contribuyente. En los últimos tiempos, además, se ha reconocido esta cuestión desde la perspectiva de los nuevos desafíos derivados del intercambio de información tributaria entre los gobiernos como corolario del proceso de transparencia fiscal internacional.

La confidencialidad de la información sobre el contribuyente siempre ha sido un pilar fundamental de los sistemas tributarios. Para tener confianza en su correspondiente sistema tributario y cumplir con sus obligaciones dentro del marco de la ley, los contribuyentes deben tener la seguridad de que la información financiera, a menudo delicada, no se revela de manera inapropiada, ya sea intencionadamente o por accidente. Los ciudadanos y sus gobiernos solo podrán tener confianza en el intercambio internacional si la información intercambiada se utiliza y revela únicamente de conformidad con las bases del acuerdo por el cual se produce el intercambio. Al igual que en el contexto nacional, se trata de una cuestión que se vincula al marco jurídico y a la existencia de sistemas y procedimientos vigentes que garanticen que en la práctica se respeta la legalidad, y que no se revela ningún tipo de información sin autorización. Aquello que se aplique en el contexto nacional, en lo referente a la protección de la confidencialidad de la información

fiscal, se aplicará igualmente en el contexto internacional.³⁵

La OCDE ha formulado recomendaciones como guía práctica para los administradores públicos que, por otra parte, corroboran esta preocupación.

“1. Los países deben garantizar que los instrumentos que permiten el intercambio de información fiscal requieran expresamente que se mantenga el carácter confidencial de dicha información.

2. Los países deberán contar con una legislación vigente para poder garantizar que la información intercambiada por tratado fiscal u otro mecanismo de intercambio de información sea confidencial de conformidad con las obligaciones del correspondiente convenio.

3. La legislación nacional (por ejemplo, la libertad de información o el acceso a la información) no debe requerir ni permitir la divulgación de la información obtenida por convenio fiscal u otro mecanismo de intercambio de información de manera que resulte incompatible con las obligaciones de confidencialidad presentes en el mecanismo.

4. Deben existir sanciones suficientes en el momento en el que se detecte violación de las obligaciones de la confidencialidad para poder impedir tal comportamiento. Las sanciones deben darse a conocer, ser lo suficientemente contundentes como para tener un efecto disuasorio y garantizar que las violaciones reciban un tratamiento efectivo.³⁶

A partir de los aportes de ambas ciencias jurídicas, podría decirse que el Secreto Tributario opera como una prerrogativa en menos derivada de la particular potestad pública que ostentan las Administraciones Tributarias, a las que el ordenamiento les permite interferir en la esfera de la intimidad de los sujetos pasivos, obligándolos a prestar determinado nivel de información que no requiere siquiera del consentimiento de aquellos para ser conferida, y más aún, en determinados supuestos, su ocultación o adulteración opera como supuestos infraccionales o delictuales que la normativa condena.

De este modo, en resumidas cuentas, opera como equilibrio entre un poder público y la restricción de la libertad que por él se opera, frente a la intimidad de los sujetos afectados.

2. El secreto tributario en nuestro régimen jurídico.

Asumido que el secreto tributario es una derivación del derecho a la intimidad y a la protección de los ámbitos privados del individuo, y por ende del art. 72 de la Constitución, puede concluirse que el art. 47 es una norma que reglamenta este derecho a la intimidad. Pero de modo alguno lo consagra.

A nuestro juicio, el secreto de las Administraciones Tributarias existiría aún sin que el art. 47 del CT se hubiera consagrado.

³⁵ “Garantizando la confidencialidad. GUÍA DE LA OCDE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN OBJETO DE INTERCAMBIO CON FINES FISCALES”. p. 5.

³⁶ Ibidem, p. 29

2.1. Alcances

A los efectos de analizar el instituto proponemos separarlo en sus aspectos más salientes (esto es, subjetivos, objetivos y temporales), así como el supuesto de incumplimiento en tanto consecuencia jurídica prevista por la norma.

Esta disposición no sufrió variantes desde la aprobación en 1974, sin perjuicio de que distintas normas lo fueron perfilando con alcances diversos en atención a lo que alguna doctrina ha llamado la “perforación” progresiva del instituto.

Así las cosas, proponemos efectuar el análisis atendiendo a los elementos antedichos para facilitar su comprensión y, eventualmente, poner de manifiesto de modo organizado los problemas interpretativos que se plantean.

2.2. Aspecto subjetivo

2.2.1. Sujeto activo

El sujeto activo del secreto tributario no es la *Administración*. En efecto, este secreto no es un estatuto protector del poder público sino y en todo caso, una “prerrogativa en menos”.

El sujeto activo es el titular de la información (objeto) que se encuentra protegida por el secreto tributario, y por ende, quien puede exigir el cumplimiento.

Al respecto puede ser una persona física o jurídica, ya que el art. 47 no distingue en el punto. Podría discutirse si las personas jurídicas gozan del régimen protector de los derechos inherentes a la persona humana³⁷, pero lo cierto es que el art. 47 no distingue por lo que se trataría de una norma más protectora en tanto alcanza al individuo como a las instrumentalidades –estructuras u organizaciones intermedias– de las que se sirve para realizarse.

Sin embargo, una cuestión interesante es la de si las actuaciones de las Administraciones tributarias en personas públicas están alcanzadas por el secreto tributario.

Podría sostenerse que, en atención al principio que venimos de sostener previamente para las personas físicas o jurídicas, al no estar distinguido por el art. 47, no pueden distinguir el intérprete.

Sin embargo, a poco de atender al bien jurídico que se tutela (intimidad en sentido amplio) surge claramente que no puede considerarse protegida por el derecho a la intimidad aquella información que precisamente queda alcanzada en el ámbito de la publicidad conforme dispone el art. 2º de la Ley 18.381.

Por ende, las actuaciones fiscales en otros órganos estatales, salvo en lo que contenga

37 En nuestra opinión, están alcanzados por todos los derechos de las personas físicas, salvo en los que ello resulte incompatible conforme su naturaleza.

información que *per se* deba calificarse como reservada o confidencial³⁸, puede (y debe) ser accesible ya que no se encuentra alcanzada por el secreto tributario u otro derivado de una norma expresa.

Lo propio cabría considerar respecto de las actuaciones en personas públicas no estatales, ya que ellas también se encuentran alcanzadas por el citado art. 2° de la Ley 18.381.

Una cuestión más difícil de resolver es la relativa a las personas privadas estatales. Entendemos que debe efectuarse una distinción: en aquellas en las que el Estado desarrolla actividad como accionista único (individualmente o asociado con otras personas jurídicas estatales o no estatales), el principio debe ser el acceso, puesto que en ese caso la personería de derecho privado no es más que una instrumentalidad, admitida en su caso por el ordenamiento, que resulta ineficaz para alterar la verdadera naturaleza de los sujetos involucrados; en el caso de verdadera participación estatal junto a privados (en particular la hipótesis del art. 188 num. 3 y 4 de la Constitución de la República), la circunstancia de que existan socios privados enerva, salvo norma en contrario, la posibilidad de que el fisco revele la información a la que ha accedido.

Ahora bien, admitido que el sujeto activo es titular de la información protegida, nada en nuestro ordenamiento indica que se trate de un derecho indisponible y por ende, puede ser relevado.

El TCA ha admitido indirectamente este punto al sostener que “*al no poseer este Cuerpo norma legal habilitante para relevarle del secreto tributario, ni constar en autos, que el citado Dr. XX autorizó el levantamiento del secreto tributario, resulta inconducente el diligenciamiento del medio de prueba referido*” (resaltado nuestro).³⁹

Esta cuestión, a nuestro entender, repercute en el concepto de actuación debida en los supuestos de eventual conflicto o sacrificio de derechos de los particulares, según se verá más abajo.

2.2.2. El sujeto pasivo

El art. 47 consagra la obligación de guardar secreto para “La Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen”.

i. Qué ha de entenderse por “administración tributaria”?

La primera aproximación al concepto es relativamente sencilla: todo órgano actuando en función administrativa⁴⁰ que cumple cometidos vinculados a la percepción o administración de ingresos tributarios⁴¹.

38 El tema resulta complejo cuando además, esa información refiere a otros contribuyentes que verifican en forma conjunta el hecho generador (por ejemplo, información de los empleados respecto de los aportes al Banco de Previsión Social)

39 Sentencia 898 de 2011

40 Delpiazzo, Carlos: *Derecho Administrativo Uruguayo*, Ed. Porrúa, 2005, p. 29;

41 Montero Traibel, José Pedro. *Derecho Tributario Moderno*. Tomo II. P. 467. Este autor manifiesta la posible distinción, sin tomar decidido partido en favor de ninguna de ellas, entre un concepto amplio y uno restringido, siendo este último limitado a quienes realizan actividades recaudatorias.

ii. ¿Administración o administraciones tributarias?

Algunas complejidades pueden percibirse a poco que se profundiza el análisis.

La primera, surge de la circunstancia de que el concepto de Administración tiene dos posibles alcances: uno vinculado a la función que se desarrolla, otro vinculado a la organización.

Y en este segundo plano, la idea de Administración Tributaria debe, en primer término descartar toda confusión con la de personería jurídica pública. En efecto, la norma del art. 47 no crea una persona jurídica, ni tiene los alcances que usualmente otros ordenamientos adjudican al concepto de Administraciones Públicas.

Pero la cuestión central es si se refiere a cada Administración entendida en tanto órgano, o si el concepto puede ser más amplio.

Esto no resulta una distinción menor, puesto que si se considera que el concepto alude a un único sistema, los intercambios de información a su interior no significarían una "revelación" en sentido estricto, pues no hay un tercero, sino circulación meramente interna.

Creemos que el tema debe ser analizado con cautela, y que sin perjuicio de determinados matices, el concepto de Administración Tributaria coincide con un órgano.

La organización administrativa en nuestro derecho positivo parte de la asignación de personería jurídica pública a determinadas estructuras. Ella determina la presencia de cuatro –al menos– "tipos" de personalidad pública estatal, conforme reconoce el art. 24 de la Constitución de la República: el Estado, los servicios descentralizados, los entes autónomos y los gobiernos departamentales.

Dentro de ellos, existirán órganos que cumplen función administrativa, a los que llamaremos Administraciones de un modo descriptivo. Tales estas estructuras tienen vínculos organizativos que las relacionan pero que en muchos casos impiden considerarlas como una unidad, puesto que dicha unidad derivará, a nuestro entender de la competencia asignada a la estructura como un todo.

Por ende, no existe traspaso de información de estas administraciones hacia fuera de ellas –es decir, otros órganos sin competencia tributaria sobre los ingresos de que se trate– sin que se viole el secreto tributario, salvo norma legal expresa.

Nuestra postura no implica la censura de la interconexión de la administración o administraciones como herramienta de eficiencia. Se trata en todo caso de apreciarla desde la perspectiva de una norma claramente restrictiva, que consagra una excepción al principio de intercambio de información, y por ende que debe ser apreciada en relación a los fines garantistas que persigue. Por ende, si la intimidad es el valor resguardado, cualquier intercambio fuera del ámbito estricto dentro del que ha sido autorizado, afecta la legitimidad de ese procedimiento.

Esta, por otra parte, parece ser la interpretación que el derecho positivo pregona, ya que distintas normas consagraron la expresa autorización de intercambio de información relevando el secreto tributario⁴². Si el principio no fuera el que propugnamos, entonces las normas legales señaladas serían superfluas.

Pero el punto amerita un nivel adicional de análisis.

Queda claro que no es admisible el traspaso de administraciones tributarias a otros órganos que no constituyan administraciones tributarias –aunque integren el mismo sistema orgánico–, o que aun siendo administraciones tributarias, pertenezcan a otras personas jurídicas públicas.

El primer caso, sería por ejemplo, el de información requerida por el Ministerio del Interior a la DGI respecto de una empresa determinada. El segundo, el caso de una Dirección de hacienda de un Gobierno Departamental que solicite a la DGI información sobre determinado contribuyente.

Ahora bien, también debemos considerar que existe separación de poderes como principio derivado de la forma republicana de gobierno y como consecuencia de ello, poderes de control entre los distintos poderes de gobierno. Por otra parte, dentro de determinados sistemas orgánicos, el vínculo preponderante es el de la jerarquía y la competencia, eventualmente, asignada al sistema.

Ello nos obliga a matizar la idea de coincidencia absoluta entre órgano y Administración Tributaria.

Analizaremos estos dos supuestos seguidamente.

a. Secreto tributario y pedido de informes parlamentarios.

El art. 118 de la Constitución de la República regula la solicitud de informes que cualquier legislador puede cursar a un Ministro. Por otro lado, la actuación de las comisiones investigadoras que regula la Ley 16698, de 25 de abril de 1995.

¿Debe invocarse por la Administración el secreto sobre la información tributaria en estos casos?

Por un lado, podría sostenerse que en estos casos, y en particular en el de las Comisiones investigadoras, el Parlamento cumple funciones de control y por ende, de administración pasiva. Así las cosas, si se admite que el control administrativo forma parte de

⁴² Ver, p.e., art. 16869, art. 4 que autoriza el intercambio de información entre el BSE, BPS y DGI. Recientemente, la Ley N° 19.149 del 24 de octubre de 2013, que en su artículo 275 estableció: “Agregase a la nómina de organismos autorizados a intercambiar información de conformidad con el artículo 4° de la Ley N° 16.869, de 25 de setiembre de 1997, a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social y a la Dirección Nacional de Aduanas.

El intercambio de información entre estos organismos, se realizará acorde con lo dispuesto en los artículos 157 a 160 de la Ley N° 18.719, de 27 de diciembre de 2010 y el Decreto N° 178/013, de 11 de junio de 2013.” Esta norma agrega una cierta perplejidad al asunto, desde que habilita el intercambio de información con una Administración no tributaria, como la IGTSS. Por otra parte, entendemos que se trata de un caso de desconcentración privativa, y por ende, salvo recurso jerárquico resuelto por delegación del Poder Ejecutivo, sólo acotada al análisis de dicha repartición y no del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Ello impedirá, en todos los casos, su ampliación a otros órganos dentro de la referida repartición.

un vínculo interno en un sistema, el concepto de Administración Tributaria terminaría abarcándolas.

Sin embargo, respecto de este tema, fundada doctrina⁴³ se manifestó de manera tajante en contra de la posibilidad de relevar el secreto tributario respecto de los legisladores que requieran informes.

A nuestro juicio, y sin dejar de reconocer que se trata de un tema tan sensible como discutible, esa solución de principio resulta acertada.

En efecto, si se considera que el secreto tiene fuente meramente legal, la solución propuesta sería tachable, pero en tanto asumimos que el art. 47 del CT se limita a establecer los ámbitos de aplicación de un derecho constitucional, el conflicto se planteará en relación a la protección de los derechos individuales y el acceso de los legisladores a la información que opera en poder de la Administración, la que ha sido entregada en atención a determinados fines. Y ambas cuestiones revisten jerarquía constitucional.

Y dicho conflicto no puede ser resuelto si no lo es por vía constitucional o legal. Si así no fuera, incluso la restricción consagrada en el art. 47 del CT al acotar a determinadas materias las posibilidades de levantamiento por parte del Poder Judicial, sería inconstitucional puesto que en determinados supuestos ese Poder se verá privado de ordenar la entrega de la información.

Obviamente, esta postura que habilita el rechazo de la solicitud de informe cuando se trate de información alcanzada por el Secreto tributario, no puede considerarse un salvoconducto para la Administración. Porque, a nuestros juicios y dada la relevancia de la jerarquía de las cuestiones en juego, ella deberá en todos los casos requerir la autorización para revelar el secreto al contribuyente o titular; y en su caso, abstenerse si no obtiene la dispensa del sujeto activo. Además, esto será de regla siempre que no sea posible *anonimizar* la información requerida, en cuyo caso no habrá justificación para la denegatoria.

Por otra parte, no puede perderse de vista que se trata de información que obtiene la Administración en ejercicio de poderes de una intensidad que no poseen los parlamentarios respecto de los particulares, todo lo cual nos lleva a entender que es apropiada la negativa como solución de principio, pero con la salvedad de que la administración deberá agotar las vías para obtener la dispensa del sujeto activo o, en su caso, anonimizar la información requerida. Si no agota estas instancias, expondrá en su caso a las consecuencias previstas en la sección VIII de la Constitución.

b. Secreto tributario y vínculo jerárquico.

Hemos sostenido que el concepto de Administración Tributaria coincide básicamente con el de órgano. Pero ello no puede hacer perder de vista que en determinadas situaciones el órgano competente se encuentra sujeto a jerarquía y en algunos casos, la competencia es asignada al sistema orgánico al que pertenece el órgano que caracterizamos

⁴³ Bordolli, José. *Protección de la información en materia fiscal*, en Revista Tributaria 104, set-oct 1991, p. 384

como “Administración Tributaria”.

En estos casos, el control jerárquico asigna al jerarca, necesariamente la posibilidad de controlar los actos del subordinado o en su caso incluso, de avocarse.

Así pues, el concepto de Administración tributaria incluye al jerarca cuando la competencia se atribuye al éste o al sistema (órgano subordinado y jerarca) –desconcentración no privativa–.

Así, en el caso de la DGI, no habrá secreto tributario en el control jerárquico que efectúan el Ministerio de Economía y Fianzas y el Poder Ejecutivo (en tanto órgano jerarca y no sistema) puesto que la competencia fue asignada al Poder Ejecutivo en tanto “sistema” por la propia Constitución.⁴⁴

De todos modos, existirá un punto donde siempre el jerarca, independientemente del carácter privativo o no desconcentración, será competente en la revisión: la evaluación en el recurso jerárquico. En este caso, se ratifica la idea de que el concepto de Administración Tributaria no abarca sólo al órgano, sino también, en los supuestos previstos legal o constitucionalmente, a su jerarca.

En conclusión, podemos sostener que a los efectos del art. 47 del CT, Administración Tributaria *es todo órgano perteneciente a una persona pública (estatal o no estatal) que en ejercicio de función administrativa y cumpliendo un cometido vinculado a la actividad tributaria (en principio, la percepción y administración de recursos tributarios) obtiene o recibe información de los sujetos pasivos contando para ello con facultades típicas del Derecho Público. También lo son los órganos jefes de aquellas que poseen facultades para controlar o avocarse respecto de dichas competencias que han sido conferidas a un órgano subordinado en el ámbito de su sistema orgánico.*

iii. ¿Son obligadas al secreto las Administraciones tributarias departamentales y las que recaudan tributos aduaneros?

No compartimos la interpretación que postula la exclusión de los Gobiernos Departamentales y de las administraciones de tributos aduaneros del ámbito operativo del secreto previsto en el art. 47, en virtud de que el art. 1 del C.T. los excluye de dicho cuerpo normativo.

Podríamos fundar la oposición en la tesis que niega a los Gobiernos Departamentales la facultad de limitar derechos individuales fuera de lo que establezca el art. 297 de la Constitución (creación y recaudación de tributos departamentales). En efecto, a nuestro juicio la competencia conferida por la Constitución no incluye la reglamentación de los alcances de las obligaciones que surgen luego de verificado el hecho generador, ni las potestades públicas de las autoridades llamadas a su ejecución o verificación. Estas cuestiones no están alcanzadas por la autonomía de los Gobiernos Departamentales y por ende son, a nuestro juicio, reservadas estrictamente a la Ley Formal.

⁴⁴ El giro constitucional del num. 18 del Art. 168 ratifica el criterio de que la competencia es al sistema, al expresar: “Recaudar las rentas que, conforme a las leyes deban serlo por sus dependencias, y darles el destino que según aquellas corresponda.”

Aun así, cabe despejar la la duda de si puede tratarse de poderes implícitos asignados al legislador departamental a partir de la potestad tributaria.

BALARINI sostuvo al respecto que la clave radica en observar si los poderes implícitos están comprendidos en la legalidad o legitimidad, tal como lo propone la expresión gramatical, o si en realidad son una brecha indebida, una ampliación en los poderes sin base alguna (“no serán una falsa expresión del lenguaje como afirma Gordillo en otros conceptos?”⁴⁵).

En materia de urbanismo, decía, existe “un verdadero derecho primario a la ciudad, no contemplado en las declaraciones de Derechos”, que apodera a la organización política de competencias para decidir sobre los elementos definitorios.

Pero en este punto, los Gobiernos Departamentales carecen de facultades o poderes implícitos para limitar los derechos particulares que no dicen relación directa con los aspectos patrimoniales del recurso tributario, sino que hacen a la regulación directa de la seguridad jurídica o, en su caso, la intimidad. Por otra parte, se trata de una materia que no les correspondería de principio por no revestir el carácter de municipal.

Aunque quizás no sea necesario ingresar en un tema cuya polémica excede los alcances de este análisis, para fundar nuestra postura y la solución pueda hallarse de manera más sencilla.

Si el art. 47 no es la fuente del secreto tributario sino tan solo, la reglamentación de los alcances de una de las tantas facetas derecho a la intimidad de los individuos en sus relaciones con las Administraciones Tributarias que viene reconocido por el art. 72 de la Carta, entonces la cuestión del art. 1° del CT cambia de perspectiva en los casos en que los Gobiernos Departamentales no hayan regulado el tema por vía de Decretos de la Junta Departamental con fuerza de Ley.

En estos casos, el razonamiento apropiado sería el de partir de la sostenida premisa de que estamos frente a un derecho subjetivo frente a las autoridades, que impone por ende una actuación a las autoridades públicas cuyos alcances no está precisado por norma legal expresa.

El art. 332 de la Constitución de la República establece que *Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.*

Pues bien, teniendo derecho los individuos al resguardo de su intimidad, en particular respecto de aquellas informaciones que hayan sido obligados a dar a las autoridades públicas, el deber de sigilo o reserva se deriva de la protección de aquél.

45 Balarini, Pablo: *Constitucionalidad del poder de policía de la edificación de los gobiernos departamentales*. Revista de Derecho Público N° 2, FCU, p. 151

Solo resta saber hasta dónde resulta operativo. Y para ello, ¿qué norma reviste mayor alcance de analogía que el art. 47 del CT?

Así las cosas, el secreto tributario con los alcances del art. 47 del CT resulta aplicable a Gobiernos Departamentales.

Y esta conclusión se aplica, sin dificultades ni restricciones a las autoridades tributarias en materia aduanera.

iv. “los funcionarios que de ella dependen”

El art. 47 del CT vincula también a los “funcionarios” que dependen de las administraciones tributarias.

Si bien el concepto de funcionario no está delimitado, una interpretación contextual nos lleva a sostener que aplica en el caso el concepto amplio de funcionario público consagrado por el art. 8° de la Ley 17.060, modificativo del art. 175 del Código Penal.

En efecto, en general la doctrina nacional ha admitido que el concepto de funcionario público tiene alcances relativamente e incluye a distintas modalidades de incorporación a la administración.⁴⁶

Por otra parte, dado que el art. 1° del CT aplica estas previsiones a las Personas Públicas no Estatales, el concepto de funcionarios debe necesariamente alcanzar a sus trabajadores.

Por ende, estarán obligados a mantener secreto todos los individuos “*que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal*”

El art. 47 del CT designa los sujetos pasivos del secreto tributario, pero ello no exonera a la Administración de su responsabilidad en los casos de revelación por parte de terceros que pudieran haber accedido a la información como resultado de un vínculo contractual con la Administración.

En estos casos, es frecuente que las Administraciones tributarias incluyan una mención especial en sus contratos de servicios u obras, el traslado de los deberes emergentes del art. 47 del CT.

Esta cuestión ha asumido nuevos ribetes desde que los Estados han comenzado a aprobar convenios de intercambio de información.

La OCDE ha emitido una serie de sugerencias, a las que parece útil referir:

5. Existirán políticas y procedimientos exhaustivos sobre la confidencialidad de la información

⁴⁶ Sayagués Laso, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª. Ed. 1987, p. 263; Rotondo, Felipe: *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª. Ed, Ed. Del Foro, 2009, p. 198.

fiscal, se deberán revisar regularmente y estar refrendadas al más alto nivel de la administración fiscal. Asimismo, deberá quedar claro a quién se atribuye la responsabilidad de la implementación de la política dentro de la administración.

6. Todas las personas que cuenten con acceso a la información confidencial deberán ser sometidas a verificaciones de antecedentes o controles de seguridad.

7. El contrato laboral o el acuerdo de empleo deberá contener disposiciones relacionadas con las obligaciones del empleado en lo que respecta a la confidencialidad de la información fiscal y, además, dichas obligaciones no cesarán una vez finalizada la relación de empleo. Los consultores, prestatarios de servicios y contratistas estarán obligados por contrato a cumplir con las mismas obligaciones que los empleados (ya sea a tiempo completo o de manera temporal) y dichas obligaciones prevalecerán más allá del período de contrato o colaboración.

8. Los empleadores deberán ofrecer formación y recordatorios de forma regular explicando las responsabilidades del empleado en relación con la información fiscal confidencial, determinando claramente dónde pueden obtener ayuda en caso de que tengan preguntas o necesiten consejo.

9. Los locales, o las zonas dentro de las instalaciones, en las que se encuentre la información fiscal deberán ser seguras y no accesibles por parte de personas no autorizadas.

10. Toda situación de almacenamiento, circulación, acceso o eliminación de documentos que contengan información confidencial (tanto en formato papel como electrónico), deberá realizarse de forma segura y garantizando la confidencialidad de los documentos.

11. Deberán existir políticas y procedimientos para la gestión de divulgaciones de información confidencial realizadas sin autorización. En caso de producirse cualquier tipo de divulgación no autorizada, se abrirá una investigación y se deberá redactar un informe completo que incluya recomendaciones. Las recomendaciones que figuren en el informe velarán por mantener un alto grado de confianza de que los cambios, una vez realizados, ofrezcan la garantía de que no produzca una violación similar en el futuro. Se aplicarán las sanciones presentes en la legislación nacional a la persona o personas responsables, con la intención de impedir que se vuelvan a producir futuras infracciones.

12. Las administraciones fiscales deberán garantizar que la información enviada por una autoridad competente por correo o electrónicamente se transmite de manera segura y, en el caso de la opción electrónica, que la transmisión se realiza con el nivel de encriptación adecuado. Cuando se utilicen discos CD ROM, también deberán encriptarse.

13. Todas las solicitudes de información y toda la información que se reciba deberán ser archivadas de forma segura. Se controlará estrictamente el acceso y se actuará según el principio de la "necesidad de conocimiento". Cuando se utilice un sistema informático, el acceso deberá realizarse mediante un nombre de usuario y una contraseña individuales. Resulta conveniente que el sistema deje una huella dactilar electrónica que permita la identificación de los funcionarios de la agencia tributaria que acceden a los archivos. Cuando se guarde la información en formato papel deberá ubicarse en un archivador cerrado con llave y de acceso restringido.

14. Las autoridades competentes deben tomar precauciones al archivar o enviar información intercambiada a otros entes dentro de la administración. Solo se debe enviar la información que resulte necesaria y se deberá identificar claramente como información recibida por parte de un país firmante de un convenio, destacando que existen restricciones sobre su uso y divulgación⁴⁷

Estas reglas se ofrecen como guía razonable a seguir por las Administraciones tributarias, pero más aún, representan un modelo de “buena administración” en la materia, cuya violación difícilmente pueda no ser calificada como “falta del servicio”.

2.3. Aspecto objetivo

El CT establece que el objeto del secreto recae sobre “las informaciones”.

Va de suyo que la amplitud del concepto permite que esta noción se defina en los términos que hace el Decreto 232/010, como todo “archivo, registro o dato contenido en cualquier medio, documento o registro impreso, óptico, electrónico, magnético, químico, físico, o biológico que se encuentre en poder de los sujetos obligados”.

Esta definición se vincula adecuadamente a la información como contenido, con independencia del soporte en que se encuentra.

Así las cosas, información no es lo mismo que expediente.

Esta precisión es relevante, porque en su caso, el expediente puede ser desglosado y cierta información que no revele datos del sujeto pasivo, o que haciéndolo no permita asociarla con él, no quedará alcanzada por el secreto tributario.

El TCA, si bien en algún caso tuvo una postura un tanto restrictiva asimilando información a expediente⁴⁸, recientemente aplicó con toda prudencia el precepto legal y consideró que no existía secreto tributario en el caso de un informe solicitado por un tercero respecto de la conducta de la DGI en casos similares al suyo⁴⁹.

Nos permitimos reproducir los resultandos del fallo por ser los detalles altamente relevantes en el presente caso:

“.....comparece la parte actora ofreciendo (*prueba*) y solicitando en el apartado 2° de su escrito se intime a la demandada para que informe a través de su División Técnico Fiscal si existen antecedentes en los cuales la DGI haya relevado de la responsabilidad solidaria del artículo 21 del CT a representantes de sujetos pasivos que hayan probado su cese en tal calidad en fecha anterior a la de su comunicación al Registro Único de esa Dirección, en virtud de haberse probado la efectividad de ese cese en esa fecha anterior, o si, por el contrario, esa Administración ha considerado invariablemente como fecha de cese en tal calidad, la de comunicación a ella del cese, independientemente de la fecha en que realmente se produjo. III) comparece la demandada en plazo, deduciendo

47 MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON FINES TRIBUTARIO: Aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE el 23 de enero de 2006.

48 Sentencia 346 de 2005

49 Sentencia 374 de 2010

oposición a lo solicitado por la actora en el referido apartado 2° de su escrito. Adujo que lo solicitado es improcedente puesto que a efectos de analizar la responsabilidad solidaria conforme al art. 21 del CT deberá estarse a la prueba que surja de los antecedentes administrativos y que se produzca en autos, careciendo de objeto lo solicitado puesto que la respuesta surge de los propios antecedentes agregados. Además **la solicitada es inadmisibile puesto que es un medio de prueba prohibido por la ley, conforme el deber de secreto tributario impuesto a la DGI y establecido en el art. 47 del CT**"

Y el Tribunal rechazó la oposición del Fisco, atendiendo a que en *"un análisis liminar de la demanda y los dichos del actor al evacuar el traslado de la oposición a la prueba, no advierte que lo solicitado sea prohibido por la ley, o notoriamente dilatorio o no pertinente a la materia litigiosa"*.

En el mismo sentido se expresa la citada Sentencia 187/2011 del TAC 5°, al afirmar que al solicitarse la información de tributos recaudados en actividades vinculadas al control de la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas, y de la Dirección General de Casinos, *"Con esa conceptualización global, parece claro que se trata de información de carácter público, que se encuentra en poder de la demandada, y no se advierte que informar sobre montos totales de recaudación por los conceptos aludidos lesione normativa alguna o pueda vulnerar derechos de terceros, secreto tributario o requerir especial producción, como para que la denegatoria de información encarte en alguna de las excepciones legales."*

Es probable que en la mayoría de los casos se trate de una cuestión de prudencia al solicitar la información.

En efecto, parece extraerse de algunos casos antecedentes, que la solicitud de prueba en esta materia resulta demasiado amplia como para no vulnerar, cuando ello es procedente, lo dispuesto en el art. 47.

Tan claro resulta el hecho de que lo que califica el secreto es la vinculación de la información con una persona o personas determinadas y no el mero hecho de constar en un expediente de un tercero, que el propio Código Tributario admite el desglose de la información en el art. 54 al establecer que la consulta y retiro del expediente, permite efectuar dicha segmentación de la información.

2.4. Aspecto temporal

¿Cuánto tiempo debe permanecer el secreto de la información tributaria y desde cuando ella comienza?

La parte final parece sencilla de responder: desde que la administración tributaria obtiene la información, esto es, desde que el funcionario accede a ella en ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas, el secreto es preceptivo.

Sin embargo, la evolución tecnológica ha determinado que sea posible el envío de información por vía telemática, y con ello se produzca un eventual corrimiento de los aspectos vinculados a este tema. En estos casos, la responsabilidad estatal por la filtración

o afectación de la información secreta pese a que no pueda en rigor hablarse de violación del secreto por parte de un funcionario o del órgano, al menos en sentido positivo del concepto, generaría efectos jurídicos.⁵⁰

Si bien volveremos sobre este punto al evaluar las consecuencias de la revelación, parece claro que si el Estado establece la preceptividad de forma de remisión de información, y dicha herramienta genera filtraciones que pudieran ser evitadas, en ese caso estará comprometida al menos la responsabilidad patrimonial estatal.

Luego, por lo que refiere a la duración de la obligación de sigilo, podemos sostener que no existe límite para mantenerla.

En efecto, el art. 47 del CT no establece límites temporales al deber que insta, ni para la Administración ni para el funcionario.

En tal sentido, la doctrina del Derecho Penal ha señalado al evaluar el delito previsto en el art. 163 del CP, que la revelación de secreto punible era una conducta que accedía a una obligación que no finalizaba con la relación funcional.

Esta postura, por otra parte, cumple lógicamente con el fundamento –fin– para el que la protección de la información ha sido instaurada.

En otro plano, se ha discutido si los actos posteriores a los procedimientos administrativos, esto es, la ejecución de una decisión en materia tributaria que son reveladores de una situación preexistente, constituyen violación del secreto tributario.

A nuestro juicio, ellos no constituyen “per se” actos violatorios del secreto tributario en tanto son necesarios o debidos. La duda surge cuando se verifican actos que exceden la mera ejecución del acto para constituirse en una verdadera promoción de la política sancionatoria y celo administrativo en la recaudación tributaria (llamado frecuentemente “percepción de riesgo”).

Hemos sostenido previamente que la satisfacción del interés general no puede implicar el sacrificio del individuo tanto que sus garantías mínimas sean anuladas, y que existen supuestos en los que la mejor intencionada vocación administrativa de promoción de la actividad recaudatoria se transforma en una verdadera desviación de poder.⁵¹

Uno de esos riesgos puede verificarse en aquellos casos en que la promoción implica la difusión de imágenes televisivas de establecimientos comerciales clausurados. Y ello sin perjuicio de lo discutible que por si es la existencia de facultades para colocar una faja

50 Respecto de la vocación regulatoria y de la responsabilidad del Estado en materia de interconexión y flujo de datos, las normas de ajuste a la reforma tributaria (Ley 18910) incorporaron esta disposición: *ARTÍCULO 14.- El Poder Ejecutivo podrá fijar reglas y patrones técnicos que aseguren la compatibilidad, interconexión e interoperación de las redes de transacciones electrónicas, así como el correcto y seguro funcionamiento de los equipos que se conecten a ellas y de los instrumentos de pago que utilicen las redes. La Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) establecerá los criterios para controlar la efectiva aplicación de dichas reglas y patrones. Las tarifas de interconexión deberán establecerse de común acuerdo entre las partes; en caso de no existir acuerdo, la URSEC establecerá las tarifas a aplicar.*

51 Pezzutti, Miguel: “Principios que guían la formación de la voluntad de la Administración Tributaria de denunciar ante la Justicia Penal la comisión del delito de defraudación tributaria”, en Revista Tributaria N° 199, p. 475 y sgts.

visible que evidencie la existencia de clausura.

Al respecto, la doctrina ha señalado con toda prudencia que esta hipótesis, prevista para los casos del art. 671 de la Ley 15.809, y el Decreto reglamentario 597/88 –establecimientos por temporada o que no cuentan con previa registración– no puede ser extendida sin más para los casos del régimen instaurado por la Ley 16.134 y sus modificativas.⁵²

2.5. Excepciones y levantamiento

El art. 47 establece que la información sólo puede revelarse a la Administración Tributaria y a la justicia en materia de menores, familia o penal.

La expresión Administración Tributaria refiere, obviamente, al supuesto de los funcionarios. Éstos no configuran violación del secreto cuando revelan los informes a la administración de la que dependen.

Por lo que refiere al Poder Judicial, fuera de los casos e hipótesis previstas, no es posible el levantamiento del secreto tributario. Ello incluye al TCA, el que reiteradamente ha afirmado que carece de facultades para relevar este secreto.

Resulta claro que no se requiere levantamiento cuando se trata de una causa del propio sujeto activo, esto es, cuando el contribuyente titular de la información alcanzada por el secreto acciona para obtener la nulidad de un acto.

Así el TCA sostuvo que la declaración testimonial de los funcionarios intervinientes en el procedimiento en una causa iniciada por el contribuyente, no está amparada por el secreto tributario.⁵³

En algunos otros casos, el Tribunal –si bien ha afirmado que carece de competencia para relevar el secreto tributario frente a determinada información– manifestó que “se reserva la facultad de ordenar su diligenciamiento para mejor proveer, o de un Ministro hacer lo propio para mejor estudio, conforme a lo dispuesto por el inciso 2° del art. 74 del Decreto Ley No. 15.524, de ser ello posible sin atentar contra el espíritu de la precitada disposición legal”⁵⁴

Fuera de estos supuestos, se ha dispuesto no ya la facultad del levantamiento, sino un verdadero sistema de excepciones (que algunos autores llaman de “perforaciones”) al principio del secreto de las actuaciones.

De todas ellas, quizás la más interesante sea la del art. 460 la Ley 17930, en tanto habilita la publicidad de contribuyentes que ingresen en situación de defraudación⁵⁵.

52 GUTIERREZ, Adrián, “La Clausura Tributaria”, FCU 2008, p. 422.

53 Sentencia 345 de 2004

54 Sentencias 446 y 514 de 2005

55 Artículo 460.- *Facúltase a la Dirección General Impositiva (DGI), con aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, a dar a publicidad los casos de defraudación tributaria cuando el monto de los impuestos defraudados más las sanciones previstas en el artículo 93 y siguientes del Código Tributario excedan un monto de UI 1.700.000 (un millón setecientos mil unidades indexadas) o cuando, sin alcanzar dicho monto, la naturaleza de los actos incluidos en la hipótesis de defraudación, afecten el interés general, de conformidad con lo determinado en la respectiva resolución fundada de la Dirección General Impositiva (DGI). No regirá a estos efectos para la*

En tales casos, y sin perjuicio de la deficiente redacción de la norma legal, hemos sostenido que no puede hacerse efectiva dicha medida sino hasta que exista acto firme, es decir, resolución que determine la existencia de la infracción que haya sido consentido por la no interposición de recursos, o por la no presentación de acción de nulidad luego de agotada la vía administrativa, o por la confirmación del acto por el TCA.

La razón es sencilla. No se trata de un alegato en contra de la ejecutividad de los actos administrativos y su virtualidad para producir efectos que no se suspenden, por regla, frente a los recursos administrativos.

Es que en realidad no es un acto de ejecución de la determinación, sino una facultad diversa. Y ella sólo puede ejercerse en un estado de certeza derivado de la firmeza del acto, ya que solo entonces podrá decirse que hubo “defraudación”. Antes habrá un acto que carece de la nota de estabilidad y por ende, pasible de revisión. Si el juicio ejecutivo tributario se suspende por la interposición de la acción de nulidad, parece lógico que en este supuesto, también se aguarde a dicho estado de certeza para efectuar la publicidad.

Y por ello, si se produjese la publicación de nombres que derivan de imputaciones que luego son anuladas por el TCA, se derivará una irremediable violación del secreto consagrado en el art. 47.

En otro ámbito, es digna de análisis la situación generada por creciente práctica de suscripción de convenios de intercambio de información tributaria entre distintos países, al influjo de la creciente globalización en la materia⁵⁶.

La OCDE tiene sostenido que secreto fiscal hace referencia a las disposiciones del derecho nacional que garantizan que la información relativa a un contribuyente y a sus asuntos, permanecerán confidenciales y están protegidas frente a la divulgación desautorizada. Es, por tanto, fundamental para la cooperación en materia de intercambio de información que dicha información confidencial siga disfrutando de un nivel similar de protección cuando sea objeto de intercambio con otros países. Por esta razón cualquier información facilitada por una parte contratante debe ser tratada de manera confidencial

Dado que la confidencialidad está garantizada por el instrumento de intercambio de información y por la legislación nacional aplicable en el país que la recibe, el suministro de información no puede ser rehusado argumentando que dicho intercambio podría contravenir las normas nacionales sobre secreto fiscal.⁵⁷

En el Reino Unido, por ejemplo, cuando existen discrepancias entre la ley nacional y los convenios internacionales, la legislación que incorpora los tratados en la ley nacional específica que el convenio tiene prioridad sobre la misma.

En Dinamarca y Suecia existe legislación que establece que cualquier tipo de restric-

administración, la obligación establecida en el artículo 47 del Código Tributario.

56 En amplio, nuestra opinión al respecto se encuentra publicada en el análisis sobre la relevancia del Derecho Administrativo Global en los tratados de intercambio de la información tributaria. Revista Tributaria 238, ver cita 58.

57 MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON FINES TRIBUTARIO: Aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE el 23 de enero de 2006

ción impuesta por el Estado requerido sobre el uso de la información recibida se aplicará incluso en el caso de que contradiga lo estipulado por su ley nacional.

En Estados Unidos, en cambio, si los requisitos de confidencialidad con arreglo a la ley nacional son más restrictivos que los requisitos de confidencialidad presentes en un acuerdo internacional, se utilizará el requisito más restrictivo contenido en la ley nacional.

A nuestro modo de ver, toda resolución que decide intercambiar información con otra administración requiere la certidumbre previa de que quien recibe la información dará el mismo tratamiento que tenía bajo el régimen en el que fue colectada. Si así no fuere, no se tratará de una cuestión de primacía del convenio sobre el ordenamiento interno, sino de la definición de qué se incumplirá. Y a nuestro juicio, la centralidad de la persona y su corolario, tutela de derechos subjetivos de modo efectivo, determinará que el Estado requerido deba optar por incumplir la norma de rango internacional.

Claro, además, que deberá existir siempre una instancia previa de control por parte del administrado.

En este sentido, el Decreto 313/011 consagró adecuadamente la vista previa de la solicitud formulada por el Fisco extranjero, aunque luego la limitó –de modo discutible– mediante el Decreto 378/013, a aquellas personas cuya información se requiera y tengan constituido domicilio ante la DGI.

Sin perjuicio, a nuestro entender la revelación de información a una autoridad extranjera sin que se cumplan los requisitos procedimentales ajustados a la Convención y a las normas de protección interna de los Derechos Humanos, podrá considerarse violación del secreto tributario⁵⁸

2.6. Consecuencias del incumplimiento.

En caso de revelación indebida, la administración se expone a dos consecuencias posibles: la ilegitimidad de su actuación (en consecuencia la eventual anulación de los actos dictados), y la responsabilidad patrimonial frente al damnificado.

La mayoría de los regímenes comparados consagran sanciones específicas para los funcionarios infidentes.

Estas penalidades varían en su contenido, pero en general combinan aspectos disciplinarios con económicos o incluso privativos de la libertad individual.

En Francia, la sanción por revelar información secreta se castiga en el Código Penal con un año de prisión y una multa de hasta 15.000 euros. En Alemania, los funcionarios públicos que violen el secreto fiscal pueden ser castigados con pena de prisión de hasta dos años o con una multa. En Polonia, revelar información secreta está penado con privación de libertad de seis meses a cinco años. En el Reino Unido, entre las disposiciones

⁵⁸ Pezzutti, Miguel: *Intercambio de información tributaria entre Argentina y Uruguay. Ponencia a las II Jornadas Rioplatenses de Derecho Tributario*, Buenos Aires, 2013. Publicada en la Revista Tributaria N° 238, p. 37 y sgts.

sobre revelación de información se incluye pena de prisión de hasta dos años y una multa de importe ilimitado. En Nueva Zelanda, la legislación contempla penas de hasta seis meses de prisión, una multa de 15 000 dólares neozelandeses o ambas.

En Italia, un funcionario público responsable de una revelación no autorizada de información confidencial se enfrenta a penas de cárcel de entre seis meses y tres años, y si dicho funcionario ha accedido ilegalmente a las bases de datos confidenciales, las penas son de uno a cinco años de prisión.⁵⁹

En nuestro ordenamiento, la figura aplicable en estos supuestos es la de revelación de secretos (art. 163 del Código Penal), sin perjuicio de que si la revelación se verificase por motivos ajenos a la búsqueda de un fin público y donde la revelación sea herramienta para la obtención de un beneficio indebido propio o de un tercero, podría imputarse una figura diversa, como las previstas en los arts. 161 y 162 del Código (Conjunción del interés personal y del público; o abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley), con un tratamiento punitivo más grave.

Este, sin embargo, no es el único reproche jurídico que se derivará de la situación planteada. El funcionario enfrentará un claro supuesto de responsabilidad disciplinaria, con la calificación además que la propia Ley efectúa de la conducta, al reputarla de falta grave. Ello ameritará incluso, y dependiendo del supuesto de acción u omisión en el caso concreto, la eventual destitución del funcionario.

Por su parte, se verificará un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración

En efecto, la violación del secreto por parte de un funcionario mediando dolo o culpa del agente, se deriva en responsabilidad patrimonial sin dificultad, puesto que se habrá verificado una falta de servicio⁶⁰

Una cuestión diversa puede plantearse cuando la revelación no surge como conducta activa, sino como acción por omisión.

En otras palabras, ¿es la Administración responsable objetivamente de la sustracción de sus bases en las que existen datos protegidos por el secreto tributario?

La cuestión no es menor y excede la ya clásica discusión que se ha planteado en doctrina aunque casi sin mayor éxito concreta en la jurisprudencia respecto del criterio objetivo de imputación de responsabilidad al Estado.

En efecto, la extracción puede bien proceder de la falta de diligencia o culpa en el cumplimiento de deberes inherentes a la custodia de la información por medios racionales. La cuestión de la responsabilidad estatal puede verse sostenida incluso en una

⁵⁹ Fuente. Manual OCDE

⁶⁰ Aplican al caso los criterios generales en materia de responsabilidad del Estado. Nuestra opinión al respecto se incluye en el artículo publicado en la Revista Tributaria 215.; también en Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Abeledo Perrot, 2010, Tomo II, p. 313. Todo ello salvo que exista falta personalísima del funcionario, lo que resulta a priori, difícil de imaginar.

perspectiva subjetiva de aquella.

En cambio, resulta un tanto más discutible definir si el Estado cumple un rol de garante respecto de la información recabada de suerte que incluso habiendo cumplido con todos los medios racionalmente prudentes para asegurar la integridad de la información, se accede a ella de todas formas.

Al respecto hemos sostenido que en esta materia existe una especie de relación proporcional directa entre el poder y el reclamo de responsabilidad, de suerte que a mayor intensidad de aquél, urge más decididamente proteger la integridad del individuo sujeto a dicho poder.

En este caso, es de esencia comprender que la Administración adquiere información que no ha sido entregada sino en función de una obligación, por lo que no parece razonable sostener que se trata de una carga que afecta, en general y por igual a todos los contribuyentes, y por ende debe ser tolerada, la pérdida, extravío, acceso o liberación involuntaria o incluso, contra la voluntad de la Administración.

No es que se esté dudando de la relevancia de la facultad administrativa de recabar información, ni su pertinencia conforme reglas de procedimiento adecuadas. De lo que se trata es que el perjuicio derivado de la utilización inadecuada de esa información, salvo hecho de la propia víctima, corresponderá a la organización estatal.

Por tanto, si la información es objeto de acceso indebido, la administración podrá ser responsabilizada indistintamente de la conducta de sus agentes.

3. Otros conflictos de derechos

En primer lugar, debería definirse si el conflicto efectivamente existe o si es posible subsanarlo mediante la definición del objeto requerido como no incompatible con el secreto tributario. Nada impide y de hecho sería recomendable que siempre que se pudiera afectar un derecho merced al derecho de otro, se consultara si existe o no intención de levantar velo protector que implicaría un eventual conflicto o tensión.

Si no se supera esta etapa, entonces, deberá evaluarse la solución en cada caso concreto.

Veamos.

Cuando la Administración plantea utilizar información de un tercero en perjuicio de otro contribuyente, asume que éste debe defenderse y que eventualmente, esa Administración podría servirse o beneficiarse –en un interés meramente secundario– de información que no puede o podría ser contrastada por quien es acusado.

El titular de la información, a su vez, pudo haber sido el denunciante de la situación o sencillamente un tercero involuntariamente vinculado al asunto.

Si se trata de lo primero, los datos e información del denunciante que pretendan ser utilizados como fundamento de un acto desfavorable al interés del acusado deben, a

nuestro juicio, ser señalados y abiertos sin duda alguna al contribuyente.⁶¹

En el caso de un tercero no denunciante la situación genera complejidades más profundas.

Por un lado, la revelación de su información implicará que el secreto será sacrificado en este aspecto puntual aun cuando, ciertamente, no implicara la publicidad irrestricta de la información. A su vez, para el afectado en el procedimiento, a falta de acceso a la información acopiada en el expediente en su contra, podría no tener otra alternativa de defensa que no pase por la apreciación de la regularidad de dicha prueba.

Veamos algunos ejemplos para comprender la trascendencia concreta de estas hipótesis:

- ¿Qué sucede si se reclama a un contribuyente por la falsedad de determinadas operaciones y por ende se objetan sus gastos, si él no puede saber el tratamiento fiscal que le dio su contraparte y que el fisco pretende en el otro caso? Porque si pretende reclamar las rentas de dichas operaciones del otro indagado, habría una contradicción que sería factor de nulidad de las actuaciones.
- En otro caso, se señala que existe conjunto económico entre varias empresas, pero no se permite el acceso a alguna de ellas, alegando por un lado la solidaridad, pero por otro impidiendo el cruce de la información en los expedientes, bajo pretexto de aplicar el art. 47 del CT
- Finalmente, una persona a la que se le señala haber desarrollado una actividad remunerada incompatible con una jubilación que goza, pero cuando requiere de la información recabada por la Administración en la empresa a la que se la vincula y que funda el reclamo contra ella, se le niega, alegando secreto tributario.

En todos estos casos resulta claro el conflicto no ya entre Administración y contribuyente, sino entre Administración y dos o más contribuyentes, y éstos eventualmente entre si.

Y también resulta notoria la relevancia del respeto a los derechos del administrado en relación al proceso y sus garantías, a cuyos desarrollos normativos y doctrinarios remitimos.

Por ende, ante estas situaciones, la Administración no puede sino dirigir su actuación a la garantía y tutela de los derechos involucrados del modo más racionalmente equilibrado posible y sin sacrificio total de alguno de ellos salvo cuando el ordenamiento así lo prevenga, si fuere admisible.

Algunas pautas generales podrían señalarse para la actuación en tales casos:

a. En primer lugar, nadie puede ser objeto de condena o sacrificio sin permitírsele acceder a todos los elementos de juicio que la administración alega como suficientes para el dictado del acto. Por ende, en ningún caso el sacrificio emergente del secreto tributario

⁶¹ Ver en extenso nuestra postura en: Gutierrez, Adrián y Pezzutti, Miguel: Régimen de la Denuncia Tributaria. En CADE, Profesionales y Empresas, Enero de 2012.

debe trasladarse a otro particular mediante el conculcamiento de su derecho a defenderse de manera adecuada.

b. Si la Administración puede, deberá determinar dentro de un expediente, qué información presenta la singularidad de referir a la intimidad del sujeto protegido, y cuál no, para de este modo, definir si existe o no secreto. Por ejemplo, a nuestro juicio, la determinación de cuál fue el período inspeccionado en una empresa no es parte de la información que se obtiene de un contribuyente y por ende no hace relación al secreto tributario. En tales casos, correspondería el desglose de las actuaciones, y se podría entregar esta información que refiere, no al contribuyente, sino a la manera de actuar de la Administración. Y eventualmente, en un caso donde se discuta la violación del principio de igualdad –porque a un contribuyente se lo inspecciona por un período más prolongado que a su competidor sin justificación alguna-, se habrán garantizado las reglas del debido proceso.

c. Si la Administración no encuentra mérito suficiente en los aspectos que posee y no están alcanzados por el secreto tributario, entonces esos motivos, en tanto no puedan ser controlados por el sujeto imputado, no habrán de considerarse y el acto quedará librado a la prueba que efectivamente posea la administración y pueda ser controlada por el afectado. De otro modo, el secreto opera como condena respecto de la garantía del debido proceso, y ello sólo para satisfacción del crédito fiscal.

d. Finalmente, cuando la Administración entienda que los hechos fundantes –información- de su decisión obedecen a una realidad común de ambos sujetos involucrados (conjunto económico, coparticipación en la circunstancia de hecho que generó la obligación tributaria, solidaridad) deberá apegarse a una conducta coherente y permitir el acceso a la información y su control por parte de todos los involucrados. Pero para ello, deberá actuar con extremada prudencia a la hora de indagar y calificar esos supuestos vínculos, para no exponer a un sacrificio indebido el derecho a la intimidad de aquellos sujetos. Esa prudencia incluirá la necesaria instancia de vista y contradicción. Si no lo hace de manera prudente, y el acto es luego anulado, se habrá configurado la violación al secreto tributario.

4. Conclusiones

El secreto de las Administraciones Tributarias no es instituto de dimensión única. Él despliega efectos y articula requerimientos de prudencia administrativa para tutelar, de manera efectiva, el derecho a la intimidad y garantizar la reserva en el ámbito de lo privado información de los particulares.

No podrá olvidarse que la Administración cuenta con esa información porque le ha sido asignado un poder exorbitante, que por tal, reclama de prudencia y celo para no configurar una hipótesis de responsabilidad ante el particular afectado.

Por ende, el secreto de la información tributaria no es un “privilegio en más” de las Administraciones ni es de disponibilidad absoluta por el Estado, siquiera en vía legislativa.

Su vigencia no obedece a una decisión legislativa. Él es, antes, consecuencia obligada de derechos preexistentes, inmanentes a la persona humana, y por ende, no son una concesión del Estado. Por este motivo, alcanza a todas las Administraciones Tributarias, incluso aquellas que no se rigen por el Código Tributario.

La tutela de ese ámbito de reserva amerita incluso su consideración frente a otros Poderes del Estado, salvo la Justicia en los supuestos en que la Ley, a título expreso, libera a la Administración de su deber por razones de interés general y de manera razonable. Deberá, en todos los casos, evitarse una injerencia arbitraria en la intimidad, incluso por parte del legislador. Esta circunstancia podrá ser relevada por el Poder Judicial, incluso considerando el necesario análisis de “convencionalidad” de la norma reglamentaria y también, en el caso la Suprema Corte de Justicia, legal.

El secreto, en tanto no es un privilegio sino una carga para las Administraciones Tributarias, no puede ser herramienta del sacrificio del derecho a tener una defensa adecuada en un proceso de tipo sancionatorio o que afecte, restringiendo, la esfera jurídica de los administrados. En tales casos, el gravamen deberá operar sobre quién debe soportarlo, es decir, la propia actividad recaudatoria. La Administración deberá abstenerse de dictar un acto si él encuentra su fundamento en aspectos que no pueden ser controlados por el acusado ni por los Jueces.

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

FELIPE ROTONDO¹

I. Introducción

Con estas líneas me uno al recuerdo y al homenaje del querido Prof. Dr. Mariano R. Brito, quien tanto nos brindó en todas las dimensiones de su vida. ¡Cuánto para agradecerle por su amistad, por la transmisión permanente de valores y e inquietudes dirigidos todos hacia una “*formación acabada en la verdad*”, en cauce respetuoso de la libertad!. En todas las cuestiones fue a la esencia de las cosas, a los principios, los que en Derecho –decía– son sus piedras sillares y, recordando a Hauriou, valen sin estar escritos. Es así también que en la Maestría de Derecho Administrativo Económico dictó la materia Fundamentos de dicho Derecho, curso en el cual tuvo la deferencia de permitirme colaborar en los años 2012 y 2013. Precisamente allí traté el tema de esta exposición, entonces en base a transparencias, que ahora traté de desarrollar.

II. Derecho Administrativo Económico

1. En un Estado de Derecho, el conjunto normativo que conforma la ordenación jurídica de la economía tiene a la persona como centro, lo que se proyecta en la posición y actuación de esta y en el rol del Estado, en especial como administrador, a través de diversas técnicas de intervención.

En tanto parte del Derecho Administrativo tiene las fuentes (formales) de este, entre ellas y en primerísimo lugar los principios de derecho y la Constitución, la cual será considerada con referencia al Uruguay.

Por obvias razones se destaca la incidencia de las fuentes reales, relacionadas con supuestos políticos y socio-económicos; de manera tal que existen bases de diversa naturaleza, entre ellas las fenoménicas que Brito estudió respecto al Derecho de la Regulación Económica².

2. En cuanto a la economía, el Diccionario de la Real Academia Española- 22^a edición, brinda diversas acepciones, entre ellas la de “*administración eficaz y razonable de los bienes*”, “*conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o de un indi-*

1 Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor en Cursos de Maestría en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

2 Derecho Administrativo de la Regulación Económica, Cap. I, pp. 9 y sigs., obra en coautoría con Delpiazzo, Carlos E. Universidad de Montevideo 1998. Incluye como tales bases: estabilidad política, crecimiento económico, mercado, transparencia del mercado, desempleo y subempleo, revolución tecnológica, solidaridad, condicionamientos externos del crédito al Estado deudor. En el Cap. II enunció las bases constitucionales: principios a los que remite el ordenamiento constitucional, dimensión creadora del hombre singular, participación personal y social, inviolabilidad de la dignidad humana, inviabilidad de las técnicas de gestión genética, la ley no es soberana, preservación de la libertad. Interroga sobre los derechos adquiridos como tal base y además formula “*precisiones consecuentes*”, con análisis del rol del Estado.

viduo" o "ciencia que estudia las medidas más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de recursos escasos". Cabe destacar la esencial relación con la actividad de administración así como que, al encararse una rama de Derecho público, interesa lo que directa e inmediatamente atañe a la colectividad.

Los sujetos o agentes económicos serán las personas, las familias, diversas formas asociativas o societarias, el Estado y agentes exteriores al ámbito nacional, de muy distinta naturaleza.

La sociedad requiere una "organización" en la economía, la que posee bases en el ordenamiento jurídico respecto a la producción de bienes y servicios y a su distribución, determinándose el *qué se produce, quién lo hace, cómo y para quién.*

En ese contexto, "sea mediante planes económico-sociales periódicos, o mediante la aplicación de una política económica determinada, todos los Estados, cualquiera sea el sistema económico en que estén inscriptos, intervienen intensamente en la actividad económica (...)", por lo cual la conducción de la economía se configura como un cometido esencial del Estado³.

3. Hoy día el tema se inscribe en el fenómeno de la globalización, la cual "no es, a priori, ni buena ni mala. Será lo la gente haga de ella"⁴, sin perjuicio de lo cual puede apreciarse una "creciente internacionalización de las relaciones económicas (que) desliga al capital de las ataduras del poder político, los Estados se quedan sin instituciones eficaces para detraer de la economía privada, los recursos que les permitan garantizar la procura de los derechos sociales. De otro, la participación del Estado en los procesos globalizadores, a través de la llamada estatalidad abierta en que estos quedan lejos de controlar autónomamente las decisiones: las competencias estatales difuminadas en una red global de actores públicos y privados de todo género"⁵.

III. Constitución: referencia general

1. Ella es la ley fundamental, la super-ley, el Codex que determina el

poder político, "constituye" el Estado como organización jurídico política de la sociedad y, por lo mismo, su columna vertebral, a la cual debe servir como que él es un "ser instrumental para el interés general (...), para que los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente sus fines propios"⁶.

3 Martins, Daniel H. Replanteo del estudio de los cometidos estatales en el Derecho Administrativo Especial. Rev. Urug. de Estudios Administrativos Año I N° 1. Mdeo 1977, pp. 65 y sigs. y La conducción de la economía: cometido esencial en el Estado contemporáneo, en Orden económico y Derecho Administrativo. AMF Mdeo. 1980, pp. 37 y sigs.

El Prof. José A. Cagnoni. A manera de síntesis en Orden cit., pp. 193 y sigs. la califica de "cometido imprescindible", según las circunstancias históricas. En Estudios sobre el Estado democrático y social de Derecho Mdeo. 1989, p. 49, expresa que la orientación (o si se prefiere dirección o conducción de la política económica) es esencial; en cambio, la actuación concreta estatal en el proceso económico, mediante servicios públicos y los industriales y comerciales, es un cometido subsidiario.

4 Juan Pablo II. Entrevista al periódico La Croix, 20-VIII-1997.

5 Gutiérrez, Ignacio. El Derecho Constitucional, memoria y proyecto ante la globalización, en Stollis, M y otr. El Derecho Constitucional de la globalización. Fund.Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp.9 y sigs. Se tienen regulaciones no estatales tales como la del comercio mundial, de la comunicación electrónica, de los espectáculos deportivos de masas, etc.

6 Brito, Mariano R. Planificación y libertad en el Estado social de Derecho en los albores del siglo XXI, en Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva. Universidad de Montevideo, 2004, p. 223.

Traza las líneas fundamentales del sistema en tanto “orden sustancial o material de valores” o conjunto normativo que “contiene y expresa” ese orden⁷. Se destaca el reconocimiento de los derechos de las personas y, en especial, el otorgamiento de garantías para su goce, que hace que se configure un verdadero Estado (constitucional) de Derecho, un Estado de derechos.

2. “(...) No trata sólo de los medios; cuida también de los fines, que precisamente caracterizan su naturaleza comprometida y dirigente”; en ella se encuentran diversas dimensiones, la democrática (formación de la unidad política), la liberal (coordinación y limitación del poder estatal) y la social (configuración social de las condiciones de vida)⁸.

Ese encare se concreta de modo permanente y no sólo en el ámbito de la llamada Justicia Constitucional⁹; en ese sentido, bien se dijo que “Debe acudir a la Constitución no sólo cuando se trata de resolver casos dudosos sino como instrumento normal y principal, ya que es una interpretación de valores a los cuales las leyes no pueden sustraerse. Más precisamente, la regulación constitucional de los derechos fundamentales tiene una importancia considerable a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico inferior, ya que este debe necesariamente ser interpretado a la luz de las soluciones constitucionales, muy especialmente las referidas a los derechos fundamentales”¹⁰.

IV. Constitución económica. Normas programáticas

1. Entre otros contenidos, la Constitución establece el régimen socio-económico, las bases de la regulación de la actividad privada, fija los títulos o cabezas del Derecho Administrativo (términos de Pellegrino Rossi), por ejemplo al determinar la organización básica de la Administración y marcar tareas o cometidos a cargo del Estado que aquella está llamada a hacer realidad.

La Constitución “económica”, concepto utilizado especialmente en la doctrina germana, es el conjunto normativo del mayor rango interno (nacional) que establece el marco para el desarrollo de la actividad económica, regula la interrelación entre la iniciativa de los particulares como sujetos económicos, sea individual o asociativamente, sus derechos (contenidos, esencia y límites de estos) y la actividad del Estado en la materia, los

7 Bidart Campos, Germán J. Qué es una Constitución, en Rev. Argentina de Derecho Constitucional. Año I 2000, No.1, p. 5. Si la persona humana “naturalmente está predispuesta y necesitada a vivir en sociedad (convivir), y a organizar políticamente esa convivencia (estado), su sociabilidad y su politicidad no se despegan de su valor personalidad, el que desde el plano de la ética penetra con sus exigencias en el mundo de la política y del derecho. De ahí que la Constitución, como orden jurídico-político que programa la convivencia organizada, recibe en su propia serie de valores jurídico-políticos al valor ético de la personalidad”, en “La Constitución como proceso asociativo”, Constitución y Derechos Humanos. EDIAR. Bs. As. 1991, pp. 26-27.

8 Conf. Streck, Lenio Luiz. Verdad y Consenso. De la posibilidad a la necesidad de las respuestas correctas en Derecho. Bdef. Mdeo-Bs.As. 2012, pp.20-21; 34. En referencia a la Constitución brasileña, señala que ella no es un simple “instrumento de gobierno”, enunciador de competencias y regulador de procesos, sino que además de eso, enuncia directrices, fines y programas a ser realizados por el Estado y la sociedad. No comprende solamente “un estatuto jurídico de lo político”, sino un “plan global normativo” de la sociedad y, por eso mismo, del Estado.

9 “La efectividad de la Constitución se juega todos los días, en cada resolución de un administrador y en definitiva en cada sentencia de un juez, sin que quepan sobre el punto consideraciones de oportunidad o conveniencia (...)”, Cajarville Peluffo, Juan P. Supremacía constitucional e interpretación. Revista de Derecho Público N° 1 Mdeo. 1992, p. 62.

10 Juzgado Letrado de Concurso de 1er. Turno, sentencia N° 408 de 7-III-2003, que concluye con una afirmación acertada sobre la viabilidad de “la aplicación directa de los principios constitucionales al campo de las relaciones contractuales entre particulares”.

lineamientos de su acción y la organización competente, al menos también a través de su regulación básica.

2. Las políticas públicas como acciones adoptadas por las autoridades estatales ante los requerimientos sociales, sean ellas de regulación, distribución o redistribución, tienen que ajustarse a esa Constitución, a sus reglas y estándares, los que limitan la discrecionalidad e imponen la razonabilidad de las medidas y su idoneidad respecto a los fines de interés general así como los principios de no discriminación y transparencia.

Ellas deben desarrollarse por una Administración “eficiente”, “buena” (arts. 60 y 311 de la Constitución), la cual es *“una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”*¹¹.

3. A los efectos señalados interesan, también, las normas constitucionales programáticas, que son las establecen un “programa” a seguir por parte de los órganos que dictan las normas inferiores, las cuales las hacen efectivas.

Ellas pueden ser facultativas si habilitan cierta conducta pero también determinarla y marcar directivas usualmente para la regulación a dictarse¹².

Las normas programáticas, en especial las de este último tipo, configuran criterios de interpretación y fundamento para atacar las de rango inferior que se le opongan, de manera que los jueces las tendrán en cuenta como expresión de valores. También en una apreciación de responsabilidad del Estado por omisión, sea legislativa o administrativa o, en su caso, para la aplicación de la acción de amparo.

Brito enfatizó el carácter normativo de las normas constitucionales programáticas, que ellas deben ser utilizadas *“al menos como parámetro de control de la acción”* de la Administración y que procede la apreciación jurisdiccional de la aptitud del acto, sea legislativo o administrativo, para el fin propio de la situación de deber. Así *“en el ámbito del Estado democrático de Derecho, el cumplimiento de las promesas resulta (es) seguridad”*¹³.

En perspectiva atinente a otro tipo de normas, corresponde recordar que los *“preceptos”* constitucionales que *“imponen deberes a las autoridades públicas”*, no pueden dejar de aplicarse por falta de norma complementaria (legal o reglamentaria)¹⁴; ante la omisión

11 Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada por el CLAD, Caracas 10-X-2013.

12 Ejemplo Constitución uruguaya, art. 55: *“La ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo”*. Una disposición puede contener un precepto y, a la vez, una norma programática, ejemplo art. 45: *“Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin”*.

13 Brito, Mariano R. Constitución y Derecho Público: cumplimiento de promesas. Anuario de Derecho Administrativo. T. XIII FCU Mdeo. 2006, p. 43. Al tratar de la *“efectividad o cumplimiento de la Constitución”*, señala que ella *“reclama atender al orden pragmático (efectos prácticos o praxis) que muestre que ella constituye un marco vinculante, sí, en cuanto regla de derecho; pero además hasta dónde es derecho operativo (...) y no sólo postulado normativo de conductas estimadas positivas y valiosas”*, *“cubre no sólo los poderes administrativos, su ejercicio y remedios, pero también materias tales como las diversas formas de los órganos administrativos, el ejercicio de las limitaciones del poder regulador (...)”*.

14 Ella será suplida recurriéndose *“a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas*

de la Administración en este aspecto, cabe la responsabilidad estatal y el amparo citados.

V. Reglas constitucionales con incidencia en materia económica

Del contexto de la Carta uruguaya surge su carácter de Estado de Derecho, democrático y social, a través de principios en ella recogidos y de normas.

Él no es (no puede ni debe ser) “únicamente una realidad jurídica y formal”; “no se identifica únicamente con el derecho positivo. No es una legalidad desprovista de valores y fines culturales, humanos y sociales”¹⁵.

En materia económica establece lineamientos, límites de regulación e intervención, pero no un modelo acabado; “expresa, responde e impone una concepción económica que es parte de la filosofía constitucional”¹⁶.

En ese sentido, se señalarán las siguientes disposiciones, respecto a algunas de las cuales se efectuará un breve comentario:

1. El explícito reconocimiento de derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno (arts. 7 y 72).

2. La regla de libertad para los habitantes, respecto a la cual ley establecerá su delimitación (art. 10) y la de la especialidad para el Estado, ya que este está en situaciones de deber, no de derechos, acorde con el ordenamiento jurídico. Su Administración sólo puede actuar válidamente en las materias o actividades que este expresamente le atribuya (principio explicitado en el art. 190).

3. La previsión del derecho de propiedad, como derecho “de fondo” al que el Estado brinda protección (art. 7), como derecho a “tener y administrar un patrimonio”¹⁷. Se le distingue, así, del derecho de propiedad sobre determinado bien concreto, respecto al cual puede darse la privación por razón de necesidad o utilidad públicas declarada por ley y con las bases y garantías establecidas en la propia Constitución (art. 32).

El primero es inherente a la personalidad, el segundo es “*simplemente positivo*” porque “*la naturaleza no vincula a ningún ser humano con ningún bien material determinado. Le da, eso sí, a cada hombre, el derecho a tener privadamente alguno, pero no dice cuál*”¹⁸.

El art. 32 que establece que es un derecho inviolable (no sagrado desde 1934) “*pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general*”, no consagra

generalmente admitidas”, art. 332, lo que también rige en relación a preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos.

15 Giorgi, Héctor. Las condicionantes jurídicas y éticas de la actividad del Estado, en Anuario de Derecho Administrativo. T. V-1996, p. 41 y en Obras y Dictámenes. Recopilación. La Ley Uruguay Mdeo. 2010, p. 489.

16 Gros Espiell, Héctor. El Estado democrático y social de Derecho y el sistema económico en la Constitución uruguaya, en Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni. FCU 2005, pp. 161 y sigs.

17 Cassinelli Muñoz, Horacio. Derecho Público. FCU, Mdeo.2009, p.137.

18 Millán Puelles, Antonio. Persona humana y Justicia Social. Madrid 1962. p.94. Afirma que “*la manera concreta de hacer la división y asignación de los bienes depende de los hombres; “el régimen concreto de la propiedad privada es variable, y se le debe variar siempre que las circunstancias lo requieran (...)*”.

directa y nítidamente *“la teoría económico social de la función social, pero su espíritu es sustancialmente el mismo y su texto permite que por vía legislativa se impongan al ejercicio de este derecho limitaciones y orientaciones de interés general, lo que equivaldría a la función social”*^{19/20}.

Lo dicho se aplica a los medios de producción y a los beneficios derivados del trabajo, comercio e industria.

4. La libertad de trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, *“salvo las limitaciones de interés general que establezcas las leyes”* (art. 36).

En el ámbito económico implica la libertad de empresa, de su creación, organización y funcionamiento en el mercado respectivo. La iniciativa privada y la actividad económica son, en principio, libres, con las limitaciones referidas.

5. El monopolio que excluye la libertad económica es de excepción; por ello requiere ley con mayorías especiales (art. 85 num.17).

6. El fomento de la agricultura, industria, comercio interior y exterior, etc (art. 85 num. 3º) y la orientación del comercio exterior, que *proteja* actividades productivas *“cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación”* (art. 50). Implica un cometido estatal que no es de prestación sino de estímulo y promoción de actividades privadas. Dada la amplitud textual del citado numeral del art. 85, vale recordar la cita de Jiménez de Aréchaga, tantas veces efectuada por Brito²¹, *“generalidad de la ley, pero no universalidad de materia para la ley (...)”*, la cual debe estar dirigida, por otra parte al interés general.

7. En actitud y actividad de fomento, *“el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general”* (art. 50 inc. 3º, agregado en la reforma de 1996), *“norma programática que refiere a una descentralización geográfica con sentido socio-económico, la cual se vincula con los arts. 230 y 298 en los textos provenientes de esa reforma”*²².

8. La integración económica de los Estados Latinoamericanos, *“especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas”* (art. 6), el reconocimiento y protección del derecho del autor o inventor (art. 33), el control de los trusts (art. 50), la prohibición de la usura (art. 52), la protección del trabajo (art. 53), la concesión de privilegios industriales (art. 168-21), etc.

9. *“La protección del medio ambiente es de interés general (...)”* (art. 47).

19 Real, Alberto Ramón. Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, T. XX, 1959, No. 87, citado por Martins, Daniel H. La propiedad privada y el urbanismo. Constitución y Administración. Mdeo. 1993, p. 371. Interesa, además, lo dispuesto por los arts. 231 y 232, provenientes de la reforma de 1967.

20 *“La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos asegura a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar y deben ser considerados como ampliación de la libertad humana”; “la misma propiedad privada tiene también, por su misma naturaleza, una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes”* (Constitución Gaudium et Spes, Concilio Vaticano II).

21 Jiménez de Aréchaga, Justino. La Constitución Nacional T. III, p. 31 Mdeo. 1946; agrega: *“La ley no es soberana, no sólo porque la soberanía radica en la Nación y no en el Poder Legislativo (art. 4 de la Constitución) sino por cuanto no toda materia es pasible de su regulación mediante ley”*

22 Rotondo Tornaría, Felipe. Manual de Derecho Administrativo. 8ª ed. Mdeo. 2014, p. 123.

Refiere, además, a un deber de abstención “de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente”, si bien en la materia corresponde una acción positiva, la cual emana de los principios²³.

En virtud del interés general “es deber del Estado y de las entidades públicas en general, propiciar un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible, protegiendo el ambiente y, si este fuere deteriorado, recuperarlo o exigir que sea recuperado”, ley reglamentaria N° 17.283 de 28-XI-2000, la que explicita el derecho de los habitantes “a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado”.

10. Son “derechos humanos fundamentales”, “el acceso al agua potable y al saneamiento” (art. 47, desde la reforma de 2004).

Esa disposición, además, establece bases para la “política nacional de Aguas y Saneamiento”, entre ellas la de que “gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico”, los que “constituyen asuntos de interés general” y que “los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos (...)”.

También el “principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiéndose las razones de orden social a las de orden económico”. Determina, además, que los servicios públicos correspondientes (en el caso del agua, para consumo humano) “serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales”²⁴.

11. La previsión de un (posible) Consejo de Economía Nacional, consultivo, con representación de intereses económicos y profesionales del país (art. 206)²⁵.

VI continuación. Otros aspectos

En cuanto a disposiciones constitucionales directamente relacionadas con la organización y el rol del Estado, se citarán las siguientes:

1. Se prevé un “dominio industrial y comercial del Estado”, cuyos servicios serán descentralizados (arts. 185-186).

También sociedades de economía mixta, estatales (art. 188 incisos 1 y 2) o de derecho privado (incisos 3 y 4).

2. “Habrá un Banco Central”, “organizado como Ente Autónomo” (art. 196), disposición que, por sí, implica una remisión a reglamentos dictados por ese Ente.

23 En cuanto a la reclamada abstención, “no parece técnicamente atinada la adjetivación”, “especialmente para la contaminación (...)”; el constituyente usó los términos no en un sentido técnico ambiental, “sino con un significado vulgar, por el cual existiría una contaminación ‘leve’, admitida, y otra ‘grave’, prohibida en base al deber establecido constitucionalmente”, lo que apreciará el administrador y, en su caso, el juez. Conf. Cousillas, Marcelo J. La protección constitucional del ambiente, en Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996. Mdeo. 1998, p. 139.

24 Impide, para tal prestación, la constitución de sociedades de economía mixta.

25 Fue creado por ley N° 17.935 de 26-XII-2005 reglamentada por decreto 299/006. Aquella refiere a “sus objetivos principales”, el “dar carácter ordenado e institucionalizado al diálogo” entre representantes de intereses, entre el conjunto de esos representantes y el Estado así como con organismos similares de otros países.

3. El Poder Ejecutivo es “conductor y orientador político, especialmente en materia económico-financiera”²⁶, con diversos poderes jurídicos (acentuada iniciativa privativa en materia de ley; control de entidades descentralizadas, art. 197; formulación de planes y programas de desarrollo, art. 230, etc.)

4. El Presupuesto de los organismos estatales tiene lineamientos emergentes de la Carta, con planificación de objetivos y metas (art. 214) y, más aún en el Gobierno Departamental: no aprobación de proyectos que signifiquen déficit (art. 225) y destino de superávit (art. 302).

5. La ley puede “destinar al desarrollo del interior del país y a la ejecución de las políticas de descentralización”, “una alícuota de los tributos nacionales recaudados fuera del departamento de Montevideo (...)” (art. 298).

6. “El establecimiento y la vigencia de las tarifas de los servicios públicos” en sentido estricto, cuya titularidad tenga por ley un organismo estatal pero que se presten por “empresas concesionarias”, requieren la “homologación” del Estado o del Gobierno Departamental (art. 51).

La posibilidad de la entidad estatal de efectuar concesiones es la regla, salvo norma legal contraria, ya que con esa técnica se vuelve a la natural radicación en el sector privado de los servicios relacionados a la materia económica.

VII. Derivaciones

1. El Estado, como gerente del interés general, es su eminente pero no exclusivo protagonista.

De allí que tiene a su cargo la actividad esencial de brindar seguridad y protección²⁷.

Ella incluye su irrenunciable tarea de regulación, que en tanto incida en los particulares exige ley (formal) y el consecuente control de su aplicación.

2. En la calidad “gerencial” indicada, el Estado tiene el cometido *esencial* de determinar políticas sobre cuestiones de interés general, lo que se centra en la planificación nacional, el dictado de la legislación que la implemente y el complementario ejercicio de la función administrativa (a través de directivas y actos jurídicos), sin perjuicio de la función jurisdiccional²⁸.

De esta manera se desarrolla actividad de orientación, impulso, articulación y coordi-

26 Cajarville Peluffo, Juan P. El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya, en Estudios de Derecho Administrativo. T. II. Universidad de la República 1979, pp. 69 y sigs.

27 Conf. Brito, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo, en Derecho Administrativo cit., p. 259.

28 Así indiqué que la determinación de políticas nacionales del ordenamiento territorial “puede ser identificado, actualmente, como cometido esencial y sustantivo del Estado”, Cuestiones jurídicas que plantea el ordenamiento territorial. Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone. Universidad Católica-AMF Mdeo. 2000, p.pp. 421 y sigs.

La ley N°18.308 de 18-VI-2008 califica a dicho ordenamiento, como “cometido esencial”, lo que entiendo en el sentido señalado.

nación de la actividad de los particulares.

3. En lo que atañe a la conducción de la economía por parte del Estado, bien se ha dicho que *“a pesar de la no exclusión de los particulares de las diversas actividades de la economía, la conducción de esta ha adquirido el carácter de nuevo cometido esencial como consecuencia de la gravitante presencia estatal unida a la magnitud de los poderes jurídicos asignados al respecto por el ordenamiento jurídico”*²⁹.

A la determinación de políticas, regulación, protección, control eventualmente correctivo, se agrega la actividad de fomento o, en su caso, desincentivo. Cabe decir que el Estado tiene una intervención *“directiva”*, que no es lo mismo que directa³⁰,

4. Los particulares son protagonistas de la economía, sujetos clave del mercado, pero *“no hay mercado sin organización política que garantice su existencia y sus reglas de funcionamiento. No existe una economía de mercado sin una normativa jurídica que le regule un Poder que garantice el respeto de dicha regulación”*³¹.

Debe atenderse, además, el reclamo del mercado en cuanto a transparencia de parte de todos los actores; se hace presente *“la eticidad de la conducta empresarial y en los negocios”*³².

5. La economía de mercado supone libertad de empresa y derecho de propiedad de los medios de producción y de las ganancias, con competencia espontánea en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios.

Se desarrolla en un marco institucional que constituye el mercado como creación jurídica; además si este falla, corresponderá la orientación estatal con respeto de los actores del mercado, de modo de no afectar la competencia.

6. El orden público comprende lo económico en el cual *“no se entienden en oposición la iniciativa privada y la gestión pública, al intervenir de un modo operante la participación social; el orden público es, de este modo, algo más que la organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado”*³³.

29 Delpiazzo, Carlos E. Derecho Administrativo Especial 2ª ed. Vol. I AMF Mdeo. 2009. p. 224.

30 Conviene señalar que la regulación contiene, como *‘poder de ordenación y seguimiento de una actividad’*, una serie de potestades públicas, *“bajo un esquema de ‘ordenación normativa-control-sanción’*. Huaya Tapia, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de *‘regulación’*, El Derecho. Bs. As. 13-IX-2010. Se habla de neo regulación, etc. dirigida a vigilancia del mercado y ajustes precisos para asegurar el funcionamiento de este, con flexibilidad y apertura a la innovación.

31 Cosculluela Montaner, Luis. Tema 1 en Derecho Público Económico, obra en coautoría con López Benítez, Mariano. 3ª ed. IUSTEL Madrid 2009, p. 26. Expresa que *“el mercado no puede ser considerado un valor en sí mismo, sino un marco de actuaciones económicas en que se afirman valores. Pero los valores se definen y garantizan por reglas jurídicas previas (...)”*.

32 Brito, Mariano R. Cap. I de Derecho Administrativo de la Regulación Económica cit., p. 11.

33 Melo, V. Orden público y nuevas tecnologías, Rev. Direito Eletrónico, Año I Nº 2, cit. por Vigna. Marcela P. Reflexiones sobre la relación entre orden público y autonomía privada en materia de arrendamientos, Anuario del Área socio jurídica Nº 3 Universidad de la República. Mdeo. 2007, p. 205.

A través de las reglas de derecho (principios y normas) se proyecta en la organización económica del país e incluye las atribuciones estatales para regularla con fines de interés público.

Dicho orden refiere, entre otros a asuntos de comercio exterior, régimen impositivo, protección de los consumidores, e importa para atender, en general, a las disfuncionalidades del mercado (asimetrías informativas, desigual poder de negociación, monopolios naturales, etc.).

Puede constituir *protección*, así si se tiende a resguardar a una de las partes del contrato o el equilibrio interno de este, o de *dirección*, que coadyuva a la realización de ciertos objetivos económicos por parte del Estado³⁴; un ejemplo de normas de esta índole son las de la ley No. 18.159 de 20-VII-2007, ley de "orden público" que "tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados" (art.1)³⁵.

7. En lo económico y en lo que no resulta cometido esencial o imprescindible del Estado, según lo antes señalado, rige el principio de subsidiariedad. No implica que aquel no intervenga o que su intervención sea la menor posible, sino que lo haga de modo subsidiario; precisamente "en materia económica, los deberes que la Constitución impone al Estado", "globales o sectoriales, son también coherentes" con ese principio³⁶. En la actividad industrial y comercial, impone una circunspección a la intervención directa del Estado.

8. La Constitución uruguaya no establece un modelo acabado pero sí lo inserta y es parte necesaria del Estado de Derecho democrático y republicano, "de carácter humanístico y social" que ella impone. Puede caracterizarse como "de economía mixta, con intervención necesaria e ineludible del Estado, pero con reconocimiento de la coexistencia de esta actividad económica y comercial del Estado, en adecuado equilibrio, con la actividad privada, condicionada por el control estatal y su subordinación al bien común"³⁷.

9. El interés general comprende el respeto de los derechos de las personas y, por lo mismo, se relaciona con el principio de solidaridad que emerge del ordenamiento constitucional democrático. Específicamente en relación al mercado, si este "se rige únicamente por el principio de la equivalencia del valor de los bienes que se intercambian, no llega a producir la cohesión social que necesita para su buen funcionamiento. Sin formas

34 Conf. Groisman, Carlos y Molla, Roque. La autonomía privada en los contratos predispuestos, de adhesión y en los llamados contratos modernos. III Jornadas de Derecho Privado en homenaje al Esc. Caffaro, 1998. www.elderechodigital.com.uy/Doctr.

35 El art. 2 contiene el "Principio general": los mercados se rigen "por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general" Prohíbe "el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante".

36 Cajarville Peluffo, Juan P. Quehacer del Estado y actividad privada, en Estado-Administración. Su reforma en el presente. XV Aniversario del Anuario de Derecho Administrativo. FCU. Mdeo. 2005, p. 23. Analiza los criterios sobre el principio de subsidiariedad y parte de la base de que admite e impone la dirección, fomento y control estatales. En cuanto a la actividad comercial e industrial, estima que la actuación estatal puede adecuarse a dicho principio pero también deberse a otras razones de interés general, como la obtención de recursos fiscales, p. 24.

37 Gros Espiell, Héctor. El Estado de Derecho cit., pp. 171-172.

internas de solidaridad y confianza recíproca, el mercado no puede cumplir plenamente su función económica”³⁸.

Para concluir, *“el Estado del nuevo siglo es un Estado que garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos. Es un Estado que renuncia a la configuración completa y total de la realidad social, pues, en expresión hegeliana, ya no es la encarnación del ideal ético. De la misma manera, el mercado no es la fuente, solo faltaría, de los derechos y libertades por la sencilla razón de que son previos al Estado y al mercado: los tiene el ciudadano por el hecho de serlo, de manera que las instituciones políticas y sociales lo que tienen que hacer es facilitar el desarrollo de la persona desde los postulados” de la libertad solidaria³⁹.*

38 Benedicto XVI. *Caritas in Veritate*. Ed. Paulinas. Bs. As. 2009, p.66-67. En p. 114 dice que *“El principio de subsidiariedad debe mantenerse íntimamente unido al principio de la solidaridad y viceversa, porque así como la subsidiariedad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiariedad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado”*.

39 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. Prefacio al libro de Rogério Gesta Leal, *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre 2006. Con ese texto el Prof. Brito concluyó su ponencia *El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica*, al V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito-Ecuador. 2006.

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO

DIEGO VELASCO SUÁREZ

SUMARIO: **I.** *Fundamento de la responsabilidad directa por acto propio.* **II.** *Fundamento de la responsabilidad objetiva.* **III.** *Fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas.* **IV.** *Responsabilidad del Estado.* **A.** *¿Se rige por normas específicas de responsabilidad?* **B.** *¿Responsabilidad objetiva o subjetiva?* **C.** *Imputación de los actos del funcionario al Estado.* **D.** *Legitimación pasiva del funcionario público frente al damnificado.* **E.** *Las obligaciones de reparar por parte del Estado y del funcionario, ¿son solidarias o subsidiarias?* **V.** *Conclusiones.*

1. Tengo una especial deuda de gratitud con el Prof. Mariano Brito. Corría el año 1987. Estaba cursando Derecho Público II, en la Universidad de la República, con el Prof. José Aníbal Cagnoni. Fue invitado el Dr. Brito para una clase sobre los cometidos esenciales del Estado. Su estilo directo, de diálogo con los alumnos, sereno y apasionado a la vez, me impresionó. Tuve ocasión de plantearle mis inquietudes filosófico – jurídicas sobre el iusnaturalismo en la Constitución uruguaya. Todavía me sorprende cómo escuchaba a un joven alumno: abierto realmente al encuentro con la persona, daba importancia a lo que pudiéramos decirle. Recuerdo el entusiasmo con el que me habló del Derecho Administrativo, como un ámbito fundamental en el que está en juego la libertad de la persona; y también, su aliento para que profundizara en los fundamentos del iusnaturalismo.

Este artículo recoge algunas de esas ideas: la libertad de la persona humana y el bien común que ha de dirigir la actuación estatal.

El impulso y la confianza del Prof. Mariano Brito y de su amigo el Prof. Jorge Fernández Ruiz hicieron que en los últimos años participara en dos Congresos de Filosofía del Derecho organizados por la Universidad Autónoma de México, en los que expuse sobre la compatibilidad de la responsabilidad objetiva con una fundamentación iusnaturalista y sobre la subsidiariedad que debe guardar la responsabilidad objetiva respecto de la subjetiva. En este ámbito se inscriben estas consideraciones sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario público, que pretenden ser un homenaje al querido Mariano.

2. En primer lugar, situaremos el problema, para delimitarlo.

Nos centraremos en el régimen de responsabilidad previsto por los artículos 23 y 24 de nuestra Constitución. Y nos preguntaremos por la naturaleza y fundamento de las responsabilidades allí contempladas (si hay reglas específicas para la responsabilidad del Estado, distintas a las del Derecho Privado, y si esa responsabilidad es objetiva o subjetiva), y si cabe que la víctima accione contra el Estado y también contra el funcionario a través de quien el Estado actuó.

Analizaremos la responsabilidad como relación jurídica que tiene su origen en una relación jurídica previa. Para clarificar la naturaleza de la responsabilidad del Estado y la del funcionario, es preciso definir los elementos de esas relaciones: sujetos, derechos y deberes, que se vinculan centrándose en acciones debidas. Y estas acciones se descubren en su especificidad y en su relación con el derecho si atendemos a sus fines,¹ vinculándolos con los fines existenciales personales y con el fin común o bien común de la sociedad mayor (Estado) y de otras sociedades menores que integre el agente.

Podrá apreciarse entonces que es posible que una misma acción, por afectar a distintos fines debidos (que lo son por su correspondencia con los fines de las sociedades que integra el agente), lesione diferentes derechos e involucre a más de un responsable, con el mismo o diferente tipo de responsabilidad (contractual o extracontractual), y con distintos o los mismos criterios de imputación (objetivos o subjetivos).

Comenzaremos con la explicación del fundamento de la responsabilidad por acto propio culpable (I), luego, de la responsabilidad objetiva (II), de las personas jurídicas (III) y del Estado (IV). Allí nos detendremos en el análisis de las tres cuestiones planteadas: A) si se justifica un régimen especial de responsabilidad del Estado, B) si esa responsabilidad es objetiva o subjetiva, y C) si la víctima está legitimada para demandar sólo al Estado, o también al funcionario a través del cual aquél actuó, y D) cómo se regularía el cúmulo de ambas responsabilidades.

I. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA POR ACTO PROPIO

3. La obligación directa de reparar el daño causado por actos propios libres, se conoce intuitivamente, sin necesidad de mayores consideraciones. Pero analizándola reflexivamente, vemos que deriva de una característica esencial de la persona humana: que **es dueña de sí misma**, lo cual se manifiesta en que es dueña de sus acciones, **es libre**. Y por ser libre, puede estar **obligada** por el derecho; y cuando incumple su obligación, conculcando el derecho de otra persona, continúa obligada ante ella a reparar el daño: es responsable.

4. Veámoslo más detenidamente.

A. Fundamento de la obligatoriedad del derecho²

5. La persona humana es libre. ¿Por qué? Porque es capaz de *ver*, con su razón, *el fin* de sus acciones, y su *congruencia con los fines existenciales*. Así, puede hacer *suyos* los fines las mismas, y, a través de ellos, *dirigir sus actos*, ser *dueño de ellos*, y de sus consecuencias.³ Tales actos y sus efectos le pertenecen, no sólo como causa (imputación del

1 Cfr. Rhonheimer, Martín, *Ley natural y razón práctica, una visión tomista de la autonomía moral*, Pamplona, EUNSA, 2000, p. 543-544.

2 Ver Velasco Suárez, Diego, *¿Los criterios de imputación objetiva de responsabilidad son compatibles con una concepción ius-naturalista del derecho?*, en <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/DiegoVelascoSuarez.pdf>, parágrafos 8 a 10, 53 a 81.

3 Welzel dice que "la actividad final un obrar orientado conscientemente desde el fin," (Welzel, *Derecho Penal Alemán*,

hecho), sino como causa libre (imputación moral).⁴

6. Cuando la razón práctica, en el juicio de la conciencia, presenta una acción como conveniente (haciendo posible la decisión libre), está mostrándola como buena y, por eso mismo, **obligatoria**. No, como una acción *necesaria* (pues cabe la posibilidad física de no hacerla), pero tampoco, como *indiferente*. No dirá: “puedes hacer esto o no indistintamente”, sino: “debes hacerlo, aunque *puedas* (físicamente) no hacerlo”. Esa “*ordo rationis*” (orden de la razón) constituye una ligazón o ley natural del comportamiento humano libre: “Obligar” viene de “ligar”. Y así “como quien está atado (ligado) no puede dirigirse a otro lugar, a menos que arranque las ligaduras, deformando los miembros que están sujetos”,⁵ así también la ley moral obliga al hombre en el sentido de que no puede “desligarse” de ella, no seguir su mandato presentado por el juicio de la conciencia, sin incurrir en deformidad, sin ir contra su naturaleza racional.

7. Con esos actos, la persona se desenvuelve en la consecución de sus fines existenciales. Pero el hombre no es un ser aislado, es un animal político. No puede desarrollarse plenamente si no es con el concurso (la ayuda que recibe y que da) de otras personas, con quienes convive en sociedad. Los seres humanos tienen una esencia común, de la que derivan fines comunes (el desarrollo de las potencialidades intelectuales, artísticas, físicas, de comunicación, de amistad, de trabajo, etc.); y una común *necesidad de vivir en sociedad* para alcanzar ese desarrollo.

8. El fin de la sociedad será, entonces, crear las condiciones para que sus miembros puedan desarrollarse plenamente. En esto consiste el *bien común*.

9. Los actos que tengan consecuencias en esas condiciones (actos interpersonales), tienen una medida, una regla, una *ley*: la que mide si sirven o impiden tal fin común: lo que corresponde a los miembros de la sociedad como condición para su pleno desarrollo, es un derecho; y quien debe realizar determinadas acciones (hacer, no hacer, respetar, devolver, etc.) para satisfacer esos derechos, tiene un deber de derecho (jurídico). Por eso, el bien común se conforma con el conjunto de *derechos y deberes* de los miembros de la sociedad; y la ley es la regla, expresión y delimitación de tales derechos y deberes.

10. Las acciones relevantes respecto al bien común se presentan por la inteligencia como obligatorias, por su relación a un fin: el fin común o bien común. La inteligencia las mostrará como obligatorias “jurídicamente” (en relación con el derecho), serán ac-

11ª ed., trad. de Bustos Ramírez et al., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 39 y 40; citado por Modelell González, Juan Luis, Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva, Caracas, LIVROSCA, 2001, p. 13), y Modolell, señala la relación entre la causalidad final y la eficiente, al indicar que “La voluntad consciente del fin que rige el acontecer causal (...) configura objetivamente el acontecer exterior.”

4 Carrara distinguía tres niveles de imputación del acto y sus efectos a la persona que lo realiza: a) imputación física (atribución del efecto –acto y sus efectos– a la causa eficiente –persona– por cuya virtud fue hecho): “tú hiciste”; b) imputación moral (atribución del acto y sus efectos a la persona que actuó con inteligencia y voluntad): “tú hiciste voluntariamente”; y c) imputación legal (atribución del acto y sus efectos a la persona que hizo lo que estaba prohibido por la ley: “tú hiciste contra la ley”. “Únicamente luego del resultado de estas tres cuestiones puede el magistrado decir al ciudadano: te imputo este hecho como delito” (Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal. P.G., 11ª ed., trad. de Sebastián Soler et al., Buenos Aires, Depalma, 1944, parágrafo 8, p. 34, citado por Modelell González, Juan Luis, op. cit., nota 2, p. 38).

5 Tomás de Aquino, In II Sent., d. 39, q. 3, a. 3, citado en García De Haro, Ramón, La conciencia moral, Madrid, RIALP, 1978, p. 110.

ciones *debidas* jurídicamente; corresponden a otra persona, o al conjunto de la sociedad, como parte de las condiciones necesarias para que los miembros de la misma puedan desarrollarse plenamente. La acción es *debida a otro*, que es el sujeto del derecho correspondiente a ese deber. Por tener ese derecho, el titular puede exigir la conducta debida.

11. Como el cumplimiento de los deberes -y el correspondiente cumplimiento de los derechos- es parte esencial del bien común, al sujeto pasivo de la conducta debida jurídicamente ésta se le presentará como **obligatoria** en cuanto conveniente al fin de la sociedad y al suyo propio (porque es miembro de la misma, y porque, por su esencia de animal político, la necesita para lograr sus fines existenciales). Y, por otra parte, como la acción debida corresponde al fin de la sociedad, ésta empleará la amenaza o el uso de la fuerza socialmente organizada para lograr su cumplimiento.

13. En definitiva: tanto la obligación moral como la jurídica son una propiedad inescindible de la libertad, pues lo obligatorio es una acción libre que, por serlo, puede hacerse o no (no es necesaria), pero debe hacerse (no es indiferente, pues es conveniente a los fines existenciales del hombre, y así es propuesto por la razón). Y por ello, si en los hechos no se cumple, sigue siendo una acción obligatoria, debida; de lo contrario, no sería obligatoria, sino indiferente.

B. El acto lesivo y la consecuente obligación de reparar

13. Por el carácter no necesario de la conducta obligatoria, ésta puede no cumplirse. En el ámbito de las relaciones interpersonales que afectan el derecho (lo que corresponde a cada uno en relación con el bien común), el acto violatorio de la obligación jurídica es, a la vez, contrario al deber de quien actuó (acto indebido), y contrario al derecho de aquellos a los que no se les respetó lo suyo. En cuanto contraria a un derecho, tal acción constituye una *lesión*, una *injuria* (o *injusticia*). Y como la ley es regla del derecho, u orden de la razón dirigido al bien común (que señala lo que es derecho de cada uno, como parte de lo que le corresponde como condición para su pleno desarrollo en sociedad), tal acto será contrario a la ley (ilícito) y al bien común.

14. El incumplimiento del deber y la correspondiente violación del *derecho ajeno* (perjuicio o daño) exigen, por su propio carácter vinculante, que persista la exigibilidad de la obligación. Pues una obligación que deja de existir porque se incumple, no es una obligación; un derecho que deja de ser exigible porque se viola, no es un derecho.

15. Si el obligado que incumplió puede “cumplir” su obligación específicamente, debe hacerlo; y si no es posible el cumplimiento específico y éste se sustituye por una obligación de reparación por equivalente, debe reparar el daño, y los titulares del derecho dañado (o sus sucesores) tienen la facultad de exigirselo.

16. Si no fuera así (**si el causante libre del daño que puede repararlo no estuviera obligado a hacerlo**), se llegaría al absurdo de un derecho que deja de obligar por el simple hecho de que no se lo obedezca: es decir, *una obligación no obligatoria*.

17. De acuerdo al precedente desarrollo, habrá responsabilidad si se dan los presu-

puestos vistos: 1º) una relación jurídica por la que la víctima potencial tiene un derecho y el potencial victimario tiene el correspondiente deber de hacer o no hacer una determinada acción; 2º) un acto consciente y libre por el que éste conculca a la vez el derecho y el deber (acto lesivo o ilícito, cuyo resultado se denomina daño).

La responsabilidad será una relación jurídica subsiguiente a la primera, por la que el victimario tiene el deber de volver a la situación original: reparar, indemnizar (quitar el daño)... a la víctima (responsabilidad civil); y, en la medida en que también se agravó a la sociedad en su conjunto (que requiere, como condición par el bien común, el respeto voluntario a los derechos de cada uno), el que lesiona voluntariamente un derecho también merece una pena, para recomponer el bien jurídico tutelado por la sociedad.

La responsabilidad dependerá del tipo de relación jurídica previa incumplida: si es la correspondiente al deber genérico de no dañar, será extracontractual; si es derivada de un contrato o tiene otra causa específica (según el criterio que se adopte respecto al alcance conceptual de la responsabilidad contractual), será contractual, y tendrá el alcance determinado por aquella relación jurídica específica.

Los derechos-deberes de las dos situaciones jurídicas consideradas (antes y después del evento dañoso) son objeto de una justicia conmutativa: lo que se debe está medido aritméticamente por una relación de igualdad con aquello que corresponde al otro. Por ello, la indemnización seguirá el principio de la reparación integral del daño: todo el daño causado es el que se debe reparar, pues se debía la totalidad del derecho original.

II. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

A. ¿El responsable tiene un vínculo jurídico previo con la víctima?

21. ¿Pero es congruente con esta fundamentación que pueda establecerse que haya un responsable de reparar el daño que no haya sido quien lo causó libremente?

22. Con la industrialización, el maquinismo, y la mayor conciencia de los daños causados a las personas a través de la afectación al medio ambiente (especialmente por los procesos productivos), el Derecho ha abordado el tema del daño y su reparación no sólo centrándose en la responsabilidad de quien lo causó libremente, sino atendiendo también la situación de la víctima dañada. Se ha visto que en muchos casos no es suficiente el criterio de causación libre y culposa del daño, para imputar la obligación de reparar a quien pueda hacerlo. Unas veces (responsabilidad por hecho de las cosas), porque el siniestro es provocado por cosas que tienen "un dinamismo o energía interna connatural a ellas, con posibilidades de que si bien pueden ser activadas por el hombre, las mismas pueden salir de su control por su propia dinámica, sin que se trate de cosas peligrosas."¹⁶ En otros casos (responsabilidad por hecho del dependiente), porque quien fue causa libre, no es solvente.

23. El obligado a reparar (objetivamente responsable) no está vinculado previamente

⁶ Ordoqui Castilla, Gustavo, Derecho de Tránsito, Buenos Aires, La Ley Uruguay, 2009, t. III, p. 155.

con la víctima con una relación jurídica *directa*, que luego haya incumplido determinando la lesión de derecho (daño) y la consecuente obligación de repararlo. No está en una relación de justicia conmutativa: no tiene un deber directo de no privarla de un derecho, ni el consecuente deber de volver a la situación original si, en esa relación de conmutatividad, incumple su deber.

24. Cuando se responde por hecho de un tercero, es éste quien tenía el deber (y, frente a él, la víctima potencial tenía el correspondiente derecho), y es quien, al incumplirlo, causó el *daño*. El responsable por acto ajeno no causó el daño, y actuó **lícitamente**.

25. Y cuando se responde por las cosas que están bajo la guarda, en la situación previa al evento indeseado, la víctima potencial no tenía el derecho a que no sucediera tal evento; y quien será considerado responsable no tenía el deber de que no se produjera. Hay un *menoscabo* sufrido por la víctima. Pero éste se concretó fuera del control humano, y como consecuencia de una actividad riesgosa que se realizó de modo lícito: quien generó o se aprovechó de tal riesgo no tenía el deber de que no se produjera el evento indeseado. No había un obligado *a que no se sucediera tal "menoscabo"*; por lo tanto, no había un "derecho" de la víctima en ese sentido. Por eso, propiamente *no* habría "lesión de derecho", "in-juria", o "*daño*" en sentido jurídico.

26. ¿Cuál es, entonces, el fundamento de esta responsabilidad? ¿Hay una relación jurídica previa entre la víctima y el responsable en virtud de la que nace esta subsecuente relación de responsabilidad?

27. Sí, la hay, aunque no *directa*, sino *indirecta*: ambos forman parte de la misma sociedad, y tienen por ello un *derecho* al reparto equitativo de las cargas y beneficios que constituyen el bien común de esa sociedad. Como existe ese *derecho*, las relaciones entre la víctima y la sociedad –por un lado-, y entre la sociedad y el objetivamente responsable –por otro-, serán relaciones jurídicas. En virtud de las mismas, habrá una relación indirecta entre víctima y responsable, que será antecedente de la relación de responsabilidad. Veámoslo más detenidamente.

B. La justicia distributiva como fundamento

28. La justicia distributiva es la que tiene por objeto lo justo (lo suyo, lo que corresponde a cada uno, el "derecho") en la distribución de bienes y cargas que hace la sociedad (por sus autoridades) entre sus miembros.

29. El bien común (conjunto de condiciones para el pleno desarrollo de todos los integrantes de la sociedad), se construye con el aporte de cada uno, y ello implica una distribución de *cargas*. Y se requieren ciertos *bienes* que son medios para lograr aquellas condiciones, los cuales serán, unos, de uso común, pero otros requerirán que se transfieran desde la esfera común a la particular de alguno de sus miembros para que puedan ser efectivamente gozados. Las cargas comunes, cuando se distribuyen, constituyen *deberes* particulares; y los bienes, al distribuirse, pasan a ser derechos particulares.

30. El acto de distribución de bienes y cargas es un acto de la autoridad. Y estará

justificado y limitado por el bien común. En cierta medida puede ser un acto político discrecional (porque hay distintas posibilidades de realizar el bien común), con el que se constituirá el derecho: se asignará lo que corresponde a cada uno (su derecho). Pero, en la medida en que ya exista un **derecho al reparto** (un título por el que a algún miembro de la sociedad ya le corresponde ese reparto, en cuanto destinatario), esa distribución será un acto de justicia: de justicia distributiva.

31. El derecho al reparto se determina en virtud de la posición que cada uno ocupa en la sociedad en relación con el bien común. Tal posición, para el reparto de beneficios, se mide con el criterio de la *necesidad* (quien más necesita de los demás para poder desarrollarse, más derecho tiene), del *mérito* y del *aporte* (si un socio aportó más capital, tiene derecho a mayores utilidades); y para el reparto de cargas, la posición se mide según el criterio de la *capacidad* (quien más puede aportar, mayor carga tiene de hacerlo) y de la *función* (su rol determinará las tareas en pro del bien común que deberá hacer); y, en todo caso, la *igualdad* que siempre es propia de la justicia: en el caso de la justicia distributiva, la igualdad no es aritmética (como en la conmutativa) sino proporcional: una igual proporción de las relaciones que se dan, por un lado, entre la posición del sujeto y el bien común (según los criterios señalados), y, por otra parte, entre los bienes o cargas a distribuir y los sujetos entre los cuales se distribuyen.

32. Y, con el nuevo enfoque del derecho de daños, adquiere relevancia un nuevo criterio de distribución de cargas (de la carga de reparar las consecuencias del evento indeseado): la contribución a la *creación del riesgo* que genera el menoscabo de la víctima (o que torna imposible su reparación por el causante libre), o el *mantenimiento o aprovechamiento* de tal riesgo.

33. En el caso de la responsabilidad por hecho ajeno (por ejemplo, del dependiente, o de la empresa tercerizada), hay un beneficio social (la que reporta la actividad empresarial, o la desconcentración del empleo), y un riesgo generado por ese beneficio: la mayor posibilidad de que se produzcan daños causados directamente por quien no puede repararlos (el empleado, o la empresa tercerizada). En el caso de la responsabilidad por cosas que están bajo la guarda -por ejemplo, por accidentes de automóviles-, la circulación vehicular reporta un beneficio de la civilización, pero genera a su vez un mayor riesgo de daños que podrían producirse fuera del control de la voluntad humana.

34. La sociedad tolera tales riesgos, porque se compensan con los **beneficios** que comportan para el conjunto. Por eso considera que ese **riesgo es lícito**, siempre que se cumplan ciertas normas tendientes a disminuir su potencialidad dañosa. Si el riesgo se concreta, como es lícito, *su producción* no puede considerarse ilícita o injusta (o contraria a derecho). Quien creó el riesgo, o se aprovechó de él, o lo mantuvo, actuó lícitamente, sin contravenir derecho alguno; quien padeció el menoscabo en sus intereses no tenía derecho a que no se produjera el evento indeseado.

35. Pero *las consecuencias del menoscabo*, en la medida en que pueden indemnizarse, son una **carga** que puede repartirse entre los miembros de esa sociedad. No tiene por qué soportar uno solo las consecuencias negativas de un beneficio que lo es para todos.

Y quien aportó al riesgo o se benefició del mismo, tiene una especial posición respecto al bien común en ese ámbito de la actividad riesgosa, tiene un título a un reparto de la carga que supone la reparación del menoscabo consecuencia de ese riesgo.

36. Por lo tanto, hay un **derecho** a que se *transfieran las consecuencias del evento indeseado*: desde el patrimonio de la víctima, a la sociedad (que fue causa de que el riesgo se considere lícito), y, de ésta, a aquel que haya contribuido a la creación del riesgo, o a su mantenimiento, o se haya aprovechado más del mismo.

37. Respecto a la producción del evento dañoso, no hay derecho a que no suceda ni deber de evitarlo de modo absoluto, pero respecto a las consecuencias del mismo sí hay derecho a no soportarlas más allá de lo que corresponda como carga social, y hay deber de la sociedad de distribuir esa carga, y hay deber de asumirla por parte del objetivamente responsable por ser miembro de la comunidad de riesgo y por la especial posición que se tuvo en la creación, mantenimiento o aprovechamiento de ese riesgo.

38. En definitiva: aunque la reparación del daño no sea cosa “suya” (derecho de la víctima y deber del objetivamente imputado) como retribución conmutativa (por un derecho de la víctima a que no se produjera, o por un acto ilícito del imputado que lo haya causado), sí es “suya” en otro sentido. Así lo expresa Tomás de Aquino: “Como la parte y el todo son en cierto modo lo mismo, así lo que es del todo es en cierta forma de la parte; y de este modo, cuando se distribuye algo de los bienes comunes entre cada uno de los individuos, recibe cada cual en cierta manera lo que es suyo”.⁷ En este caso, lo que se distribuye como común es una carga: la reparación del daño sufrido por un miembro del grupo social.

También Tomás de Aquino da una indicación en relación con el criterio con que se distribuirá: “en la justicia distributiva se da algo a una persona privada, en cuanto lo que es propio de la totalidad es debido a la parte; lo cual, ciertamente, será tanto mayor cuanto esta parte tenga mayor relieve en el todo. Por esto, en la justicia distributiva se da a una persona tanto más de los bienes comunes cuanto más preponderancia tiene dicha persona en la comunidad.”⁸

Este “mayor relieve” o “preponderancia” de la parte en el todo de la comunidad, se determinará en función del tipo de comunidad de que se trate: comunidad de riesgo de tránsito (responsabilidad por hecho de la cosa bajo la guarda, en accidentes de tránsito), comunidad de producción o de empresa (responsabilidad por hecho del dependiente o en los procesos de tercerizaciones), etc.⁹

A través del riesgo creado o mantenido, el imputado, si bien **no** realizó un *acto ilícito*, fue *causa libre* de la creación, o mantenimiento de una situación que, aunque no

⁷ Tomás de Aquino, Suma Teológica, Parte II-IIae, cuestión 61, partes de la justicia, art. 1, ad 2. <http://hig.com.ar/sumat/c/c59.html>.

⁸ Ibidem, art. 2, R.

⁹ Cfr. Hervada, Javier, Lecciones de Filosofía del Derecho - Teoría de la Justicia y del Derecho, 3ª. ed., Pamplona, EUNSA, 1991, vol. I, pp. 230-236. Señala cuáles son los criterios para medir la igualdad de proporcionalidad (en relación con el fin del reparto), que se da en la justicia distributiva. Si bien no señala la contribución al riesgo, podría aplicarse análogamente el criterio de “aportación a la sociedad”.

ilícita en sí misma, sí lo coloca en una relación de mayor carga respecto al bien común del grupo social que conforma: si alguien sufre un *daño* en su persona o bienes como consecuencia de la concreción del riesgo que otro (el imputado) asumió, con aquel acto por el que éste libremente provocó el *riesgo*, se puso en una relación de mayor deber de aportar a las cargas para el *bien común*. Concretamente, a través de parte de su propiedad privada que está afectada a ese destino universal de los bienes naturales, que constituye un acervo común,¹⁰ *deberá indemnizar* el daño ocasionado a esa víctima.

Por el otro lado, habrá un *derecho* de la víctima *en cuanto miembro de la sociedad* a no soportar la totalidad de las consecuencias del evento dañoso, y a recibir parte del acervo común conformado por aquella parte de la propiedad privada que está destinada a contribuir a las cargas sociales.

C. Consecuencias del fundamento

1. Positividad

39. Que el fundamento de la responsabilidad objetiva sea la justicia distributiva (y no la conmutativa) tiene, como primer consecuencia, una **cierta positividad** de lo justo o “derecho”. Pues la *específica medida* del derecho – deber de resarcir dependerá de la concreta organización de la sociedad, de la forma en que la autoridad distribuya las cargas sociales en un momento y lugar determinados.¹¹

40. Pero tal distribución no es meramente discrecional, sino que deberá respetar un “derecho” ya existente: la parte que corresponde a uno y otro (víctima e imputado) de los bienes y cargas comunes. Habrá, entonces, una asignación positiva de derechos y deberes, pero que deberá respetar una previa asignación natural de los mismos, que corresponde a la natural sociabilidad del hombre por la que Aristóteles lo calificaba como animal político, y al hecho (en este caso, el evento indeseado, y la generación, mantenimiento o aprovechamiento del riesgo) que haya determinado la peculiar posición del acreedor y del deudor respecto al bien común de esa sociedad.¹²

10 Como señala Finnis, “el sentido de la propiedad privada es darle al dueño la primacía en el uso y el disfrute de la propiedad y de sus frutos...” “Pero más allá de una medida y grado razonables de tal uso para satisfacer sus necesidades (...) él conserva el resto de su propiedad y sus frutos como parte del acervo común (...); aunque asignado como propio para su gestión y control, ya no está para su beneficio privado sino que es mantenido por él de modo inmediato para el beneficio común”. (Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 202).

11 La distribución de cargas y bienes en una sociedad requiere de la intervención de un acto de la autoridad por el que aquéllos se transfieran desde el ámbito de lo común al de lo privado.

Por ejemplo, puede distribuirse la carga de la reparación del daño sufrido por automóviles entre todos los dueños de vehículos (con un seguro obligatorio), o puede asignarse a quien tiene la guarda del automotor que ocasionó el daño. Como dice Aristóteles respecto de lo justo legal o positivo: “...en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente.” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo 7, en *Ética Nicomaquea – Política*, trad. de Antonio Gómez Robledo, 20ª edición, México, Porrúa, 2004, p. 90).

12 ¿Hasta qué punto el derecho previo al reparto (la parte que a cada uno le corresponde del acervo común, en cuanto destinatario, mientras el bien o la carga está en la esfera común) es un derecho con título y medida –requisitos de todo derecho en sentido realista, como señala Hervada (Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1995, pp. 204 – 207)-, determinados ya por la posición de cada uno en esa comunidad? ¿Se requiere un acto de la autoridad (el reparto) para que sea exigible esa parte correspondiente como destinatario al reparto? Entendemos que hay título (asignación) y medida –al menos como un mínimo-, antes del acto de distribución por parte de la autoridad. Por eso hay derecho, en el sentido de algo determinado que es debido, y que por tanto es exigible, ante la

2. Ausencia de daño (lesión de derecho)

41. Otra consecuencia será que, para que surja la relación jurídica de responsabilidad, no se requiere (como en la responsabilidad propia de lo justo conmutativo) el incumplimiento de la relación jurídica previa. Habrá unas relaciones jurídicas previas (las ya referidas relaciones existentes entre la víctima potencial y la comunidad, y entre ésta y el objetivamente imputado), pero el evento indeseado no constituye un incumplimiento de tales relaciones jurídicas, sino una condición para que se actualicen tales relaciones.

42. La “producción” del evento indeseado, no es, *en sí*, un *acto ilícito*, sino un *hecho* que tiene como *efecto* una nueva posición de la víctima en la sociedad, que la hace acreedora a un reparto de los beneficios sociales, para que haya una igualdad proporcional con los demás miembros de la sociedad en relación con el reparto de esos beneficios y cargas sociales. Si sucede el acontecimiento indeseado, se cumple la condición para que nazca el derecho de la víctima a recibir la parte del acervo común que restablezca la **igualdad ante las cargas públicas**, y a la vez, el mismo hecho determina el correspondiente deber de la sociedad de reparar ese menoscabo; y, en la medida en que la sociedad distribuyó la carga de la reparación según el aporte al riesgo, el mismo hecho, en cuanto concreción de ese riesgo, es la condición para que nazca el deber del imputado de aportar, de la parte de su patrimonio correspondiente al acervo común, los bienes necesarios para la reparación.¹³

43. Hay un detrimento, un menoscabo, que no puede considerarse injusto: lo injusto sería que no se reparara según la carga que corresponde a cada uno de los miembros de esa comunidad. Por eso, en rigor, no hay “daño” –en el sentido de “lesión de derecho”– como presupuesto de la responsabilidad objetiva.

3. ¿Reparación integral del “daño”?

44. Vinculada a las dos consecuencias anteriores, está la siguiente: como no hay daño en el sentido de violación de un derecho previo, la medida de la reparación o de la compensación no será necesariamente la reprivatización a la situación anterior, o reparación integral del daño. Tal reparación integral es exigencia lógica de que, si se incumple un

autoridad. De lo contrario, ésta no estaría obligada a distribuir los bienes y cargas comunes, sino que sólo estaría obligada a respetar lo que corresponde a cada uno cuando decida (discrecionalmente) realizar el acto de reparto.

Pero, hasta que la autoridad no establezca el criterio de distribución que aplicará, hay un margen de discrecionalidad: puede elegir racionalmente uno u otro criterio; pero *debe* hacerlo. Por eso, el derecho se tendrá ante la sociedad, hasta que ésta defina el criterio a aplicar; luego de definido el criterio, el derecho se dirigirá a aquél a quien se le haya distribuido la correspondiente carga (en este caso, la de resarcir el perjuicio a la víctima por estar en una determinada posición respecto al bien común en virtud de la creación, mantenimiento o aprovechamiento del riesgo lícito).

13 También está presente esta justificación de justicia distributiva, en la exigencia jurisprudencial y doctrinaria de que el “daño” no sea un “perjuicio que la víctima deba soportar”, para que pueda configurarse la responsabilidad objetiva. Así lo señala Risso Ferrand, primero, analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español sobre la responsabilidad objetiva del Estado que prevé la constitución española de 1978 en su artículo 106.2: “Producido el daño y siempre que éste sea causado por los servicios públicos –nexo causal-, sólo resta analizar la *posición jurídica de la víctima*, esto es, si tenía la obligación de soportar el daño sufrido –en cuyo caso, obviamente, no procederá indemnización alguna-.” (Risso Ferrand, Martín J., Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, 2ª edición actualizada, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 27-28, énfasis añadido). También muestra cómo este criterio ha sido recogida en Colombia, por Hoyos del Duque, y por Tawill, en Argentina, que “define a la lesión como el perjuicio antijurídico en sí mismo, que el damnificado *no está obligado a soportar* aun cuando el agente que lo cause obre con total licitud” (Risso Ferrand, Martín, loc. cit, énfasis añadido).

derecho-deber, éste se tiene que cumplir en su totalidad (pues de lo contrario, no era un derecho-deber en su totalidad).

45. En cambio, en la responsabilidad objetiva, como el riesgo es lícito, no hay actividad ilícita (contraria a un derecho) que exija el cumplimiento del derecho lesionado en su totalidad. La reparación será debida no según la medida del menoscabo (pues no había derecho a una integridad que haya sido violado en la precisa medida del menoscabo), sino conforme a una igualdad de proporcionalidad (no aritmética) según la posición de la víctima y del imputado respecto a los comunes bienes y cargas que han de repartirse.

46. Ello determina que, desde el punto de vista del imputado, exista un límite para la determinación de cuánto debe reparar: lo que le corresponda como carga en cuanto miembro de la sociedad y según su posición, y por eso, no más allá de su capacidad contributiva. Sólo puede verse afectada aquella parte de su propiedad que tenga como destino el acervo común. No vaya a ser que, como consecuencia de la reparación, el imputado pase a ser, a su vez, una nueva víctima a quien se ha de reparar.

47. Y desde el punto de vista de la víctima, aunque la medida de la reparación dependerá de la concreta organización social en la distribución de cargas y bienes, no hay que perder de vista que también a la víctima, en cuanto miembro de la comunidad, le corresponden bienes y cargas. La medida no será necesariamente la totalidad del menoscabo padecido, sino aquella parte que no le corresponda soportar en función de la igualdad ante las cargas públicas.

48. Consideramos congruente con este enfoque las muy atinadas consideraciones realizadas por Risso Ferrand respecto a la distinción entre “responsabilidad por actividad lícita y actividad ilícita” (cita a Garrido Falla, que “propugnaba por **distinguir** los conceptos de **responsabilidad e indemnización**” [Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Madrid, 1977, pág. 240 y ss.]. Y señala que “Se entiende (...) que la responsabilidad implica lesión de un derecho subjetivo (o de un interés para algunos autores) y en consecuencia un **acto ilícito**, mientras que la indemnización involucra un sacrificio de los derechos patrimoniales en base a actividades totalmente **lícitas**” [cita en nota al pie: Izquierdo, Florentino Valerio, La responsabilidad del Estado por errores judiciales, pág. 24 y ss.]. “...En las hipótesis de responsabilidad la **reparación** del daño debe ser **integral**, mientras que en los casos de indemnización se trata de una compensación que **no necesariamente** resarcirá en su totalidad el daño sufrido (la Corte Suprema y otros órganos jurisdiccionales han sostenido, por ejemplo, que en los casos de daños causados por actividad lícita, el lucro cesante no era indemnizable)”¹⁴

III. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

49. La víctima y el victimario pueden ser una persona física (con la totalidad de los derechos propios de una persona humana), o una persona jurídica, e incluso, la sociedad en su conjunto, políticamente organizada (el Estado), que, cuando actúa como victimario

¹⁴ Risso Ferrand, Martín J., op. cit. nota 12, p. 23 (énfasis, añadido).

a través de los funcionarios públicos, incurre en una responsabilidad con peculiaridades propias, conforme veremos luego.

50. Las personas físicas son los sujetos “naturales” de derechos y deberes, dada su racionalidad y libertad.¹⁵ Las personas jurídicas, en cambio, son, al decir de Soto Kloss,¹⁶ “*artificios intelectuales del hombre para asegurar la unidad de voluntad de un cuerpo multiforme*”, un centro de imputación jurídica que se lo considera titular de derechos y obligaciones, para representar la existencia real de sociedades: grupos de personas que para alcanzar un bien común (que no podrían lograr aisladamente, pero sí mediante el concurso organizado de la actuación de cada uno), cuentan con una autoridad, normas y un conjunto de medios (que conforman un patrimonio afectado a ese fin). Con ese patrimonio responderán de los daños que pudiera causar a través de las personas que la componen, si éstas actúan en cuanto integrantes de esa sociedad persona jurídica.¹⁷

51. No plantea mayores problemas la determinación del responsable cuando la persona jurídica actúa a través de sus representantes, de acuerdo con lo previsto por sus propias normas internas: la voluntad de ellos se imputa a la voluntad de la persona jurídica, que responderá con su patrimonio. En esta situación se incluyen también los actos dañosos realizados por otras personas que integran de algún modo esa sociedad, cuando actúan por orden de quien tiene la representación social. Podríamos denominarla *responsabilidad por acto propio de la persona jurídica*.

52. Cuando el daño es producido por un *miembro de la sociedad que actúa como tal*, también se considerará responsable a la persona jurídica. Estamos en los casos de *responsabilidad por acto del dependiente*. Podría entenderse que es un caso de responsabilidad por acto ajeno y, por tanto, objetiva. Pero consideramos que no se trata de un problema de responsabilizar a quien no fue causa libre y culposa del daño, sino de cómo se imputan a la persona jurídica los actos ejecutados por quienes la integran. Si el acto dañoso es imputable de modo primario al miembro de la sociedad (sea representante formal o no

15 Ver supra parágrafo 6. La persona es causa de su obrar. A pesar de los diversos condicionamientos, cada uno tiene la evidencia de que hay acciones que puede decidir hacerlas o no hacerlas (después podrá o no ejecutarlas, pero nadie puede privarlo de decidir hacerlas). Por eso uno descubre que obra por sí mismo, que es dueño de su obrar. Y ello pone de manifiesto que se es dueño del propio ser, porque el obrar es manifestación, extensión o desarrollo del ser. El propio ser, y todo lo que lo integra o constituye, es suyo, es “cosa” suya. Así, todo ser humano, por serlo, es capaz de ser dueño de sí, de todo lo que lo constituye, de sus fines existenciales, y de los medios para llegar a esos fines. En este sentido, se dice que es “persona” jurídicamente. No es objeto de derecho (“cosa suya” de alguien), sino sujeto de derecho: él mismo es “cosa suya”, “de sí mismo”, “de propio derecho” o “sui iuris”: persona en sentido jurídico.

16 Soto Kloss, Eduardo, Congreso Internacional de Derecho Administrativo – en homenaje al centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Suc. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1984, p. 132.

17 Como señala Messner, “La aplicación del término «persona» a la sociedad no es (...) sólo una metáfora, como la del término «organismo», sino que se basa en una analogía intrínsecamente fundada”, pues, como la persona natural, “la persona social tiene su propio ser, aunque no es sustancial, un ser que sobrevive incluso a las generaciones de sus miembros. De manera semejante a la de la persona natural, la sociedad tiene, como unidad, capacidad de formar su voluntad y capacidad de obrar para realizar sus fines. Como la persona natural, también la persona social es responsable por sus fines existenciales”. (Messner, Johannes, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, trad. de Viktor Antolin, revisada por Antonio de Luna, Madrid, Euramérica, 1959, p. 47).

Antes explicó que la sociedad es “un ser accidental que necesita una sustancia –al hombre– como portador, pero es un ser accidental ontológico, pues la sociabilidad pertenece a la naturaleza esencial del hombre” (pp. 31-32). A la sociedad le corresponde la entidad propia del accidente relación: relación de cooperación entre las personas; pero son “relaciones mutuas a través de las cuales se realiza la integración de los individuos, y que forman, por tanto, una nueva realidad” (p. 32)

de la persona jurídica) por un factor de atribución subjetivo, la responsabilidad (que se imputará en segundo término a la persona jurídica) será subjetiva; si lo es por un factor de atribución objetivo, será objetiva.¹⁸

53. Para determinar si un *miembro de la sociedad*¹⁹ actuó como tal, y que, en consecuencia, el daño se impute a la persona jurídica, se considera si los daños son “causados con motivo del ejercicio de la función”, lo cual requiere que aquél, “obre en tal calidad y que medie un *nexo causal adecuado suficiente entre la función y el daño*”. Es decir: “importa la naturaleza del hecho que se ejecuta, el cual debe estar ligado razonablemente al ejercicio de la función”.²⁰ Consideramos que esta vinculación entre la función y el daño (que es similar al criterio de la “razonable relación” entre ambos, que sostiene Borda²¹), *resuelve la cuestión por vía de la relación causal* entre lo que es el accionar propio de la persona jurídica en cuestión –que se determina por el fin común de esa sociedad- y los daños que pueden producirse por dicho accionar. Como señala Pizarro, “se entra decididamente en el campo de la causalidad”.²² (Pizarro, op. cit, p. 177). Esa relación de causalidad adecuada se juzga en función de que el daño “pueda considerarse que constituye una derivación previsible [de la función] según el curso natural y ordinario de las cosas”²³, juicio de previsibilidad que “debe ser realizado por el juez, en abstracto y ex post facto”, incluyéndose el daño producido como “consecuencia inmediata y necesaria o mediata

18 Las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, de Junín, 1990, se pronuncian en este sentido de admitir la posibilidad de que la responsabilidad por hecho del dependiente se configure por un factor de atribución subjetivo u objetivo, según Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa - Contractual y Extracontractual, Buenos Aires, La Ley, 2007, T. III, p. 174, nota 196.

19 Utilizamos esta expresión para abarcar tanto a los dependientes que no tienen la representación formal de la persona jurídica, como a los que sí la tienen. Como señala Pizarro, “La doctrina dominante, con muy buen criterio, sostiene que no cabe formular distinciones entre la responsabilidad directa que pesa sobre la persona jurídica por los actos de sus administradores o representantes, integrantes del órgano, y la que emerge del actuar de los dependientes. En ambos casos su responsabilidad quedaría comprometida cuando los daños sean causados en ejercicio o con ocasión de sus funciones, tal como explícitamente lo determina el art. 43 [Ley 17.711]. Los daños causados por dependientes de las personas jurídicas no pueden ser tratados de un modo distinto, más benévolo”. (Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 190).

Y hablamos de sociedad o persona jurídica, porque consideramos que esta última tiene sentido en la medida en que es centro de imputación jurídica de actos de personas integradas en una sociedad (grupo de personas, con un fin común, que determinará la *función* que cada uno tiene en esa sociedad, y las leyes que serán regla de los actos incluidos en esas funciones, para dirigirlos al fin común, a través de la autoridad que promulgará esas leyes, las hará cumplir y juzgará según las mismas).

20 Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 175.

21 Borda, *Obligaciones*, t. II, N° 1375, p. 271, citado por Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 185, nota 238.

22 En cambio, pensamos que son insuficientes los criterios que se centran en si la actividad dañosa del dependiente se ajustó “exactamente a la función encomendada”, y si tal acto “fue autorizado o al menos tolerado”. Ello supone distinguir entre los actos del principal (o representante formal de la persona jurídica) y los del dependiente, miembro de la misma sociedad. Implicaría que sólo cabe imputar a la persona jurídica, mediante un factor atributivo subjetivo, los actos de sus representantes formales (o actos “del principal”). Y que la imputación de actos dañosos dolosos o culposos de los demás miembros de la sociedad (actos “del dependiente”), para poder imputarse a la persona jurídica, deberían depender causalmente de una culpa del “principal”, es decir, un fundamento de la responsabilidad basado en la “culpa *in eligendo* o *in vigilando*”.

Es más, si las órdenes del principal implicaran la o comisión de delitos o de cuasidelitos, ya entramos en otro ámbito distinto, pues salimos del supuesto de responsabilidad por el hecho del dependiente y entramos dentro de la responsabilidad por el hecho del principal, que fue quien dio una orden ilícita transformando al empleado en un instrumento para comisión de un ilícito. Inútil advertir que en este caso la responsabilidad no es refleja o indirecta, sino directa y principal del patrón y se genera por la orden irregular emitida» (Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 177).

23 Brebbia, *Problemática jurídica de los automotores*, t. I p. 213, citado por Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T. III, p. 187, notas 243, 242.

previsible (...) de la función”, y excluyendo las consecuencias casuales o remotas.²⁴

54. Finalmente, como señala Pizarro, se puede considerar acreditada “la culpa dentro del ámbito de la dependencia” sin que sea posible “su imputación concreta y específica a un dependiente determinado. «Esta doctrina –dice Zavala de González- permitió atribuir responsabilidad al principal en los casos de ‘falta de servicio’, construidos especialmente en el desenvolvimiento de la administración pública (por ejemplo, errores registrales), a partir de una irregularidad dañosa en el ejercicio o con ocasión de las funciones pertinentes, pero sin poder individualizarse al autor: responsabilidad por el hecho negligente de un dependiente no determinado ni precisado o, dicho de otro modo, culpa real dentro de la subordinación, aunque subjetivamente no ubicada en concreto (autoría anónima)»”²⁵

IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

A. ¿El Estado se rige por normas específicas de responsabilidad?

55. El Estado es una sociedad – persona jurídica, integrada por todos los habitantes, unidos por un fin común (el bien común), que justifica la existencia misma de esa sociedad, y justifica y limita la función de la autoridad (integrada por algunos de esos habitantes) y de las leyes y restantes medios (bienes de uso común, y parte de la propiedad privada destinada al acervo común), por cuanto todos ellos son medios para lograr el bien común (crear el conjunto de condiciones para el pleno desarrollo de todas las personas).

56. También se denomina Estado a la autoridad que dirige a la sociedad – Estado. Ésta es una persona jurídica, integrada por personas físicas, regidas por normas específicas en las que, en última instancia, en un sistema democrático, han participado todos los miembros de la sociedad-Estado. Esas normas dirigen el comportamiento de la autoridad hacia el bien común que justifica su ser y su actuar. En eso consiste el Estado de Derecho.

57. Como parte esencial de ese bien común son los derechos de las personas (aquellos que les corresponde como suyo, y que los demás les deben), las demás personas deberán respetar o cumplir con esos derechos; y ello obliga de modo especial al Estado-autoridad por cuanto su razón de ser es hacer cumplir esos deberes-derechos, por constituir ello el bien común.

58. Es más: el Estado-autoridad no es que deba subordinar sus fines a este bien común, sino que éste es su único fin. El Estado está sólo para cumplir los derechos; no le es lícito hacer otra cosa. Es el principio de legalidad y especificidad que rige su actividad. Las personas físicas que integran los órganos del Estado-autoridad, para actuar como tales, deben respetar este principio.

²⁴ Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T III, p. 187.

²⁵ Ibidem, T III, p. 174, con cita de Zavala de González, *Responsabilidad por riesgo*, N° 35, p. 164.

59. En cambio, las personas que integran el Estado sociedad, pueden hacer todo aquello que la ley no prohíbe: es decir, el principio de su actuar es la libertad, pues sólo podrán desarrollarse en cuanto seres humanos si actúan como seres humanos, que tienen esta característica esencial de la libertad; pero como para ese desarrollo se necesitan mutuamente, y en ello consiste el bien común, en su vida social han de subordinar sus fines a este fin común, y la ley, que ordena las conductas hacia ese bien, señalará el límite a esa libertad: lo prohibido, aquellas acciones cuyos fines no son subordinables sino que impiden o excluyen el fin común.²⁶

60. El Estado-autoridad, entonces, en su relación con todas y cada una de las personas que integran el Estado-sociedad, no está obligado sólo por el genérico deber de no dañar (no causar “injuria”, lesión de derechos, respetar lo que “es suyo, de cada uno”, como condición primera de lo que requieren para su pleno desarrollo). Tiene una obligación específica, de orden legal (constitucional), no meramente omisiva, sino positiva: la obligación de proteger a los “habitantes de la República”, “en el goce” de los bienes humanos básicos: “vida, honor, libertad, seguridad, trabajo, propiedad”... en aquellos objetos de sus derechos humanos básicos (“inherentes a la personalidad humana”). Así resulta de los artículos 7 y 72 de la Constitución, entre otros. Podríamos denominar a este deber general del Estado, frente a todos sus habitantes, “deber de seguridad”.²⁷

61. Por ello, cuando el Estado-autoridad causa un daño, priva de un derecho²⁸, está incumpliendo un deber específico, su propia razón de ser, se está extralimitando respecto a lo que es su competencia, a lo que legitima su autoridad. Está actuando contra derecho, no es un Estado de Derecho.²⁹ Podría decirse que siempre que cause un daño (en sentido jurídico: lesión de derecho), el Estado estará incumpliendo una obligación específica: este deber de seguridad.

62. Este deber específico determina un estándar especial para medir la culpa del funcionario, a través del cual actúa el Estado. Por ello, si causa un daño en ese ámbito de su función, su responsabilidad es la de quien tiene a su cargo una función determinada, en servicio de otros, es decir, una responsabilidad “profesional”.³⁰

26 Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo – en homenaje al centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Suc. Martín Bianchi Altuna, 1984, p. 132.

27 Cfr. Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX – *Responsabilidad Extracontractual*, Volumen 1º, 2ª reimpresión de la segunda edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, pp. 91-92, quien señala que estos artículos que proclaman “el derecho a la seguridad e integridad de la persona humana, penetra en el campo del derecho privado moderno, para aportar un decisivo apoyo a la nueva visión de la responsabilidad civil, concebida como fenómeno reparatorio y no sancionador”. Este derecho constitucional, “...al ser más reciente, se encuentra en mejor armonía (...) con la realidad político-social dominante. Y por otra parte, los enunciados más genéricos y de principio, que incluye la constitución, dan más aire al intérprete para que persiga una lectura de la ley, que marche de consuno con los objetivos constitucionales, a los que permite una actualización concreta y efectiva, plegando el Código, en sus aspectos caducos o envejecidos, a las necesidades actuales, o haciendo penetrar en los intersticios de la ley –como principio general, en lugar de la culpa- la tutela de la víctima”.

28 Los derechos lo son en relación con el bien común, como ya señalamos. Por eso, *privar de un derecho conforme a las leyes, por razones de interés general*, no es privar de un derecho, sino de un bien, de un interés, que ha de subordinarse al bien común, y por tanto, no es causar un *daño en sentido jurídico, lesión de un derecho*.

29 Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *La responsabilidad pública: enfoque político*, p. 44, citado por Risso Ferrand, Martín, op. cit., nota 12, p. 15.

30 Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo II: La defensa del usuario y del administrado, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2009, capítulo XIX, en http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo19.

63. Esta es una diferencia específica de la responsabilidad del Estado, que se manifiesta de modo muy concreto en la responsabilidad por omisiones. En sede de responsabilidad civil, se considera que “las ‘omisiones puras’ no son causas”, y “solo pueden aparejar responsabilidad (no causal) cuando exista, al respecto, un deber positivo especial.”³¹ Pero en el ámbito de la responsabilidad del Estado, el deber que justifica la responsabilidad por omisiones del Estado no precisa ser determinado más que por el servicio que éste debe prestar, y que se concreta a través de las funciones de sus agentes. De allí la relevancia que tiene el concepto de falta de servicio para determinar la responsabilidad del Estado, que se da cuando el servicio funcionó irregularmente, tarde o no funcionó (situaciones, estas últimas, claramente omisivas).³²

64. El Estado, por otra parte, es una persona jurídica peculiar, porque cuenta como parte de su patrimonio con bienes de dominio público, de uso común y con parte de la propiedad privada destinada al bien común, recaudada a través de los tributos. Por lo tanto, cuando responde el Estado, respondemos todos, según nuestro aporte tributario.³³

65. Respecto a la discusión sobre si la responsabilidad del Estado debe regirse por normas específicas de derecho público o por las del derecho privado, entendemos que debe haber un enfoque peculiar de la responsabilidad del Estado, por la ya referida limitación de su actividad a coordinar las acciones hacia el bien común (principio de legalidad) y siguiendo el principio de subsidiariedad, pero ello no implica excluir las normas de derecho privado, por cuanto recogen criterios del derecho común sobre el derecho de daños.

Así lo señala Aída Kemelmajer: pese a las diferencias “entre la posición en que se encuentra el Estado a diferencia de los particulares, existen principios comunes que no pueden ni deben ser olvidados”³⁴. Y también *Mosset Iturraspe*: “nos parece que el debate se alimenta con el abroquelamiento de la responsabilidad tradicional en esquemas clásicos, a partir incluso de la denominación preferida. Si flexibilizamos la cuestión, para hablar de una responsabilidad por daños y no de una responsabilidad civil; si admitimos que el fundamento puede ser otro que el castigo del agente culpable; si admitimos que el Juez tiene un importante rol que cumplir con base en la equidad; ... estamos quitando argumentos a quienes bregan por dividir el asunto en compartimentos estancos”.³⁵

pdf), pp. 14 y 15.

31 Berdaguer, Jaime, *Causalidad y responsabilidad aquiliana: un nuevo enfoque sobre la ‘causalidad’ en la naturaleza y en el derecho, desde las perspectivas de la teoría del derecho y del derecho positivo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 37.

32 Cfr. Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 14.

33 Cfr. Risso Ferrand, op. cit., nota 12, p. 20, y Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 25.

34 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado*, pág. 80, conforme a la referencia de Risso Ferrand, op. cit., nota 12, p. 13.

35 *Mosset Iturraspe*, Jorge, y otros, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por su actividad judicial*, pág. 129 y 130, en cita transcripta por Risso Ferrand, op. cit., nota 12, p. 13.

Risso Ferrand considera que “la distinción realizada en cuanto a la aplicación del derecho público o privada en materia de responsabilidad del Estado (...) en la actualidad, la misma no se justifica”. Pero luego matiza, señalando que “la utilización de principios civilistas no debe descartarse por una razón de principio, sino sólo en aquellos casos en que un criterio de imputación determinado no resulte adecuado para el Estado.”

En cambio, Carlos De Cores, concluye sus “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado”: “cuesta verdaderamente concebir el por qué del desplazamiento del Derecho Privado, si de lo que se trata es precisamente de

B. ¿Responsabilidad objetiva o subjetiva del Estado?

El Estado-autoridad es una persona jurídica que, dentro de la limitación del principio de legalidad y del de subsidiariedad³⁶, puede contraer otras obligaciones específicas, en las que se relaciona con personas físicas o jurídicas determinadas; y puede incumplirlas por decisión libre (de quienes integran sus órganos), y entonces responderá subjetivamente.

67. Y también puede realizar emprendimientos que supongan un riesgo, que podrá ser considerado lícito. Pero habrá de responder objetivamente por el daño causado por tales riesgos. Y lo hará porque tiene como función específica la distribución de cargas y beneficios del acervo común, para lograr el bien común. Y en esa distribución debe respetar lo que a cada miembro de la sociedad le corresponde, lo que es suyo o justo en la distribución de tal acervo, según los criterios del mérito, capacidad, contribución, etc. Por eso, si causa un detrimento a alguien por realizar una obra de utilidad común, nacerá una obligación de indemnización a la que el perjudicado tiene derecho por el principio de igualdad ante las cargas públicas.³⁷

Y podría también tener dependientes que no integren ese Estado-autoridad, que no sean funcionarios públicos. Entonces, podrá responder por hecho ajeno, de esos dependientes, con una responsabilidad objetiva. En este caso, se aplica el cúmulo de respon-

regular la responsabilidad civil del Estado". "Ciertamente, puede pensarse en la existencia de particularidades, pero que en general no inciden en el meollo de la cuestión (tal es, por ejemplo, el requisito de la previa anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el caso de actos de la administración). Pero ello no justifica lo que ha hecho la más prestigiosa doctrina publicista en nuestro país, tirando por la borda el sistema de responsabilidad civil y pretendiendo fundar otro construido sobre los art. 24 y 25 de la constitución, que constituyen –en nuestra opinión– una base sumamente endeble. Por otra parte: una cosa es sostener la superioridad ética del principio solidarista (...). Pero otra cosa muy distinta es decir que el Estado, por el sólo hecho de ser tal, responde siempre objetivamente, argumentando sobre la base de los art. 24 y 25 de la Constitución". (De Cores, Carlos, "Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, Tomo XXII).

36 Se ha definido el término "subsidiario" como "la calificación de la conducta operativa que suple, cumple o integra lo que falta en una cosa o remedio de ella." Se entiende como parte del concepto "la falta o ausencia de algo"; y que "se deberá actuar cuando falta algo y no para sustituir una actividad existente". (Ruanova, Mariela, "El principio de subsidiariedad: el justo equilibrio de la intervención del Estado en la sociedad", en Brito, Mariano (coordinador), *Fundamentos de Derecho Administrativo económico*, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2012, p. 106.

Esta subsidiariedad está ínsita en el propio concepto de bien común como fin de la sociedad. La sociedad tiene como fin **crear las condiciones** para que las personas puedan desarrollarse plenamente, y no "desarrollarlas", porque las personas son **libres**, y sólo se desarrollarán **humanamente** si lo hacen libremente (pues el actuar libre es una característica *esencial* del hombre). La propia noción de bien común "tiene el carácter de algo complementario y subsidiario: es una ayuda que obtienen los hombres de su cooperación para la realización de sus fines existenciales, es decir, sus tareas vitales; no es un fin en sí mismo". (Messner, Johannes, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, trad. de Viktor Antolín, revisada por Antonio de Luna, Madrid, Euramérica, 1959, p. 86). Y Finnis se pregunta: "¿Cuál es la fuente de este principio? (...) El bien humano exige no sólo que uno reciba y experimente los beneficios (...); exige que uno haga ciertas cosas (...) Sólo en la acción (en el sentido amplio que incluye la investigación y la contemplación de la verdad) participa uno plenamente en los bienes humanos". (Finnis, John, op. cit., nota 9, p. 176).

Por eso, la autoridad debe coordinar las acciones en relación con el bien común; pero no ha de reemplazar a la persona en lo que ésta debe y puede hacer; porque si no, no estaría facilitando sino entorpeciendo su desarrollo.

La autoridad o la sociedad superior debe **coordinar** la actividad de los miembros de la sociedad o de las sociedades menores, **actuando en subsidio** ("desde la reserva"): cuando quien es el directamente responsable no lo hace.

Si la instancia superior interviene cuando no es necesario, no crea las condiciones para el pleno desarrollo de las personas (bien común), sino que impide el desarrollo libre: **toda ayuda innecesaria es una limitación**.

37 Afirma Duguit que "si la realización de una actividad colectiva, esto es, de una actividad perseverante con el fin colectivo, ocasiona un perjuicio a un grupo o a un individuo, el patrimonio afectado al fin colectivo es el que debe soportar definitivamente la carga del perjuicio" (Dugit, León, *Las transformaciones del derecho público*, segunda edición, pág. 313, citado por Riso Ferrand, op. cit., nota 12, p. 20).

sabilidad objetiva y subjetiva, y es plenamente exigible la subsidiariedad que debe tener aquélla.

C. Imputación de los actos del funcionario al Estado

69. Pero, en la mayor parte de los casos, la responsabilidad del Estado resultará de la imputación de actos u omisiones de funcionarios públicos a la persona jurídica Estado-autoridad.

70. No es, propiamente, que el Estado responda por el hecho de un tercero, porque el funcionario no es “tercero”: es un miembro de la sociedad-persona jurídica, a través del cual ésta actúa. Claro que puede no actuar *como funcionario*. Ello definirá si su acto se imputa a la persona jurídica. Nos remitimos a lo expresado respecto a los criterios de imputación de los actos a la persona jurídica, pues ellos son de aplicación a esta particular persona jurídica que es el Estado.³⁸

71. Ciertamente, no sólo pueden imputarse a la persona jurídica los actos que se han adecuado perfectamente a la función, porque si así fuera, no habría daño posible imputable a una persona jurídica (porque se supone que el fin de la persona jurídica es lícito, y por lo tanto, las funciones para cumplir el mismo también lo son).

72. Tampoco puede exigirse que, para poder imputar el acto del dependiente a la persona jurídica, tal acto haya debido ser “autorizado o al menos tolerado” por el principal o el representante formal de la persona jurídica (ello implicaría considerar que sólo cabe imputar a la persona jurídica los actos de sus representantes formales; los del dependiente sólo podrían ser imputados a través de la “culpa in eligendo o in vigilando” del principal. Pero, como señala Pizarro, citando a Trigo Represas – López Mesa, “tal criterio importaría «una petición de principio, pues de cumplir a cabalidad el empleado las instrucciones recibidas, no se generarían daños, por lo que nunca podría ser responsabilizado el comitente ya que, en el desempeño de la tarea específica dentro de sus límites naturales, nunca pueden cometerse ilícitos.”³⁹

73. El mal ejercicio de la función es algo previsible, dentro de ciertos parámetros, y dentro de ellos deberá imputarse el efecto dañoso a la persona jurídica.

74. Por ejemplo, si una empresa tiene choferes con automóviles, es previsible que pueda haber accidentes; y aunque se intentará elegir chóferes con pericia, y se dicten normas tendientes a evitarlos, es probable que en alguna ocasión el chofer actúe con imprudencia o negligencia y ocasione un daño. Tal daño se imputará a la persona jurídica. Pero si el mismo empleado decide atropellar a alguien, en horario de trabajo y con el vehículo de la empresa, seguramente no sería algo previsible, o consecuencia inmediata y necesaria de la función de chofer. En un caso es claro que está actuando “en cuanto miembro de la sociedad –persona jurídica”, en el otro caso, no. Siendo ambas acciones materialmente idénticas, se especifican, no obstante, por su finalidad,

³⁸ Supra párrafo 31.

³⁹ Trigo Represas – López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, t. III, p. 74, citado por Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., nota 17, T III, p. 177.

pues “los actos humanos se especifican –según la filosofía clásica y sus expresiones contemporáneas- solamente por aquello que el agente *intenta*, en el sentido de querer como fin o como medio”.⁴⁰

75. Las acciones son imputables porque son dominables, y son dominables por sus fines: al conocer el fin de la acción y hacerlo suyo, el acto puede ser libre; y en la medida que tal fin es medible racionalmente por su congruencia con los fines existenciales, o bienes humanos básicos, el acto es imputable moralmente; y lo será además jurídicamente, por su congruencia con el bien común o fin común. La congruencia con el fin común se medirá objetivamente (sin contar con el ánimo del agente), pero lo que se medirá es un fin del agente, aunque manifestado en su efectiva acción (puesto que es capaz de ser causa de sus acciones a partir de la elección de su fin, tal fin saldrá de su subjetividad para manifestarse en la acción).

76. A su vez, los fines pueden superponerse en una misma acción, subordinándose unos a otros, excluyéndose o siendo compatibles. Así, siguiendo el ejemplo, si el chofer quiere ir a buscar a determinada persona según lo que le fue indicado en la empresa, pero también quiso parar a tomar un refresco, y luego ir más rápido de lo que resultaba prudente (incluso contrariando una orden expresa del jefe), y como consecuencia de ello atropella a un peatón, no excluyó la finalidad congruente con el fin de la empresa (buscar a determinada persona), por lo que el daño causado guarda una razonable adecuación con la función (y a través, de ella, con el fin de la empresa): por eso, el daño es imputable a la empresa. En cambio, si también en horario de trabajo, decide irse con el auto de la empresa a tomar un whisky, y luego de emborracharse se va a su casa, y en el camino atropella a un peatón, es claro que la finalidad de emborracharse y de ir a su casa excluyen el fin de la empresa respecto a su actividad y al uso del automóvil.

77. En el último ejemplo, queda de manifiesto que hay casos en los que el acto dañoso del funcionario público no se imputa a la persona jurídica Estado, porque no actuó “en cuanto funcionario”: no medió una relación de causalidad adecuada entre el daño y la función. Son los llamados “«actos personalísimos»” de los funcionarios, es decir, actos *ajenos* a la función aunque puedan haberse realizado durante las horas de oficina o en los locales de la administración o en ocasión del servicio, porque no constituyen actos o hechos de ejecución del servicio”.⁴¹

78. Resumiendo: el Estado tiene peculiaridades que justifican que al juzgar su responsabilidad se empleen criterios específicos del derecho público, sin excluir los del derecho privado. Coexisten las responsabilidades de la persona jurídica Estado con la de sus funcionarios porque se imputan a la persona jurídica los actos de quienes actúan en cuanto miembros de la misma; pero por este mismo fundamento, los actos que excedan a la función, se imputan sólo al funcionario.

40 Orrego Sánchez, Cristóbal, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, *Revista chilena de derecho*, vol. 37, n° 2, pp. 311-342, 2010, <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v37n2/art05.pdf>, p. 337. Ver también: Orrego Sánchez, Cristóbal, De la teoría de la acción a la especificación moral del acto humano: ¿cuál es el eslabón perdido?, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, <http://biblio.juridicas.unam.mx>).

41 Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, T. I, p. 647.

79. Estamos en condiciones de analizar la objeción planteada.

D. Legitimación pasiva del funcionario público frente al damnificado

80. En Uruguay y Argentina se debate si el régimen positivo determina que la víctima sólo pueda reclamar contra el Estado, excluyendo al funcionario público, que sólo puede ser demandado, por vía de repetición, por el Estado.⁴² "Es el sistema que predominó en Alemania e Italia, y actualmente rige en Brasil."⁴³

81. En primer lugar, entendemos que aquí no se da el cúmulo de una responsabilidad por hecho ajeno (la del Estado), de carácter objetivo, y otra por hecho propio, fundada en la culpa (la del funcionario). Como ya señalamos, lo que está en juego es la imputación, a una persona jurídica (el Estado), de actos realizados por sus integrantes (los funcionarios).

82. Igualmente habrá que considerar si existe responsabilidad del funcionario y del Estado conjuntamente, y cómo debe articularse ese cúmulo de responsabilidades por un mismo hecho: si una responsabilidad excluye a la otra, o si se dan conjuntamente, y en este caso, si son solidaria o subsidiariamente responsables.

83. Para determinar si surgen dos responsabilidades, es preciso analizar el tipo de relaciones jurídicas previas existentes, los sujetos vinculados por ellas, las acciones debidas y las consecuentes relaciones de responsabilidad que surgen al incumplirse las primeras.

84. Si el daño consiste en la lesión de un derecho específico que tenía la víctima potencial contra el Estado (por ejemplo, a que le preste el servicio público de policía, o a que se cumpla con el contrato de suministro eléctrico con la compañía estatal de electricidad), el funcionario público que, con su actuar, o con su omisión, determina que el servicio funcione irregularmente, o no funcione, o funcione tarde, está actuando sólo en su carácter de funcionario. Si no revistiera esa calidad, no tendría ese deber. Entonces, entendemos que sólo queda obligado a reparar el daño el Estado, y no el funcionario.

85. Lo mismo puede decirse del daño causado por una actividad lícita que genera riesgo, y que está encomendada a determinados funcionarios públicos que actúan dentro de lo que es previsible en el ejercicio de esa función. El Estado será responsable por acto propio que genera riesgo lícito, y el funcionario no será responsable.

86. En cambio, si el deber incumplido por el Estado a través de la actuación de sus funcionarios es el genérico deber de no dañar, no sólo él estaba vinculado con la víctima potencial por ese deber, sino que también lo estaba la persona física (el funcionario), pues ésta es la relación jurídica más general y estricta, porque afecta a toda persona res-

42 Así lo entienden, entre otros: Sayagués Laso (op. cit., nota 36, p. 612); Rotondo, Felipe, "Responsabilidad del funcionario público: ¿directa?", *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XV, pp. 152-153; Veloso Giribaldi, Natalia, "Falta de legitimación pasiva del funcionario público frente al tercero damnificado", *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XVII, pp. 80-85.

Excede a la finalidad de este trabajo el señalar los fundamentos de derecho positivo por los que no consideramos correcta esta interpretación.

43 Sayagués Laso, Enrique, op. cit., nota 40, p. 612 (cita el art. 194 de la Constitución de 1946).

pecto a toda persona con la que pueda relacionarse, para respetar su carácter de fin en sí,⁴⁴ y consiste en un omitir que siempre es posible respecto a esas esferas de expresión directa de la personalidad.⁴⁵

87. Por ello, si el funcionario y, a través suyo, el Estado, incumplen esta relación moral fundamental que se traduce en la relación jurídica del “*neminem laedere*”, surgen la obligación consecuente de indemnizar, por parte de los dos sujetos que estaban obligados previamente a no dañar (el Estado y el funcionario), y el derecho correspondiente de la víctima frente a ambos.

88. No resulta admisible exonerar a una persona de ese deber genérico de no dañar. Y si el funcionario público no estuviera obligado a reparar el daño causado por el incumplimiento de este deber, ese deber no sería tal: pues sería una “obligación no obligatoria”.

89. En la medida en que el daño se produce por un hecho (activo u omisivo) del funcionario, en el ejercicio de sus funciones, tendrá una relación de causalidad adecuada con la función pública, y por tanto será imputable al Estado.

90. Y en la medida en que ese daño puede ser considerado tal en relación con cualquier persona que lo hubiese causado, porque consiste en la lesión del derecho y deber más primario y genérico del *neminem laedere* (no dañar, no dañar a nadie), también se imputará al funcionario que realizó la acción o que omitió el deber funcional que habría evitado el daño, siempre que se configure alguno de los criterios atributivos de responsabilidad: si actuó con culpa o dolo, o creando un riesgo -no vinculado razonablemente con su función- que terminó concretándose en daño.

91. Esto ocurriría en cualquier caso en que haya una relación jurídica previa entre el funcionario y la víctima potencial que fuera independiente de su calidad de funcionario público

92. Así, siguiendo el ejemplo del chofer de un automóvil de un organismo estatal, si éste atropella por su culpa a un peatón, ¿acaso puede decirse que no estaba previamente obligado a conducir prudentemente independientemente de su calidad de funcionario público? Responderá personalmente el chofer funcionario público en cuanto persona, no en cuanto funcionario. Y también responderá el Estado, por mediar una relación de causalidad adecuada entre la función de conducir un automóvil y el daño ocasionado.

44 Hay una “relación moral fundamental que nos une con todo hombre. La responsabilidad que se deriva de modo general de esa relación fue expresada por Kant con la fórmula: «Actúa de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio» (Cf. Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edición de la Academia, vol. 4, p. 428 y s.).” Spaemann, Robert, *Límites acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de Javier Fernández Retenaga y José María Domingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias Madrid, 2003, p. 222.

45 Pilar Zambrano señala la relevancia que tienen “las obligaciones de «no hacer»” establecidas en los principios de derecho fundamental de naturaleza concluyente, respecto a los “funcionarios públicos que actúan *qua* tales”. Y afirma que la función práctica de tales obligaciones “es la misma que respecto de los ciudadanos en general”. (Zambrano, Pilar, “*Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana*”, del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx – <http://biblio.juridicas.unam.mx>), p. 107.

En el mismo sentido, Orrego Sánchez, Cristóbal, op. cit., nota 39, pp. 337-338.

93. Otro ejemplo proviene de una jurisprudencia reciente en Uruguay: el funcionario público es personal médico de un hospital público; la víctima, un paciente. La obligación del funcionario médico de no dañar, y actuar diligente y prudentemente según los conocimientos de su profesión en la atención a un paciente, no provienen de su calidad de funcionario público, sino de su profesión médica. Y no sería razonable que un médico pueda ser demandado por mala praxis si actúa en un sanatorio privado y, en cambio, no pueda serlo si lo hace en un hospital público. La sentencia de segunda instancia admite el cúmulo de demandas, contra el Estado por responsabilidad contractual, y contra el médico por responsabilidad extracontractual.⁴⁶

94. Por lo tanto, la víctima podrá demandar tanto al Estado como al funcionario, o a ambos conjuntamente.

95. El criterio limitativo sustentado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en Uruguay, es criticado con precisión por el Dr. Leslie Van Rompaey en la citada discordia.⁴⁷

96. En Argentina, Agustín Gordillo realiza un interesantísimo análisis de la cuestión. Citando a Hauriou, señala que

No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional.

Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo una cuestión de garantía constitucional de la libertad; (...) se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.⁴⁸

97. Consideramos que negar a la víctima el derecho a reclamar contra quien le causó culpablemente un perjuicio, es tanto como negar que ese funcionario esté obligado a respetar los derechos de sus conciudadanos. Pues si éstos tienen el derecho a no ser damnificados (deber de no dañar), también tendrán el consecuente derecho a ser indemnizados cuando el daño se produce (deber de responsabilidad); y si el primer derecho (deber de no dañar) tenía como sujeto pasivo al funcionario victimario, el segundo también lo debe tener como sujeto pasivo; de lo contrario, se negaría el carácter vinculante del derecho lesionado.

46 Cfr. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, sentencia n° 232, del 20.09.2012, Sosa Aguirre, Pérez Brignani (redactor), França, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* Tomo XLIII, c. 388, pp. 576-577).

47 Cfr. Van Rompaey, Leslie, discordia en Sentencia de la Suprema Corte de Justicia n° 216/2006, del 6 de diciembre de 2006, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XV, pp. 150-151. En el mismo sentido se expresa Risso Ferrand, Martín, op. cit., nota 12, p. 97.

48 Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, Sirey, 1929, p. 649, citado por Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 2.

98. Podrá decirse que no se deja a la víctima sin un obligado a la reparación, pues el Estado (más solvente) es quien responde. Pero ello no alcanza: porque no sólo el Estado estaba obligado a no dañarlo, sino también el funcionario, como cualquier otra persona. La víctima no perderá nada en su derecho a ser indemnizado (pues se supone que el Estado es solvente), pero perderá en su derecho a no ser dañado, pues el funcionario, que es quien directamente puede respetar su derecho o lesionarlo, no tiene el consecuente deber, frente a él, de reparar el perjuicio que pudiera causarle.⁴⁹

99. Entonces, podría argumentarse que no se deja al funcionario sin que sufra consecuencia patrimonial alguna por el daño causado, pues el Estado tiene derecho a repetir contra él. Pero ello no es suficiente.

100. Por una parte, como también reconoce Sayagués, la acción de repetición contra el funcionario es facultativa para la administración (en el texto constitucional uruguayo), por lo que es posible que no se accione por vía de regreso. Y en los hechos, la experiencia muestra que esa facultad no siempre se ejerce.⁵⁰

101. En Argentina, Gordillo señala que, en los hechos, se encuentran “pocos casos de efectiva responsabilización de un servidor público”,⁵¹ por una interpretación restrictiva del artículo 1112 del Código Civil.

102. Y una situación similar se da en Brasil.⁵²

103. Por otra parte, en Uruguay, “para que surja la responsabilidad es preciso que el funcionario haya actuado con dolo o culpa grave.”⁵³ Por lo que el funcionario público podría causar daños con culpa no grave, sin tener que hacerse cargo de ellos.

104. Estos regímenes no se compadecen con el principio de igualdad ante la ley (los funcionarios públicos quedarían exentos de los principios generales del dere-

49 Véase lo que señala Sayagués: “el régimen vigente tiene como virtualidad hacer que la administración soporte siempre las consecuencias de los desaciertos de sus funcionarios –cualquiera sea la magnitud de la culpa, el dolo o la arbitrariedad– sin el freno que significa la posibilidad de que el particular accione directamente contra el responsable.” (Sayagués Laso, Enrique, op. cit., nota 40, p. 656).

Si la Administración sufre esta consecuencia negativa del régimen de responsabilidad que Sayagués entiende vigente en Uruguay, por tener que afrontar la carga de la reparación, ¿acaso la víctima no sufre la consecuencia negativa de ser damnificada?

En el mismo sentido de lo que hemos señalado, dice Gordillo: “A nadie le parecerá extraño afirmar que el administrado necesita protección frente a los administradores; no puede parecer por lo tanto raro que el Código Civil trate de proporcionar esa protección. Que el art. que lo hace proteja también al Estado, es perfectamente aceptable, pero no lo es en cambio cualquier solución que pretenda invertir los términos e interpretar el art. 1112 de forma que éste no cumpla su fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes”. (Gordillo, op. cit., nota 29, p. 8).

50 Felipe Rotondo señala que la reforma constitucional de 1952 “...llevó a resultados que fueron más allá de la finalidad perseguida, a una suerte de irresponsabilidad del funcionario; en mérito a ello se ha dictado el decreto N° 701/991 de 23-XII-1991 y también la Ordenanza N° 85 del Tribunal de Cuentas”, para controlar si se ejerce la acción de repetición. (Rotondo Tornaría, Felipe, op. cit., nota 41, p. 154).

51 Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 3.

52 Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, p. 3 y 7. Cita a García, Mónica Nicida, *Responsabilidade do Agente Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2004, pp. 223, y refiere al artículo 122 de la ley 8.112/90 y al art. 37.6 de la Constitución (Gordillo, Agustín, op. cit., , nota 29, p. 7).

53 Sayagués Laso, Enrique, op. cit., nota 40, p. 655.

cho contenidos en los artículos del Código Civil relativos al derecho de daños), ni con el Estado de derecho (la autoridad –los funcionarios públicos que la integran no estaría obligada por el derecho).

105. Además, aunque en los hechos el Estado repita contra los funcionarios, no habría razón para que al damnificado se le prive de su derecho de demandarlo. Son dos relaciones jurídicas distintas, aunque vinculadas, que tienen al mismo sujeto pasivo obligado (el funcionario), pero con un objeto diferente y sujetos activos diferentes.

106. El funcionario está obligado frente al Estado por una relación de justicia distributiva: la carga de la reparación del daño causado no corresponde a la totalidad de la sociedad, sino al funcionario, que está en una posición especial por haber sido el causante del daño que se debió reparar.

107. Y el mismo funcionario está obligado frente a la víctima, por una relación de justicia conmutativa: por haber incumplido su deber de no dañar, lesionando el derecho de la víctima, ésta tiene el derecho de que cumpla aquel deber por medio de la reparación del daño.

E. Las obligaciones de reparar por parte del Estado y del funcionario ¿son solidarias o subsidiarias?

108. ¿Cómo se articula este cúmulo de responsabilidad, del Estado y del funcionario? ¿Son obligaciones subsidiarias o solidarias?

109. Por ser imputable al Estado el acto del funcionario –por cuanto existió relación de causalidad adecuada entre el daño y la función-, hay un fundamento para que se considere al Estado totalmente dueño del acto. Si no fuera así, la persona jurídica no actuaría jurídicamente, no sería persona. El Estado lesionó el derecho de la víctima, y debe repararlo.

110. Pero también el acto se imputa al funcionario, no sólo mediatamente (en cuanto funcionario que actúa la voluntad de la persona jurídica), sino inmediatamente y como causa final de una acción por la que incumplió un deber que él tenía, personalmente e independientemente de su calidad de funcionario, respecto a la víctima.

111. Hay “dos responsabilidades por el mismo hecho”.⁵⁴

112. Ya vimos la importancia de plantear la cuestión de las acciones debidas, para poder responder a la pregunta sobre la relación entre dos responsabilidades.

113. Aquí podemos ver dos acciones debidas: una debida por el Estado, y otra debida por el funcionario en cuanto tal; y un mismo sujeto activo de la relación: la víctima potencial.

114. El mismo hecho determina el incumplimiento de ambas acciones debidas

⁵⁴ Cfr. De Cores, Carlos, op. cit., nota 34, p. 405.

por parte de los dos sujetos pasivos; por lo cual, en función del carácter vinculante del deber jurídico, ambos tienen la obligación de reparar el daño causado.

115. No son obligaciones subsidiarias. La obligación de uno no está subordinada a la del otro, pues ambos estaban directamente obligados a no causar el daño. Por consiguiente, ambos son solidariamente responsables.

116. Y aunque se esté en ordenamientos jurídicos que exigen la previsión expresa de la solidaridad, puede entenderse, con Van Rompaey, que “ambos deben responder al autor por la totalidad del daño, procediendo a la condena «in solidum», que se justifica por la indivisibilidad de la relación de causalidad, al ser el actuar de cada sujeto idóneo a efecto de la causación de la totalidad del daño. Estas obligaciones in solidum surgen por la fuerza misma de las cosas, con independencia de toda disposición legal.”⁵⁵

117. El contenido de la obligación del responsable directo y del indirecto coincide. La víctima tiene “derecho de reclamar el todo a cualquiera de los deudores.” “Hay por un lado una responsabilidad refleja, y por otro, la responsabilidad por hecho propio. En este supuesto las obligaciones son indistintas, concurrentes, conexas o in solidum”.⁵⁶

IV. CONCLUSIONES:

118. La responsabilidad del Estado tiene peculiaridades porque es una persona jurídica y porque es la autoridad de la sociedad civil que tiene como única razón de ser la dirección hacia el bien común.

119. Como persona jurídica, es una sociedad con una unidad de fin, un patrimonio y una voluntad y responsabilidad, que se actúan a través de sus miembros (los funcionarios públicos). Éstos tienen una función: las acciones debidas respecto a la parte del bien común cuya gestión les compete. Si las acciones de los funcionarios se atienen a esta función, se imputan a la persona jurídica; y si tienen como efecto un daño, el mismo se imputa a la persona jurídica Estado. No es propiamente una imputación objetiva de responsabilidad, sino la previa imputación de la acción al causante de la misma (la persona jurídica). Si hay una relación de causalidad adecuada entre la función y el daño, éste se imputa al Estado – persona jurídica.

120. La responsabilidad del Estado corresponde a la violación de un previo deber especial que tiene respecto a los derechos de los ciudadanos, de asegurar el goce de esos derechos. En esa medida, la “falta de servicio” podría considerarse un caso de la responsabilidad contractual (si se considera ésta como la derivada del incumplimiento de un deber específico), e incluye la omisión de los deberes funcionales, aunque no se estuviera omitiendo un deber concretamente determinado. La diligencia

⁵⁵ Van Rompaey, Leslie, “¿Es admisible la condena in solidum en la responsabilidad extracontractual?”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, T. XXII, p. 472. En el mismo sentido, Gordillo, Agustín, op. cit., nota 29, pp. 26-27,

⁵⁶ Van Rompaey, Leslie, *ibidem*, p. 473.

del funcionario tiene un estándar más exigente, equiparable a la de un profesional.

121. El Estado responderá con los criterios de imputación que correspondan a la actividad que desarrolle. Si genera un riesgo lícito, responderá según criterios de justicia distributiva, de modo objetivo. Pero en estos casos, en rigor, no hay “daño”, en sentido de “lesión de derecho”. No habría un derecho a no ser privado de tal bien, sino un derecho a ser indemnizado, que no se basa en un derecho lesionado sino en la igualdad proporcional ante las cargas propia de la justicia distributiva.

122. Si con su acción el funcionario incumple, además de los deberes funcionales, los propios de toda persona de no dañar –u otros deberes específicos-, será personalmente responsable. Y en los casos en que, además, el daño se impute causalmente al Estado, coexistirán ambas responsabilidades. Antes del evento dañoso, hay dos obligados frente a la víctima: el Estado (con una especial obligación de darle seguridad, a través de sus funcionarios) y el funcionario no en cuanto tal, sino como persona que simplemente no debe dañar a su conciudadano. Con una sola acción (la del funcionario), se incumplen ambos deberes y lesionan ambos derechos. Por lo tanto, no hay subsidiariedad de la responsabilidad del Estado respecto de la del funcionario: ambos son responsables “in solidum”.

123. Los ordenamiento jurídicos que establecen que el damnificado sólo puede accionar contra el Estado, y no contra el funcionario, por más que prevean la acción de repetición, lesionan un derecho de la víctima: el derecho a no ser damnificado por el funcionario (al igual que por cualquier otra persona). Porque si el derecho no puede exigirse luego de que se lesionó, ante el mismo que estaba obligado y que incumplió su deber, sería tanto como estar ante un derecho no exigible, o un deber no obligatorio.

BIBLIOGRAFÍA:

Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, Parte II-IIae, <http://hig.com.ar/sumat/c/c59.html>.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo 7, *Ética Nicomaquea – Política*, trad. de Antonio Gómez Robledo, 20ª edición, México, Porrúa, 2004, p. 90.

Berdaguer, Jaime, *Causalidad y responsabilidad aquiliana: un nuevo enfoque sobre la 'causalidad' en la naturaleza y en el derecho, desde las perspectivas de la teoría del derecho y del derecho positivo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013.

De Cores, Carlos, "Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, Tomo XXII.

Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX – *Responsabilidad Extracontractual*, Volumen 1º, 2ª reimpression de la segunda edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

García De Haro, Ramón, *La Conciencia Moral*, Madrid, RIALP, 1978.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo II: La defensa del usuario y del administrado, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2009, capítulo XIX, http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo19.pdf

Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1995.

Hervada, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho - Teoría de la Justicia y del Derecho*, 3ª. ed., Pamplona, EUNSA, 1991.

Messner, Johannes, *El bien común, fin y tarea de la sociedad*, trad. de Viktor Antolín, revisada por Antonio de Luna, Madrid, Euramérica, 1959.

Modolell González, Juan Luis, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, LIVROSCA, 2001.

Ordoqui Castilla, Gustavo, *Derecho de Tránsito*, Buenos Aires, La Ley Uruguay, 2009.

Orrego Sánchez, Cristóbal, "Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral", *Revista chilena de derecho*, vol. 37, n° 2, pp. 311-342, 2010, <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v37n2/art05.pdf>.

Orrego Sánchez, Cistóbal, *De la teoría de la acción a la especificación moral del acto humano: ¿cuál es el eslabón perdido?*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa - Contractual y Extracontractual*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

Rhonheimer, Martin, *Ley natural y razón práctica, una visión tomista de la autonomía moral*, Pamplona, EUNSA, 2000.

Risso Ferrand, Martín J., *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, 2ª edición actualizada, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

Rotondo, Felipe, "Responsabilidad del funcionario público: ¿directa?", *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XV.

Ruanova, Mariela, "El principio de subsidiariedad: el justo equilibrio de la intervención del Estado en la sociedad", en Brito, Mariano (coordinador), *Fundamentos de Derecho Administrativo económico*, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2012.

Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, T. I

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, sentencia n° 232, del 20.09.2012, Sosa Aguirre, Pérez Brignani (redactor), França, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XLIII, c. 388.

Soto Kloss, Eduardo, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo – en homenaje al centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Suc. Martín Bianchi Altuna, 1984.

Spaemann, Robert, *Límites acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de Javier Fernández Retenaga y José María Domingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias Madrid, 2003.

Van Rompaey, Leslie, discordia en Sentencia de la Suprema Corte de Justicia n° 216/2006, del 6 de diciembre de 2006, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XV, p. 151 y ss.

Van Rompaey, Leslie, "¿Es admisible la condena in solidum en la responsabilidad extracontractual?", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, T. XXII.

Velasco Suárez, Diego, *¿Los criterios de imputación objetiva de responsabilidad son compatibles con una concepción iusnaturalista del derecho?*, <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/DiegoVelascoSuarez.pdf>

Veloso Giribaldi, Natalia, "Falta de legitimación pasiva del funcionario público frente al tercero damnificado", *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, Tomo XVII.

Zambrano, Pilar, *Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana*, del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx – <http://biblio.juridicas.unam.mx>

¿PROCESOS SENSACIONALISTAS O NECESIDAD PRÁCTICA? - JUICIOS MULTITUDINARIOS Y EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN ALEMANIA Y ESPAÑA

DR. INGO BOTT¹;
SOPHIE MUÑOZ GLIED²

Los casos jurídicos presentados a continuación serán conocidos por todos: El proceso sobre la tragedia medioambiental del buque petrolero "Prestige" y – tras la publicación del escrito de acusación de febrero 2014 - el posible juicio sobre la catástrofe de la "Loveparade". En seguida nos haremos eco de estos dos enormes juicios penales. Nos centraremos en el problema de que, debido a la multitud de sujetos participantes (acusados, víctimas, familiares, prensa, etc.) se tuvo que cambiar de lugar para la celebración del juicio por falta de capacidad de las salas de los tribunales. Nuestra cuestión principal es entonces: ¿es posible, jurídicamente, trasladar la celebración de un juicio penal a otra sede, fuera de los tribunales?

1. La regla: Publicidad del juicio

Como base de argumentación podemos constatar que el Art. 6 I 1 CEDH³ - rigiendo el mismo tanto para España como para Alemania - declara la publicidad de los juicios penales como regla general. La exclusión del público es, por tanto, una excepción explícita. Junto a esto, la base jurídica española del principio de publicidad se encuentra regulada en el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.⁴ Es un principio derivado de la oralidad,⁵ que establece que los debates del juicio oral son públicos, bajo pena de nulidad. El Presidente por un lado puede mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o por razones de respeto.⁶ Por tanto, la legislación solamente indica cómo *limitar* el acceso a la publicidad. Sin embargo, lo que no dice es bajo qué circunstancias se puede *ampliar* tal acceso. Sí se podría sobreentender la posibilidad de variar la sede de un juicio según el art. 24.2. de la Constitución Española que establece el derecho a la tutela judicial efectiva, o según los arts. 268 y 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 129 de la Ley de Enjuicia-

1 Dr. Ingo Bott es abogado en el bufete Wessing & Partner, en Düsseldorf, Alemania. Es especialista en Derecho Penal, sobre todo Derecho Penal de la Economía, Derecho Penal de la Propiedad Intelectual y Derecho Procesal Penal. En los últimos años ha presentado ponencias sobre problemas y fenómenos del Derecho Penal y del Derecho Penal Procesal en España, Uruguay, Venezuela y México. Contacto: bott@strafrecht.de.

2 Sophie Muñoz Glied es estudiante de derecho en la Universidad de Alicante. Planea especializarse en derecho penal hispano-alemán.

3 Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH); Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).

4 LECrim en adelante.

5 Como lo llama al principio de publicidad el autor Roxin uno de "Los principios referidos a la forma del proceso penal". Ver "Proceso penal y Constitución. Reflexiones en torno a la trascendencia del principio de Estado de Derecho en el Derecho procesal penal" de Luis Miguel Reyna Alfaro.

6 Véase Introducción al proceso penal español" de Juan-Luis Gómez Colomer. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Jaume I. In Nuevo Foro Penal, abril – junio 1985, p. 184.

miento civil que hablan sobre el lugar de celebración de las actuaciones judiciales. Pero, por otro lado, esas leyes tampoco regulan el cambio de sede explícitamente.

La situación alemana es parecida: También se proyecta el principio de publicidad, en este caso, se recoge en el § 169 del *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley Orgánica del Poder Judicial), en el cual se establece que la audiencia en el tribunal de primera instancia, incluyendo la entrega de las sentencias y las decisiones serán de carácter público. Aquí también la ley solamente prevee casos que permiten *excluir* la publicidad (§§ 171a ss GVG). Tampoco se encuentra una regla que trate las posibilidades de *ampliar* el acceso al público. Es más, la jurisprudencia alemana también se concentra en la declaración de, bajo qué circunstancias se permite restringir la participación del público, sobre todo refiriéndose a los argumentos de capacidad y orden del juicio.⁷

2. El caso práctico: ¿Qué hacer si no caben todos?

Ya hemos visto que no existe una base normativa explícita que pudiera servir como orientación fija para la cuestión de si se puede ampliar el acceso del público mediante un cambio de sala o, incluso, de sede de un juicio. Nos encontramos entonces ante un área conflictiva en el cual confligen, por un lado el derecho del público a participar en un juicio, y por otro, su valor constitucional.⁸ Simultáneamente tenemos que tener en cuenta el derecho del acusado quien - bajo presunción de inocencia hasta la sentencia - también está sujeto a derechos constitucionales, como su dignidad humana, para no ser objeto de un proceso meramente sensacionalista.⁹ Por tanto: ¿Cómo procedemos?

Como ejemplo ilustrativo de esta situación nos remitimos a la mayor catástrofe ecológica que sufrió España y, con ello, uno de los claros, si no único, ejemplos del cambio de sede de celebración de un juicio: El 13 de noviembre de 2002 el "Prestige", un buque petrolero, se encontraba transitando, con 77.000 t de crudo a unos 50 kms de Finisterre (Galicia), cuando se vio inmerso en un temporal y sufrió una vía de agua. El 19 de noviembre, el petrolero, que estaba en ese momento a unos 250 kms de la costa española, provocó las primeras manchas negras. Las partes afectadas - ambas mar y tierra - eran de gran valor ecológico, y además tenía una gran industria pesquera, quedando así destruida por una marea negra de petróleo que provenía del buque.¹⁰ La Audiencia Provincial de La Coruña abrió el 16 de octubre de 2012 una instrucción penal contra el capitán del petrolero, el jefe de máquinas y el ex director general de la Marina Mercante, condenando finalmente sólo a Argyropoulos por un delito de desobediencia grave a la autoridad por desoír las órdenes de las autoridades españolas.¹¹ Dado que las instalaciones

7 Véase BVerfG NJW 2012, 1863, 1864; BGH NJW 1971, 715, 716; KK/Diemer, 2013, § 169 GVG, Rn 9; con una perspectiva internacional: Huber, *Criminal Procedure in Europe*, 2008, 269, 292.

8 Derivado del art. 24.2 de la CE o Art. 20 I, III GG (Ley Fundamental Alemana).

9 Véase Beulke, StPO, Rn 576; Roxin, StPO, § 45 Rn 21. Compare BVerfG (Tribunal Constitucional), NJW 2001, 1633, 1635: „Einer unbegrenzten Öffentlichkeit der Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht stehen allerdings gewichtige Interessen gegenüber. Zu den entgegenstehenden Belangen gehören das Persönlichkeitsrecht der am Verfahren Beteiligten (Art. 1 I i.V. mit Art. 2 I GG), der Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren (Art. 2 I i.V. mit Art. 20 III GG) sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung.

10 Wikipedia, búsqueda: "Prestige".

11 Fuente: Especial "Prestige" <http://www.elmundo.es/especiales/2012/ciencia/prestige/juicio.html>

habituales de la justicia, es decir, la sala prevista por la organización interna del tribunal, no podía acoger a todas las partes que estaban presentes (afectados, documentación, expertos, testigos e incluso repercusión mediática) se habilitó una gran sala de más de 500 m² en Expocoruña.¹² Fueron un total de 2.128 las partes personadas, defendidas por 51 letrados y representadas por 28 procuradores. Además, fueron admitidos 133 testigos y 98 pruebas periciales. Con un sumario de casi 280.000 folios.

El sistema alemán no se muestra tan favorable a tales soluciones pragmáticas.¹³ Un caso que lo respalda es el enjuiciamiento que en estos días se está llevando a cabo a una célula neonazi, conocida como "NSU"¹⁴ en Múnich con una multitud de acusados y representantes legales de las víctimas. Por falta de espacio para la cantidad de periodistas internacionales que quieren formar parte de la situación se tuvo que sortear la entrada a la sala.¹⁵ Cambiar de lugar no era una alternativa suficientemente seria para el Oberlandesgericht de Múnich (Tribunal Regional Superior). Estaríamos ante un claro ejemplo de regla general en cuanto a la publicidad del proceso según la legislación alemana.¹⁶ La regla es que solamente pueden participar los que quepan.¹⁷ Esto se visualiza como el dogma alemán - por lo menos hasta ahora.¹⁸

Sin embargo, Alemania podría estar ante una época de transición cuyo resultado sería un acercamiento tan pragmático al principio de publicidad como lo conoce el sistema español. Por lo menos hasta este momento parece que el caso de la tragedia en el Loveparade de 2010 en Duisburg, donde murieron 21 personas,¹⁹ abrirá nuevas fronteras. La causa no tiene mucho que ver con grandes teorías dogmáticas, sino que se debe al mero tamaño de lo que se va a juzgar. En concreto y actualmente - unas semanas tras la presentación del escrito de acusación - se está discutiendo celebrar el juicio en el recinto ferial de Düsseldorf con una sala con capacidad para 450 personas, por falta de espacio suficiente en Duisburg.²⁰ De momento se calcula que comparecerán 10 acusados, 14 defensores y 80 abogados de acción accesoria (Nebenklagevertreter).²¹ Todavía queda abierta la cuestión de si de verdad se utilizará la feria como "Miet-Gericht" (tribunal de alquiler).²² Pero sí parece que la decisión ya está tomada, ya que según el contrato de alquiler con el dueño de la feria éste recibirá un importe global como contrapartida de

12 Expocoruña fue la sede de la „Expo 2012“.

13 Véase Meyer-Goßner, § 169 Rn 5; Roxin, Peters-FS, 393, 400. No obstante el BGH (Tribunal Supremo) no consideró la ampliación ilícita del acceso del público a un juicio como legitimación de una revisión según § 338 Nr.6 StPO (BGH NJW 1989, 1741, 1743).

14 Nationalsozialistischer Untergrund (NSU) (Clandestinidad Nacional-Socialista).

15 Noticia extraída de <http://www.presseurop.eu/es/content/news-brief/3680731-el-proceso-contra-el-nsu-aplaza-do-el-tribunal-queda-en-ridiculo>; <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-04/nsu-prozess-losverfahren>

16 Meyer-Goßner, StPO, 56 edición, 2013, §169 Rn 5.

17 Vgl. BGH, NJW 2006, 1220, 1221; Meyer-Goßner, StPO, 56 edición, 2013, §169 Rn 5.

18 Ver Página 2 de „Aktueller Begriff Öffentlichkeit und Berichterstattung im Strafprozess“ http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2013/Oeffentlichkeit_und_Berichterstattung_im_Strafprozess.pdf

19 http://de.wikipedia.org/wiki/Ungl%C3%BCck_bei_der_Loveparade_2010; <http://www.stern.de/panorama/loveparade-2010-die-tragoedie-von-duisburg-1586784.html>; <http://www.derwesten.de/staedte/duisburg/loveparade/>.

20 Véase <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/duisburger-love-parade-prozess-soll-in-duesseldorfer-messe-stattfinden-a-955857.html>; <http://www.welt.de/regionales/duesseldorf/article125232714/Loveparade-Prozess-soll-in-Duesseldorf-stattfinden.html>.

21 <http://www.wz-newsline.de/lokales/duesseldorf/loveparade-messe-wird-zum-miet-gericht-1.1567299>.

22 <http://www.wz-newsline.de/lokales/duesseldorf/loveparade-messe-wird-zum-miet-gericht-1.1567299>.

111.000 € si el juicio *no* se celebrara allí (!).²³

3. Conclusión

Como se ha visto faltan reglas fijas para la cuestión de cómo se puede solucionar la falta de espacio en una sala. Una idea podría ser la restricción por entradas o incluso, por sorteo, como lo hicieron en Múnich. No obstante, esto también encontrará sus límites cuando se hable de casos de dimensiones enormes como el caso del "Prestige" o - en el caso de que se inicie - el proceso de la Loveparade. El derecho del público de participar en los juicios y el control sobre el proceso que garantice su presencia merece dar con soluciones alternativas de una manera, quizás, más práctica. Sin embargo, la ampliación del acceso público al mismo tiempo amplía la responsabilidad del tribunal de subrayar que se trata de un juicio sobre sujetos cuya inocencia hasta una sentencia en contra es - y sigue siendo - presunta.

²³ <http://www.lg-duisburg.nrw.de/behoerde/loveparade>; <http://www.bild.de/regional/ruhrgebiet/love-parade/loveparade-prozess-in-duesseldorf-34847584.bild.html>; <http://www.wz-newsline.de/lokales/duesseldorf/loveparade-messe-wird-zum-miet-gericht-1.1567299>.

EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

WALTER HOWARD

SUMARIO. I. Planteamiento. II. Referencias al Derecho comparado. III. ¿En qué consiste el Síndrome de Alienación Parental? IV. Las conductas desplegadas por el manipulador y los síntomas de la patología. V. Consecuencias del síndrome. VI. Las decisiones judiciales en materia familiar. VII. Los remedios contra el síndrome (y de reflejo: contra el incumplimiento infundado del régimen de comunicaciones y visitas por parte del custodio). VIII. Conclusiones.

I. Planteamiento

Es por demás ostensible que el quiebre de la comunidad convivencial de la familia, provoca transformaciones y tergiversaciones profundas en la vida de los mayores, pero en lo fundamental también alcanza a los sujetos infantiles y adolescentes que convivían con aquéllos. Ante tales vicisitudes, es prácticamente inevitable que los adultos –en tanto forjadores de la comunidad familiar, así como responsables de su destrucción– padezcan los efectos negativos que la ruptura produce. Sin embargo, es deseable que los menores de edad, en tanto víctimas inculpables de aquellos conflictos, se vean afectados en la manera más exigua que sea posible con las derivaciones perniciosas que esas diferencias entre los mayores suelen acarrear. En función de ello, la mira de los operadores jurídicos debe estar puesta en la adopción de medidas que procuren que los hijos sufran de la manera más minúscula o imperceptible que sea dable, el quiebre de la familia con la que convivían. Claro está que el propósito indicado en no pocas ocasiones fracasa, en lo primordial, por la situación de hostilidad que impera cuando se rompe la pareja que conformaban los padres. Y esa razón conlleva a que se produzcan duros litigios a fin de decidir a quién se le confía la tenencia de los menores o a la hora de implementar un régimen de comunicaciones y visitas para aquel ascendiente próximo que no disfrute de la custodia cotidiana.

Los factores a tomar en consideración para atribuir la tenencia o para fijar un régimen de comunicaciones y visitas son prácticamente infinitos¹; empero, existe un parámetro que si no es el más trascendente, ocupa un lugar muy destacado para decidir a cuál de los padres (o incluso a un tercero) se le confiere la guarda diaria de los hijos. Dicho criterio es atender a la conducta asumida por cada uno los padres en el período posterior a la ruptura en aras a reconocer y respetar los derechos del otro ascendiente (y de la familia ampliada) para comunicar y mantener vinculaciones con sus hijos. Ello con base en que la conservación de los vínculos afectivos del menor con el resto de su familia integral es el escenario más adecuado para promover su desarrollo personal; entretanto, la conduc-

1 Vid. HOWARD, *El interés del menor en las crisis familiares: guarda, comunicaciones y visitas*, Mdeo., U.M., 2012, págs. 441 a 566 y 687 a 801.

ta contraria vulnera el interés primordial a proteger, que es el de los propios menores².

La realidad nos muestra demasiados ejemplos en los que la ruptura de la pareja no es amistosa y los hijos menores son utilizados como moneda de cambio o arma arrojada entre ambos padres, sin pararse a pensar en las graves consecuencias que ello tendrá para su futuro desarrollo personal, psicológico y afectivo, y a menudo con menoscabo del derecho del otro padre a continuar relacionándose y manteniendo una relación afectiva, lo más estable y normalizada posible, con sus hijos³.

Así las cosas, la predisposición de cada padre para acceder (y no entorpecer) la persistencia y el mantenimiento periódico de los vínculos de los hijos con el otro componente de la pareja ahora quebrada, asume un carácter fundamental cuando se adoptan medidas en la vía judicial para la atribución de la tenencia. Y es evidente que ello también asume trascendencia en las hipótesis en que es menester pronunciarse respecto al beneficio para los hijos de variar un régimen de custodia determinado con anterioridad.

Ahora bien, a pesar de lo que vengo refiriendo, no deja de llamar la atención que el defectuoso art. 35 del C.N.A. no sugiera el parámetro antedicho entre las «recomendaciones» que el precepto realiza a los jueces para atribuir la tenencia. Empero, el cuerpo legal mencionado recoge el criterio en modo indirecto, cuando instituye sanciones para el custodio que no permite que los niños o adolescentes comuniquen con aquellas personas para las que se implantaron visitas. En este sentido, el art. 43 con la denominación «Sanción por incumplimiento», preceptúa que «el incumplimiento grave o reiterado del régimen de visitas homologado o fijado judicialmente podrá originar la variación de la tenencia si ello no perjudicara el interés del niño o adolescente, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias que fije el Juez a instancia de parte o de oficio, cuyo producido será en beneficio de aquél». Y en un segundo inciso dispone que «el Juez deberá hacer saber a la parte incumplidora que el desatender las necesidades afectivas de los hijos puede dar lugar a la pérdida de la patria potestad y al delito previsto en el artículo 279 B del Código Penal». A su vez, esta última prescripción, rotulada «Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad», establece que «el que omitiere el cumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad poniendo en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría».

La finalidad perseguida con la disposición del C.N.A. transcrita es patente: se trata de evitar el proceder dañino de aquel a quien se le asignó la tenencia de un menor,

2 Los quiebres matrimoniales y de las parejas de hecho aparejan «una serie de cambios de enorme impacto en la biografía personal de los adultos, con repercusiones en prácticamente todos los ámbitos de sus vidas (emocional, familiar, social, laboral y económico), que no tienen que ser necesariamente negativas, pero que, generalmente, van precedidas y acompañadas de importantes conflictos en la pareja. Pero sin la menor duda, las consecuencias más severas de las rupturas matrimoniales son las que pueden llegar a afectar a los hijos menores que, en una época de mayores necesidades y vulnerabilidad evolutiva se ven expuestos a la hostilidad entre sus padres y, casi siempre, a la privación del ejercicio conjunto de las funciones parentales, debiendo reestructurar las relaciones con las personas que seguirán siendo las referencias más importantes en sus vidas» (TOVAR ESCUDERO, «Manifestaciones y expresiones de los niños afectados por alienación parental en estudios españoles. Una aproximación cualitativa al síndrome de alienación parental (SAP)», en AA.VV., *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinaria* [Dir.: García Garnica], Navarra, Thomson Aranzadi, 2008, págs. 115-116).

3 GARCÍA GARNICA, «El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor», *Rev. Derecho Privado y Constitución* n.º 23, enero-diciembre 2009, págs. 204-205.

mediante la interdicción de conductas que supongan una actitud obstaculizadora de la vinculación de éste con aquellas personas a las cuales consensuada o judicialmente se les confirió la posibilidad de comunicarse. De todas maneras, los dos apartados tienen una diferente amplitud, puesto que si bien el primer inciso se refiere no sólo a los padres, sino a cualquiera que ejerza la custodia de un menor, el segundo está destinado únicamente a los supuestos en que la tenencia la ejercen los ascendientes más próximos, y agrega a las sanciones que se explicitan en el primer párrafo otras dos penalidades: la pérdida de la patria potestad y una punición penal. De todas formas, a pesar de que el precepto sanciona los incumplimientos de las visitas, no castiga otras inobservancias de los deberes del tenedor que pueden afectar el normal desarrollo de las comunicaciones entre los menores y los visitantes, como generar en aquellos un sentimiento de hostilidad o rivalidad con éstos.

Con sustento en lo que acabo de exponer, es poco menos que axiomático que cuando de las resultancias de un proceso judicial surge que uno de los padres está más dispuesto a admitir que se mantengan los lazos afectivos de los hijos con el otro, debe confiarse la custodia a dicho ascendiente, con plataforma en que el mantenimiento regular por parte de los menores de vínculos con todos los integrantes de su familia, de ordinario, conduce a que sea más provechoso para su integridad y desarrollo personal. El interés de los sujetos menores de edad aparece más hondamente protegido cuando conviven con aquel de sus padres que reconoce y facilita las vinculaciones con los demás miembros de la familia, evitando que se corten esas relaciones que necesita para su mejor crecimiento.

De forma que, si las específicas circunstancias fácticas lo aconsejan, el parámetro a estudio puede primar en el caso concreto por sobre otros que suelen justificar la adopción de las medidas de guarda, esto es, el mantenimiento de la situación imperante, la voluntad que exprese el propio menor, o las dificultades económicas de cada uno de los padres, entre muchísimos otros. Junto con ello, una vez acordado un régimen de comunicaciones y visitas, su inobservancia o cumplimiento indebido por parte del tenedor, en tanto supuesto que afecta los intereses de los hijos, constituye un parámetro fundamental para variar las medidas prohijadas, en virtud de la condición *rebus sic stantibus* de que gozan los veredictos dictados en esta materia.

Y lo dicho asume mayor importancia si se considera que los hijos de padres divorciados presentan menores problemas de adaptación a la nueva situación familiar, en la medida en que sus padres continúen ejerciendo como tales y no les presionen para que se pongan de parte de uno y otro ascendiente⁴.

II. Referencias al Derecho comparado

Las cuestiones aquí consideradas por lo general han sido previstas por los ordenamientos comparados conceptualmente más cercanos, sea de modo expreso o implícito. En este sentido, es paradigmático el ordenamiento francés, que a partir de la ley n.º 2002-305, de 4 de marzo, y en el art. 373-2 del C.C. dispone que cada padre debe respetar las relaciones de sus hijos con el otro padre; entretanto en el ord. 3º del art. 373-2-11 expresa

⁴ TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, pág. 116.

que cuando el Juez de Asuntos Familiares deba pronunciarse sobre las modalidades de ejercicio de la autoridad parental tomará en cuenta, entre otros aspectos, «la actitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro».

Similar al ordenamiento uruguayo, es el sistema italiano, en el que el art. 6.2 de la ley de 1 de diciembre de 1970, n.º 898, en la redacción dada por el art. 11 de la ley de 6 de marzo de 1987, n.º 74, que disciplina los casos de disolución de matrimonio, establece la posibilidad de un cambio de custodia cuando el padre a quien se han confiado los hijos incumple los deberes impuestos judicialmente.

Entretanto, en el ordenamiento español no hay disposiciones de las que directamente mane una imposición a los jueces de atender a este parámetro. No obstante, al menos de dos de los párrafos de la redacción actual del art. 92 del C.C., emerge implícitamente, aun cuando con transparencia, la necesidad de que los jueces lo contemplen. Así, en el ord. 5º, con expresa referencia a la custodia compartida, se preceptúa que el juez al acordarla y tras fundamentar su decisión, «adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido,...» y en el apdo. 6º, aplicable a toda especie de guarda, se dispone que antes de acordarla, debe valorar entre otros elementos «la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Como se ha señalado en la doctrina, «en el Derecho occidental, tanto dentro del sistema del *Common law*, como de aquel que tiene un origen romano-germánico, se viene acentuando una tendencia consistente en asignar la tenencia a aquel de los padres que ofrezca mayor garantía de respetar la natural vinculación que debe existir con el otro, o a remover de la tenencia a quien perturbe tal relación. Por otro lado, en muchas ocasiones, la mera amenaza de un cambio de tenencia adquiere, de por sí, “poder de convicción” suficiente para hacer entrar en razones a quien obstruye los derechos de los demás protagonistas»⁵.

De todas maneras, debe señalarse que la alteración en la guarda no tiene lugar de forma automática, sino que se trata de una pauta que se debe tomar en consideración junto a todas las demás circunstancias que rodean el litigio planteado, puesto que es esa la única fórmula posible de determinar si el cambio previsto no vulnera el interés de los niños y adolescentes afectados con la medida a instrumentar. En efecto, la adopción de una medida de cambio de custodia (y ello se puede ampliar asimismo al supuesto en que se procura variar un régimen de comunicaciones y visitas) sólo puede tener cabida en aquellas hipótesis en que del análisis del plexo de condicionantes concretas que rodean cada caso puntual resulta que no se perjudica el *bonus filii*. Por ese motivo, aun cuando del análisis de las circunstancias específicas emerja que existe un incumplimiento del régimen impuesto o una inobservancia de las obligaciones con que carga el tenedor, ese mero hecho no es suficiente para determinar una variación en la tenencia o en las visitas, en tanto es imprescindible indagar si las demás incidencias concurrentes en el caso concreto no perjudican a los sujetos infantiles sobre los cuales ha de influir la medida.

5 MAKIANICH DE BASSET, *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1997, pág. 28.

A vía de ejemplo, aun cuando de los hechos probados en un litigio resulte que el custodio lleva a cabo su función de forma de impedir caprichosa e inmotivadamente los contactos entre los hijos y aquel padre (o su familia ampliada) no custodio, ello no suele ser suficiente para variar la tenencia conferida, si se comprobase que el incumplidor del régimen es quien se ha ocupado desde largo tiempo atrás de la crianza de los menores, y como derivación no es lo más conveniente al interés de éstos que se le confíe al otro padre, o incluso a un tercero. Antes bien, previamente a la adopción de la medida de cambio de custodia estilan recomendarse instrumentos menos agresivos para los hijos destinados a tratar de dar solución a la situación conflictiva. Adviértase que, aunque la variación de la tenencia es posible dada la condición *rebus sic stantibus* que adorna a los convenios o sentencias dictadas, supondría para los menores una alteración profunda en el contexto en que vienen desarrollando sus vidas (*v. gr.* cambios de residencia y colegio, alejamiento de sus círculos de amistades y clubes deportivos). Por esa razón, deben ser conductas en extremo graves las que encaminen a una variación en la guarda material, aun cuando se reconozca la afectación del régimen en que el hijo venía desarrollando su existencia.

En función de lo asentado, es que los tribunales –con independencia de cuál sea el ordenamiento analizado– atribuyen fundamental trascendencia al parámetro en análisis, de forma que se trata en los casos de conflicto familiar de confiar la tenencia de los hijos a aquel de los padres que esté dispuesto a respetar los derechos del otro a que se contacte y relacione con aquéllos. Y lo indicado no puede ser de otra manera, dado que el ponderado ámbito referencial es el que en mejor grado protege el interés de adultos, pero por sobre todas las cosas salvaguarda el de los niños y adolescentes, al facilitar las relaciones ampliadas de familia y parentesco. Cabe subrayar, a este respecto, que la conservación de las relaciones afectivas de los hijos con ambas estirpes familiares ha sido consagrada como un derecho de éstos.

En este sentido, el apdo. 1º del art. 8 de la Convención Universal de los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento vernáculo a través de la ley n.º 16.137, de 28 de setiembre de 1990, señala que «los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». Y el art. 9.3 de la convención antedicha preceptúa que «los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

Más claramente, acaso, el art. 38 del C.N.A. sienta el principio general en materia de visitas, al disponer que «todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismos. Sin perjuicio que el Juez competente basado en el interés superior del niño o adolescente, incluya a otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos afectivos estables».

A sabiendas de ello, el incumplimiento del régimen de visitas constituye una contravención de la obligación que el citado cuerpo legal impone a los padres y responsables

de niños y adolescentes en el art. 16, lit. D), de «colaborar para que sus derechos sean efectivamente gozados».

El cumplimiento del derecho de comunicaciones y visitas se presenta bajo un doble perfil: está el deber del padre no custodio de ejercitarlo por el prioritario interés del hijo; y a la vez, el deber del otro padre –aquel a quien se le confió la guarda– de no obstaculizar, sino favorecer, la efectividad y el desarrollo de tales relaciones. Ello por cuanto, la frecuentación entre los padres y sus hijos es universalmente admitida como parte sustancial del preeminente interés de los menores a un correcto crecimiento afectivo, y a una completa formación social, instructiva y educativa, así como a un adecuado desarrollo de su personalidad⁶. Con la mira puesta en el propósito de contribuir a la más adecuada formación de los hijos a través del fomento de las vinculaciones afectivas con sus dos ramas familiares, los tribunales, con sustento en las amplias facultades de que están dotados en estas materias, deben rechazar o censurar todas aquellas conductas de quien ejerce la custodia que contraríen o desconozcan el antedicho derecho de los hijos⁷.

III. ¿En qué consiste el Síndrome de Alienación Parental?

Se trata de una serie de comportamientos, artilugios o estratagemas que adopta aquella persona a la cual se le confió la custodia de sus hijos destinados a obstaculizar o entorpecer infundadamente que se genere o conserve una relación afectiva estrecha con el otro padre (o su familia ampliada), de forma que en modo egoísta obran sobre la psiquis de aquéllos, provocando un apartamiento radical de la rama familiar que sólo tiene atribuido un régimen de comunicaciones y visitas.

En un contexto conflictivo derivado de la ruptura de la pareja que conformaban los padres, se encuentra un terreno potencialmente fértil para que se produzca el síndrome mencionado, dado que «el hijo es percibido por el padre custodio como un instrumento de poder destinado a satisfacer sus propias necesidades en daño del otro padre, que sufre, injustificadamente, el desprecio y el alejamiento del hijo»⁸.

El desarrollo de esta patología, sobre cuya real existencia no existe acuerdo en la comunidad médico-científica, fue iniciada por el psiquiatra forense estadounidense Richard Gardner, a partir de 1985, para la que adoptó la denominación de «Síndrome de Alienación Parental», habiéndola definido como «un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar

6 SOARDI, en AA.VV. (dir.: Cendon), *La prova e il quantum nel risarcimento del danno*, T. I, Torino, Utet, 2014, pág. 700.

7 Los principales problemas, desde el punto de vista personal en las rupturas de pareja, se plantean en el marco de las relaciones entre padres e hijos. A este respecto, no es posible perder de vista que la separación de los padres supondrá un trascendental cambio del entorno afectivo y material de los hijos menores, al que éstos serán particularmente vulnerables, ya que dejarán de convivir de forma simultánea y permanente con ambos padres. Pero, además, en muchas ocasiones, la quiebra de la relación sentimental de los progenitores lleva aparejados problemas de muy diversa índole, a menudo larvados durante años de malas relaciones, y en otras ocasiones generados por la propia ruptura, que inciden de forma directa sobre los hijos: malos tratos, desacuerdos en cuanto a la guarda y custodia de los hijos, manipulación de los hijos al objeto de ganarse su afecto o posicionarlos a favor o en contra de uno de los progenitores, adaptación de los hijos a las nuevas relaciones afectivas de los padres, etc. (GARCÍA GARNICA, *op. cit.*, pág. 205).

8 CICERO y RINALDO, «Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale», *Rev. Il Diritto di Famiglia e delle Persone* [en adelante: *D.F.P.*] 2013.3. sec. Giurisprudenza di legittimità, pág. 874

o destruir sus vínculos con el otro progenitor»⁹. Se trata de inculcaciones maliciosas que el custodio ejecuta sobre sus hijos, de modo que los mantiene secuestrados psicológicamente, por lo que éstos están impedidos de comprender racionalmente la verdadera situación que subyace en la relación entre los mayores.

En las cuestiones antagónicas que aquí se indagan, aparece como una precaución fundamental a tomar por los tribunales que lo que provean en materia de guarda y visitas no constituya un ambiente contextual propicio a fin de que se logren coaliciones patológicas entre los hijos y uno de sus padres, con base en que ese escenario constituye el *humus* ideal para el surgimiento del síndrome.

La patología de referencia consiste en un conjunto de conductas por las cuales uno de los padres intenta deliberadamente alienar (apartar) a su hijo o hija del otro, mediante un “lavado de cerebro” o adoctrinamiento progresivo, a fuerza de descalificaciones, creando un miedo infundado o aversión, con lo cual el menor acaba odiando de forma patológica e injustificada al padre afectado, sin querer volver a verlo, llegando a destruir todo tipo de relación o vínculo con él, e incluso generando graves cuadros de ansiedad ante la presencia de éste¹⁰.

Incluso es de notar que en algunas oportunidades el alienador actúa formalmente y frente al otro padre en apariencia en modo correcto, pero en los hechos, en la intimidad del hogar, desarrolla sus conductas denigratorias llevando al hijo común a padecer el síndrome, de suerte que éste no quiere comunicar con aquél. De todas maneras, es evidente que aun cuando imperceptible para los terceros, se trata de comportamientos que llevan a que el sujeto infantil caiga en la patología que nos ocupa, por lo que quien los ejecuta merece la condena de los tribunales.

Como también es regla en estos casos, las principales víctimas de los comportamientos asumidos por parte de los adultos son los propios hijos, que deben vivir en un contexto en extremo conflictivo, donde uno de sus padres, o en su caso la familia de éste, asume una posición de permanente descalificación o denigración hacia el otro ascendiente e imputándole la responsabilidad de la descomposición familiar, de manera de desvalorizarlo frente a sus propios hijos.

El análisis de los fallos judiciales puede conducir a la conclusión de que se trata, de ordinario, de conductas que asumen las madres encargadas del cuidado cotidiano de sus hijos, para enfrentarlos con su ascendiente masculino; sin embargo, esa derivación es errónea. En efecto, si bien son sustancialmente mayores los supuestos en que se comprueban conductas maternas tendientes a alejar a sus hijos de su padre, ello se debe tan solo a que existe una clara predilección de los tribunales a conferir la guarda a la figura materna, lo cual conduce a que estén situadas en el extremo más proclive para asumir las conductas denigratorias. Aunque en los primeros estudios se interpretó que el síndrome afectaba en mayor medida a las madres (hasta el punto de proponerse la inquietante denominación «Malicious Mother Syndrome» o «Síndrome de la Madre Malvada»),

9 GÓMEZ MAGÁN, «Síndrome de alienación parental (SAP)», *Revista de familia*, n.º 38, Valladolid, Ed. Lex Nova S.A., 2008, pág. 65.

10 GÓMEZ MAGÁN, *op. cit.*, pág. 66.

los datos estadísticos más recientes no permiten establecer con certidumbre científica la prevalencia de un sexo sobre otro. El extrañamiento del menor resultante de una acción unilateral de un padre está siendo tratado cada vez más, en Derecho comparado, como un caso de «abuso», de «maltrato psicológico infantil», del que es responsable el «programador»¹¹; más específicamente se trataría de un supuesto de «violencia emotiva»¹².

En los supuestos de aparición de este síndrome (también llamado de Alejamiento o Extrañamiento parental), uno de los miembros de la pareja quebrada suele tomar como enemigo, causante de gran parte de sus males (sino de todos), a quien componía con él la familia ahora destruida, de forma que la agresividad que manifiesta supone descalificar a éste, tanto en sus roles de pareja como de padre o madre.

Su origen se puede encontrar en «el afán de venganza de uno de los progenitores hacia el otro, bien por el miedo a perder a los hijos o celos por la relación existente entre el otro progenitor y los menores, bien por no estar preparado para afrontar una situación de fracaso matrimonial, y máxime si uno de ellos ha encontrado pareja y ha rehecho su vida»¹³.

Lo habitual en el síndrome en análisis «es que el niño manifieste repetidamente su odio o rechazo hacia uno de sus progenitores, del que hablará con desprecio o vocabulario soez, sin que se revelen signos de vergüenza al hacerlo. Ofrecerá razones triviales para justificar el rechazo, que muy a menudo se extiende a familiares o amigos de la esfera del progenitor devaluado. El niño desprecia sus regalos, sus felicitaciones, le cuelga el teléfono, admite ciegamente los argumentos del padre amado en contra del odiado, mostrando una falta de ambivalencia que se traduce en la valoración de uno y otro progenitor en una maniquea perspectiva de blanco y negro»¹⁴.

Una buena descripción de la manera cómo opera la patología en análisis, venida de sectores ajenos al jurídico, es la que brinda el médico psiquiatra y licenciado en Filosofía y Teología argentino CASTEX, quien recurre a la mención de una práctica de tiempos lejanos para reflejar lo que acontece con el síndrome estudiado y señala que «en la antigüedad, cuando se trataba de borrar la historia de algún monarca, sus sucesores picaban hasta borrar los rostros de aquellos en estelas y frontispicios, en registros pictóricos y hasta en diversas formas de artesanía. El hecho llega hasta nosotros a través de la cicatriz dejada en el objeto de odio o persecución. De la misma manera, solamente en nuestro país, hay centenas de padres o madres separados de sus hijos y en donde el cónyuge “ganador” –tras su ataque filicida- procura erradicar todo vestigio de su ex pareja, coartífcie del niño. Sin embargo, como en los tiempos pretéritos, la lesión cicatrizal que la extirpación ha dejado perdura y hablará a lo largo de toda la historia de vida del hijo víctima. A la vez, el parentectomizado cargará consigo el daño psíquico ocasionado por la violencia del cónyuge extirpador y la pérdida de su vástago»¹⁵.

11 TEJEDOR, *El síndrome de alienación parental*, Madrid, Ed. Eos, 2ª impresión, 2007, pág. 20.

12 CICERO y RINALDO, *op. cit.*, pág. 872.

13 GOMEZ MAGAN, *op. cit.*, pág. 76.

14 VILALTA SUÁREZ, «Descripción del Síndrome de Alienación Parental en una muestra forense», *Rev. Psicothema* 2011, Vol. 23, n.º 4, págs. 636-641, obtenida en www.psicothema.com, el 28/10/2013; la cita corresponde a las págs. 636-637.

15 CASTEX, en el prólogo de la obra de PEDROSA y BOUZA, *Síndrome de alienación parental*, Bs. As., Ed. García Alonso, 2008, pág. XII.

Como se advierte desde el ámbito médico-psicológico, «los niños interiorizan un distanciamiento emocional o “cosificación” hacia el progenitor al que rechazan»¹⁶. El padre alienante determina la ruptura de un ligamen psicológico que podría, en la mayoría de los casos, revelarse de gran importancia para los hijos, a pesar de la separación o divorcio de los padres¹⁷.

Es ostensible que no todo apartamiento del régimen de comunicaciones y visitas acordado o decidido judicialmente supone la inclusión de la conducta del guardador en la patología que venimos estudiando; sin embargo, también lo es que muchas veces esas inobservancias derivadas del quiebre familiar acontecido, cuando aparecen acompañadas de una habitual y metódica degradación de la persona del no tenedor, caen dentro del síndrome. Por cierto, pueden existir valederos argumentos que justifiquen que un menor de edad no quiera comunicar con aquel de los padres que no disfruta de su custodia cotidiana, sin que ello se deba a una conducta denigratoria del custodio, sino de un proceder asumido en modo exclusivo por el propio hijo, para el cual inexistan manipulaciones externas. Las razones que pueden llevar a esos rechazos pueden ser de la más variada índole; a guisa de ejemplo: indeseadas experiencias vividas, falta de contactos previos, conductas agresivas llevadas a cabo durante las comunicaciones en que se arremete psicológicamente al menor y se intenta predisponerlo contra el custodio o su rama familiar, rechazo a las nuevas parejas de los padres¹⁸ o incluso la presencia de los denominados «conflictos de lealtades».

En efecto, al hilo de lo afirmado, es necesario situar las cosas en sus justos términos, dado que no toda negativa de los hijos a convivir o comunicarse con uno de sus padres o con su familia extendida supone la presencia del síndrome aludido. Evidentemente, en atención a lo dicho, en muchos casos existen conductas asumidas por parte de uno de sus ascendientes próximos que conducen a que los hijos sean renuentes a mantener vinculaciones afectivas con él; *v. gr.* precedentes conductas violentas, falta de comunicaciones en los tiempos previos o desafección paterna o materna. En estas coyunturas, difícilmente pueda obtenerse un cumplimiento forzado del régimen de guarda o de visitas implantado y la mejor solución suele situarse en la recomendación o imposición judicial de que los involucrados se sometan a tratamientos terapéuticos que los auxilien a superar el contexto de conflicto reinante.

Dentro de la figura del síndrome estudiado albergan diferentes hipótesis, que se caracterizan –todas ellas– por suponer el peligro de que los hijos padezcan un elevado riesgo de sufrir un trastorno de personalidad, si no se reestructura su entorno familiar íntegro, ajustándose los vínculos paterno-materno-filiales y de parentesco que resguardan de mejor modo su interés. Lo anterior porque la conducta obstaculizadora e inculcadora mantenida por el custodio, por lo general provoca déficits conductuales en los menores, que se exteriorizan en la negativa injustificada a mantener vínculos de cualquier especie con aquel padre con el que no residen diariamente¹⁹. Se trata de supuestos en los cuales

16 TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, págs. 128-129.

17 CICERO y RINALDO, *op. cit.*, pág. 875, con cita de Gardner.

18 Cfr. PEDROSA y BOUZA, *op. cit.*, pág. 134.

19 Como se ha indicado por parte de los tribunales españoles, «su manifestación primordial es la campaña de denigración del niño en contra de un progenitor, una campaña que no tiene justificación. Resulta de la combinación de una

los hijos son manipulados indebidamente en lo psíquico por parte de aquel padre que ejerce la custodia cotidiana, quien se aprovecha de esta periódica vinculación para provocar una disposición adversa hacia el otro, de forma que los menores nieguen su deseo de comunicarse con él.

Desde el ámbito psicológico, se ha dicho que «el Síndrome de Alienación Parental es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición. Esta situación está directamente relacionada con los procesos de separación contenciosa o aquellos que, iniciándose de mutuo acuerdo, han derivado en una situación conflictiva»²⁰.

Naturalmente que esa conducta asumida por sus mayores conduce a los hijos a graves «conflictos de lealtades» que generan en ellos daños psicológicos y afectivos serios. Son casos en los cuales es posible visualizar indicios de programación o manipulación mental de los menores, llevada a cabo por medio de la denigración constante hacia el otro padre, en aras a predisponerlos frente a éste. Con el panorama expuesto, es fácil percibir que provoca derivaciones profundamente negativas en la personalidad de los hijos por los deterioros psicológicos que suscita en éstos. Y esos daños –cuando existe el síndrome- tienen como causa fundante un inadecuado ejercicio de las funciones de tenencia por parte del inculcador o manipulador.

Por lo demás, es de toda evidencia que puede existir un sinfín de factores que acarreen que la conducta llevada a cabo por el manipulador tenga una mayor o menor influencia en la persona de los hijos. Indudablemente, la existencia de un mayor o menor vínculo afectivo del padre no custodio con éstos o la edad de los hijos, de seguro van a influir para que el alejamiento parental que se propone quien ejecuta las conductas maliciosas tenga superiores o reducidas posibilidades de éxito. En este sentido, es poco menos que axiomático que de ordinario la escasez de experiencia o el fragmentario discernimiento de los niños –y en menor medida de los adolescentes- constituye un contorno prolífico para que las tergiversaciones y argucias llevadas a cabo por parte del manipulador tengan grandes posibilidades de ser exitosas. Es incontestable que los menores de edad, sobre todo en las primeras fases de su vida, son propensos a admitir las tergiversaciones de las que son objeto por parte de aquél, y como consecuencia de ello, muchas veces están desinformados o, lo que es prácticamente lo mismo, no están en condiciones de percibir la verdad objetiva acerca de cuál es la situación del padre no custodio, que es obstaculizado en sus intentos de mantener contactos con ellos. Y de esa forma emerge uno de los síntomas del síndrome del que me vengo ocupando, consistente en la «falta de ambivalencia» respecto a los padres, de conformidad al cual el conviviente es percibido como «bueno y perfecto», mientras que el otro, además de «malo», adolece de todos

programación del progenitor (lavado del cerebro) y contribuciones del propio niño en la demonización (*vilification*) que hace del progenitor denigrado su diana» (auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de junio de 2006, Id Cendoj: 28079370172006200275, ROJ: AAP M 6751/2006).

20 AGUILAR CUENCA, «El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental», *Revista de Familia*, n.º 29, sec. Estudios doctrinales, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2005, pág. 72.

los defectos que le endosa aquél²¹.

Con todo, si bien la patología que aquí se considera puede aparecer tanto en niños como en adolescentes, con prescindencia de la edad, suele ser en la preadolescencia, entre los 10 y los 12 años en que se presenta con mayor frecuencia y severidad²².

IV. Las conductas desplegadas por el manipulador y los síntomas de la patología

Para la existencia del síndrome, son comportamientos frecuentemente asumidos por parte de aquel de los padres que ejerce la custodia cotidiana: a) el transformar en adversario al padre no custodio, provocando una polarización de sentimientos entre éste y sus hijos; b) procurar que éstos formen un frente conjunto con el manipulador para enfrentar o desafiar al otro, o en otros términos, se intenta obtener una enfermiza alianza estratégica de los menores con el padre custodio y la rama familiar de éste²³; c) las conductas asumidas pueden ser desarrolladas de forma ostensible o subrepticia, pero en ambos casos tienen un propósito común que es descalificar al otro padre a los ojos de sus hijos a efectos de alejarlos de él, ahogando todo intento de contacto entre ellos; d) se trasmite a los hijos, mediante conductas y dichos reiterados, un perfil distorsionado, retorcido y dañino del padre no custodio a fin de ocasionar un distanciamiento de éste con aquéllos; e) se brinda a los menores un testimonio tergiversado (y generalmente falso y lejano a la realidad) con respecto a la personalidad del padre no custodio y se lo acusa de incumplimiento de los deberes que apareja la filiación; o en su caso, se amplifican sus carencias o defectos.

Como se señala en la jurisprudencia nativa, «en el síndrome de alienación parental a lo que tiende es a que tanto el progenitor con la custodia como el menor comparten unas mismas creencias y conductas en contra del otro (se alinean, forman alianza, de allí el nombre del síndrome) lo que conlleva a una interferencia crónica de las visitas al haber sido aleccionado el hijo para que se oponga totalmente a mantener contactos con el otro progenitor»²⁴.

Entretanto, con apoyo en la doctrina basada en las enseñanzas de Gardner, los síntomas que se han asociado al síndrome son los siguientes²⁵:

21 Cfr. PEDROSA y BOUZA, *op. cit.*, págs. 101 y 118.

22 TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, pág. 122.

23 Incluso en estos supuestos no es extraño que aflore una figura que incide y fortalece la situación en que se encuentra el manipulador, que es la nueva pareja de éste y que va a desarrollar el rol de aliado o cómplice, obsecuente, en todo caso, con la inculcación (cfr. PEDROSA y BOUZA, *op. cit.*, pág. 59). Y es evidente que esa presencia se agrava cuando la nueva pareja del custodio procura obtener, mediante la manipulación, el lugar o la condición de padre que le corresponde a la víctima de la conducta tergiversada.

24 Sent. n.º 263/2009, de 29 de julio de 2009, dictada por el T.A.F. de 1er. Turno (DÍAZ SIERRA –Red.–, BACCELLI, BENDAHAN). Por esa razón en el caso fallado, se estimó que si bien los hijos no han llegado al extremo de conllevar la citada interferencia crónica respecto a las visitas con su padre, es dable apreciar que la opinión de los mismos no es libre, puesto que carecen de la habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia.

25 Cfr. VILALTA SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 637; TEJEDOR, *op. cit.*, págs. 41-43; TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, págs. 121 y 126-130; GARCÍA GARNICA, *op. cit.*, págs. 214-215; PEDROZA y BOUZA, *op. cit.*, en especial págs. 100-133; ALASCIO CARRASCO, «El síndrome de alienación parental», *Rev. InDret* 2008.1, obtenida en www.indret.com, el 31 de julio de 2008, pág. 6. Los síntomas que se mencionan también son recogidos por los tribunales patrios: *vid.* sents. n.ºs 16/2009, de 4 de febrero de 2009, 87/2009, de 15 de abril de 2009, 263/2009, de 29 de julio de 2009, 71/2010, de 17 de marzo de 2010, 320/2010, de 22 de setiembre de 2010, todas del T.A.F. de 1er. Turno.

1º) *Existencia de una campaña de denigración que lleva a que el niño o adolescente adopte una conducta de odio hacia uno de sus padres*: se trata de supuestos en los que se combinan el “lavado de cerebro” que lleva a cabo el progenitor alienante con la propia contribución del hijo a la denigración o descrédito del progenitor alienado; a falta de este último elemento no existe el síndrome de referencia. El desprecio o aborrecimiento que los hijos sienten respecto al alienado «alcanzan un grado de dureza inusitado, es decir, no solamente impropio de la relación paterno-filial sino, muy probablemente, jamás empleado en ninguna de las relaciones personales que estos niños mantengan»²⁶.

2º) *Racionalizaciones frívolas, baladíes o absurdas para el rechazo al padre alienado*; para que esté presente el síndrome es indispensable que los hijos no hayan sufrido ningún tipo de abuso físico, sexual o emocional, ya que de lo contrario podría justificarse la conducta denigrante del menor hacia el ascendiente que odia. La base del síndrome es la inexistencia de motivos serios y verdaderos que expliquen en modo convincente el alejamiento del hijo de su padre; por eso, cuando la patología está presente, las razones alegadas para ese odio, normalmente, son superficiales, falsas o irracionales.

3º) *Falta de ambivalencia afectiva hacia las figuras parentales*: la presencia del síndrome lleva a que los hijos sean incapaces de reconocer los aspectos positivos de su relación con el padre alienado y sólo se centran en los negativos, mientras que proceden de manera inversa con el padre alienante. Así las cosas, lo malo está siempre del lado de aquél, y lo bueno del lado de éste²⁷.

4º) *Aparición del «fenómeno del pensador independiente»*: el argumento empleado para justificar la conducta de los hijos es que se trata de una decisión pura y exclusivamente adoptada por éstos, sin que se reconozca la manipulación llevada a cabo por el alienante. Al respecto, el hijo afirma que el odio que siente hacia su padre es una actitud propia, sin interferencias, ni maniobras de terceros.

5º) *Apoyo automático al padre «amado» o alienante en cualquier tesitura*: el síndrome lleva a que el hijo afectado sea un rehén emocional de aquel de sus ascendientes que realiza la manipulación, razón –junto a otras que dependen de cada caso puntual- por la cual está impedido de discernir acerca de la realidad subyacente. Por ende, sin reflexiones o consideraciones previas, siempre apoya a quien lo aliena. A raíz de ello, «surge un fenómeno denominado “parentificación”, definido como la inversión de los papeles propios entre ambos, de modo que los hijos asumen el rol protector de carácter emocional, viéndose obligados a defender los sentimientos del adulto»²⁸.

6º) *Ausencia de culpa en el niño por la expresión de rechazo*: existe una falta de remordimientos respecto a la crueldad u odio que el hijo manifiesta hacia su ascendiente alienado. El niño está alineado con el alienador en una campaña de denigración contra el otro

26 TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, págs. 126-127.

27 Como consecuencia de lo dicho, «el niño carece de la posibilidad de evaluar a cada uno (de sus padres) en forma realista, con sus partes buenas y malas. La admisión de aspectos buenos y valorados en el padre no conviviente es para el niño fuente de angustia y de culpa, ya que se siente un traidor a la causa del padre con el que convive» (PEDROZA y BOUZA, *op. cit.*, pág. 118).

28 TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, pág. 129.

padre, de modo que lo odia sin turbación, ni culpa. Se produce en el menor un «embotamiento afectivo» dirigido a alejar a uno de sus padres de su vidas, sin ser consciente del daño y sufrimiento que ocasiona a éste, que desea continuar la relación con él²⁹.

7º) *Aparición en el relato del hijo de «escenarios prestados», que el niño no ha vivido o no puede recordar*: el hijo describe situaciones que, por su naturaleza, son impropias de su edad y se intuye que son obra del padre que lo aliena; las aseveraciones de los menores suelen traducir un discurso aprendido del alienador y la profundidad con que emite sus opiniones distan de la madurez con que cuenta.

8º) *La extensión del rechazo u odio es frecuente que se extienda a la familia o entorno del padre rechazado*: ello apareja, como no puede ser de otra manera un agravamiento de la condición de los hijos, dado que el corte de los vínculos afectivos que se obtiene a través de las comunicaciones y visitas con el padre no custodio se amplía a la rama familiar de éste.

Con todo, no es necesario que todos estos síntomas se verifiquen íntegramente para detectar su presencia, pero es evidente que la mayor o menor concurrencia de ellos va a incidir en la entidad de la patología.

No son pocas las ocasiones en que el custodio de los hijos arma un programa –dado que ineludiblemente se trata de una pluralidad de conductas- destinado a obstaculizar las vinculaciones entre éstos y el padre que no tiene la guarda y su familia ampliada; a vía de ejemplo, los cambios injustificados de la localidad en que residen, sin comunicarlo al visitante, las acusaciones carentes de todo fundamento y el adoctrinamiento del custodio suelen ser utilizados como medios para influir en los niños y adolescentes y llegar al fin de imposibilitar aquellos relacionamientos³⁰. Incluso es posible afirmar que cuanto más tiempo el alienador limite y corte el contacto de los hijos con el no custodio, mayor seguramente ha de ser el éxito de la manipulación; ello por cuanto aquél se asegurará que el hijo sólo escuche comentarios negativos sobre el otro padre³¹.

V. Consecuencias del síndrome

Las principales secuelas que se derivan de la presencia de esta patología tienen que ver con la negativa de los hijos menores de edad a vincularse con el padre no custodio en las oportunidades en que deben hacerlo en cumplimiento del régimen de visitas acordado.

En orden a lo que acaba de decirse, no es extraño que en estos supuestos se presente en los hijos un «conflicto de lealtades», en los que rechacen la relación con el padre ausente del hogar y a la vez, un proceso de «identificación defensiva», en el que protegen

29 TOVAR ESCUDERO, *ibid.*

30 En la literatura psicológica argentina se llegó a comparar las reacciones que padecen los niños como consecuencia de las conductas asumidas por parte del inculcador con las que sufren quienes se ven afectados por el denominado «Síndrome de Estocolmo». Ello con sustento en que en ambos casos se crea un vínculo paradójico con el secuestrador-impedidor, las víctimas quedan aisladas del mundo exterior y sin la posibilidad de percibir perspectivas diferentes a aquellas que proporciona el captor, sin estímulos ambientales y sociales, y con pérdida de las redes sociales, de amistades y espaciales que hasta ese entonces las habían acompañado y que conducen a la destrucción de lo que era el mundo cotidiano en que desarrollaban sus vidas (PEDROSA y BOUZA, *op. cit.*, págs. 105-106).

31 TEJEDOR, *op. cit.*, pág. 24.

al otro, participando de una «relación simbiótica» con éste³².

Es evidente que, dado que el síndrome que indago está incluido dentro de las alteraciones psicológicas que sufren las personas, no siempre los magistrados se encuentran en las condiciones más propicias para determinar su existencia. Ello conduce llanamente a que, para estas ocasiones, los dictámenes periciales psicológicos asuman particular importancia.

Lo previo especialmente si se considera que no es nada sencillo diagnosticar la presencia del síndrome, dado que ello acontece cuando «esta manipulación ya se ha producido (no es suficiente que el progenitor alienador lleve a cabo una conducta de manipulación, sino que es necesario que esta conducta realmente tenga efecto), lo que, lamentablemente, hace que tengamos que acudir a la intervención psicológica, y que ésta se produzca tarde y cuando ya se ha causado un grave daño al menor, por lo que reparar ese perjuicio es una tarea ardua y complicada ya que nos encontramos con menores convencidos de que su odio hacia el progenitor alienado está totalmente justificado, y que es fruto de su propia experiencia con él, sin que nadie le haya inducido a pensar de ésta u otra manera. Este síndrome no tiene un tiempo preestablecido para que se pueda detectar en el comportamiento del menor, sino que puede variar en el tiempo según los casos, cuánto más tiempo pase o mayor sea la capacidad alienativa del progenitor manipulador con su hijo, más tiempo tendrá para desarrollar su campaña de injurias y desacreditación... el menor suele considerar al progenitor alienador como una persona sin ninguna tacha, una víctima vulnerable a la que tiene que defender. En numerosas ocasiones este odio que siente el menor, y que carece de todo sentimiento de culpa, se extiende a todo el entorno del progenitor víctima de esta situación, como pueden ser los abuelos, los primos, amigos o la nueva pareja»³³.

Como no puede ser de otra manera, corolario de la presencia del síndrome lo configura el hecho de que la voluntad de los menores va a carecer de la independencia y plenitud necesarias para influir en las decisiones que los afectan³⁴; existe de parte de ellos un rechazo injustificado, que no se compadece con una respuesta razonable o proporcional al comportamiento del padre rechazado³⁵. Se trata de una «voluntad viciada», como atinadamente han proveído los tribunales españoles³⁶.

Las consecuencias de la captación de voluntad que padecen los hijos por el obrar denigratorio de uno de sus padres no son escasas para su más adecuado crecimiento y desarrollo, dado que el éxito de las maquinaciones empleadas lleva a que aquellos rompan o minimicen sus relaciones afectivas al cortar sus contactos con una de sus ramas

32 TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, pág. 120.

33 GÓMEZ MAGÁN, *op. cit.*, pág. 66.

34 Como se señaló en la doctrina uruguaya, una de las razones por las cuales se permite que el niño y/o adolescente permanezca con el tenedor alienador u obstructor es la voluntad expresada en ese sentido por parte del menor. Sin embargo, cabe considerar que en el caso no está presente la autonomía progresiva de la voluntad del hijo, porque carece de la habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia (DÍAZ SIERRA, «Responsabilidad en el Derecho de familia», *R.U.D.F.* n.º 21, sec. Doct., Mdeo., F.C.U., 2009, pág. 126).

35 TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, pág. 121, con cita de WARSHAR.

36 Sent. de la Audiencia Provincial de Castellón, de 22 de abril de 2009, Id Cendoj: 12040370022009100101, ROJ: SAP CS 319/2009.

familiares. Todo lo dicho conduce a que se altere con gravedad el desarrollo psicológico de los niños y adolescentes que lo sufren, lo cual acarrea que en un sinnúmero de oportunidades deban ser sometidos a tratamientos psicológicos que ayuden a superar o compensar el mal.

Se trata de una especie de abuso emocional que tiene amplias y profundas consecuencias para los menores y su entorno, dado que la ruptura con ciertos miembros de su familia «provoca un empobrecimiento innecesario, así como su exposición a escenarios en los que la probabilidad de desarrollar diversos problemas está aumentada... (Asimismo) debemos recordar que estamos hablando de la introducción en el sujeto de ideas, creencias y valores altamente perniciosos para su desarrollo personal y visión del mundo, ideas que organizarán su conducta futura y el modo en que afronte su vida»³⁷.

La intensidad del síndrome analizado puede alcanzar tres niveles³⁸: a) un «rechazo leve», caracterizado por la expresión de algunos signos de desagrado en los vínculos con el padre o la madre, pero sin que haya evitación, ni se interrumpa la relación. Las dificultades en este nivel se suelen presentar cuando uno de los padres concurre a buscar a su hijo para las comunicaciones o visitas; pero una vez transcurrido ese momento, los rechazos desaparecen. Se trata de hipótesis en las cuales, si bien puede existir alguna especie de programación, el menor no resulta seriamente afectado y el régimen de visitas implantado se cumple sin grandes dificultades; b) un «rechazo moderado»: señalado por la expresión de un deseo de no ver al padre o la madre, acompañado de la búsqueda de aspectos negativos del ascendiente rechazado que justifique su deseo y de la negativa de todo afecto hacia él, evitando e incluso rechazando, su presencia; de modo que la relación se interrumpe o se mantiene por obligación. Sin embargo, una vez que el hijo es alejado del alienador su comportamiento es más cooperativo, aun cuando no deja de considerar despreciable al alienado; y c) un «rechazo intenso, severo o agudo», que se traduce en una profunda perturbación del hijo ante la comunicación con el padre alienado y que se exterioriza en gritos y actos de violencia ante la necesidad de irse con éste. Por lo general, en este nivel inexistente la posibilidad de que padre e hijo alienados puedan mantener un régimen de comunicaciones más o menos normalizado; ello por cuanto este último «es un fanático en su odio» contra el padre que rechaza, de forma que se rehúsa a las visitas, formula falsas acusaciones de abuso sexual³⁹ o amenaza con huir,

37 AGUILAR CUENCA, *op. cit.*, pág. 77.

38 GARCÍA GARNICA, *op. cit.*, págs. 215-216; TEJEDOR, *op. cit.*, págs. 37-40; TOVAR ESCUDERO, *op. cit.*, pág. 122.

39 *Vid.* sent. n.º 71/2010, de 17 de marzo de 2010, del T.A.F. de 1er. Turno (BACCELLI, BENDAHAN, DIAZ SIERRA). En el caso resuelto los abuelos y tía paternos solicitaron un régimen de visitas respecto de un menor, al cual la madre que desarrollaba la custodia, si bien no se opone, afirma que son nocivas para el interés superior de su hijo, porque éste se desestabiliza con las mismas, en especial por un supuesto abuso del padre del niño, que no se probó. Ante la opinión vertida por el menor involucrado, el tribunal estima que «la obligación de recibir su opinión no quiere decir que el juez deba homologarla sin analizar si esa opinión es madura y libre, ya que tales características son exigidas para tomar en consideración en los instrumentos internacionales que se refieren a los derechos del niño y que sirven de base para la interpretación de las normas del C.N.A. (art. 4º)». Asimismo, en el fallo se agrega que «si analizamos la declaración de Bruno, éste sostiene en forma firme que no quiere ver a sus abuelos “porque le hicieron cosas feas”, pero a continuación expresa “no me acuerdo lo que me hicieron mis abuelos”, reiterando en una forma monótona que sus abuelos le hicieron cosas feas; igual situación se planteó en el dialogo mantenido con la asistente social ante la insistencia de esta profesional de cómo sabe que sus abuelos le hicieron cosas feas, manifiesta que lo sintió de su madre quien se lo refería a un adulto. Más adelante el niño relata que sus abuelos lo vestían de niña, cuando los actores le dicen que eso no es cierto, el niño manifiesta: ellos están mintiendo (los abuelos) mi mamá nunca me mintió, de lo que se desprende sin esfuerzo alguno que el discurso de Bruno se lo ha transmitido su madre, es decir en autos se encuentra presente el síndrome de alienación

con el suicidio o con el homicidio⁴⁰.

Así las cosas, es ostensible que el síndrome crea un modelo familiar patógeno, que no genera las garantías necesarias para un desarrollo saludable de los niños y adolescentes. Lo antedicho en razón de que los efectos que el síndrome ocasiona en los menores pueden ser de extrema gravedad, y no sólo a corto, sino también a mediano y largo plazo, cuando han alcanzado la edad adulta. Entre las consecuencias que subrayan los estudios psicológicos es dable encontrar: «depresión crónica, problemas para relacionarse en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, sentimientos de culpabilidad (sobre todo cuando el hijo se da cuenta, una vez adulto, que ha sido cómplice, a pesar suyo, de una gran injusticia contra el progenitor alienado), sentimientos de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica y a veces el suicidio. Hay estudios que concluyen que cuando las víctimas de la alienación se hacen adultas, tienen una inclinación al alcohol y a la droga, presentando otros síntomas de un profundo malestar. Además el hijo alienado arriesga reproducir la misma patología psicológica que el progenitor alienador»⁴¹.

VI. Las decisiones judiciales en materia familiar

Como es conocido, ante el marco contextual de conflicto que suelen aparejar las crisis familiares en las que existen descendientes, los tribunales deben adoptar un conjunto de medidas –de vigencia futura- a fin de dar solución a las divergencias que envuelven a los padres, pero en lo fundamental para reducir los costos emocionales que padecen los sujetos infantiles y adolescentes. Los quiebres convivenciales suelen ser fuente de perjuicios para aquellos a quienes los adultos que conformaban la pareja han procreado o adoptado; de modo que si bien esa ruptura va a conmover a todos los afectados, es evidente que no pueden tener la potencialidad suficiente para borrar los vínculos creados entre los padres y sus hijos. Al respecto, debe darse la debida relevancia al hecho de que la presencia de rispideces y contrastes entre los mayores no debe conducir a un incumplimiento de los deberes paterno-filiales, aun cuando la *praxis* demuestra que en variadas ocasiones se verifican obstáculos o tropiezos, derivados de las lesiones quedadas a la ruptura familiar y de las pasiones y tensiones personales que suelen escoltarlas. A vía de ejemplo, en un fallo uruguayo el tribunal interviniente observó como comportamientos perjudiciales para el hijo menor involucrado en un litigio sobre tenencia: a) la actitud del padre, que según manifestaciones del niño de incuestionable valor, lo ha hecho partícipe de las resultancias de autos (lectura de actas, por ejemplo), conducta reprochable y jurídicamente contraria a las responsabilidades que implica la patria potestad, puesto que ello propicia un trauma mayor al menor, una intensificación de la tensión y de la inseguridad del niño, una valla a expresarse sincera y espontáneamente, creando un riesgo psíquico; b) la actitud de la madre que no propicia un clima de distensión durante las visitas, al permitir la injerencia de su actual cónyuge, el que había sido expresamente

parental». En virtud de ello, se juzga que «las visitas deben ser supervisadas y coordinadas interdisciplinariamente, tal vez, la única posibilidad para la reconstrucción de un vínculo que ha sido dañado por los adultos, orientando a las partes en el proceso, que en definitiva redundará en la salud de Bruno y efectivizar sus derechos fundamentales».

40 TEJEDOR, *op. cit.*, pág. 39.

41 TEJEDOR, *op. cit.*, pág. 81.

excluido de las mismas, lo cual provoca un aumento del distanciamiento con su hijo y genera a éste mayor zozobra y angustia⁴².

Ante la disgregación de la familia, es verdad que se produce la culminación del proyecto de vida que habían creado con fines de permanencia los adultos, pero ese epílogo de la convivencia no puede traducirse en el quiebre de los lazos de aquellos con sus hijos. Antes bien, por lo que refiere este último aspecto, la preocupación de los operadores debe girar más que en resolver las cuestiones pasadas, en armar un nuevo orden que permita el mantenimiento de las vinculaciones afectivas, en un contexto que difiere sustancialmente del existente antes de la ruptura. Nuevo orden que, como consecuencia de la cesación de una residencia común, se va a caracterizar por la redefinición de los roles que los padres desempeñan frente a sus hijos, pero siempre en el entendido de la conveniencia del mantenimiento de las relaciones afectivas entre ellos, en aras a que los menores sientan de la mínima manera posible las secuelas de la disgregación.

Es fácil de percibir que el acomodamiento a la nueva situación planteada por la crisis no siempre es sencillo, puesto que en no pocas ocasiones existen heridas debidas a la conducta de los adultos, que no han cicatrizado y que también son susceptibles de afectar a los hijos. Todo lo dicho anteriormente por la presencia de muchísimos factores, imposibles de delimitar taxativamente, pero en lo fundamental porque las relaciones familiares entre los sujetos están fundadas en cualidades personales dinámicas, que sufren altibajos, lo que conduce a que existan frecuentes deterioros, así como sucesivos acomodamientos. De modo que, la resolución convencional o judicial de las cuestiones litigadas no significa, ni por asomo, una salida definitiva de los problemas sobre las cuales acostumbran confrontar los adultos respecto a la situación de sus hijos; a la inversa, la necesidad de la continuidad de las relaciones aquí estudiadas conduce a que el estado de confrontación permanezca latente.

Tanto los convenios de los padres, como las decisiones judiciales, atinentes a la situación de los hijos respecto a su tenencia y a las visitas en un conflicto familiar, resuelven las cuestiones atendiendo a la situación imperante en un momento concreto. Pero se trata de medidas que van a perdurar en el tiempo, de suerte que el transcurso de éste y la condición dinámica que tienen las relaciones de familia pueden conducir a que a poco de empezar a regir lo acordado, se vislumbre que aquellas no fueron ajustadas al marco contextual atendido. Por esa razón, se trata de mecanismos de solución de conflictos – tanto los convenios como las sentencias- supeditados al principio *rebus sic stantibus*. En atención a ello, cuando se ha modificado el escenario existente al momento de acordarlos o dictarlas, si se comprueba que los datos familiares no fueron correctamente contrastados, ha sido probada la imposibilidad de que las partes se sujeten a ellos o cuando vulneran el interés de los hijos, puede variarse la medida adoptada⁴³.

A la altura actual de la evolución de los estudios jurídicos resulta indudable que, en

42 Sent. del T.A.F. de 2º Turno, de 1 de marzo de 2004, *L.J.U.*, T. 136, 2007, caso 15.486.

43 Cabe recordar que las decisiones en la materia son “*rebus sic stantibus*”, por lo que pueden siempre modificarse, ante el acaecimiento de hechos supervinientes suficientemente relevantes (sent. del T.A.F. de 2º Turno, n.º 291/2012, de 26 de setiembre de 2012 –CANTERO (Red.), SILBERMANN, CAVALLI-, pub. en Revista *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. I, año I, 2013, sección Jurisprudencia sistematizada, n.º 97, pág. 348.

caso alguno, la actividad judicial se destina a la aplicación automática de los preceptos que disciplinan determinada institución. A la inversa, cuando los tribunales son llamados a fallar, es frecuente que en su interpretación alcancen diferentes conclusiones sobre la regulación contenida en la ley, dado los diferentes criterios valorativos empleados por cada juez. Coadyuva con ello, que en el Derecho de familia –sobre todo en guarda, visitas y alimentos– la ley emplea nociones abiertas en sus preceptos, que sólo pueden ser aplicados atendiendo a las peculiaridades que presenta cada litigio concreto⁴⁴, lo cual acrecienta las posibilidades de que la intervención judicial asuma una discrecionalidad desconocida en otras ramas jurídicas⁴⁵. Las variables que se encuentran presentes en cada crisis familiar, las diferentes actitudes que asumen los interesados en los litigios, el juego de sentimientos encontrados, las posturas egoístas, interesadas o indiferentes, los cambios en los arquetipos sociales, entre muchos otros factores, impiden que la solución que proporciona el legislador supere ciertas directivas generales dadas a los órganos judiciales, principalmente vinculadas a los intereses que se reputan necesitados de más protección.

Atento a lo antes expuesto, no puede perderse de vista que las decisiones judiciales en materia de guarda y visitas son predictivas; por lo que uno de los supuestos en los que se permite modificar lo adoptado, radica en que se erró en la predicción⁴⁶. En general los jueces resuelven, con la orientación de los cánones legales, hechos ocurridos en el pasado, imponiendo la razón o determinando la sinrazón de una petición de conformidad a los logros probatorios que hayan aportado los implicados en un litigio; pero en los casos de guarda de menores y otras cuestiones que los afectan, si bien se falla de ordinario atendiendo al proceder de las partes en el pasado y al contexto existente cuando se emite el veredicto, lo trascendente es prefijar un estatuto que rija a los padres y al hijo en sus relaciones futuras. Así las cosas, es evidente la presencia de diferencias entre la actividad judicial en el Derecho de familia –en especial en lo atinente a la situación de los hijos en las crisis familiares– y otras ramas del ordenamiento. Efectivamente, aunque lo importante en cualquier fallo judicial es concluir un litigio por hechos acaecidos en el pasado, cerrar esa historia particular entre las partes; en los procesos en que se involucran menores, la función del juez no es concluir una relación nacida en el pasado, sino por el contrario, mantenerla, pero adoptando un nuevo estatuto que la regle como consecuencia del nuevo cariz que se articuló entre las partes como secuela de una crisis familiar. Con el panorama señalado, y a fin de lograr una mayor compenetración de los padres en la función que tienen asignada de la salvaguarda de los intereses de los hijos, es perceptible que los tribunales toman en consideración innumerables factores, y ni siquiera en un orden jerárquico, cuando deben resolver cuestiones sobre tenencia y visitas.

44 Es que cada caso es un *unicum*, igual sólo a sí mismo (IMPRUDENTE, «Spunti sull'affidamento della prole nella crisi della coppia», Rev. D.F.P. 2001.4, sec. Note, pág. 1783).

45 No por otra cosa en la doctrina italiana se afirmó que en el Derecho de familia se asiste a un fenómeno muy singular, sino único, representado por una verdadera y propia supraposición sobre las fuentes técnico-legales de las fuentes «doctrinales» y «jurisdiccionales», a través de un proceso que es más cercano al que se verifica en los ordenamientos del *common law* (CASSANO, «Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio», Rev. D.F.P. 2001.3, sec. Studi, pág. 1182).

46 Al respecto se expresa en la doctrina argentina, que «el juez, cuando interpreta cuál es el interés del niño en el caso concreto, emite un juicio de predicción, un pronóstico que se construye sobre un entramado de creencias y prácticas sociales. Su certeza es relativa porque sólo el devenir podrá decir si el vaticinio ha sido acertado» (GROSMAN, «El interés superior del niño», *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, AA.VV. -Dir.: GROSMAN-, Bs. As., Editorial Universidad, 1998, pág. 37).

Pero a la par de ello, no puede dejar de visualizarse que al analizar los incumplimientos de los padres de los derechos-deberes que su función les impone, las posibles soluciones a prohijar, deben atender a la protección del interés de los hijos. Por esa razón, aun cuando la ley admite que los incumplimientos del padre custodio del régimen de visitas implementado a favor del no tenedor pueden llevar a una variación de la tenencia o a la privación de la patria potestad, esas medidas sólo podrán ser adoptadas en tanto no afecten el interés de los hijos. Por lo dicho, si bien la ley o la imaginación de los operadores jurídicos puede prever la imposición de variadas sanciones para quien quebrante un régimen de comunicaciones y visitas (u obstaculice su concreción como en definitiva acontece con el Síndrome de Alienación Parental), esas penalidades no siempre podrán ser aplicadas, por contradecir la protección del interés de los hijos en atención al caso litigado. Como muestra, la imposición de un pena pecuniaria al incumplidor admitida por el art. 43 del C.N.A., además de quedar supeditada a las condiciones económicas de éste, tiene naturaleza aflictiva para el demandado y en alguna medida conforta a quien se beneficia con ella, pero es ineludible concluir que no satisface en modo alguno la finalidad que tuvieron en mente el legislador cuando regló el derecho de visitas y el juez al determinar el régimen⁴⁷. Y algo similar puede decirse de las sanciones penales, con el agravante de que, si se transforman en una privación de libertad, el menor sería posiblemente el mayor afectado, al estar desprovisto de la presencia permanente de su custodio habitual.

VII. Los remedios contra el síndrome (y de reflejo: contra el incumplimiento infundado del régimen de comunicaciones y visitas por parte del custodio)

Dada la trascendencia negativa que la presencia del síndrome que nos ocupa tiene en la formación de los sujetos infantiles y adolescentes, la actividad de los operadores jurídicos debe pasar necesariamente por la búsqueda de instrumentos o medidas que limiten o excluyan sus efectos. En particular, los jueces –dada la amplitud de poderes con que están dotados en materia familiar- tienen en sus manos infinitas posibilidades –escoltados con la opinión profesional de psicólogos, asistentes sociales, etc.- para adoptar las providencias apropiadas para rehacer las relaciones entre el padre alienado y aquellos hijos que procreó o adoptó en el marco de la pareja ahora rota.

En este rumbo, desde la psicología se recomienda como uno de los medios para el fin expuesto la «revinculación afectiva», acordada en vía extrajudicial o impuesta por los magistrados, o sea la participación en terapias de los hijos con el padre que ha sido alejado de ellos, y sin la participación de quien llevó a cabo la inculcación, dado que se deben buscar puntos de coincidencia y entendimiento, lejos de la presencia controladora de este último⁴⁸.

47 Como expresa RIVERO HERNÁNDEZ, «los medios e instrumentos habituales y consecuencias alternativas al cumplimiento específico de la obligación de hacer, como es la indemnización de perjuicios, son desmedrados remedios que si pueden dar una satisfacción subsidiaria a uno de los perjudicados, dejan insatisfecho el interés primordial y el fin esencial a que mira el derecho de visita y su cumplimiento» (RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pág. 286).

48 PEDROSA y BOUZA, *op. cit.*, pág. 78.

La apreciación por parte de los tribunales del «Síndrome de alienación parental» dificulta las decisiones sobre la atribución de la tenencia de los hijos, puesto que en varios supuestos es necesario dejar de lado ciertos factores que se suelen considerar decisivos para ello, como el mantenimiento del *statu quo* o la voluntad manifestada por los propios menores. La tensión en estos casos se funda en que si bien los tribunales deben entender como más provechoso al interés de éstos que convivan diariamente con aquel de los padres que auspicie o no obstaculice las relaciones con los demás componentes de la familia extendida, no puede dejarse de lado que en el presente es menester al adoptar esas decisiones que se tome en consideración la voluntad de los hijos⁴⁹ o el mantenimiento de las condiciones en que vienen desarrollando sus vidas.

Pero las secuelas que apareja la presencia del síndrome en los menores no son fáciles de resolver⁵⁰. Por cierto, en todos estos supuestos, caracterizados por un odio adquirido por aquéllos e inducido por parte de uno de los padres respecto al otro, acordar la modificación de la custodia para atribuirla aquel de los ascendientes que no manipula mentalmente a sus hijos, de ordinario, no va a ser la solución más ajustada a la realidad, al menos hasta que éstos no superen las aversiones adquiridas respecto al ascendiente denigrado. Naturalmente que esa derivación sólo podrá alcanzarse una vez que los hijos alienados desarrollen una vinculación normalizada con el padre perjudicado por la conducta del otro⁵¹.

Como se ha dicho, el art. 43 del C.N.A. prevé entre las sanciones destinadas a castigar a aquel que no respete el régimen de visitas estatuido la posibilidad de que se determine un cambio de tenencia. El fundamento de la aludida disposición es palmario: los tribunales al decidir la implementación de un régimen de comunicaciones, estancias y visitas programan un sistema al que procuran conferirle una estructura lógica (a vía de ejemplo: es frecuente la previsión de que aquellas se lleven a cabo en fines de semana alternos, de forma que los menores puedan disfrutar de sus períodos de ocio con ambos padres). Con base en esa programación, cuando se verifica un apartamiento de lo acordado por parte de cualquiera de los padres, se produce una ruptura de aquella combinación lógica, por lo que es procedente rearmarla.

Ahora bien, cuando tiene lugar el incumplimiento de las comunicaciones por parte del custodio, la coherencia del sistema armado por los magistrados se desfasa, puesto que no se cumple con el propósito de que ambos padres mantengan una relación profunda con sus hijos. Ante esa contingencia, acaso la única medida admisible consista en

49 Desde que el síndrome en análisis supone una relación patológica, por la que un progenitor trata de inducir en sus hijos menores el rechazo hacia el otro progenitor, el corolario lógico es entender que la voluntad de los menores está viciada y, por tanto, no puede ser determinante de las medidas a adoptar (GARCÍA GARNICA, *op. cit.*, pág. 243-244).

50 «Lavado de cerebro, programación mental, manipulación, cualquiera de estos términos con el cual se llamase a este proceso, es destructivo para el niño y para el padre alienado. Ninguno de los dos podrá ser capaz de llevar una vida normal y saludable a menos que el maltrato sea interrumpido» (GÓMEZ MAGÁN, *op. cit.*, pág. 78 y TEJEDOR, *op. cit.*, pág. 82).

51 Dado el tenor de lo dispuesto por el art. 43 del C.N.A., la modificación en el régimen de guarda instituido es viable; sin embargo, es normal que ello se dificulte en tanto el menor se muestra reacio a dicho cambio y el mismo puede ser valorado como perjudicial para su interés, dado el aborrecimiento y animosidad que siente hacia el padre no conviviente. Por esa razón, un paso intermedio para controlar al padre obstructor, es confiar la tenencia a un familiar de confianza del niño o adolescente, que permita desprogramar a éste. Claro está que este familiar, que debe ser neutral respecto a la posición de ambos padres, en muchos casos no existe (DÍAZ SIERRA, *op. cit.*, págs. 125-126).

la reprogramación del régimen implantado, variando la atribución de la custodia. Como se ha señalado por parte de la doctrina, «la única medida eficaz en última instancia puede ser una revisión y reorganización de las relaciones todas entre los tres implicados en el derecho de visita (cuando ello sea posible, claro) llegando en su caso a entregar la guarda y custodia del menor al “visitador”, si razones graves no lo impiden o desaconsejan, con o sin derecho de visita a favor del anterior guardador. Tal posibilidad queda prácticamente circunscrita a la hipótesis de relaciones entre padres con sus hijos comunes, y quizá sólo es aconsejable cuando la actitud negativa del guardador habitual del menor suponga un atentado grave y repetido, con visos de definitivo, al derecho de visita, una oposición irreductible sin esperanza razonable de cambio de actitud, y cuando hayan fracasado otras medidas para hacer efectivas las relaciones personales. Por otro lado –casi innecesario es recordarlo– únicamente será posible esa reorganización de las relaciones de guarda y de visita cuando el antiguo visitador esté en condiciones materiales y morales de asumir la guarda y custodia y el cambio no perjudique al menor»⁵². A pesar de que la primera impresión que surge ante la posibilidad de cambiar la tenencia atribuida es la de que se trata de una medida destinada a sancionar a quien incumple su obligación de permitir que los menores a su cargo comuniquen con el otro padre o con otras personas, y ello aparece corroborado por el rótulo «Sanción por incumplimiento» del art. 43 del C.N.A., en realidad no es así. En efecto, a través de la citada medida se procura una protección más adecuada del interés del menor, dado que éste aparece más convenientemente salvaguardado cuando se encuentra al cuidado cotidiano de aquel que le permite conservar las vinculaciones afectivas con el resto de su familia.

Junto con lo antes señalado, cabe decir que la privación a uno de los padres de la posibilidad de comunicar con sus hijos, cualquiera sea la causa que la provoque, comporta una afectación del correcto y equilibrado desarrollo psicológico de la persona de los menores; pero, además, en casos en los cuales la privación sea consecuencia del accionar del padre encargado de la custodia, esa conducta se resuelve en un maltrato y en una forma de violencia psicológica en daño de los hijos. Para esos casos es factible determinar un cambio de guarda, en virtud de que el sujeto a quien se le confió ésta, no se atiene a las condiciones dispuestas⁵³.

Empero, es preciso afirmar que una sentencia en la cual se decida coaccionar al custodio mediante la amenaza de una variación en el régimen de guarda es una medida que en ocasiones puede ser tildada de ilusoria, en especial, cuando es notorio que al otro padre le es inconveniente o no le interesa que se le confíe aquélla.

Pero sobre todas las cosas es evidente que la adopción de una medida como la que vengo analizando, ante los incumplimientos del custodio del régimen de visitas instaurado, queda supeditada enteramente a la conveniencia del interés del menor involucrado. El síndrome indagado supone una disfunción psicopatológica en el menor que padece las interferencias, instigaciones o denigraciones por parte de uno de sus ascendientes más próximos. Sin embargo, la cuestión dista de ser de sencilla resolución, en tanto, de un lado, por lo general el hijo sufre una dependencia afectiva de quien lo aliena y de

52 RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 302-303.

53 Cfr. SALZANO, «L'ingerenza dello Stato nella vita familiare secondo il giudizio della Commissione europea dei diritto dell'Uomo», *Rev. D.F.P.* 1999.4, sec. Giurisprudenza di legittimità, págs. 1017-1018.

otro, el aborrecimiento o rechazo que siente y exterioriza ante el padre atacado impide que se le confíe a éste su custodia cotidiana. Por lo expuesto, las específicas circunstancias fácticas que rodean cada caso serán las que indicarán cuál es el mejor camino a fin de obtener una normalización en las relaciones paterno-filiales quebrantadas por la presencia de la patología. De todas maneras, es ineluctable que esa normalización en las relaciones afectivas va a insumir un lapso de cierta extensión, que requiere no sólo la presencia de profesionales en psicología, sino también la comprobación de la firme regeneración afectiva por parte de los órganos judiciales.

Por esa razón los jueces tienen amplias facultades para adoptar dicha medida, de conformidad a las vicisitudes que rodean cada caso particular. No otro fundamento es posible extraer de la redacción textual del art. 43 del C.N.A. en cuanto expresamente dispone que el incumplimiento «podrá originar la variación de la tenencia». Efectivamente, es palmario que no se trata de una sanción que obre en modo automático ante los incumplimientos de los padres, sino que habrá de valorarse en cada caso su procedencia y conveniencia, con particular detenimiento en el criterio rector del interés o beneficio del menor, que es el que en definitiva va a determinar si es pertinente la aplicación de la medida. Por ello, aun cuando existan inobservancias persistentes al régimen acordado, si del cambio instado por el afectado por ellas se deriva un perjuicio para los hijos, esta circunstancia actúa como obstaculizadora o inhibidora de la modificación de la guarda que viene desarrollando el custodio.

En función de lo dicho, la modificación de la tenencia que admite la legislación uruguaya sólo es una medida susceptible de adoptar cuando se ha obtenido una «desprogramación» de la condición en que se encuentran los hijos respecto al padre alienado. Es más que evidente al respecto que es irreal la resolución por la cual se pretenda proceder a un cambio repentino de la situación imperante, para que el menor alienado pueda residir conjuntamente con aquel de sus padres respecto al cual –aun cuando sea inmotivado e infundado– manifiesta odio, animadversión o encono.

Con sustento en lo dicho, en atención a que no siempre es procedente la variación de la custodia confiada al manipulador, uno de los expedientes a que han recurrido los tribunales a fin de reducir las consecuencias que se derivan de la posible presencia del síndrome a que refiero ha consistido en implantar un amplio régimen de comunicaciones (o aumentar sustancialmente el régimen ya acordado) a favor de aquel de los padres a quien no se le ha atribuido la guarda.

Y otro de los medios a que se ha apelado es a la imposición de tratamientos psicoterapéuticos a efectos de apaciguar las consecuencias negativas de la inculcación que sufren los menores por parte de sus custodios.

Dado el escenario fáctico existente cuando el síndrome se encuentra presente, no suele ser una opción válida la de preceptuar un régimen de comunicaciones y visitas normalizado, sino que deben tomarse determinadas precauciones que conduzcan a que el mismo se desarrolle de forma de evitar perjuicios y temores a los hijos. Por eso, aun cuando conspira contra la espontaneidad de las comunicaciones es admisible la implementación de medidas que logren esa finalidad; *v. gr.* la presencia de terceros o que las

visitas se desenvuelvan en un lugar público. Como se ha sustentado por los tribunales patrios, «las visitas supervisadas por la asistente social de la Sede, a las que no se opone el padre, posibilitará la reconstrucción de un vínculo que ha sido dañado por los adultos, orientando al padre en este tránsito, en el cual también tendrá que rever alguna de sus conductas. Por su parte, la terapia resulta insustituible, pues ella apunta a tratar de “sanar” el daño que están sufriendo estos niños, a los cuales se les está vulnerando sus derechos fundamentales»⁵⁴.

En otro orden, la especial naturaleza de las disposiciones que componen el Derecho de familia, sobre todo cuando se trata de medidas que se adoptan para regular la situación de los menores de edad, al tener un carácter indiscutiblemente personal y ser de condición infungible, lleva a que no siempre sea posible proceder a una ejecución forzosa de ellas. Como muestra de lo señalado, en una decisión del T.A.C. de 6° Turno, de 26 de mayo de 1988, «el derecho de visita debe ser atendido, defendido e impuesto en el marco del examen de la realidad sociológica y familiar del caso y deviene casi un imperativo ético que la visita se encauce de la forma más natural posible, tratando que ella se cumpla por convicción de las partes y no por imposición; se debe procurar evitar la intervención de la policía y aun de otros organismos que hacen que el menor sobredimensione la problemática que vive, que, en el caso, es de evidencia, tal problemática está generada y marcada por la patología de los mayores que en ella están involucrados»⁵⁵.

Los modos de actuación represivos, de ordinario, no configuran la mejor vía para el cumplimiento de las comunicaciones, dado que en vez de promoverlas, las malogran y crean un ámbito de conflictividad tal que difícilmente pueda ser normalizado. De ahí que, como se ha referido en la doctrina argentina, las situaciones de violencia que supone la ejecución forzada de las visitas podrían llegar a engendrar perjuicios de mayor entidad a los que se pretenden evitar, y además de seguro reforzarían todavía más la postura de oposición a las visitas que se pretenden efectivizar⁵⁶. Los arts. 40 y 41 del C.N.A. organizan un procedimiento de urgencia para procurar solucionar los casos en que quien debe permitir las visitas se niega inmotivadamente, en el cual pueden llegar a intervenir los agentes policiales con la finalidad de que el incumplidor comparezca ante los juzgados. En estos casos, el Juez de Familia de Urgencia o quien desarrolle estas funciones, luego de escuchar a ambas partes, si considera que es infundada la negativa a permitir las visitas, va a disponer la entrega inmediata de los menores a quien los reclama, a efectos de que se desarrollen las comunicaciones acordadas.

Algunos autores han estimado que es dable la suspensión del pago de la pensión alimenticia que se estuviera sirviendo, dado que en más de una ocasión constituiría un medio jurídico disuasorio frente a conductas ilícitas como el incumplimiento del régimen de visitas⁵⁷. Sin embargo, no juzgo que esa medida pueda ser admisible, dado que el destinatario de la pensión de alimentos es el propio menor, y a éste se le agregaría al perjuicio de no mantener contactos con el visitante, la privación de medios de subsis-

54 Sent. n.º 263/2009, de 29 de julio de 2009, dictada por el T.A.F. de 6° Turno (DIAZ SIERRA –Red.–, BACCELLI, BENDAHAN).

55 L.J.U., caso 11.165.

56 Cfr. MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2006, pág. 676.

57 Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 301-302.

tencia que pueden ser fundamentales para su adecuado desenvolvimiento psico-físico.

Muchas veces la actividad que deben desarrollar los tribunales no se destina tanto a la resolución de una cuestión sobre la cual existe un marcado antagonismo entre las partes involucradas, sino que la intervención está dirigida a «reconducir conductas»; por ejemplo, es lo que acontece cuando trata de que el padre o la madre dejen de lado la actitud obstruccionista que le impide al otro cumplir con las visitas que se han implementado⁵⁸. Se trata de supuestos en los cuales ya se han acordado en vía consensual o judicial las medidas que regirán el nuevo orden familiar surgido como derivación de la crisis operada, pero con la connotación de que las partes no se han acomodado al contexto planteado, por lo que, más que volver a resolver el caso, se trata de determinar mecanismos para que aquellas se adapten a lo antes pactado o decidido. La participación judicial, entonces, pasa por la búsqueda de nuevas alternativas que puedan solucionar estos conflictos, como la terapia vincular coactiva o no, o una mediación a cargo de un profesional idóneo para trabajar en familias disruptivas⁵⁹. Mediante los tratamientos llevados a cabo a través de las terapias ordenadas por mandato judicial se procura que «se remuevan las resistencias que traban la efectividad de las visitas». Es ostensible que su éxito va a depender en buena medida de la voluntad y predisposición de los pacientes para arribar a una solución; empero, la orden judicial de concurrir a la terapia ya de por sí es susceptible de generar consecuencias jurídicas, puesto que los propios jueces pueden apereibir a las partes contendientes en el sentido de que la concurrencia a las sesiones pertinentes se habrá de tomar en consideración para la atribución, o en su caso, la modificación del régimen de custodia o de visitas⁶⁰. La lógica que impera en estos tratamientos es innegable y se encuentra en que las crisis relacionales entre los miembros de la pareja rota no sólo están rodeadas de elementos jurídicos, sino que otros factores, como los psicológicos, asumen especial trascendencia para su enmienda o reparación. Como es de toda evidencia, lo que los tribunales pueden disponer en estos supuestos es la comparecencia de los antagonistas ante los profesionales que se considere del caso; pero también es perceptible que ello no asegura la solución de las diferencias que mantienen. En efecto, la puesta en práctica de estos tratamientos psicoterapéuticos no afianza el éxito en la conclusión de los conflictos que envuelven a los contendientes, dado que en buena medida ello va a depender de la propia postura que éstos asuman en el procedimiento y de la habilidad de los profesionales que intervengan en él. Sin embargo, no puede dejarse de lado que configuran un intento más, con las manifiestas ventajas de que carecen de carácter contencioso y están guiados por profesionales especialistas en técnicas relacionales, tendiente a zanjar las diferencias que enfrentan a las partes.

El inc. 1º del varias veces mencionado art. 43 del C.N.A. está redactado con una generalidad tal que lo hace aplicable tanto a los incumplimientos del custodio gravado con las visitas como del beneficiario de éstas, y junto con la variación de la custodia atribuida,

58 Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, «La suspensión del derecho de visita en las resoluciones judiciales», AA.VV., *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*, (Coordinación: Cervilla Garzón), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Departamento de la Mujer del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, 1997, pág. 242.

59 LÓPEZ FAURA, «El derecho del niño cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores: limitaciones y obstrucciones, en especial, motivadas por creencias, ideologías o comportamientos sexuales», *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, AA.VV. (Dir.: Grosman), Bs. As., Editorial Universidad, 1998, pág. 198.

60 Cfr. MIZRAHI, *op. cit.*, pág. 680.

permite la imposición de sanciones pecuniarias, las que no sólo son procedentes cuando son reclamadas por el perjudicado por la infracción del otro, sino que el tribunal también las puede imponer de oficio. Asimismo, la amplitud normativa posee como innegable ventaja la posibilidad de aplicar la sanción tanto a los incumplimientos totales como a los parciales del régimen implantado, siempre que, en cualquiera de los casos, se trate de infracciones graves y reiteradas. La imposición de multas conminatorias (*astreintes*) destinadas a sancionar la inobservancia de las visitas por parte de quien debe permitir las es una herramienta, venida del Derecho patrimonial, que puede coadyuvar y movilizar a los sujetos implicados en el conflicto familiar al cumplimiento regular de las decisiones judiciales. Su función es patente: ante la fuerte aflicción que de regla causa a las personas la imposición de una pena de contenido económico, éstas suelen ser cuidadosas de no llevar a cabo conductas que puedan implicar una sanción de esa naturaleza. Junto con lo dicho, es normal que el monto económico que suponen dichas multas supere ampliamente la evaluación de los daños y perjuicios que se causan, lo cual opera como otro medio dirigido a compenetrar en modo superior a aquel que debe cumplir con determinadas obligaciones. Se trata de un instrumento de presión psicológica para quien debe acatar lo pactado y que (si bien lejos se halla de intervenir por el convencimiento) obra por la amenaza cierta de que se le imponga la sanción acordada.

Otro mecanismo con el que cuenta el padre que se ha visto separado de sus hijos por el proceder denigratorio del otro es el de recurrir a los órganos judiciales a efectos de obtener una indemnización de los daños materiales y morales que se le ocasionaron. Como es natural, la posibilidad de incorporar el esquema de la responsabilidad civil resarcitoria en el ámbito interno del Derecho de familia está fuera de toda duda cuando alguno de los componentes del grupo familiar comete hechos ilícitos que causan un daño (art. 1319 del C.C.U.)⁶¹. Asimismo, es ostensible que atendiendo a la protección preeminente de los interés de los hijos, el comportamiento, aun por omisión, del padre que obstaculiza o dificulta, o simplemente no favorece la participación del otro padre en el crecimiento y la vida afectiva de aquéllos, debe considerarse como un proceder antijurídico, que es idóneo para provocar graves perjuicios a la plena realización de la relación entre éstos⁶².

En el caso 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 resarcibles.

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. Sin embargo, con respecto a estos últimos, no puede dejar de contemplarse que la pretensión no es en general asequible, en virtud de que los reclamantes cuentan con diversas acciones tendientes a que se le indemnicen los daños causados.

Ahora bien, aun cuando la reclamación indemnizatoria normalmente va a ser llevada

61 Cfr. DOGLIOTTI, «La responsabilità civile entra nel Diritto di famiglia», Rev. *D.F.P.* 2002.1, sec. Giurisprudenza di merito, págs. 61-69.

62 SOARDI, *op. cit.*, pág. 703.

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.

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. 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 aquélla, de forma que, para el caso de los padres, ese proceder obstaculizador lleva no sólo a que se vean obstruidos de mantener los vínculos afectivos con su prole, sino también de participar en la formación y desarrollo de ésta.

El incumplimiento de los deberes que legal y judicialmente se le imponen al custodio origina una hipótesis de hecho ilícito 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 responsabilidad en estos casos surge cuando el padre a quien se le confía la tenencia asume una conducta obstaculizadora de la relación del niño con su otro ascendiente más próximo, de forma de cortar los vínculos por lapsos extensos, impidiéndole participar en el crecimiento y desarrollo de sus hijos⁶³.

La posibilidad de que se imponga una condena penal para el incumplidor puede ser otra de las vías para asegurar el cumplimiento de las visitas. Empero, la naturaleza de las sanciones de esta especie no conduce a que desarrollen el fin para el que el ordenamiento las establece, dado que la condena penal tiene como misión sancionar al infractor y no compensar a la víctima del ilícito. Además, es claro que una sanción de esta naturaleza en infinidad de casos perjudica notablemente el interés del menor implicado en el conflicto familiar.

63 Si bien desconozco que en la jurisprudencia vernácula se hayan incoado demandas en este sentido, en el sistema jurídico italiano son variados los pronunciamientos de los tribunales en los cuales se admite la procedencia de las reclamaciones llevadas a cabo con base en los daños morales que padece aquel de los padres que no disfruta de la custodia cotidiana de su hijo, frente al incumplimiento del guardador de sus deberes y que conducen a que no pueda mantenerse entre aquellos una relación intensa, extensa y estable. Así, en la sent. del Trib. de Roma, de 13 de junio de 2000, se estimó que de los comportamientos no lícitos e injustificados de la madre de un menor a la cual se le confió su custodia, respecto al padre no guardador, al que no permitía comunicarse con su hijo, derivan en objetivos daños a la salud psico-física (bien absoluto tutelado por el art. 32 de la Const. italiana), además de morales, dado que el padre no pudo satisfacer su derecho a conocer a su hijo, de frecuentarlo y educarlo; se trata de un daño que se prueba *in re ipsa*, y que se deriva de las turbaciones neuropsíquicas, del dolor, de las ansias y de la prolongada angustia que le produjo al demandante no poder satisfacer sus legítimos derechos de padre (sent. pub. en Rev. D.F.P. 2001.1, sec. Giurisprudenza di merito, págs. 209-220).

El ordenamiento uruguayo carece de disposiciones que directamente tipifiquen como delito el incumplimiento de las visitas acordadas o decididas judicialmente. Sin embargo, ese proceder puede traer aparejada una sanción penal, dado que el inc. 2° del art. 43 del C.N.A., dispone que «el Juez deberá hacer saber a la parte incumplidora que el desatender las necesidades afectivas de los hijos puede dar lugar a la pérdida de la patria potestad y al delito previsto en el artículo 279 B del Código Penal». De todas maneras parece oportuno alertar acerca de que la cuestión en examen debe ser implementada a través de la adopción de medidas con una gravedad progresiva; por eso la condena penal no puede ser impuesta sin que con anterioridad hayan existido medidas previas conminatorias u otro tipo de decisiones con menor agresividad para el menor involucrado.

VIII. Conclusiones

Primera. Los parámetros a tomar en consideración para decidir a cuál de los padres se le confía la tenencia de los hijos ante la falta de convivencia no han sido previstos por la ley, más allá del algunas recomendaciones –por cierto desafortunadas⁶⁴– que se realizan en el art. 35 del C.N.A. De todas formas, la atribución de la custodia a aquel padre más propenso a reconocer los derechos del otro de comunicar e intervenir en la formación y desarrollo de sus hijos, constituye una prevención fundamental para darle continuidad a las relaciones familiares, de modo de cumplir más acabadamente con el principio *favor minoris* en la instrumentación del nuevo orden familiar que surge como derivación de la ruptura. Al corolario aludido se llega fácilmente, si se considera que la conservación de los vínculos de afecto de los hijos con el resto de su familia es el mejor escenario para promover el desarrollo personal de aquéllos; a la vez que, aparece como axiomático que los procederes contrarios a ese propósito infringen el interés de los propios menores. Al respecto, no puede perderse de vista que éstos están sujetos a la patria potestad, la cual consiste en una institución encarnadora de una función tuitiva que debe ser ejercida en su beneficio o interés o bienestar.

Segunda. El Síndrome de Alienación, Extrañamiento o Alejamiento Parental consiste en una programación o manipulación mental que el custodio realiza sobre sus hijos destinada inculcarles un odio o resentimiento respecto al otro padre (y su familia extendida) a través de la denigración, descalificación o descrédito de éste, sin una causa real que lo justifique, con el fin de inducir a los menores para que rompan las relaciones afectivas con el no custodio. Prosperada la acción del alienante, el resultado es el aborrecimiento injustificado o inmotivado de los hijos a contactar con el padre víctima de aquel proceder.

Tercera. La actuación de los órganos judiciales en aras de evitar la presencia y desarrollo del síndrome es cardinal, puesto que la resolución incorrecta de las cuestiones de tenencia y visitas en los antagonismos familiares es el escenario propicio para la aparición de la patología. Por ende, la mala resolución de un contexto familiar conflictivo constituirá la base que fomentará las relaciones enfermizas que generan el síndrome. A la par de lo dicho, no puede perderse de vista que la inadecuada decisión al respecto de seguro provocará una «judicialización» de la situación de vida de los hijos, lo que

⁶⁴ Vid. las críticas al precepto en: HOWARD, «La tenencia de los hijos», R.U.D.F. n.º 21, Mdeo., F.C.U., 2009, págs. 152-153.

evidentemente conspira contra el bienestar de éstos. De todas formas, es imprescindible para la localización y corrección del padecimiento en examen la ayuda de profesionales en psicología que puedan detectar la posible existencia del síndrome o los escenarios más propensos para que se presente.

Cuarta. Es sabido que en el momento presente la voluntad de los sujetos infantiles y adolescentes es tomada en consideración para la resolución de las cuestiones que les conciernen. Ahora bien, para que los deseos y pareceres que exteriorizan sean de trascendencia, tanto en la órbita familiar como judicial, es imprescindible que se trate de una voluntad racional, libre de presiones, responsable y con las habilidades suficientes para conocer las repercusiones de las cuestiones en juego. Cuando el síndrome está presente lo habitual es que la volición de los hijos esté privada de espontaneidad, por estar contaminada por los comportamientos denigratorios respecto al otro padre asumidos por parte del alienador. Consecuencia de ello: no se trata de expresiones confiables a efectos de determinar el marco en que se habrán de desarrollar en más las relaciones paterno-materno-filiales; antes al contrario, deberán ser las demás circunstancias concurrentes en el contexto conflictivo concreto las que llevarán a que se adopte la solución más beneficiosa para los hijos.

Quinta. Como quedó indicado, los tribunales gozan de las más amplias facultades para adoptar las medidas o disponer los instrumentos adecuados para evitar el surgimiento y la propagación del síndrome. Sin embargo, desde ya es preciso subrayar que, cualquiera que sea la decisión que se acoja, difícilmente enmiende en forma inmediata aquellos contextos en que la patología ya ha infectado a los involucrados; antes bien, en tales ocasiones lo necesario de seguro será la adopción de medidas que vayan mitigando la presencia del síndrome en los hijos, hasta –de ser posible– hacerlo desaparecer. A raíz de lo dicho, si bien la ley prevé la posibilidad de que se varíe la tenencia atribuida al padre alienador-manipulador, esa medida no es ajustada a la realidad si se pretende que los hijos queden al cuidado de la persona a la que, aunque injustificadamente, aborrecen, y con la cual –es de presumir– han tenido escasos contactos. Es que, de regla, alcanzar ese resultado de inversión de la custodia, para confiársela al padre alienado, requerirá la instrumentación de una serie de dispositivos menos agresivos para los hijos, como tratamientos psicológicos, aumento paulatino de los contactos y comunicaciones, y acaso la custodia intermedia y temporal a cargo de un tercero, siempre que no se afecte el interés de los propios menores. Por lo demás, es evidente que la conducta del padre alienado no debe haber estado caracterizada por la pasividad, dado que el ordenamiento le reconoce variadas posibilidades para disuadir al alienante, de forma que revea sus conductas infractoras, y que ya fueron mencionadas a lo largo de este trabajo: denuncia penal por omisión de los deberes inherentes a la patria potestad, solicitud de imposición de medidas conminatorias de tipo patrimonial, recurrir a tribunales especializados a efectos de desarrollar las visitas y comunicaciones cuando le son desconocidas, etc.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CUENCA, José Manuel, «El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental», *Revista de Familia*, n.º 29, sec. Estudios doctrinales, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2005, págs. 71-79.

ALASCIO CARRASCO, Laura, «El síndrome de alienación parental», *Rev. InDret* 2008.1, obtenida en *www.indret.com*, el 31 de julio de 2008.

CASSANO, Giuseppe, «Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio», *Rev. D.F.P.* 2001.3, sec. Studi, págs. 1160-1183.

CICERO, Cristiano; RINALDO, Marianna, «Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale», *Rev. D.F.P.* 2013.3. sec. Giurisprudenza di legittimità, págs. 871-886.

DÍAZ SIERRA, María del Carmen, «Responsabilidad en el Derecho de familia», *R.U.D.F.* n.º 21, sec. Doct., Mdeo., F.C.U., 2009, págs. 113-128.

DOGLIOTTI, Massimo, «La responsabilità civil entra nel Diritto di famiglia», *Rev. D.F.P.* 2002.1, sec. Giurisprudenza di merito, págs. 61-69.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, «El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor», *Derecho Privado y Constitución* n.º 23, enero-diciembre 2009, págs. 201-248.

GÓMEZ MAGÁN, Pilar, «Síndrome de alienación parental (SAP)», *Revista de familia*, n.º 38, Valladolid, Ed. Lex Nova S.A., 2008, págs. 63-78.

GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, Rocío, «La suspensión del derecho de visita en las resoluciones judiciales», AA.VV., *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*, (Coordinación: Cervilla Garzón), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Departamento de la Mujer del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, 1997, págs. 231-243.

GROSMAN, Cecilia P., «El interés superior del niño», en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, AA.VV. (Dir.: Grosman), Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, págs. 23-75.

IMPRUDENTE, Alba, «Spunti sull'affidamento della prole nella crisi della coppia», *Rev. D.F.P.* 2001.4, sec. Note, págs. 1783-1786.

LÓPEZ FAURA, Norma V., «El derecho del niño cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores: limitaciones y obstrucciones, en especial, motivadas por creencias, ideologías o comportamientos sexuales», AA.VV. (Dir.: Grosman), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Bs. As., Editorial Universidad, 1998, págs. 197-213.

MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1997.

MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2006.

PEDROSA, Delia Susana y BOUZA, José María, *Síndrome de alienación parental*, Bs. As., Ed. García Alonso, 2008.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.

SALZANO, Alberto, «L'ingerenza dello Stato nella vita familiare secondo il giudizio della Commissione europea dei diritto dell'Uomo», *Rev. D.F.P.* 1999.4, sec. Giurisprudenza di legittimità, págs. 1012-1018.

SAN ROMÁN, José Ramón, «Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar», AA.VV., *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, (Dirección: Viladrich), Pamplona, EUNSA, 1982, págs. 277-305.

SOARDI, Marialaura, «Separazione e divorzio», en AA.VV. (dir.: Cendon), *La prova e il quantum nel risarcimento del danno*, T. I, Torino, Utet, 2014, págs. 684-722.

TEJEDOR, Asunción, *El síndrome de alienación parental*, Madrid, Ed. Eos, 2ª impresión, 2007.

TOVAR ESCUDERO, Carlos, «Manifestaciones y expresiones de los niños afectados por alienación parental en estudios españoles. Una aproximación cualitativa al síndrome de alienación parental (SAP)», en AA.VV., *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinaria* (Dir.: García Garnica), Navarra, Thomson Aranzadi, 2008, págs. 113-141.

VILALTA SUÁREZ, Ramón J., «Descripción del Síndrome de Alienación Parental en una muestra forense», *Rev. Psicothema* 2011, Vol. 23, n.º 4, págs. 636-641, obtenida en www.psicothema.com, el 28/10/2013.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago

Nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresarial

Ley N° 19.196 sobre responsabilidad en accidentes de trabajo

LANGON CUÑARRO, Miguel

Responsabilidad penal del empleador (Ley 19.196/2014)

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago

Entidades religiosas y relaciones laborales

RESPONSABILIDAD EN LA PREVENCIÓN DE ACCIDENTES DE TRABAJO

Miércoles 2 de abril, UM sede central

DR. SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO

I. Antecedentes

El accidente de trabajo en la historia

El tema que nos convoca hoy es un tema siempre de interés, no solamente por la coyuntura en la que estamos, en que una norma lo pone más de moda para el público en general.

El tema del accidente de trabajo está ligado al nacimiento del derecho social. La revolución industrial y la cuestión social tremendamente grave que se produjo, generó como una de las primeras medidas, junto a la eliminación o la limitación del trabajo de niños y de mujeres, las normas sobre accidentes de trabajo. Es decir, para que hubiera más seguridad, para que hubiera un medio ambiente laboral más benigno o menos dramático, menos peligroso.

Entonces para un especialista en derecho laboral o seguridad social, resulta interesante hablar de esto y apreciar el debate que está teniendo lugar en nuestro país como una posibilidad de reflexionar de vuelta acerca de las leyes sobre accidentes de trabajo y sobre el fundamento de su reparación.

Desde muy pronto en el tiempo, en el derecho social las normas sobre accidentes de trabajo hacen responsable al empleador siempre, con independencia de si haya tenido culpa o no. Es decir le trasladan la responsabilidad y a cambio generan una reparación tarifaria con independencia del daño efectivo producido. En Uruguay se recibe ese cambio en el derecho común para estos efectos, en la misma época que ocurre en otros países europeos adelantados en esta materia.

Dos tipos de normas: prevención y reparación

También casi desde el principio hubo una separación entre dos grandes campos de normas en este sector que incluyen dos tipos de medidas. Un primer tipo de medidas que son de prevención destinadas a evitar la insalubridad o la siniestralidad, reducir su coeficiente o contribuir a condiciones y medio ambiente de trabajo adecuados. Y en este campo es que se inserta la ley 19.196 que hoy estamos estudiando.

Un segundo tipo de medida es la reparación, es decir, en qué forma podemos restituir al damnificado de un accidente a su estado normal o en qué medida podemos indemnizar la ausencia que tiene al trabajo con una renta transitoria o indemnizar con una renta

permanente la modificación del salario que le provoca la secuela de un accidente que ha padecido o indemnizar a los deudos, a los causahabientes por la muerte del siniestrado. Es decir medidas que consisten en prestaciones médicas, pero también en indemnizaciones o rentas en dinero.

Esta ley innova en materia de prevención. Desde hace un tiempo el Parlamento ha venido estudiando legislar en este campo, sobre todo con un delito penal. El primer proyecto de ley establecía una figura penal cuando había resultado muerte. La ley aprobada, la 19.196, no requiere que haya habido una consecuencia fatal, ni siquiera requiere que haya habido un daño pequeño, simplemente requiere dos cosas, un incumplimiento de medidas de resguardo y seguridad laboral y que se ponga en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física. Aunque no se le haya roto ni una uña a nadie, si hay un incumplimiento normativo y hay un peligro potencial puede haber delito. Ambas cosas, sobre todo la segunda, van a ser un gran desafío para los jueces penales. Este es un campo en el cual se entrecruza el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho Penal y el Derecho Constitucional también, en la medida en que haya algunos valores que están recogidos en la Constitución y que queden afectados.

Las normas sobre prevención y reparación

Hagamos una breve referencia al marco normativo en materia de prevención en Uruguay: en primer lugar la ley 5.032 del 21 de julio de 1914 y el decreto 406/988 del 3 de junio de 1988, que es un decreto muy extenso. Son las dos normas básicas en materia de prevención.

Hay también convenios internacionales de trabajo generales de los cuales el más importante es el 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente que el decreto 291/07 del 13 de agosto del 2007 reglamenta. El convenio internacional 161 sobre servicios de salud en el trabajo propone comités internos en las fábricas que vigilen este tema.

Después hay otra serie de normas específicas para ciertos sectores de actividad. En el caso de la construcción el convenio internacional n° 167 reglamentado por el decreto 125/014. Para la actividad forestal el decreto 372/999 del 26 de noviembre de 1999. Sobre seguridad y salud en la agricultura el convenio internacional del trabajo n° 184 y el decreto 321/009 del 9 de julio del 2009 que lo reglamenta.

En el campo de la reparación ya no de la prevención, -las consecuencias de un siniestro-, la norma principal es la ley 16.074 del 10 de octubre de 1989. Esta norma de alguna manera mantiene una estructura básica que provenía de la ley 10.004 y desde antes de una ley de 1920 y es la norma más importante y sigue siéndolo. La ley 19.196 sólo introduce un cambio en uno de los artículos, el artículo 7, pero no modifica lo que tiene que ver con la reparación laboral, civil o administrativa.

El artículo 1° de la ley 19.196 tipifica como figura penal el incumplimiento de normas de seguridad y resguardo que pongan en peligro la seguridad o la integridad física del personal, el artículo 2° es la modificación del artículo 7 de la ley 16.074 y el artículo 3° es

una modificación del artículo del Código Procesal Penal sobre el denunciante.

En el año 1911 parte el monopolio de los seguros de accidentes para el Banco de Seguros del Estado (BSE). ¿Qué ocurre? que antes de que el seguro de accidentes fuera obligatorio, era voluntario y esa responsabilidad sin culpa que tenía el empleador en todos los casos que hubiera un accidente, las podía descargar sobre un seguro comercial. En el año 1911 lo que se hace es declarar que solamente puede vender esos seguros el BSE, que se estaba creando. Ese monopolio se hizo efectivo en 1914; en 1911 se daba la posibilidad que el Poder Ejecutivo lo declarase y en 1914 se declaró tal. Pero esto era voluntario, se hizo obligatorio bastante después.

Responsabilidad

El único responsable civil es el patrono, según el artículo 2 de la 16.074, quien descargaba esa responsabilidad contratando el seguro obligatorio. Que descargaba y descarga y descargará. Porque después de esta ley esto no cambia, sigue siendo obligatorio el seguro de responsabilidad, sigue siendo tarifada la reparación del daño.

El artículo 7 dispone que acreditada la contratación del seguro obligatorio sólo cabe que el trabajador afectado por el siniestro laboral accione contra el empleador en caso que hubiere mediado dolo por parte del patrono o culpa grave en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención. Esto es, el patrón tiene una indemnidad respecto de los accidentes que ocurran, siempre y cuando esté asegurado y siempre y cuando no haya habido dolo o culpa grave de su parte.

Una novedad de hace unos años fue la ley 18.172, en donde se consideran solidariamente responsables, de la contratación del seguro, a los dueños, socios, administradores, directores o sus representantes legales, y también solidariamente responsables del incumplimiento de normas de seguridad y prevención a los dueños, socios o administradores. En éste último caso los representantes legales y los directores quedaron al margen. Ahí advierten los dos campos que venimos de distinguir por la vía legislativa, por la vía de cómo se originan y lo que sí se advierte es una solidaridad en el incumplimiento de la obligación de contratar el seguro y el incumplimiento de las normas de seguridad y prevención. Son solidarias todas estas personas.

Otra cosa es si en el segundo de los casos, los dueños, socios o administradores que responden por el incumplimiento de las normas, responden también penalmente, y me inclino a pensar que no. Esta ley 18.172 lo que hace es extender la responsabilidad por incumplimiento sujeto a sanciones administrativas del MTSS, pero no a responder por el incumplimiento de estas normas en otros campos.

Financiación

Vamos a hacer una pequeña referencia ahora a la financiación del seguro que es un seguro cuya naturaleza jurídica sigue estando en discusión. Se ha ido pasando en forma paulatina de un seguro comercial común a un seguro social. Todavía el tránsito o la evolución no ha culminado. La evolución culminaría en todo caso cuando la seguridad

social lo absorbiera. Nosotros estamos a varios pasos de distancia de esto. El seguro de accidentes de trabajo es una cartera muy importante para el banco. En este aspecto el BSE es una entidad de previsión social pero a cargo de una empresa comercial del Estado, pero de una empresa comercial que está en competencia con otras. Sigue teniendo el monopolio de estos seguros cosa que en otros países no existe. Por ej. en Argentina con las ARTs administradoras de riesgo de trabajo y en España con las mutuales incluso con la auto mutual para empresas, el auto seguro, para empresas con más de 250 personas.

Por otro lado el Banco tiene posibilidades de tener utilidades en esta cartera, lo cual no es lógico de un seguro social donde el afán lucrativo está ajeno. Pero el Banco debe seguir ciertas normas en el manejo de los fondos lo cual es propio de un seguro social.

Nosotros tenemos pues un seguro comercial pero con ciertos ribetes de seguro social. Van habiendo cosas que lo acercan a un seguro social. Otro ejemplo es el hecho que el BSE automáticamente presta servicios médicos con independencia de que esté o no contratado el seguro. Después recupera los gastos contra el empleador que no aseguró. Es la peor imprudencia que puede hacer un empleador no tener asegurada a la persona desde el primer día. Los ejemplos de mi vida profesional son no tan importantes por lo numerosos, sino importantes por lo duros; para muestra basta un botón. Un hombre de campo que tenía una necesidad imperiosa de personal va al pueblo, no consigue peón, y un almacenero le dice, acá al lado vive un muchacho que quizás le da una mano. Lo lleva en la camioneta y al día siguiente el peón se ahoga cruzando a caballo un arroyo crecido. No lo tenía en el seguro. Bueno evidentemente aquí estamos en uno de esos momentos en los cuales decir *dura lex est lex* cuesta más.

El objetivo de la ley 19.196.

El objetivo de la ley es compartible por todos: que haya una mayor conciencia de los vinculados al mundo laboral de que cualquier prevención o cuidado es poco. Hoy me hablaban de una persona que viene a trabajar de Brasil por tres años y por lo tanto no está incluida, por el convenio internacional de seguridad social, en el régimen del BPS pero sí en el de accidentes de trabajo. Es decir, en el convenio no dice nada respecto de accidentes de trabajo. Otro caso: en general las pasantías o trabajos benévolos se admiten de una manera o de otra por la Inspección del MTSS, pero siempre con la condición de que haya un seguro de accidente de trabajo y eso incluso en campos en donde no hay siniestralidad mayor, como puede ser una tarea de servicio, donde la empleadora no es una fábrica o un campo o un barco pesquero.

Hay varias razones por las cuales todos tenemos que estar de acuerdo en profundizar la prevención y darle la jerarquía necesaria empezando en primer lugar por los nuevos trabajadores, de manera especial en el momento en el cual hay abundante demanda de trabajo por ejemplo en el sector construcción en los últimos años. Son muchos los trabajadores jóvenes que se incorporan en ese sector de actividad que no tienen la madurez ni la experiencia de los mayores que saben bien hasta que punto es un riesgo importante no usar casco y no es más varonil no usarlo. No es una cosa de menor virilidad el uso de los elementos de protección personal como el casco, los cinturones de seguridad o los arneses.

Y entonces lo que sí es discutible son los medios. La criminalización de una obligación de tener resguardos, de tener equipos de protección, de no ofrecer peligros en la planta o en las máquinas, es algo ajeno al carácter de última ratio que tiene el Derecho Penal en donde hay mucho por hacer antes que poner preso al individuo que incumple la prevención. Incluso, - es un tema de política criminal-, muchas veces con sanciones de esta índole se escapa el objetivo principal que es el mantener ambientes laborales con una peligrosidad baja o nula. Por ejemplo una de las cosas posibles que incentiva a cumplir es modificar el monto de las primas que el BSE periódicamente tiene que revisar de acuerdo a la siniestralidad de la propia fábrica, de la propia empresa. Entonces si la empresa -es como el seguro de automóviles- tiene muchos años sin usarlo está pagando un 40% de la prima que otra persona que lo usa todos los años, y le sale muchísimo más caro.

II. Responsabilidad penal

El nuevo tipo penal previsto en el artículo 1 de la ley es éste:

El empleador o en su caso quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptare los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, ...

Esta última ya vimos cual era, la ley es muy pequeña, con lo cual la reglamentación pasa a ocupar un espacio importantísimo porque la ley es de una carilla. Primero porque la propia ley 19.196 reenvía a las reglamentaciones y segundo porque en aquella época - en 1914- no existía la cantidad de normas de seguridad, o no existían muchas actividades laborales que hoy son nuevas.

... de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud, la integridad física del trabajador, serán castigados con 3 a 24 meses de prisión.

Empleador

Esto nos lleva a hablar desde una óptica laboral o de seguridad social en primer lugar del concepto de empleador. El empleador es el sujeto que recibe los servicios y paga por ellos.

En este caso vamos a partir de la base que se trata de un empleador de trabajadores subordinados. Podría ser discutible. La ley no lo aclara pero al hablar de empleador y de trabajador entendemos que está haciendo referencia a una relación laboral y no a una relación de arrendamiento de obra con un carpintero que viene un día a la casa de uno; además al que lo emplea no le alcanza la obligación de contratar un seguro de accidentes. Puede haber una desgracia pero la reparación en ese caso sería por derecho común, no por este tipo de regímenes específicos como el que está en la base de la reparación de accidentes de trabajo y por lo tanto también estaría escapando de la tipificación penal.

El concepto de empleador no ofrece dificultades si se trata de una persona física pero puede ser una persona jurídica y en una persona jurídica ya es más difícil determinar la responsabilidad. Parece ilógico que los directores de una sociedad anónima puedan tener un alcance penal cuando en realidad ni siquiera viven en la ciudad donde la fábrica

de esa sociedad anónima está instalada, de manera que no existe posibilidad de conocer el grado de siniestralidad o de salubridad o irresponsabilidad por parte de los encargados de mantener cumplidas las normas de seguridad.

Quien haga sus veces

Es por eso que la ley dice “o quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección” el del empleador. También esto es muy vago, ¿quién ejerce el poder de dirección? Yo como rector de esta casa de estudios ejerzo un poder de dirección limitadísimo. El poder de dirección está tremendamente atomizado y delegado en la organización de trabajo moderna. Eso genera una dificultad -o van presos cincuenta o no va preso nadie- en determinar el incumplimiento de esas normas de resguardo y de seguridad laboral. El delincuente es un sujeto físico, una persona.

¿Los gerentes de operaciones son quienes hacen sus veces?. Es relativo a cada situación de hecho. Conozco bastantes empresas y cada una es un mundo distinto en cuanto al poder de dirección y a la responsabilidad consecuente. Es más, se podría llegar a considerar en algunas empresas en donde funcionan bien los comités de seguridad bipartitos, que los propios sindicalistas o los representantes del sector trabajo que están encargados de vigilar y que tienen incluso la posibilidad de detener la tarea porque hay una condición de insalubridad o de riesgo, estarían alcanzados por el tipo penal.

Sujeto indeterminado

La solución del texto no es clara. Por ello se ha dicho que el nuevo delito deja indeterminado el actor. Según vimos si bien la figura del empleador ofrece dificultades de interpretación en cuanto a su alcance, no queda claro en la norma la segunda referencia que hace a los potenciales sujetos: “quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa”. Habrá que estar a cada caso para determinar quién daba las órdenes en este campo, quien tenía la responsabilidad.

La empleadora persona jurídica ejerce poder y dirección, y aunque tenga la fábrica instalada en el interior del país es responsable. ¿Por qué esa persona jurídica es responsable? porque es empleadora aunque cuando no ejerza efectivamente el poder de dirección, lo delegó en gerentes o mandos medios. Pero en este caso del delito penal se está refiriendo de poder de dirección no en el sentido de una atribución que se delega, sino en un sentido de efectividad, es decir, el sujeto que tiene bajo su esfera de responsabilidad, el dirigir y el controlar que se cumplan esas normas de seguridad. Es muy distinta la situación a mi juicio. Habrá que estar en cada caso para determinar quién da las órdenes efectivamente. El gerente financiero de pronto es el segundo de a bordo en una empresa de tres mil trabajadores y no tiene ni idea del tema de seguridad industrial.

No es tarea sencilla la mayoría de las veces determinar el sujeto inculpa y sea como sea podrá generar una tendencia enfermiza a cubrirse de responsabilidades documentando decisiones y pre constituyendo prueba por cada uno de los posibles involucrados para demostrar que se cumplió con las atribuciones que individualmente corresponden.

Pero la pre constitución de prueba de cada uno de los posibles involucrados para demostrar que se cumplió con las atribuciones puede ser un hecho. Esto es algo que a nivel de empresa es conveniente irlo haciendo. Es necesario tener un registro de los distintos pasos que se dan para velar por la seguridad: las capacitaciones, los equipos de protección personal, las revisiones, las sanciones disciplinarias al trabajador que no cumple con las medidas o los despidos. En uno de los proyectos que se estuvo estudiando antes de aprobar esta ley, se preveía la posibilidad de configurar notoria mala conducta al trabajador que no cumpliera con las normas de seguridad y prevención.

Empleador complejo

Hay otros casos de empleador. Uno de ellos es el empleador complejo, en donde las órdenes las dan varios. Yo conozco una empresa constructora que construye para un determinado comitente y ese determinado comitente quiere estar en la obra dando órdenes, es decir, interviniendo también la dirección de obra de alguna forma. Es un individuo que está en la planilla y que está en la estructura jerárquica empresarial del comitente, no de la empresa constructora. Ahora ese individuo da órdenes, dirige. En laboral no tengo duda de que se irá contra la empresa constructora y contra la empresa comitente en la persona de esa figura. Hay una subordinación fragmentada si se quiere.

Personas estatales

Entiendo que no hay motivo para excluir a las personas estatales tanto sea la persona pública mayor y por lo tanto los ministerios, como las empresas comerciales industriales o entes descentralizados o entidades que cumplan con otros objetivos. Para la reparación del accidente de trabajo el Estado también está incluido.

A los efectos de la ley 16.074, patrono es toda persona de naturaleza pública, privada o mixta. Aquella es una ley de reparación, no de prevención. Sin embargo no tengo ninguna duda que una empresa comercial o industrial del Estado está obligada y alcanzada por las normas sobre prevención, en virtud de que entre otras cosas la inspección de trabajo controla tales empresas estatales para ver si están cumpliendo con las normas de seguridad. Hay una disposición específica de una de las rendiciones de cuentas recientes que así lo establece y cumplen con su cometido los inspectores de trabajo de este tema.

En cuanto a la reparación hay un aspecto curioso y es que el Estado estaba también obligado por la ley a contratar el seguro. Pero hubo un proceso con esta obligación porque en primer lugar las Fuerzas Armadas consiguieron la exclusión. Y después se consiguió la exclusión de contratar el seguro de todos los empleados públicos menos los que realizan tareas manuales. De manera que para la reparación, el Estado está en la siguiente posición: tiene que cumplir como si no tuviera seguro porque no es obligatorio la contratación con las indemnizaciones tarifarias, rentas transitorias permanentes o indemnizaciones por muerte que la ley 16.074 establece y que el empleador asegurado descarga sobre el BSE. El empleador Estado tiene la misma obligación de reparar en base a esa tarificación si no contrata el seguro. Solamente está obligado a contratarlo en el caso de tareas manuales y entonces es el Banco quien se hace cargo si ocurre un siniestro.

Subcontratación

Es otro gran tema que ha movido a debates. Estamos hablando de una subcontratación auténtica en la cual existe una relación comercial entre dos empresas y no un trabajo dependiente encubierto en fraude a las normas de seguridad social, que es otra cosa que no viene al caso en este momento. Acá la atribución de responsabilidades del empresario principal estaba incluida en el primer proyecto de ley, que tipificaba una figura con resultado de muerte pero se excluyó en los siguientes proyectos que estuvieron estudiándose en el Parlamento.

Expresamente se excluyó la hipótesis de las tercerizaciones. ¿Las tercerizaciones en qué posición están? La empresa principal tiene el deber de colaborar con las tercerizadas en el cumplimiento de las normas de seguridad. Pero no es responsable por el incumplimiento en este caso. La responsabilidad solidaria o subsidiaria en su caso de los patronos empresarios que utilicen subcontratistas alcanza a las primas, sanciones y recuperos del seguro de accidentes y enfermedades profesionales de los empleados contratados por subcontratistas.

Las leyes 18.099 y 18.251 también prevén el deber del empresario principal de colaborar en la aplicación de las medidas de la prevención de accidentes de trabajo previstas en el artículo 1° de la ley 5.032, sus decretos reglamentarios y convenios internacionales de trabajo. En este caso se prevé que deben colaborar, pero a mi juicio esta colaboración que deben hacer de las medidas de prevención, no reenvía a que están también susceptibles de ser penalmente responsables.

III. Responsabilidad civil por accidentes

Vamos a pasar ahora al tema de responsabilidad por accidentes. La ley 19.196 modifica el artículo 7 de la ley 16.074, los incisos 3° y 4°. ¿Cómo era antes y cómo va a seguir siendo? El patrono asegurado no tiene responsabilidad civil pero si hay dolo o culpa grave puede tenerla y será responsabilizado en base a normas de derecho común.

¿Cómo será a partir de ahora? Igual. Lo que hace el artículo 7 es agravar el deber de la administración en dar cuenta a la justicia penal. El Inspector General de Trabajo tiene una atribución muy importante para hacer esa denuncia. Se impone además al Banco de Seguros el deber de iniciar la acción de recupero por los gastos en que haya incurrido y se le cargan al empleador si no cumplió con sus obligaciones.

Reparación tarifaria

Este punto no está cambiado en la nueva ley. Se mantiene lo que ya surgía en la 16.074, primer inciso del artículo 7. Allí está previsto que hay una exención de responsabilidad por parte del empleador asegurado. El riesgo se cubre con el seguro.

Se paga como reparación un monto tarifado de liquidación legal del daño una tarifa como la indemnización por despido. La temporaria es 2/3 del salario habitual; la perma-

nente es una renta igual a la reducción del salario que se haya producido y la muerte es el 50% de la remuneración si la viuda o la concubina comparte y 2/3 si no se comparte.

De manera que la situación del empleador asegurado queda incambiada: está eximido de toda responsabilidad siendo inaplicables las disposiciones del derecho común.

¿Cuándo no está eximido el empleador?

El artículo 7 inciso 3° es nuevo. Acá se reitera que si existe dolo o culpa grave, la reparación por el derecho común queda abierta contra el empleador. Refuerza la posibilidad anterior transformándolo en una obligación: ... *deberá reparar integralmente el daño causado, en todo lo que no hubiera sido cubierto por el seguro de conformidad con las disposiciones de la presente ley.*

Esto en materia de dolo del empleador, cuando se incurre en una conducta intencionalmente, y culpa grave, cuando se incumple provocando un daño que puede ser previsto. Estamos en el ámbito del derecho común. Los laboristas decimos que culpa grave es la violación grosera de una conducta exigible a cualquier padre de familia, ya no solamente el buen padre de familia, sino el padre de familia standard, el padre de familia mediano, a cualquiera sin calidades especiales.

Trabajadores no asegurados

Lo traemos a colación porque estamos siempre en la hipótesis de trabajador asegurado. Conviene recordar que si el empleador no contrató responde directamente, lo cual no se modifica por la ley. El damnificado puede accionar contra él y el Banco de Seguros también puede accionar contra él aunque no hubiera ningún grado de culpa.

El rol del Banco de Seguros del Estado

En caso de dolo o culpa grave del empleador, el Banco de Seguros podía "*aplicar sanciones, (pérdida del seguro, recuperaciones de gastos y multas*", según redacción vieja del artículo 7° inciso 2°. Hoy el Banco excluirá el siniestro y recuperará los gastos generados por la asistencia médica prestada y las sumas de dinero necesarias para atender la totalidad de las indemnizaciones previstas en la ley 16.074.

No queda claro si el Banco de Seguros paga los gastos y recupera del empleador que incurrió en dolo o culpa grave, o excluyendo el siniestro no paga nada de manera que estas tres líneas a mi juicio tienen una interpretación difícil. La solución debería buscarse por analogía a partir del artículo 8 que recoge el principio de automaticidad: el ente paga aunque el patrono no haya asegurado. Principio que acerca el régimen a un seguro social y lo aleja de la lógica comercial.

La determinación de si hubo dolo o culpa grave queda en el ámbito administrativo y puede terminar en un título ejecutivo con el cual se puede embargar. Es grave que se forme así un título sin intervención de juez alguno.

El papel del Inspector General de Trabajo

El inciso 4° nuevo del artículo 7 del cual venimos tratando fija el rol del Inspector General de Trabajo. Constatado el dolo o culpa grave los funcionarios actuantes del banco dan cuenta al Inspector General del Trabajo y de la Seguridad Social quien debe *“bajo su estricta responsabilidad funcional denunciar ante el juzgado competente en materia penal los hechos que configuran un presunto delito contra la vida y la integridad física de los trabajadores con remisión de testimonio de los antecedentes administrativos disponibles”*. Esto va a generar que va a ser mucho más importante la investigación administrativa que la Inspección General de Trabajo hace sobre el siniestro. Si bien no es determinante en sede laboral lo que opinó el MTSS, cuando hay una reclamación por parte de los causahabientes de un fallecido, sí lo es en la órbita administrativa para imponer sanciones. Sea como sea se va a generar mucha litigiosidad y por lo tanto las acciones de nulidad contra resoluciones del MTSS por temas de accidentes de trabajo serán abundantes. Suelen ser hoy de mucho volumen a veces y de mucha preocupación para empleadores con un tipo de actividad donde la siniestralidad es de por sí alta. Claramente pasa en la construcción, en la pesca, en el trabajo forestal y en el sector rural.

IV. Denunciantes y acceso al presumario

Terminamos entonces con el último artículo de la ley 19.196, el 3°, en donde se modifica el Código Procesal Penal, con nueva redacción de su artículo 83, estableciendo que la denuncia de hechos que a juicio de la persona constituyan delitos, debe ser presentada por escrito y ante el juzgado competente.

Esto importa un cambio importante en todo el sistema procesal penal porque hasta ahora la mayoría de las denuncias se presentan ante la policía y son verbales. De estar a la interpretación literal trae consigo la derogación de varios artículos de la ley de procedimiento policial y modifica otros del propio CPP. Se trata de un cambio en todos los procesos penales introduciendo la figura del denunciante como figura relevante. El damnificado y el tercero civilmente responsable ya tenían cierta participación con la facultad de proponer pruebas en el sumario. Ahora ellos y el denunciante tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del pre-sumario y podrán proponer el diligenciamiento de pruebas. Es sabido que el juicio penal debe mantener un equilibrio o balance entre las partes. En el infortunio de trabajo que es producido por un delito o en el peligro de que se produzca, aparecen el indagado por un lado y el juez, el fiscal y el damnificado por otro. Ahora podrá aparecer también el denunciante de los hechos que a su juicio son delictivos. Se quiebra ese balance.

El empleador no se considera tercero civilmente responsable. En sede de responsabilidad por accidentes, el tercero civilmente responsable, es otra figura que ya está en la ley 16.074; por ejemplo el individuo que choca a una camioneta, y en la camioneta viajaba un trabajador subordinado de una empresa. El que chocó es un tercero en la relación laboral y un tercero en el seguro de accidentes, pero es un tercero responsable. Ese es el tercero civilmente responsable, no el empleador.

El empleador podrá no ser tampoco indagado o podrá serlo junto con otros miembros de la empresa que actúen en su nombre y sean pasibles de responsabilidad. El juez deberá investigar si hay peligro y si lo hay determinar entre ellos quien es culpable.

Denunciante habrá de ser el Inspector General de Trabajo, cuya intervención en sede penal podría justificarse aunque no lo compartimos. Pero denunciante será un compañero de trabajo, un delegado del personal, un miembro del comité interno de seguridad, un sindicalista. Podrán ser simultáneamente varios los denunciantes. Estas posibilidades hacen ver que podrá llevarse al campo judicial, y el campo judicial penal, cuestiones que pueden y deben tener su ámbito propio en la empresa. Ese ámbito será sitio más propicio para averiguar los hechos y tomar los recaudos para evitar el peligro poniendo los resguardos y cumpliendo las normas de seguridad. No es buena cosa judicializar el conflicto y menos frente a sedes no competentes en materia de trabajo, y menos aún con la presión penal de por medio.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPLEADOR (LEY 19.196/2014)

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Buenas tardes a todos.

Realmente ha sido muy interesante la perspectiva laboralista del tema, que ha hecho el Sr. Rector, la que nos ha ilustrado muchísimo sobre conceptos fundamentales para interpretar la norma, como los de “empleador” y “persona que actúa en su nombre”.

En materia hermenéutica, es sabido, el derecho penal no tiene por qué darle a las palabras significados diferentes que aquellos que tienen en sus respectivas especialidades, y que son de uso común en idioma castellano.

Solo podría hacerse mención, en cuestiones de responsabilidad empresarial o en hipótesis de organizaciones piramidales, el problema genérico, desde el punto de vista penal, relativo a imputación por hecho de terceros (de regla prohibida por la doctrina, ya que la responsabilidad penal es exquisitamente individual), por aplicación de la teoría del poder de determinación o del “hombre de atrás” (dominio del hecho o de la organización).

En general esta doctrina se excluye en los casos de responsabilidad penal empresarial por multiplicidad de razones, y para evitar lo que Enrique FERRI denominaba “exceso de incriminación”, para no terminar legitimando una doctrina que en el fondo puede hacer responsable a todos por todo, siendo que las decisiones en las empresas se toman a muy diferentes niveles y éste es un tema de derecho penal económico, al que remitimos para una más extensa información.

Me parece que podríamos dividir la exposición a mi cargo en dos grandes capítulos:

A) El primero, para hacer una ubicación genérica sobre la función, la misión, el rol del Derecho Penal, y,

B) el segundo sobre el que vamos a insistir más, relativo al estudio concreto de la nueva ley.

El primero va a ser tipo telegráfico, una ayuda memoria de cosas que nos parecen obvias, sobre las que hemos escrito y enseñado con anterioridad, que repetimos ahora, frente a la insistencia del legislador, de ignorar los datos que ofrece la dogmática actual y la criminología, respecto de cómo se debe hacer una ley penal y para qué.

Esta ley, en primer lugar, y el profesor Pérez del Castillo lo mencionaba hace un minuto, se ubica dentro de lo que se llama política criminal del Estado, la pregunta clave es determinar si existe una política criminal sostenida en el tiempo que merezca entre

nosotros la calificación de “política criminal de estado”.

Yo vengo sosteniendo hace mucho tiempo que no veo una política criminal clara ni mucho menos en el Uruguay.

No hay una política criminal sostenida en el tiempo, consensuada, compartida por amplios sectores de opinión, luego de haberse agotado el dialogo para llegar a una posición de consenso sobre a mediana a adoptar.

Una política criminal de este tipo debe pensarse para el largo plazo, después de determinar qué se pretende hacer con la criminalización y la criminalidad.

Lo que se nota en general son esfuerzos aislados, a veces incluso contradictorios, que no configuran un tronco común, sino que aparecen de esa forma un poco caótica, en ocasiones en leyes de dos o tres artículos que regulan situaciones particulares o que modifican sin ton ni son disposiciones anteriores, que crean o derogan delitos sin sentido (el ejemplo del efímero delito de “juego de mosqueta”, ex art. 348 bis. C.P., creado por ley 17.243/2000 y derogado por ley 17.897/2005, es un ejemplo revelador).

Falta entonces una política criminal de Estado a mi manera de ver en este problema, salvo que se pueda decir que la política criminal, que se instala, es una de “ley y orden”, que se inicia, para poner una fecha, (yo establecería con todo lo discrecional y arbitrario que sea), en el año de 1993 cuando se reinstauran las medidas eliminativas de seguridad, seguida luego, en 1995 con la ley de Seguridad Ciudadana, lo que no ha dejado de acelerarse y profundizarse desde entonces.

Política de ley y orden que significa responder al fenómeno de la criminalidad con un claro endurecimiento de la respuesta punitiva a través de la definición de nuevos delitos, la agravación de los ya existentes, con anticipaciones del momento de consumación (castigo de la tentativa con la misma pena que la consumación), creación de delitos de peligro y de peligro abstracto en especial, y con más penas (múltiples o más graves), una situación que altera la regla de que el Derecho Penal es la “última ratio”, el último escudo defensivo del Estado, para transformarlo, por el contrario, en un Derecho de “Prima ratio”.

En este caso es muy claro, que la ley en estudio se inscribe sin esfuerzo en este esquema, ya que, aunque hasta por formación profesional o defecto del lenguaje uno permanentemente se refiere a “accidentes de trabajo”, como aparecía originalmente incluso en el título de la ponencia, lo que hay que ver bien claro es que aquí no pasa nada, en el sentido de que la ley no pune un resultado lesivo de ninguna naturaleza, no se produce lesión, ni muerte de nadie y sin embargo se criminaliza el poner en riesgo (supuestamente) la vida, integridad física y salud (que es una forma de la integridad), por lo que lo que se protege al trabajador de eventuales lesiones o fallecimientos que por definición no se han producido aún.

El Sr. Rector lo dijo claramente hace un momento no hay ningún tipo de daño, ni de lesión, ni de perjuicio en la salud.

Vamos a ver que se creó un delito de peligro, de anticipación brutal en el momento de la consumación.

Se violan con esto los caracteres esenciales de un Derecho Penal moderno, yo diría liberal y democrático, en el sentido de preservar las normas penales para las conductas que hacen insoportables la vida comunitaria.

Además es una norma innecesaria, porque las lesiones y las muertes que se pudieran producir ya están sancionadas a título de delito imprudente, cuando ocurran, y no era necesario ni prudente enfocar el problema a un momento anterior a la puesta en riesgo, que constituye precisamente la esencia de la culpa.

El tipo culposo o imprudente se articula, entre nosotros a texto expreso por “violación de leyes o reglamentos” (art. 18 C.P.), de donde, si ocurre lesión o muerte del trabajador, esa violación será la base de la imprudencia o de la negligencia del responsable, integrará el tipo (de homicidio o lesiones) y no podrá ser imputada autónomamente, porque no es posible imputar dos veces por lo mismo (principio o regla del *non bis in ídem*).

La prevención de accidentes de trabajo, una finalidad compartida por todos de bajar la siniestralidad, defender contra este tipo de conductas, se puede lograr muy eficazmente a través de la normativa laboral, conforme a las normas de carácter civil en términos generales, que se solucionan con multas, sanciones, suspensiones de obras, etc., si lo que fundamentalmente se busca es que existan los elementos de seguridad en la empresa para poder permitir bajar esa siniestralidad.

Atrás de esto, lo que hay es, me parece a mí, un viejo mito: creer que con el Derecho Penal se pueden resolver los problemas sociales, que es bueno que ante cualquier inconveniente que tengamos en la comunidad acudamos a la espada del Derecho Penal y con ello quedarnos tranquilos porque hemos solucionado un problema.

Esto verdaderamente no es así, el problema queda irresuelto y va a estar quedando allí, al punto de que, como digo, probablemente esta ley sea absolutamente, no solo innecesaria, sino que no va a tener ningún resultado sobre lo que se busca, que es la prevención de los accidentes del trabajo.

Se llega por esta vía a lo que llamamos un Derecho Penal simbólico, dar una falsa sensación de seguridad, puede ser incluso que algunos sectores la utilicen como elemento demagógico, para dar la sensación de que se hace algo para solucionar un problema grave que no se puede solucionar por esta vía, con el agregado que como queda un enorme campo a la interpretación de los jueces, la legislación colabora a alejarse cada vez más del principio de legalidad en sentido de estricta taxatividad, que indica que la norma penal debe describir el supuesto de hecho, debe describir la conducta delictiva.

¿En qué consiste la conducta delictiva? La conducta delictiva en los delitos clásicos es quitar la vida, es provocar una lesión personal, causar un aborto, estafar, engañar, abusar sexualmente de una persona; ¿Se sabe de qué se trata el delito acá?

Es un delito fluido que depende de la interpretación, lo que hace que los tipos penales no sean fundamentalmente tipos legales sino todos tipos judiciales.

Es delito no lo que dice la ley sino lo que interpreta un juez que la ley dice, lo cual lleva la subjetividad, la falta de certeza, la falta de seguridad jurídica, etc.

Aparece el problema enorme de las normas penales en blanco, un tema de Derecho Constitucional que no lo vamos a tratar en extenso acá, simplemente señalar que recientemente la Suprema Corte de Justicia en su integración actual como nos informaba en una reunión que tuvimos hace pocos días el Profesor Esteva en una sentencia 402 del año 2013, declaró la Constitucionalidad de las leyes penales en blanco.

Las leyes penales en blanco son aquellas en las que el precepto, la materia de la prohibición, la conducta prohibida en definitiva no está "*expresis verbi*" - determinada en la ley - sino que refiere a otras cosas, a las normas del derecho laboral y sobre todo a la reglamentación, es decir, el blanco, que es nada menos que la descripción típica, queda en manos de alguien, ajeno y distinto del poder legislativo, que es el poder administrador (en los casos más graves y ostensibles), y en definitiva del juez que es quien hace el juicio de subsunción.

Ese problema y la conveniencia de establecer eso, es un tema de Derecho general, simplemente lo mencionamos.

Se crea un delito de sospecha, delito de mera conducta, que llamamos comúnmente delitos de desobediencia.

No hay un daño a la persona (no hay lesiones ni muertes), sino que es delito aquello que está prohibido y es delito porque está prohibido. Es un delito que a nuestro juicio es de innecesaria creación porque los resultados de la imprudencia es decir, si aparece un obrero lesionado, afectado en su salud o pierde lamentablemente la vida, está previsto completamente por las lesiones y el homicidio imprudente. Si el evento mayor (el daño corporal, el resultado material), está previsto como figura culposa, no era necesaria la ley.

Lo que produce la ley es una anticipación del momento consumativo, creando como delito etapas previas al inicio de una ejecución y además sin necesidad de que exista culpa ni nada, sino simplemente es un delito de desobediencia, es delito porque está prohibido.

Yo te impongo desde la ley o el reglamento laboral que debes dar al obrero un determinado término de descanso y tú no lo haces: por ello responderás penalmente, sin necesidad de que ocurra ningún evento dañoso para nadie, vas preso porque me desobedeciste.

Esta norma vigente que tenemos es una copia de parte de ordenamientos mucho más adelantados que pueden existir en los países europeos.

Esta es una cosa nueva dentro de la política criminal del Estado que se ha instalado, en los últimos años que es la de aprobar normas que se han adoptado en otros países, sin estudio suficiente y sin adaptación alguna a las realidades nacionales. Es un afán globalizador de copiar lo que nos viene dado, a veces con el respaldo del beneplácito internacional, normas avaladas por los convenios internacionales de distinta índole.

Un buen ejemplo es la legislación del 2007 respecto de la pornografía infantil y el tráfico de menores (me refiero específicamente l art. 4 de la L. 17.815/2014, que creó el delito de “promesa de retribución a menores de edad para ejecutar actos obscenos o eróticos de cualquier tipo”) y todo lo demás que han revolucionado en una forma brutal y probablemente fuera de las costumbres y de la tradición del Uruguay, lo que vendría a ser la protección sexual de los niños, temas genéricos que se aprueban sin discusión, porque vienen naturalmente con todo el prestigio en este caso de las Naciones Unidas, de los expertos internacionales, con una finalidad loable que quien se va a poner en contra y menos desde el ambiente político donde le será difícil a un legislador poner objeciones o reparos o pedir un estudio más abarcador de la legislación nacional.

Porque corre el riesgo cierto de que ante ello alguien se pregunte: ¿Este individuo está favoreciendo el tráfico de niños, la prostitución, la explotación sexual, etc.? Aunque el sujeto lo niegue, la verdad es que cualquier observación que usted haga es mal vista, es políticamente incorrecta, lo correcto es subirse al caballo, y adoptar la posición de los que se llaman “cruzados morales”, que pueden llevar adelante cualquier idea, con las mejores intenciones y los más altos ideales (en el caso defensa del trabajador o de los niños explotados sexualmente), sin parar a hacer cualquier otro tipo de consideración que los pudiera dejar mal parados.

Es más fácil la arenga demagógica que el razonamiento armonizador y lógico que requiere la confección de una ley que regirá en el tiempo y que es la regla general de conducta exigible a los ciudadanos concernidos, de tal modo se aprueban leyes que ni los que las hacen saben bien qué es lo que están aprobando, ni cómo se comportará esa norma dentro del conjunto de otras que rigen con lo que plantean incontables problemas de interpretación, llevando inseguridad e incerteza en las causas criminales corrientes ante los juzgados, propiciando una indebida y exagerada expansión del poder de los jueces, que en definitiva terminan fallando según sus múltiples, variadas y legítimas convicciones, pero con perjuicio de la generalidad abstracta de una ley igualitaria para todos.

Ejemplos de este tipo de normas son variados y ya he mencionado uno pero hay muchos más: se han aprobado también normas anticorrupción por imitación de la legislación comparada, por ejemplo el tráfico de influencias –art. 158 bis. C.P.- el abuso de información privilegiada –art.163 bis.C.P.- (provenientes del derecho español), sin ningún estudio previo de si en el Uruguay eso ocurría, si ocurre mucho si ocurre poco, no hay análisis de ninguna especie, pero alguien (el cruzado), “pega el grito”, afirma que allí hay algo efectivo, que es una manera de combatir la corrupción, y ¿quién no va a estar en contra de la corrupción? Se termina copiando servilmente de un derecho extranjero sin tomarse en cuenta tampoco si allí funcionó o dejó de funcionar.

Existe en Europa, y en España particularmente que es el modelo que se ha seguido lo que se llama un Derecho Penal del trabajo, un Derecho Penal protector de los trabajadores, que incluye tipos mucho más interesantes y que podría ser motivo de una verdadera política criminal del Estado, es decir, ¿Cómo se puede proteger criminalmente el trabajo?, es decir, ¿Vale la pena, es necesario hacerlo? Y ¿Qué figuras podríamos tener?

Por ejemplo podrían ser delitos interesantes de estudiar e incorporar a nuestro derecho (tal vez), el de "imposición y mantenimiento de condiciones ilegales del trabajo o de seguridad social" donde se requiere una conducta de abuso de una posición dominante, implica acciones de engaño o de abuso de situaciones de necesidad, tráfico ilegal de mano de obra, reclutamiento engañoso de trabajadores o ejerciendo condiciones falsas de trabajo, por ejemplo esas ofertas que a veces aparecen "chica de buena presencia que se presente para modelaje o publicidad y lo que fuera" y en realidad eso es totalmente engañoso y lo que puede haber una búsqueda de reclutamiento para prostitución u otra cosa.

Ahí podría valer la pena discutir seriamente y no bajo presión de los sindicatos, ni de nadie, si eso tiene que ser una forma de protección de las personas que son por engaño traídas a una posibilidad laboral engañosa, considerando además si las posibles conductas criminales visualizadas como algo novedoso, no estarían ya reguladas por otras disposiciones relativas a la trata de personas etc.

En este horizonte de posibles disposiciones, muchísimo más rico que el enteco artículo que comentamos hoy, incluye temas como la discriminación laboral como delito; formas de delito de discriminación por sexo, por raza, por edad, etc.; las migraciones fraudulentas (algo tenemos con los delitos migratorios, una ley de 2008 no referida directamente al trabajo pero indirectamente algo hay de eso); delitos contra la libertad sindical y contra el derecho de huelga, cosas que podrían ser de interés para los sindicatos sin embargo no lo han tomado; el delito de acoso laboral que habría que definirlo, etc.

Pero sobre esta problemática es bastante grande el campo de lo que se conoce como el moderno derecho penal de trabajo, la protección penal de los trabajadores. En cambio, el modelo que se toma es el modelo Español que es una parte pequeña de este gran rubro, y del mismo solo el art. 316 del Código Penal Español de 1995, cuyo estudio comparativo excede las necesidades de esta presentación y por lo tanto simplemente lo mencionamos (es bastante servil la copia pero no es idéntica). Esta figura regula en España los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo como bienes jurídicos supra-individuales.

Ese es el esquema que tenemos en general, dicho en forma muy sintética.

Cada una de estas afirmaciones podría requerir o exigir naturalmente un desarrollo mucho más completo.

En cuanto al tipo específico que ha creado el Art. 1 de esta ley 19.196, ¿Cuál es el bien jurídico protegido? Esa es una buena pregunta, la teoría del bien jurídico como marco de interpretación, ubicación sistemática de la norma, y en España se discute, no hay

acuerdo, sobre si esta norma protege en realidad: a) el interés del Estado, sería un delito con un bien jurídico supra individual, el interés del Estado de regular de determinada forma las relaciones de trabajo y la prevención de accidentes en este caso; b) el interés de los trabajadores en general o, c) el interés de los obreros concernidos en concreto que tuvieran una situación de riesgo.

Probablemente sea pluri-ofensiva la figura, pues protege por un lado bienes individuales: la vida, la integridad física y la salud de las personas concernidas y al mismo tiempo proteja la política laboral del Estado y los criterios comunitarios que se entienden convenientes para la protección de esta situación.

Pero también se podría preguntar (y cuestionar), si hay realmente un bien jurídico protegido o si todo esto es simplemente una mera superestructura lingüística para justificar la creación de un delito ilesivo, es decir, un delito que viola el principio de lesividad, que se supone que integra la esencialidad del Derecho Penal democrático. No se puede crear un delito que no lesione un bien jurídico digno de protección, y no vale, desde el punto de vista material, decir que el bien jurídico es aquello que el legislador entiende por tal, porque sería tautológico: habría un bien jurídico digno de protección porque hay una ley penal que lo protege, pero la ley penal protege en realidad algo o eso es, en realidad, una formulación lingüística, semántica, que esconde simplemente el hecho de un puro acto de autoridad, que define que es delito porque está prohibido.

Es delito (no porque la conducta sea *mala in se*), sino porque el que tiene poder de determinación ha previsto que la conducta sea criminal; yo que sé, sin exagerar esto ya se ha hecho antes y tiene una larga y triste historia, el que consumiere carne de cerdo será castigado con tal pena, ¿Cuál es el bien jurídico objeto de la protección? El que tuviera relaciones con una persona de raza judía será castigado con tal pena. El negro que ocupare el asiento de los blancos será penados, etc. Sí, son delitos prehistóricos, que han existido en distintas épocas, en distintas sociedades.

Y ello porque si no nos atenemos a los principios, siempre se puede decir que hay un bien jurídico, por ejemplo, la protección de la salud pública o la religión, porque el cerdo era un animal maldito por la Biblia o yo que sé, el otro porque había una política racista que se llevaba adelante por el Nacional - Socialismo. ¿Cuál es el criterio de los delitos de discriminación en el Sur de los Estados Unidos, delito de sentarse a comer en una cafetería con una persona de raza negra cuando estaba reservado ese lugar solo para los blancos?

Eso es un delito que no tiene un bien jurídico real, material, es delito porque el Estado de Alabama decretó que eso no se podía hacer y por lo tanto es un delito de mera desobediencia, una violación a lo prohibido, la vieja distinción romana entre "*mala in se*", delitos que en sí mismos tienen naturaleza criminal y "*mala quia prohibita*", es decir, son delitos porque el que tiene autoridad lo define como delito en una posición probablemente deslegitimadora del poder penal, cuando el poder penal moderno, el Derecho Penal, se ve como un instrumento de limitación al poder y no de facilitación de la imposición de la arbitrariedad por las mayorías circunstanciales que se puedan tener en un momento determinado o la imposición de un gobierno dictatorial de las conductas que estimen que conviene definir como penal.

O sea, eso también estaría en el fondo, es decir, hay que determinar, no solamente si hay un bien jurídico, primera pregunta y luego ese bien jurídico es individual o es supra-individual.

Bueno en cuanto al sujeto pasivo yo creo que se ha dicho suficientemente con mucho más conocimiento de lo que podemos tener del punto de vista penal, pero para nosotros sujeto activo es el "empleador" o "el que actúe en su nombre ejerciendo el poder de dirección".

No se trata, como se cree vulgarmente de la responsabilidad penal de los "empresarios" sino de los "empleadores", que obviamente abarcan a aquellos pero no queda limitado a ellos.

Desde el punto de vista penal yo creo (me parece muy claro), que el concepto es más amplio, y que abarca no solamente a los entes públicos, la responsabilidad que probablemente no se previó que puedan tener los entes comerciales e industriales del Estado, sin duda, pero también eventualmente el Poder Legislativo, el Poder Judicial, en la medida en que sean "empleadores" de trabajadores, a lo que coadyuva el criterio de la igualdad de la ley para todos los que están en idéntica situación, ya que desde el punto de vista teleológico no se puede pretender que unos trabajadores tengan esta protección penal y otros no.

Nosotros comentábamos con algunos compañeros que probablemente y ahí está el tema, porque hubo una persona que se cayó al vacío en un juzgado y por lo tanto cuál es la responsabilidad eventualmente de la Suprema Corte de Justicia, porque el riesgo que hay acá es que se apliquen las teorías de ROXIN, del hombre de atrás y de la criminalidad de escritorio, donde se hace responsable a toda la cadena, desde el capataz que da la orden hasta el ingeniero que dispuso, el arquitecto que resolvió la cuestión, los directores, los administradores, hasta los verdaderos propietarios, los accionistas, porque en definitiva la empresa les da ganancia a una persona que no tiene ni idea de lo que se está haciendo, que probablemente lleve la responsabilidad hasta los accionistas, los miembros del Directorio, ¿Dónde paramos no?.

Porque no hay límite para eso y tampoco para la interpretación, uno piensa que la interpretación va a ser razonable, pero en una estructura organizada de poder, si nos aplican la teoría de la responsabilidad por autoría, por mantenimiento de una estructura organizada de poder como se ha hecho para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad o para el juzgamiento de la mafia, o para el juzgamiento el crimen organizado en términos generales la cosa va a ser muy difícil de definir.

La empresa es una forma de organización y podría algún magistrado interpretar que funciona esta manera de ver las cosas (en delitos económicos o vinculados al mundo laboral y empresarial), y que habría una responsabilidad posible de imputar de esa manera, o sea que se abren posibilidades, no quiero decir que eso vaya a ocurrir necesariamente, a mí me parece que está fuera del ámbito de protección de la norma y por lo tanto debería descartarse todo ese tipo de construcción en este caso empresarial, pero es una organización que no deja de ser piramidal y que podría plantear ese problema.

Porque el problema de la responsabilidad cuando hay daño, cuando hay resultado, siempre le deja al operador penal un sabor amargo en la boca porque como se dice vulgarmente "la montaña parió un ratón" y vamos a terminar probablemente condenando, cuando hay resultado, al capataz que dio la orden.

Yo siempre pongo como ejemplo y perdón en que vuelva con el mismo, pero uno de los accidentes laborales más terribles que hubo en el Uruguay: fue el escape de gas de amoníaco de una planta procesadora de pescado que existía en la rambla Baltasar Brum allá en la década del 70', donde se produjo la muerte de 7 u 8 obreras fileteras: la máquina de frío funcionaba en el medio de un salón donde se fileteaba muy rápido el pescado que venía por cintas transportadoras, se soltó un manguerote y allí murieron con los pulmones destrozados esas personas y un número indefinido de heridas graves de por vida.

Había problemas con la ventilación, problemas con la máquina que se había instalado, problemas financieros y de competitividad, ese tipo de planta procesadora era idéntica a las que estaban en Perú, las que estaban en Brasil, por lo tanto había pasado por todos los lugares que tenía que pasar, de Bomberos, de Intendencia de Montevideo, tenía todos los permisos y estaba funcionando bien, funcionaba en tres turnos, conforme a los reglamentos de la época, no paraba nunca, se sacaba la escarcha entre cada turno pasándole vapor hirviendo a los manguerotes, uno supone que eso provocaba un cambio de temperatura, bueno ocurrió el accidente y de toda esa catástrofe infernal no fueron presos los funcionarios municipales o del Estado que habían autorizado en distintas etapas el funcionamiento, ni los ingenieros, ni los directores, ni nada, termina preso el capataz porque en definitiva le dijo a un sobre estante que había, porque se detectaba el peligro por el olfato que parece que es muy efectivo, por otra parte, las mujeres cuando había mucho olor de amoníaco, decían "che vamos nos", salían afuera, respiraban un rato y volvían.

Ese día hubo más olor que de lo común pero bueno, la fábrica tenía que funcionar en esos 3 turnos, el material no se podía exportar si no había control de calidad y el capataz dijo "los funcionarios viejos se les suspende por 3 días y a los nuevos los despedimos si no entran". Entraron masivamente y se produjo la catástrofe. Entonces eso pasa siempre, pero con un resultado terrible terminó preso el capataz.

Acá, en cambio, estamos hablando de situaciones en que no pasa nada, ese es el tema "no se rompió ni siquiera una uña", como dijo el Rector.

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es un tema que también subyace en el fondo de este asunto, lo que excede esta presentación pero lo mencionamos por corresponder.

Creemos que son sujetos activos posibles también, desde el punto de vista penal, el propietario de la casa que contrata un jardinero, un pintor, la empleada doméstica, el peón rural, el que limpia los vidrios en los edificios de apartamentos, etc. Todos esos tienen empleadores que serán eventuales responsables de no adoptar las medidas de seguridad impuestas., no necesariamente se habla de empresa, se habla de empleador y el Derecho Penal interpreta libremente, a su modo, que probablemente no coincida

exactamente con la de otras ramas del derecho, y eso podría dar lugar a interpretaciones diferentes, pero la figura queda abierta a cualquier persona que tenga una situación de dependencia y plantea también que el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que en el Uruguay sigue como ustedes saben el criterio continental europeo "*societas delinquere non potes*" – las sociedades no pueden delinquir - hay un enorme movimiento internacional a crear la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Desde el punto de vista dogmático a nosotros nos parece absolutamente inconveniente porque no es capaz de culpabilidad, no es capaz de acción, la responsabilidad de las personas jurídicas nos parece bien que se siga con el criterio tradicional pero al mismo tiempo advertimos casi como inevitable, que en algún momento también nos llegue al Uruguay la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque ya lo implantó Francia que era uno de los campeones del Derecho Continental Europeo y en España hay un año sí y otro también intento de modificar la legislación para incorporar como también recomienda la Unión Europea y es tradicional en el Derecho Anglo-Sajón lisa y llanamente ir a una responsabilidad de las persona jurídica. Si se llega a esa etapa el empleador, persona jurídica veremos cómo queda legislado.

¿Cómo se imputa esta figura? Porque el delito es un delito de "no adoptar" medidas de resguardo o seguridad laboral. Es un delito llamado de omisión propia, delito de omisión de creación legislativa donde los que están en posición de garantes son precisamente los empresarios (*rectius* los empleadores), o las personas que hagan sus veces, las personas que en su nombre ejerzan el poder de dirección, habría que verlo en cada caso, esos son los términos legales, requieren nos parecen una imputación a dolo directo, que está regulado por el dolo en los delitos de peligro.

Hay una norma de mandato: debes adoptar tales o cuales medidas y tú incumples omitiendo hacerlo, voluntariamente. Te niegas a adoptar las medidas que exige la ley, esa conducta es debida por ti, porque es esperada por la norma. Te niegas a un hacer positivo de proteger anticipadamente a tus empleados y obreros, conforme obligue a ello la ley o la reglamentación.

Porque como es un delito de omisión y un delito de peligro se aplica el Art. 20 C.P., que dice que se requiere conciencia y voluntad de no adoptar los medios establecidos por la ley o el reglamento para prevenir la siniestralidad.

No requiere conciencia y voluntad de producir el daño, sino conciencia y voluntad de estar infringiendo las normas de seguridad establecidas por la ley, esto es lo que dice el Art. 20 del Código Penal y hay que establecer también que el dolo se presume por el Art. 21 del Código Penal, una presunción refutable, lo cual le da una cierta gravedad.

Se supone, se presupone, se parte de la base de que el individuo era consciente de que existían esas normas y tuvo voluntad de violarlas.

A nosotros nos parece claro y esto habría que plantearlo desde el principio, aunque puede también existir una interpretación expansiva de la norma que probablemente como acá hay algún aspecto de ideologización y de politización, todo el problema que

tenemos de los jueces proactivos, en Italia se les llamó Jueces de asalto para vincularlos hasta en el imaginario colectivo a las fuerzas de combate, patrullas o grupos militares de asalto que llevan adelante una convicción propia, digo eso porque nosotros sostenemos que la imputación sólo puede funcionar a dolo directo, que no puede funcionar a dolo eventual porque no tiene un resultado dañoso, pero alguien podría expandir el dolo y convertirlo en una suerte de agujero negro o de gran embudo donde todo quepa en aras de un dolo indirecto o eventual, porque no se quiso pero se previó, o se debió de hacer previsto, o no se pudo no prever, o se debió prever, o se actuó con ignorancia intencional, etc.

Nosotros sostenemos que para el dolo eventual debe haber un resultado de daño, porque para la atribución del resultado de peligro es indispensable probar que el mismo, el peligro, es la consecuencia en el caso de la omisión del imputado (Art.3 C.P.).

O sea que es una posición más bien restrictiva, que debe ser "*in dubio pro reo*", "*indubio pro omine*" en términos generales, en un delito de omisión donde se anticipa el momento de consumación y se configura delito algo que no está ni siquiera en el tracto de tentativa de realización de un delito y que no hay imprudencia porque no se puede imputar la culpa claramente por el Art. 19 C.P., que dice que la imputación culposa solo funciona cuando el legislador expresamente lo determina y no lo ha establecido, por lo tanto sostenemos la imputación solo a dolo directo y no a dolo eventual.

Parece, digo yo, desde todo punto de vista excesivo suponer que estamos ante un delito de omisión impropia, porque no es un delito de comisión por omisión, porque no hay comisión de delito donde no impedir el resultado que se tiene la obligación de impedir equivalga a producirlo.

El resultado no es un resultado dañoso; los delitos llamados de omisión impropia son de comisión por omisión y es de orden entender que aquí al no haber resultado material dañoso no se puede admitir la ficción jurídica de la equivalencia. Pero también el Art. de la equivalencia está en el inc. 2 del Art. 3 C.P., y no descarto que alguien puede interpretar que hay una comisión por omisión es decir, un delito de omisión impropia donde la posición de garante le obliga al individuo a tener los medios y pueda por esa manera también ampliarse la imputación.

¿Pero qué es lo que tenemos acá en definitiva? Se podría traer todo lo que se llama la "teoría de la sociedad de riesgos", la sociedad moderna es una sociedad riesgosa y la actividad empresarial particularmente la que mencionó el profesor con anterioridad en la pesca, en la industria moderna y específicamente en la construcción, son actividades riesgosas desde la época de la construcción de las pirámides la gente se muere cuando realiza determinados actos; la gran represa de los Estados Unidos causó la muerte de cantidad de personas, la construcción del puente de San Francisco y la siniestralidad que tenemos en el Uruguay porque son actividades de riesgo es decir, no se pueden impedir.

Nosotros vivimos en una sociedad riesgosa: hacemos edificios altos, estamos trabajando con explosivos, con sierras que cortan dedos, manos, trabajando con material explosivo o eventualmente en los laboratorios con productos contaminantes y

todo lo demás.

En esta sociedad de riesgos se sigue en general la teoría del riesgo permitido, hay riesgos que son permitidos porque si no sería imposible salir a la calle, porque podemos incurrir en producir algún daño a alguien, ya que es apodíctico que si se utiliza un poderoso agente con motor, alguien puede resultar lastimado.

Tampoco habría necesidad de seguro. El seguro es obligatorio porque se sabe la previsibilidad, seguro que es previsible, porque van a haber obreros lesionados como hay automovilistas que mueren o que salen lesionados de su trabajo. Entonces la prohibición sería prohibir el automóvil, prohibir el vuelo de avión porque los aviones a veces los aviones se caen, los ferrocarriles chocan, se descarrilan sin necesidad de que haya un responsable o un terrorista que está detrás de eso.

Entonces en esta sociedad de riesgos rige lo que se llama el principio de confianza, que señala que, cuando hay comportamientos humanos entrelazados, no se imputan a quien ha obrado, no se imputa una conducta criminal al que ha obrado confiando en que los demás se mantendrán dentro del riesgo permitido.

Esto permite la división del trabajo y establece una prohibición de regreso. Y también podríamos ver acá o incorporar el acto de la víctima, el obrero que no cumple con las reglas o que no se pone el material que tiene a su disposición puede funcionar y actúa creyendo que los demás van a funcionar bien.

En estas empresas en las que hay subcontratistas y todo lo demás bueno cada uno está trabajando teniendo confianza, sino no podríamos salir a la calle. Nosotros cuando manejamos el automóvil confiamos en que los demás están cumpliendo las reglas de tránsito, respetan la derecha y el cartel de PARE, y el exceso de velocidad y permanentemente al conducir estamos haciendo una negociación con los ojos, con la luz, con lo que fuera, con el movimiento del vehículo, cosas que son difíciles de explicar pero que todos sabemos que existen, para saber que le estoy cediendo paso, o que me voy a adelantar, porque yo confío que el otro va hacer lo mismo que estoy haciendo yo, porque si no, no podría funcionar el tránsito; ¿Cómo subir en una escalera mecánica? No está regulado en ningún lado pero, se sube por la derecha y se baja por la izquierda, esto no está escrito en ninguna parte, son reglas de convivencia; Si dos personas caminamos en la misma dirección o en dirección contraria en una vereda, en algún momento alguien va a tener que ceder, sino vamos a chocar, el compañero camina hacia mí y yo hacia él, hay una negociación.

Entonces ahí hay un tema que para generar un derecho en la teoría de la imputación objetiva debe de crearse un riesgo no permitido o actuarse más allá de riesgo permitido, para la imputación se requiere que el riesgo se concrete en el resultado, si no hay resultado no hay imputación.

Esos principios yo creo que son básicos también y supongo que como regla de interpretación el principio del ámbito de protección de la norma debe de regir la interpretación del juez, debería de constreñir y no llevar al extremo las posibilidades que estas

normas bastante abiertas plantean, en el sentido de cuál es el objeto que se trata incluso dentro de esta norma que nosotros consideramos innecesaria por todas las razones que hemos visto.

Al ser un delito de omisión propia creado específicamente por el legislador se debe exigir entonces dolo directo de omitir, de no adoptar los medios de resguardo previstos por la ley.

El delito consiste entonces en conciencia y voluntad de no aplicar las normas que se conocen. Eso plantea el tema también del Art. 24 del Código Penal, el error de hecho se presume voluntario, esa presunción que no admite prueba en contrario. La Corte Italiana hace años, declaró la inconstitucionalidad del precedente de nuestro Art. 24 al decir que las presunciones absolutas deben ser repudiadas por el Derecho Penal liberal y democrático. Pero acá es muy clara la ignorancia de la ley que yo no sé si el empresario con el carácter genérico que tiene de los directores de los Entes Autónomos, los administradores del Palacio Legislativo, los que están encargados de la torre ejecutiva y ni que hablar de los empresarios o las personas particulares que tienen personal a su disposición como el jardinero, el limpiavidrios, la empleada doméstica si tienen conocimiento real de la normativa de prevención de accidentes de trabajo, ¿Y hasta donde llevamos eso? Porque es posible que haya normas de descanso, entonces no tomar los medios adecuados para que se cumpla la hora de descanso se puede entender que es una norma de prevención de accidentes porque el individuo que trabaja sin descansar va a tener menos reflejos, ¿Hasta dónde llevamos la responsabilidad por esas situaciones? No solo se deben omitir estas acciones esperadas por la norma sino que se debe hacerlo, y esta es la segunda modalidad, el delito es un delito de omisión que consiste en no adoptar los medios que establezca la ley y la reglamentación, no sabemos cuáles pero son todos los que aparezcan allí.

Es una norma penal en blanco, existe una presunción de conocimiento de la ley pero esto no basta esto para que haya delito, sino que "debe poner en peligro grave y concreto" la vida, la seguridad o la integridad física del trabajador concernido, de aquel operario específico, una persona determinada que debe haber estado en riesgo grave y concreto de daño.

Debe haber una persona por lo menos y esto plantea el problema de los delitos de peligro, ¿Cuál es el peligro grave? Ponerlo así es enorme porque la subjetividad del intérprete, el tipo judicial se agudiza a niveles extremos. Va a ser grave de acuerdo a lo que entienda el juzgador. Entendámonos que no ha ocurrido absolutamente nada, no se produjo el resultado pero habla del peligro concreto.

Esta diferencia entre peligro abstracto y peligro concreto está siendo objeto de revisión en la doctrina contemporánea pero bueno por peligro concreto se supone que no es una norma. El peligro abstracto sería que el legislador hubiera considerado como delictiva el incumplir las normas, si no hubiera dicho esto sería más grave porque sería el legislador que prohíbe porque estadísticamente el no cumplir las normas ¿en el mejor de los casos no?, para decir que estamos todos de acuerdo que, ¿Por qué el legislador hace esto? Se supone porque hay una alta siniestralidad y piensa que la puede bajar establecien-

do entonces, si hay alta siniestralidad abstractamente no adoptar los medios necesarios produce accidentes y lesiones que no están previstas pero el mero hecho de hacerlo lo voy a castigar aunque nadie haya corrido el riesgo. Acá exige y eso es importante como límite, exige y supongo que los abogados defensores lo manejarán y los jueces aplicarán, hay que probar el peligro concreto. El peligro concreto es que haya una persona, que por la violación, por la omisión de cumplir las normas establecidas en la reglamentación y en la ley, ha estado en un peligro con una alta probabilidad de que se produzca el daño, sería esa la definición de peligro concreto; la diferencia entre lo probable y lo posible. Es una posibilidad con “bichina la certeza” dicen los italianos – “Está cerca de producirse el resultado”, es un peligro concreto, real, efectivo, un peligro que se ha corrido. Esto es lo que dice la doctrina, esto es lo que dice la ley.

Para mí, todos los peligros son abstractos y acudo a Vaz Ferreira porque si el resultado no se produjo es porque no se podía producir y nunca podremos tener una prueba científica de que el resultado podría ocurrir por la ley del artillero, porque no ocurrió el resultado y si no ocurrió el resultado todos los peligros serían abstractos.

Pero bueno el concepto de peligro concreto es la alta probabilidad de un resultado que hay que probarlo en juicio y eso desplaza hacia el intérprete, o sea hacia el juez la ímproba tarea, llena de inseguridades e incertezas, de determinar cuando esto ocurre, es decir, cuando hubo realmente un peligro que a su vez debe ser calificado de “grave” y que además es “concreto”, teniendo por límite el concepto fluctuante de la gravedad y la siempre opinable determinación del peligro concreto en que se reduce la figura.

Es un delito entonces de omisión y de peligro concreto donde debe determinarse expresamente que hubo una alta probabilidad de producirse el daño que son lesiones, muerte y perjuicio a la salud, en definitiva si se omite adoptar los medios de resguardo fijados, o sea si se cumplió una parte del tipo, pero no se pone con ello en riesgo grave y concreto los bienes jurídicos señalados, la conducta es atípica, porque la conducta prohibida es no adoptar medios que pongan en peligro y si no ocurre esto último, el mero hecho de incumplir las medidas de protección no configura el delito que acá se prevé que es un delito complejo que requiere todos estos elementos que son normativos, son elementos típicos que plasman de alguna manera la conducta delictiva y que delimitan la ocurrencia de un delito donde hay una anticipación muy grande de cualquier ocurrencia real de un daño, no es un delito de dominio sino que es un delito de mera violación de lo mandado por el legislador.

Si ocurriere el desastre de lesiones, si se producen las lesiones, la afectación de la salud (que son tipos de lesiones art. 116 C.P.), o la muerte, se plantea un problema muy complejo de posible concurso de figuras porque esa lesión o muerte va a ser una lesión o muerte imputable a título de culpa, con lo que tenemos un problema dogmático de tremenda dificultad, de la concurrencia de delitos dolosos con delitos culposos, que para algunos sería una hipótesis que habría que rechazar, o la otra posición, que es la que en principio entiendo más adecuada, que habría que acudir aquí a la teoría del delito progresivo es decir si ocurre una lesión o muerte y se puede probar, porque aquí en este caso hay que probar que hay falta de cuidado, la base de la culpa, la imprudencia, la impericia, la existencia de una imputación culposa, me parece que podría funcionar la teoría

del delito progresivo, que no haber tomado las medidas de prevención que pusieran en peligro el bien, pero que el bien en definitiva se destruyó, esa imputación de lesiones por culpa, porque si la lesión se produce sin culpa porque es producto de la causalidad, de la desgracia, de la fatalidad, no habría responsabilidad penal y podría considerarse en la hipótesis de sí que lo hubiera, que hubiera imprudencia de que hay allí una figura de progresión donde este delito de omisión de muy baja represividad, que tiene una pena correccional meramente en el mínimo y en el máximo, se señala también una contención del legislador de alguna manera también un derecho penal simbólico, "lo castigo pero mire que no es tan grave", porque no va a haber pena de penitenciaría, probablemente funcionen las medidas sustitutivas en este caso al aprisionamiento porque por definición el delito no es un crimen sino que es un delito de acuerdo a la definición del Art. 2.

A mí me parece que podría funcionar la teoría del delito progresivo donde ésta figura de falta de adopción de las medidas que pusieron en riesgo un bien jurídico, queda absorbida y co-penada en el delito de lesiones o de muerte culposo, pero hay que enfrentar la dificultad de que este delito menor es de dolo y el delito más grave es un delito imputado sin intención del resultado.

No son aceptables los tipos de responsabilidad objetiva en un estado constitucional de Derecho, la aplicación plena del Art. 18 numeral 4º del Código Penal el resultado que no se quiso, o que excede, o que es distinto del querido no se puede imputar, que la doctrina en general entiende simplemente que el límite de la imputabilidad es la culpa que debajo de eso existe el fortuito, la desgracia, el acaso, la mala suerte que no se puede imputar a las personas. Eso queda a las indemnizaciones civiles o responsabilidades objetivas por otras vías pero no con la vía del Derecho Penal.

La ley nada dice los casos en los que haya concurrencia de culpa si sobre todo responsabilidad exclusiva de la víctima. Los casos estos a veces hemos visto preocupación de los empresarios, si yo le doy todas las posibilidades, cumpla con toda la normativa, pero el obrero no se pone el casco como decía el profesor por lo que fuera: por machismo o porque le parece al hombre joven ¿Qué para qué? , que lo he hecho toda la vida, que me vienen con tonterías si yo estoy descalzo en el medio del bosque y voy a seguir haciendo igualmente y ocurre el accidente parece excesivo imponerle una carga de una especie de derecho tuitivo de una persona adulta de que haya alguien atrás que se haga responsable por los actos imprudentes, voluntarios y conscientes del obrero por lo tanto ahí funcionaría la exclusión de responsabilidad simplemente por una causa que es el hecho exclusivo de la víctima excluye la responsabilidad total del empleador cuando la decisión de no adoptar las medidas sean de parte del obrero pero siempre en el caso de que hubiera un resultado.

Estamos siempre con la tendencia de referirnos a la producción de un daño cuando en realidad el delito no lo requiere. La garantía más fuerte me parece que es la segunda parte de la normativa que es la exigencia de un peligro que está calificado como grave y como concreto. La figura no admite tentativas.

ENTIDADES RELIGIOSAS Y RELACIONES LABORALES*

SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS**
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

SUMARIO: I. Introducción; II. Autonomía de las confesiones religiosas y relaciones laborales en España; 1. Autonomía, identidad religiosa y régimen laboral; 2. Autonomía religiosa y buena fe del trabajador; III. Autonomía religiosa y discriminación laboral en la jurisprudencia española; IV. Autonomía religiosa y discriminación laboral en la jurisprudencia de Estrasburgo; V. La discriminación laboral de las entidades religiosas en la jurisprudencia norteamericana; VI. Conclusiones

I. Introducción

Resulta fácilmente constatable cómo la legislación de los países occidentales ha ido incrementando, en las últimas décadas, la protección de los trabajadores frente a situaciones de discriminación en el empleo basadas en el sexo, opinión, y religión entre otros motivos. No obstante estas iniciativas no han corrido paralelas en el tiempo. Así, por ejemplo, mientras en Estados Unidos se han ido aprobando, desde la década de los 60, importantes normas en este campo, destacando la Civil Rights Act (1964),¹ en el ámbito europeo ha habido que esperar hasta el año 2000 para encontrarnos con una normativa similar: la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,² a través de la que se pretende armonizar la legislación de los estados miembros.

Sin embargo, a pesar de estos indudables avances normativos, la conflictividad laboral en este terreno sigue encontrando nuevos cauces de expansión. Ello es consecuencia

* El texto de este trabajo se corresponde con la conferencia impartida en la Universidad de Montevideo el 5 de noviembre de 2013.

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de Investigación "Neutralidad ideológico-religiosa del Estado y espacio público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2011-29385)

** Santiago Cañamares Arribas es Profesor Titular de Universidad del Departamento de Derecho Eclesiástico de la Universidad Complutense; Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, donde ocupa el cargo de Vice-Secretario de la Sección de Derecho Canónico y Eclesiástico. Es Secretario de la Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, que constituye la primera publicación electrónica de la disciplina y que cuenta con los máximos reconocimientos de calidad editorial. Autor de abundantes publicaciones científicas -tres monografías y una treintena de artículos en revistas jurídicas de reconocido prestigio- ha realizado estancias de investigación en Universidades extranjeras, y es miembro de diversas asociaciones internacionales compuestas por profesores universitarios y otros profesionales dedicadas al estudio del Derecho Eclesiástico: ICLARS (International Consortium for Law and Religion Studies) y Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa.

1 Civil Rights Act, Title VII, 42 U.S.C. §§ 2000e to e-17 (2000)

2 Vid. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 2 de diciembre de 2000.

Sobre el contenido de esta directiva puede verse C. Odriozola Igual, "Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo" en Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado, n° 6 (2004) en <http://www.iustel.com>

de la propia regulación contenida en estas leyes que exime a las confesiones religiosas de su aplicación, permitiéndoles discriminar a sus trabajadores por razón de religión al considerar el perfil religioso del empleado como un elemento determinante de la cualificación profesional.

El alcance de estas excepciones no siempre ha sido interpretado de manera uniforme, dadas las dificultades para conciliar la autonomía de los grupos religiosos en la selección del personal a su servicio con los derechos de los trabajadores a no ser discriminados por motivos religiosos y al ejercicio de sus derechos fundamentales en el ámbito laboral. A lo largo de esta exposición trataré de proporcionar una serie de criterios que permitan dicha conciliación, atendiendo para ello a la experiencia española y a las aportaciones del Derecho comparado.

II. Autonomía de las confesiones religiosas y relaciones laborales en España

1. Autonomía, identidad religiosa y régimen laboral

En todo caso, antes de analizar la experiencia española más relevante en esta materia, conviene hacer alguna referencia al marco constitucional en que se desenvuelve la autonomía de las confesiones religiosas en especial en lo que se refiere a su organización interna y a su régimen laboral.

Conviene recordar que la Constitución garantiza, en su artículo 16, la libertad religiosa y de culto «de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Esto implica, según constante doctrina constitucional, el reconocimiento a las confesiones religiosas de «un ámbito de libertad y una esfera de “agere licere” que les permite actuar con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales».³

En desarrollo del citado precepto constitucional, la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa contempla, en su artículo 6, la autonomía de las Iglesias, para establecer sus propias normas de organización y régimen interno y cláusulas de respeto a sus creencias “sin prejuicio –se afirma- de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial los de libertad, igualdad y no discriminación”.⁴

Paralelamente, se reconoce que “las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas puedan crear y fomentar, para la realización de sus fines, asociaciones, fundaciones e instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general.” Esto implica que pueden crear una pluralidad de instituciones derivadas -universidades, centros educativos, asistenciales, etc.- que actúan con sujeción al ordenamiento jurídico del Estado en todos los ámbitos de su actividad: mercantil, laboral, fiscal, etc.⁵

3 Vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico primero (RTC 1982\24) y 166/1996, de 28 de octubre, fundamento jurídico segundo. (RTC 1996\166)

4 Vid. A. C. Álvarez-Cortina, “La autonomía de las confesiones religiosas” en AA.VV (A.C. Álvarez Cortina, M. Rodríguez Blanco, coords.), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado)*, Ed. Comares, Granada (2006), p. 199.

5 En este sentido puede verse J. Otaduy, “Autonomía de las confesiones religiosas. Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las confesiones” en Base de Conocimiento Jurídico de Iustel, en <http://www.iustel.com>

2. Autonomía religiosa y buena fe del trabajador

Al mismo tiempo no se debe olvidar que los trabajadores están sujetos a una serie de obligaciones de lealtad frente al empleador que, en el caso de las entidades religiosas, se proyectan sobre los principios religiosos que justifican la existencia misma de la entidad para la que trabajan.

En este sentido, en Derecho español, el Estatuto de los Trabajadores contempla el deber básico de los empleados de cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, al tiempo que indica que las trasgresiones de esta obligación, cuando sean graves y culpables, podrán ser sancionadas con el despido disciplinario.⁶

El Tribunal Constitucional español ha puesto de manifiesto que este principio de buena fe no puede concebirse como un deber genérico de lealtad con un significado de sujeción completa del trabajador al interés empresarial, sino que rige «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva».⁷

Al proyectar esta doctrina sobre las relaciones laborales constituidas por las entidades religiosas, se puede afirmar que sus obligaciones de lealtad pueden superar, en muchos casos, las propias de un trabajador en una empresa privada, como consecuencia del juego de la libertad religiosa colectiva. En todo caso, su intensidad variará dependiendo de sus responsabilidades asumidas en relación con los fines de la entidad empleadora.

Paralelamente, la autonomía confesional dispensará una mayor protección frente a aquellos trabajadores que desarrollan tareas con una estrecha vinculación religiosa que sobre aquellos que ejecutan actividades de carácter secular. Sin embargo, esa vinculación sólo puede ser precisada por la propia confesión religiosa empleadora quien, precisamente con base en su autonomía, puede concluir cuál es el nivel de compromiso exigible al trabajador frente a la doctrina religiosa del grupo.

Aunque pudiera parecer que este planteamiento concede un amplio margen de actuación a las confesiones religiosas en perjuicio de sus trabajadores, no se debe obviar que la autonomía de las confesiones religiosas no tiene un carácter absoluto, debiendo someterse a los límites propios de la libertad religiosa colectiva. Por ello se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado para valorar si las decisiones adoptadas por las confesiones religiosas en el marco de sus relaciones laborales se enmarcan dentro del ejercicio de este derecho.

III. Autonomía religiosa y discriminación laboral en la jurisprudencia española

⁶ Sobre este punto puede verse A. Montoya, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, (2001); J. García Murcia, "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual" en *Actualidad Laboral* (1990); J. García Viña, *La buena fe en el contrato de trabajo*, Ed. Centro Económico y Social, Madrid, (2001)

⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2008, de 14 de abril, fundamento jurídico sexto y la jurisprudencia allí citada.

En la jurisprudencia española no se encuentran pronunciamientos sobre la posibilidad de las confesiones de discriminar a sus trabajadores por motivos religiosos. Los casos más próximos han sido los relativos a la contratación de profesores de religión católica en centros públicos, si bien estos docentes no son contratados directamente por la Iglesia sino por la administración educativa a propuesta del Ordinario del Lugar. Estos conflictos se han producido como consecuencia de la remoción de estos profesores, ante la falta de propuesta del Obispo diocesano, por no reunir el requisito de la idoneidad que, conforme al Código de Derecho Canónico, exige en estos docentes rectitud de doctrina y testimonio de vida cristiana.⁸

El Tribunal Constitucional ha defendido –salvo alguna excepción reciente– que los derechos fundamentales de los profesores no pierden vigencia por el mero hecho de que la prestación de servicios se desarrolle en el marco de una relación como la del profesorado de religión, sin perjuicio de que en determinados supuestos –en particular en lo que afecta al derecho de las confesiones religiosas de organizar la enseñanza de su doctrina– los eventuales conflictos hayan de resolverse reconociendo una posición prevalente al derecho de libertad religiosa de las confesiones, ya que, en otro caso, se colocaría en difícil tesitura el derecho de la Iglesia a la transmisión de sus creencias a través de la enseñanza, contenido nuclear –en palabras del propio Tribunal Constitucional– de la libertad religiosa en su dimensión colectiva.

Este planteamiento ha sido confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Fernández Martínez v. España*⁹ (2012) donde se toma en consideración la doctrina de la Corte –a la que luego me referiré– en los casos de discriminación laboral de trabajadores por parte de las confesiones religiosas.

Dentro de la jurisprudencia española se distinguen también una serie de pronunciamientos en los que se declara que no cabe calificar como laborales las relaciones entre las confesiones religiosas y el personal dedicado al desempeño de actividades estrictamente religiosas, salvo, naturalmente, que la confesión diga lo contrario. En consecuencia, esta categoría de personas no disfrutan del marco de protección que dispensa el ordenamiento laboral en tanto no son considerados trabajadores en sentido estricto.

Como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Supremo español en su sentencia de 14 de mayo de 2001, “la relación jurídica entre los ministros de culto y las distintas iglesias y confesiones no puede ser configurada, mientras se limite a la labor de asistencia religiosa y de culto y a otras inherentes a sus compromisos religiosos, como una relación laboral”.¹⁰ En cambio –matizaba la misma sentencia– “no debe haber ningún impedimento para reconocer como laboral la relación que un religioso mantiene con un tercero, fuera de la iglesia o comunidad a la que pertenece, cuando tal actividad se subsume dentro de la participación en la actividad productiva definida por el art. 1.1

8 Sobre esta cuestión puede verse, S. Cañamares Arribas, “El control jurisdiccional de la autonomía de la Iglesia católica en la designación de los profesores de religión” en *Revista española de derecho canónico*, Vol. 66, N° 166, 2009, págs. 275-292

9 Sentencia *Fernández Martínez v. España*, de 15 de mayo de 2002

10 Vid. Fundamento jurídico tercero. RJ 2001\4253

del Estatuto de los Trabajadores.”¹¹

Por los mismos motivos, el Tribunal Constitucional español afirmó en su sentencia 63/1994, de 28 de febrero,¹² que el trabajo de una religiosa como docente en un centro educativo perteneciente a su comunidad no cabe calificarlo como laboral, ya que “su relación con la actividad del centro estaba imbuida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada regida por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo.”

En los que se me alcanza dos han sido los casos en los que se ha planteado ante los tribunales españoles una posible discriminación laboral por motivos religiosos a raíz de que los recurrentes hubieran sido despedidos por parte de las instituciones religiosas para las que prestaban servicio. Sin embargo en ambos casos las alegaciones fueron enteramente desestimadas por considerar que los actores no reunían la condición de trabajadores.

Uno de esos casos fue resuelto por el Tribunal Constitucional en 1984 cuando desestimó un recurso de amparo presentado por dos religiosos que, tras decidir su secularización, fueron despedidos de su trabajo como educadores en un centro tutelar de menores, de titularidad pública, cuya gestión había sido encomendada a la Congregación de religiosos capuchinos.

Los educadores se consideraron discriminados por razón de religión, al haber sido cesados en sus puestos cuando dejaron de pertenecer a la Congregación, ya que la capacidad para ser educadores no viene impuesta por el hecho de ser religioso, dado que la labor docente es una profesión o actividad y el ser religioso un carácter o situación, siendo ambos compatibles e independientes. En el fondo, argumentaban, que la secularización no les impedía seguir desarrollando su trabajo con la misma solvencia con que lo hacían otros educadores que no tenían la condición de religiosos, sobre todo, cuando mantenían su condición de católicos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 43/1984, de 26 de marzo,¹³ sostuvo que “las relaciones del Consejo con la Congregación y de ésta con los actores son, civil la primera y canónica la segunda” y que, al estar excluidas, por tanto, de la aplicación del Derecho del trabajo no cabe reputar que hubo un despido y que éste fue discriminatorio por razón de religión.

El segundo pronunciamiento al que he hecho alusión corresponde a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 27 de julio de 2004,¹⁴ que inadmitió el recurso presentado por un sacristán que había considerado su despido como discriminatorio

11 Vid. Fundamento jurídico sexto.

12 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1994, de 28 de febrero. Fundamento jurídico cuarto.

13 Una referencia a esta sentencia puede verse en R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Ed. Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, Madrid, (1992), pp. 92-93.

14 RJA-JUR\2004\265542

porque -a juicio del Tribunal- se trata de una relación que no puede calificarse como laboral. En efecto, aunque el recurrente consideró que su relación con la parroquia cumplía las exigencias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores”, el Tribunal sostuvo que la condición de sacristán estaba excluida de la relación laboral, siendo regulada conforme a lo dispuesto por el Acuerdo de Asuntos Jurídicos de 1979.

IV. Autonomía religiosa y discriminación laboral en la jurisprudencia de Estrasburgo

Ante la falta de pronunciamientos de la jurisprudencia española en esta materia, resulta conveniente hacer una referencia a la posición mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la posibilidad de las confesiones religiosas de discriminar a sus trabajadores por motivos religiosos, en tanto sirven de criterio interpretativo para resolver los posibles conflictos que puedan plantearse en el Derecho español.

En las sentencias *Obst*¹⁵ y *Schüth*¹⁶ (2010) la Corte Europea viene a resolver sendos recursos presentados por dos trabajadores que consideraron que Alemania no había protegido suficientemente su derecho a la vida privada e intimidad –reconocido en el artículo 8 del Convenio- al respaldar la decisión de las confesiones religiosas de poner fin a su relación laboral por no ajustar su vida personal a sus propias doctrinas.¹⁷ Sostuvieron los recurrentes que el derecho de las iglesias a regular sus asuntos de forma autónoma¹⁸ no les autorizaba a exigir a sus empleados el respeto a sus principios religiosos más allá de la esfera profesional.¹⁹

En lo que respecta al caso *Obst*, la Corte de Estrasburgo sostuvo que el despido del Director para Europa de Relaciones públicas de la Iglesia mormona por haber incurrido en adulterio –una de las conductas más reprobables para esta iglesia- no supuso una violación de su derecho a la intimidad, ya que el despido constituyó una medida necesaria para preservar la credibilidad de la iglesia, habida cuenta del puesto relevante que ocupaba en ella el recurrente.

15 Sentencia *Obst v. Alemania*, de 23 de septiembre de 2010

16 Sentencia *Schüdt v. Alemania*, de 23 de septiembre de 2010

17 Sobre la autonomía de las iglesias en Alemania en el ámbito de las relaciones laborales puede verse C. Stark, “Nuevo desarrollo de las relaciones entre Estado e Iglesia en el Derecho alemán”, en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 23 (2010) en <http://www.iustel.com>; También puede verse, G. Robbers, “Church autonomy in the European Court of Human Rights. Recent Developments in Germany”, en *Journal of Law and Religion*, 2010-2011, pp. 281-320.

18 Conforme a la constante jurisprudencia de Estrasburgo, cuando la autonomía de las confesiones religiosas está en juego, el artículo 9 del Convenio se debe interpretar a la luz del artículo 11, que protege la vida asociativa frente a cualquier injerencia injustificada del Estado. En efecto, la autonomía de dichas comunidades, indispensable para el pluralismo en una sociedad democrática, se encuentra en el mismo corazón de la protección propuesta por el artículo 9”. Vid. Sentencia *Obst v. Alemania*, apartado 44.

Sobre este punto puede verse, G. Robbers, “Church autonomy in the European Court of Human Rights. Recent developments in Germany” en *Journal of Law and Religion*, 2010-2011, pp. 281 y ss.

19 Sobre el contenido de estas sentencias puede verse un análisis detallado en G. Moreno Botella, “Los difusos límites entre el deber de lealtad de los asalariados de entidades confesionales y la autonomía Eclesial (dos Decisiones del TEDH de 23 de septiembre de 2010, *Obst* y *Schuth c. Alemania*)” en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 26 (2011) en <http://www.iustel.com>

Vid. también F. Cranmer, “Employment rights and Church discipline: *Obst* and *Schüth*” en *Ecclesiastical Law Journal*, Vol. 13, n° 2 (2011), pp. 208-215.

Se trataba más bien de una restricción proporcionada de su derecho a la intimidad, ya que el directivo no había estado sujeto a obligaciones de lealtad inaceptables pues, dada su condición de miembro de la Iglesia, conocía, en el momento de la firma del contrato, la importancia de la fidelidad matrimonial para su empleador y de la incompatibilidad de su relación extra-matrimonial con la acrecentada obligación de lealtad que había asumido frente a la Iglesia. Adicionalmente, se afirmó que la lesión sufrida por Obst en su vida privada a consecuencia del despido tenía un carácter mínimo dado que su experiencia profesional y su relativamente joven edad le permitiría acceder a otro puesto de trabajo sin especiales complicaciones.

En Schüth, en cambio, la Corte sostuvo que el despido del organista de una parroquia católica por haber instaurado, después de haberse separado de su esposa, una convivencia con otra mujer con quien esperaba un hijo, entrañaba una vulneración del artículo 8 del Convenio. En este caso se sostiene que al demandante se le había sometido a obligaciones inaceptables de lealtad, ya que si bien, al firmar el contrato de trabajo, aceptó un deber de fidelidad hacia la Iglesia Católica que limitaba, hasta cierto punto, su derecho al respeto de su vida privada, ello no puede entenderse como un compromiso personal que no admite error alguno en relación con la doctrina del grupo religioso, sobre todo cuando el trabajador –como ocurre en este caso– por la posición que ocupa dentro de la organización de la iglesia no debería estar sometido a elevadas obligaciones de lealtad. Sostener lo contrario supondría una afectación del núcleo mismo del derecho al respeto de la vida privada. Paralelamente, a juicio de la Corte de Estrasburgo, los tribunales alemanes no tuvieron en cuenta la incidencia del despido sobre el derecho a la vida personal y familiar del trabajador, ya que obviaron toda referencia a las limitadas oportunidades de encontrar otro trabajo, como consecuencia de su específica cualificación profesional.

En fin, en *Siebenhaar v. Alemania*,²⁰ (2011) la Corte consideró que el despido de una educadora infantil de una guardería, gestionada por una parroquia protestante, por no compartir su doctrina religiosa resultaba necesario para proteger la credibilidad de la Iglesia. En efecto, su contrato de trabajo disponía, en términos generales, que todos los trabajadores debían poner sus competencias al servicio de la proclamación del Evangelio y que, en virtud de las normas internas de la Iglesia Protestante, la trabajadora no podía pertenecer ni participar en una organización cuyos principios, objetivos o actividades prácticas estuvieran en contradicción con la misión de la Iglesia protestante.

El Tribunal entendió que no hubo violación de la libertad religiosa de la educadora en tanto las obligaciones de lealtad impuestas por la iglesia protestante eran aceptables pues, por un lado, la trabajadora debía haber estado enterada, en el momento de la firma del contrato, de que sus actividades en otra Iglesia resultaban incompatibles con sus compromisos laborales; y por otro, porque se orientaban a proteger su credibilidad ante el público y ante los padres de los niños que acudían al jardín de infancia, evitando cualquier riesgo de influencia religiosa por parte de una educadora que pertenecía a una confesión que estaba en contradicción con los preceptos de la Iglesia protestante.

²⁰ *Siebenhaar v. Alemania*, de 3 de febrero de 2011

V. La discriminación laboral de las entidades religiosas en la jurisprudencia norteamericana

Al hilo del caso *Siebenhaar*, quisiera, en este punto, aportar una perspectiva comparada a esta cuestión deteniéndome brevemente en la Sentencia *Hossana-Tabor*, del Tribunal Supremo norteamericano, que constituye un punto de referencia en esta materia, al haber respaldado, en términos amplios, la autonomía religiosa frente a las alegaciones de discriminación de una profesora de un colegio que fue despedida después de una baja laboral por enfermedad.²¹

Este pronunciamiento, que no ha estado exento de críticas, debe analizarse prestando especial atención a los hechos que rodearon el despido de la trabajadora, en los que se involucran tanto sus posibles problemas de salud como su condición de “ministro de culto” dentro de la iglesia y el respeto a cuestiones religiosas internas.

En *Hossana-Tabor* los hechos vienen marcados por una profesora de un centro educativo perteneciente a una congregación de la Iglesia luterana que fue despedida después de una baja por enfermedad por narcolepsia. Obtenida el alta médica solicitó su incorporación a su puesto de trabajo pero la dirección del colegio receló de su capacidad para atender sus responsabilidades profesionales y le invitó a renunciar a cambio de algunas compensaciones sociales.

Rechazada la propuesta del colegio, la directora le comunicó, a través de una conversación telefónica, que probablemente sería despedida. La maestra le indicó que si se confirmaba tal decisión ejercería las acciones legales oportunas por discriminación laboral. Como reacción el Consejo Escolar le dirigió una carta anunciándole su despido debido a que había dañado, sin posibilidad alguna de reparación, sus relaciones con la institución educativa dado que había amenazado con llevar el caso ante la administración laboral, obviando el procedimiento interno para la resolución de conflictos.

En ella el Tribunal Supremo aplica la llamada “excepción ministerial” que impide que puedan prosperar las demandas de discriminación laboral presentadas por trabajadores que ostenten la condición de ministros de culto contra sus confesiones religiosas empleadoras.²² Es importante subrayar que la excepción ministerial sólo beneficia a las entidades religiosas frente a aquellas personas que tienen la consideración de ministros religiosos.

En efecto, lo más destacable de este caso está en que la profesora tenía la condición

21 *Hossana-Tabor Evangelical Church and School v. EEOC*, 132 S.Ct. 694 (2012)

22 Vid. E. G. Phillips, “Ministerial exception meets its match: primary duties of secular employees” en *Tennessee Bar Journal* October, (2010), pp.32 y ss; T. Cole, “The ministerial exception: resolving the conflict between Title VII and First Amendment” en *Charleston Law Review*, Summer (2010), pp. 703 y ss. “Ministerial exception to Title VII: The case for a deferential primary duties test” en *Harvard Law Review*, May, (2008), pp. 1776; B. N. Bagni, “Discrimination in the name of Lord: a critical evaluation of discrimination by religious organizations”, en *Columbia Law Review*, December, (1979), pp. 1514 y ss.

de ministro de culto, en tanto que -a diferencia de otros docentes- estaba en posesión de un “diploma de vocación”, expedido por la propia confesión religiosa, conforme a su título de “Minister of Religion, Commissioned”, después de haber superado los estudios necesarios.²³

Con base en la autonomía religiosa, el Tribunal Supremo respalda el carácter ministerial de la profesora, a pesar de la naturaleza secular de sus actividades y de que los demás miembros del claustro –aunque no tuvieran condición ministerial- desempeñaran en gran medida las mismas funciones que la profesora recurrente. Apunta la sentencia que, en un buen número de casos, también las autoridades religiosas de cualquier confesión desempeñan tareas de carácter secular: actividades de gestión financiera, supervisar las instalaciones, controlar a los trabajadores, etc., sin que ello obste su consideración como ministros de culto.²⁴

La solución hubiera sido distinta si en la trabajadora no hubiera concurrido la condición de ministro de culto, ya que, en este caso, parece más que probable que – como hizo la Corte de Apelación²⁵ se considerara el despido de la trabajadora como discriminatorio por razón de discapacidad –narcolepsia- desvinculada de cualquier exigencia de carácter religioso que pudiera exceptuar la aplicación de la legislación antidiscriminatoria.

Sostengo que la solución tendría que haber sido distinta en uno y otro caso porque si bien es cierto que la motivación religiosa del despido fue justificada por la entidad empleadora en que la trabajadora había obviado el procedimiento interno de resolución de conflictos acudiendo a la administración laboral, no es menos cierto que la reacción de la trabajadora tuvo lugar después de que la entidad empleadora le informara de la posibilidad de ser despedida.

Recuérdese, la legislación norteamericana en materia de discriminación laboral –en esta caso, la American with Disabilities Act- reconoce a las confesiones el derecho a discriminar a sus empleados por motivos religiosos incluso cuando éstos desarrollen ac-

23 La institución educativa Hosanna-Tabor, dependiente del Lutheran Church-Missouri Synod, emplea dos categorías de profesores: de un lado, los “laicos” o “contratados” (“lay teachers” or “contract teachers”) y, de otro, los vocacionales (“called teachers”). La profesora despedida empezó siendo “contract teacher” y a los pocos meses fue contratada como “called teacher”. Lo relevante es que durante ambos periodos impartió las mismas materias de carácter secular (lengua, matemáticas, música, etc.) al igual que la asignatura de religión durante cuatro horas semanales.

Para ser contratado como “called teacher” los profesores deben realizar un periodo de formación sobre diversos aspectos de la fe cristiana a cargo de la propia confesión religiosa: Lutheran Church-Missouri Synod. Una vez superado, el docente recibe un certificado de “ministro de la enseñanza” y pasa a engrosar una lista de profesores que pueden ser contratados por cualquier colegio que precise personal.

24 Conviene también señalar que el contenido de los distintos votos concurrentes formulados por tres magistrados a esta sentencia (Thomas, Alito y Kagan) defienden una concepción amplia e inclusiva del concepto de ministro de culto, que teniendo en cuenta las características de cada caso permitan concluir si determinada persona empleada por una confesión merece ser calificada como “ministro de culto”

25 Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. E.E.O.C., 597 F.3d 769, 772 (6th Cir. 2010)

Un comentario a esta sentencia puede verse en S. Isaacson, “Hossana-Tabor: los límites de la autonomía de una organización religiosa frente a leyes laborales antidiscriminatorias” en Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, n° 27 (2011) en <http://www.iustel.com>

tividades de carácter secular.²⁶ Sin embargo, ello no supone otorgar carta blanca a las confesiones religiosas para que puedan discriminar a sus trabajadores por cualquier motivo sino sólo cuando resulte justificado por razones de religión. Dicho de otra manera, se permite que las confesiones religiosas puedan considerar el elemento religioso como un requisito imprescindible de cualificación profesional de sus trabajadores, siendo esta decisión controlable, en todo caso, por los tribunales de justicia.

Por ello, a mi juicio, resultaría difícil justificar que en *Hossana-Tabor* la decisión de la entidad empleadora pudiera estar amparada por el ejercicio colectivo de la libertad religiosa.

VI. Conclusiones

A la luz de todos estos casos cabe plantearse cuál es el punto de equilibrio entre la autonomía de las confesiones religiosas para organizar autónomamente su funcionamiento interno y el derecho del personal a su servicio de no ser discriminado por motivos religiosos.

Considerando que no hay derechos absolutos ¿es posible el reconocimiento de una autonomía absoluta a las confesiones religiosas a la hora de regular sus relaciones de servicio con quienes reúnen la condición de ministros de culto inmune al control jurisdiccional?

La respuesta debe ser afirmativa, al menos en el ámbito de las relaciones de personal, por dos principales razones. En primer lugar, porque desde el punto de vista de los ministros de culto se debe recordar que propiamente no reúnen la condición de trabajadores, estando sujetos a obligaciones de lealtad acrecentadas hacia su iglesia, que determinan que no se admita el disenso en materia religiosa y organizativa. De esta manera, como ha recordado la Gran Sala de Estrasburgo en la Sentencia *Sindicatul*,²⁷ los ministros desafectos pueden optar por ejercer su libertad religiosa abandonando la iglesia, pero si deciden mantenerse en ella deben estar dispuestos a respetar las normas del grupo e incluso a renunciar al ejercicio de algunos derechos. En segundo lugar, en tanto sostener el sometimiento de estas relaciones a la legislación laboral podría provocar una colisión severa con la doctrina religiosa del grupo que afectaría al núcleo esencial de la libertad religiosa en su vertiente colectiva, en la medida en que pudiera obligarse a una confesión religiosa a tener por ministro de culto a quien según normas doctrinales no lo es.²⁸

²⁶ El artículo 103 de esta norma recoge la citada excepción en los siguientes términos:

d) Religious entities. (1) In general. This subchapter shall not prohibit a religious corporation, association, educational institution, or society from giving preference in employment to individuals of a particular religion to perform work connected with the carrying on by such corporation, association, educational institution, or society of its activities. (2) Religious tenets requirement. Under this subchapter, a religious organization may require that all applicants and employees conform to the religious tenets of such organization.

²⁷ Sentencia *Sindicatul Pastorul Cel Bun v. Rumania*, de 9 de julio de 2013

²⁸ Cabe, en este punto referirse a la sentencia de un Tribunal de Circuito norteamericano en el caso *McClure* donde, con ocasión de un conflicto planteado a raíz de una distinta retribución de ministros de culto por razón de sexo en el marco de una entidad religiosa (*Salvation Army*), afirmó que la aplicación del Título VII de la *Civil Rights Act* a las confesiones religiosas entrañaría una vulneración de la libertad religiosa colectiva, ya que la relación entre una iglesia organizada y sus ministros de culto constituye un aspecto nuclear de la propia confesión. El ministro de culto –apuntaba la sentencia– es el principal instrumento a través del cual la iglesia busca el cumplimiento de sus fines. Por ello, los problemas relativos a esta relación específica deben ser considerados como eminentemente religiosos.

En fin, la sentencia dispuso que los problemas entre la recurrente y la confesión religiosa venían referidos a cuestiones

Además, en este tipo de situaciones también resultaría afectada la libertad religiosa individual, pues como tuvo ocasión de declarar el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia *Hasan y Tchaush v. Bulgaria*,²⁹ las ceremonias religiosas tienen un significado y un valor sagrado para los fieles cuando las celebran los ministros del culto habilitados para ello en virtud de reglas puramente religiosas. Consecuentemente, la personalidad de estos últimos es muy importante para todo miembro activo de la comunidad por lo que, en estos casos, la autonomía religiosa no sólo presenta un interés directo para la organización de la comunidad como tal sino también para el goce efectivo del conjunto de sus miembros. De ahí el valor nuclear de la autonomía en el marco de la libertad religiosa, ya que sin ella “todos los demás aspectos de la libertad de religión del individuo estarían debilitados.”

La situación resulta distinta cuando en el trabajador no concurre la condición de ministro de culto, ya que la legislación laboral autoriza que las creencias o la práctica religiosa pueden ser consideradas como una exigencia de buena fe, esto es, como un elemento determinante de la cualificación laboral, capaz de eliminar cualquier intencionalidad discriminatoria por parte de la confesión religiosa.

En estos casos la autonomía de los grupos religiosos no tiene un carácter absoluto quedando las decisiones adoptadas en materia laboral sometidas al control de los tribunales, quienes respaldarán la decisión de la entidad religiosa cuando constaten la existencia de una razón de religión o moral. Resulta claro que el papel de los órganos jurisdiccionales en este punto tiene que limitarse únicamente a la constatación del carácter religioso de la motivación, sin que quepa extenderlo a valorar el acierto o conveniencia del criterio la autoridad religiosa. De lo contrario existiría el riesgo de suplantar la decisión de la autoridad religiosa, designando –directa o indirectamente- a la persona idónea, con lo que se está produciendo una vulneración de la autonomía de la confesión religiosa.

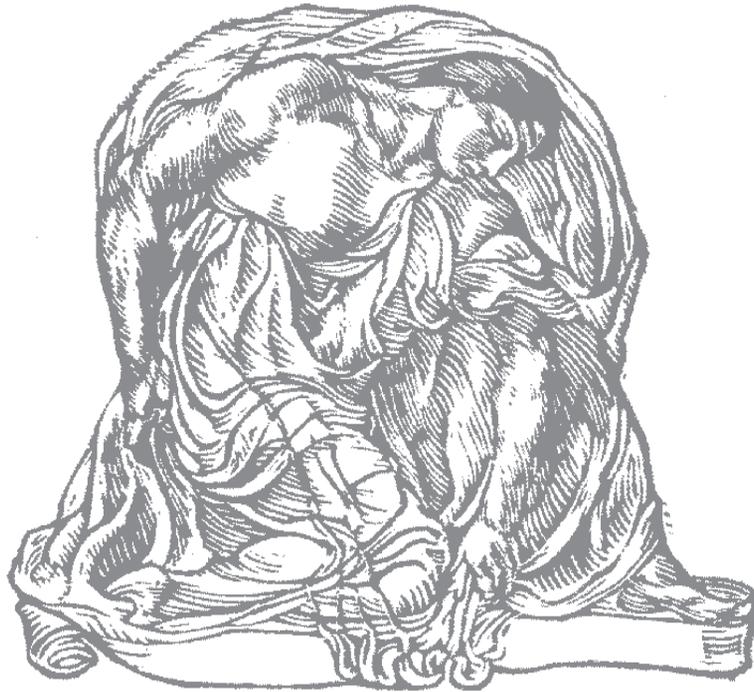
Es cierto que, desde algunos sectores, se ha venido sosteniendo que este planteamiento podría situar a las confesiones religiosas por encima de la Ley. Sin embargo, es posible advertir un cierto error de enfoque en esta afirmación en tanto es la propia Ley la que permite a las confesiones religiosas este ámbito de autonomía para que puedan ejercer su libertad religiosa de un modo eficaz.

En este sentido se debe tener en cuenta -como puso de manifiesto la Corte de Estrasburgo en *Siebenhaar* que cuando una persona no comparte las convicciones de la entidad religiosa empleadora puede encontrar otro empleo y conservar sus creencias. En cambio una Iglesia no puede modificar sus convicciones, so pena de perder su identidad y su credibilidad.

Por eso, a la hora de encontrar la solución más adecuada en Derecho para estos casos controvertidos se deben analizar minuciosamente las circunstancias de cada uno de ellos, teniendo en cuenta que la habilidad del juicio constitucional consistirá en distinguir entre situaciones de amenaza real para la igualdad y no discriminación de los trabajadores y la mera sospecha frente a las entidades religiosas empleadoras.

internas de la iglesia, referidas a su administración y gobierno, con lo que debían quedar al margen de la aplicación de la legislación antidiscriminatoria. (Vid. *McClure v. Salvation Army* (5th Cir.), 460 F.2d at 558-59)

29 Sentencia *Hasan y Tchaush v. Bulgaria*, de 26 de octubre de 2000



JURISPRUDENCIA COMENTADA

FISCHER CASTELLS, Federico

Algunas reflexiones acerca del control de la homonimia de las sociedades comerciales: a propósito de la Sentencia Nro. 815/011 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

VELOSO GIRIBALDI, Natalia

Responsabilidad del estado por su actividad jurisdiccional: el caso Jaramillo

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL CONTROL DE LA HOMONIMIA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA NRO. 815/011 DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERICO FISCHER CASTELLS

SUMARIO: 1. El caso en análisis. 2. Concepto de denominación social. 3. Argumentos y puntos en conflicto. 4. Valoración crítica de la sentencia – proyección del giro “semejante” del art. 12 de la LSC como un concepto jurídico indeterminado.

1. El caso en análisis

En los autos caratulados: “AGA S.A. c/ Estado, Ministerio de Economía y Finanzas, Acción de Nulidad” comparece ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”) la actora - AGA S.A. - solicitando se revoque una resolución emanada de la Auditoría Interna de la Nación (“AIN”), por la cual se desestimó el cambio de denominación que dicha entidad solicitara.

En efecto, AGA S.A. - la filial uruguaya del Linde Group, grupo internacional líder en la producción y comercialización de gases industriales – había solicitado a la AIN la autorización del cambio de denominación de la sociedad a “LINDE GAS URUGUAY S.A.” Sin embargo, la AIN no hizo lugar a la solicitud en virtud de ya existir en sus registros otra sociedad preexistente – la sociedad “LINDE’S S.A. - cuya denominación incluía el término “LINDE”.

El TCA no compartió los argumentos presentados por AGA S.A. y en su Sentencia rechazó la Acción de Nulidad impetrada.

2. Concepto de denominación social

Previamente a profundizar en el estudio del caso particular, conviene precisar brevemente la noción del instituto jurídico en aplicación - la denominación social - a fin de delimitar su contenido y alcance, así como diferenciarlo de otras figuras afines también previstas por el ordenamiento jurídico.

La denominación social es uno de los contenidos propios que del contrato o estatuto social, conforme dispone el art. 12 de la Ley de Sociedades Comerciales N°16.060 (“LSC”).

La Doctrina – sin perjuicio de los matices propios de cada autor - conceptualiza a la denominación social en base a dos caracteres fundamentales: i) el hecho que la denomi-

nación social constituye un atributo inherente a la sociedad en tanto persona jurídica¹, y ii) su función identificatoria. En definitiva, se asimila a la denominación social con el nombre propio de la persona física.²

En efecto, la gran mayoría de las definiciones ensayadas hacen énfasis en la denominación social como un “atributo de la personalidad”, el cual expresa la “identidad” o “individualidad” de la sociedad.

Así, entre otros, GERMAN y CARRAU señalan que la denominación social “consiste en un atributo de la personalidad que sirve para identificar al sujeto de derecho al igual que el nombre de la persona física. En otras palabras, posibilita identificar un centro de imputación configurando un derecho de identidad de las sociedades”; BUGALLO, expresa que este instituto “es la expresión de identidad de la sociedad comercial y constituye uno de los elementos que deberá establecer el contrato social. Sirve para expresar inequívocamente la individualidad de la sociedad comercial a la que corresponde, sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica”; y en el mismo sentido, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, menciona que “El nombre social, que abarca tanto a la denominación como a la razón social, constituye un signo verbal indentificatorio de la sociedad en cuanto persona jurídica”. Asimismo, FERREIRA TAMBORINGEDUY, destaca que la denominación social “no es otra cosa que la forma de identificar a una sociedad comercial de otras, asegurando la transparencia de las relaciones comerciales y el correcto funcionamiento de las sociedades”.³

No obstante ello, a la hora de analizar, conceptualizar y aplicar este instituto, no puede soslayarse que, en los hechos, la denominación social cumple una función no solamente identificadora, si no también distintiva, individualizando al sujeto como operador económico en el mercado.

En este sentido, se coincide con HALPERIN, en cuanto a que este instituto: “tiene una doble función de identificación y de atracción de clientela”.⁴

1 Destaca SUSENA BARDALLO que existe opinión generalizada en favor de considerarlo un atributo de la personalidad de la sociedad que sirve para identificarla” (“SUSENA BARDALLO, Emilio, “Denominación Social y Contralor de Homonimia”, en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Tomo 98, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012, pág. 103)

2 2. Cfse. RODRIGUEZ OLIVERA, Nuri, “Denominación Social”, en <http://www.derechocomercial.edu.uy/clasecont-soc02a.htm>. A mayor abundamiento, cabe precisar que, como señala LAMAS: “el nombre de la personas jurídicas cumple una función individualizante, en tanto identificación de una persona como centro de imputación de derechos, y en esa medida cumple similar función que el nombre de las personas físicas. La diferencia, según vimos, es que el nombre de los seres humanos, además, tiene que ver con la protección de su identidad, y el de aquellas no”. (LAMAS, Mario Daniel, “Derechos de la Personalidad y Explotación de la Apariencia Humana”, Cikato Abogados, 1era Ed. 2004, Montevideo, pág. 142).

3 CARRAU, Matilde y GERMAN, Daniel, “Conflictos entre Nombre Comercial, Denominación Social y Nombre de Dominio” en Anuario de Derecho Comercial Tomo 10, FCU, 2004, pág 107; BUGALLO, Beatriz, “Propiedad Intelectual”, FCU, 1era Ed., 2006, Montevideo, pág 285; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Derecho Societario Parte General – El Contrato de Sociedad”, Editorial Heliasta S.R.L., 1era Ed. 1994, Buenos Aires, pág 531; FERREIRA TAMBORINGEDUY, Héctor, “La notoriedad de la Denominación Social”, en Obra Colectiva “Dinamismo y Desafíos del Derecho Comercial. Semana Académica 2013” FCU, 2013, Montevideo pág. 90,

4 HALPERIN, Issac, señala que “el nombre tiene una doble función de identificación y de atracción de clientela; de ahí que la ley 3975 y la doctrina concuerdan en que: a) no debe inducir a error en cuanto al objeto; b) ni confundirse con el de otra sociedad” (“Curso de Derecho Comercial”, vol I, Depalma, 2000, p. 323). Asimismo, Cfse. BUGALLO, Beatriz, ob. cit. pág. 289.

A diferencia del nombre comercial, la denominación social no constituye una propiedad industrial y por tanto no puede ser transferida o enajenada de forma separada del resto de la sociedad.

Finalmente, es importante tener presente que la denominación social convive en el comercio con otros signos que identifican la actividad del comerciante – como son las marcas, indicaciones geográficas, nombres comerciales, nombres de dominio, etc. – los cuales si bien tienen una raíz común y pueden aparecer en un principio como similares, cumplen funciones disímiles y se rigen por distintas normas y principios.⁵

Asimismo, un signo que constituye una denominación social, puede a la vez, ser un nombre comercial, operar como una marca registrada e incluso constituir un nombre de dominio.

En este contexto, en caso de que existan dos signos en pugna, es tarea del operador jurídico analizar la naturaleza jurídica de los mismos y el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos.

3. El punto en conflicto – interpretación del giro “semejante” del art. 12 de la LSC

El centro del análisis realizado por las partes del litigio y el TCA radica en determinar si en la especie la solicitud de cambio de denominación social impetrada por la actora viola o no lo dispuesto en el inciso 3ero del artículo 12 de la LSC.

Como es sabido, la referida norma establecía - al momento del dictado de la sentencia en análisis⁶ – que:

“La denominación no podrá ser igual o semejante a la de otra sociedad preexistente.”

Asimismo, la AIN en el ejercicio de su discrecionalidad ha explicitado a través del “Manual de Procedimiento de Control de Denominaciones Sociales” (“el Manual”) y las circulares Nro. 1/95 y 7/95 los criterios técnicos adoptados por este organismo para determinar cuándo una denominación es semejante a la otra, y cuáles son las excepciones admitidas a dichos criterios.⁷

5 No obstante ello, por mucho tiempo no existió un consenso en la doctrina y jurisprudencia uruguaya respecto de cuáles eran los caracteres individualizantes de estos institutos y las disposiciones legislativas que los regían. A mayor abundamiento cfse. SUSENA BARDALLO, Emilio, “Denominación Social y Contralor de Homonimia”, ob. cit. págs. 102 y ss.

6 Es importante destacar que la redacción del inciso 3ero del artículo de la LSC fue ligeramente modificada por el art. 112 de la reciente Ley N° 18.996 (Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. Ejercicio 2011). Actualmente, la nueva redacción de la referida disposición establece que: “La denominación no deberá ser igual o notoriamente semejante a la de otra sociedad preexistente”. Sin perjuicio que el análisis de esta modificación excede el objeto del presente trabajo, cabe formular las siguientes puntualizaciones preliminares con relación al nuevo texto de la disposición: i) se impone un estándar más estricto para determinar cuándo se configura la homonimia – la mera similitud de una denominación social con otras no basta para rechazar la misma; ii) en este caso el giro “notoriamente similar” refiere a que las denominaciones sociales deben mostrar una clara o evidente semejanza. No parece utilizarse el adjetivo notoriedad en el sentido utilizado en el derecho marcario, esto es, entendiéndose lo notorio como algo público o conocido por todos; iii) la indeterminación del término “notoriamente semejante”, agrega una subjetividad aún mayor al control de la existencia o no de homonimia de las denominaciones sociales; y iv) deberían ajustarse los criterios técnicos de la AIN en virtud de la modificación prevista por la nueva redacción de esta norma.

7 En lo relevante al caso concreto, el criterio 7 del Manual, dispone que: “Las circulares Nro. 1/95 y 7/95 permiten al

En particular, en cuanto a la semejanza, el manual dispone que:

“(Concepto 3) Se entiende que una denominación es semejante a otra preexistente cuando los vocablos dominantes o raíz son iguales, diferenciándose el nombre solo por la existencia de aditamentos”.

A continuación nos referiremos a los argumentos vertidos por las partes en cuanto a estos puntos:

3.1. Tesis de la parte actora

La parte actora plantea que la AIN no estaría facultada para controlar si la denominación social de una sociedad es “igual o semejante” a la de otra sociedad preexistente, haciendo eco del planteo de OLIVERA GARCÍA.

OLIVERA GARCÍA ha sostenido que – dado que, como se explicará en detalle, la similitud o semejanza son conceptos propios de la propiedad industrial, cuya determinación hace a aspectos concurrenciales – la AIN carecería de elementos de juicio suficientes para determinar la similitud entre dos denominaciones, y este control debería realizarlo la parte agraviada.⁸

En este sentido señala OLIVERA GARCÍA que “Para poder determinar la existencia o peligro de confusión en el mercado o el desplazamiento de clientela de una sociedad a otra, no basta con atender al objeto social de una y otra, sino que es completamente necesario conocer la actividad y operativa efectivamente desarrollada. La similitud o semejanza no puede ser comprendida en abstracto (...) En la medida que la AIN no conoce, ni puede conocer, la actividad u operativa realizada por las sociedades cuya denominación se comprara, ya que carece de la formación necesaria para ello y de la posibilidad de obtener esa información, resulta evidente que no puede ejercer ese control entre denominaciones sociales. Es la parte lesionada con la desviación de la clientela, o perjudicada de otro modo por la confusión en el mercado, quien deberá proteger su denominación social (...)”.⁹

A consecuencia de ello, señala la actora que las denominaciones en cuestión no sería confundibles, dado que la sociedad “LINDE’S S.A.” no desarrolla ninguna actividad, y, aun cuando la desarrollara, ello no tendría importancia puesto que el objeto social de ambas sociedades es diverso.

Asimismo, el actor plantea que no corresponde la aplicación de las circulares Nro. 1/95 y 7/95. Entiende que serían ilegales, por cuanto se apartarían de lo previsto por art. 12 de la LSC.

usuario la posibilidad de utilizar un nombre similar a otro preexistente, si se le adiciona la actividad que desarrollará en la denominación y a su vez tiene objeto exclusivo, siempre que la sociedad existente no contenga el mismo giro en el nombre”.

8 Cfse. OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “El Control de la Homonimia en la Constitución de las Anónimas”, en Obra Colectiva “Hacia un nuevo Derecho Comercial. Semana Académica 2012”, Montevideo : FCU, 2012, pág 189-193

9 OLIVERA GARCÍA, Ricardo, op. cit. págs. 190 y 191.

En este sentido, se señala que conforme al art. 12 de la LSC una denominación semejante a otra anterior solo puede ser prohibida cuando induzca a confusión por desarrollar una misma actividad y tener un mismo objeto social, y que dicha situación no se verifica en la especie puesto que ambas sociedades tienen un objeto distinto.

3.2 Tesis de la parte demandada, acogida por el TCA

La parte demandada, y en definitiva el TCA desestima *in totum* los argumentos planteados por la actora.

Así, se afirma que la LSC y la normativa reglamentaria le otorgan a la AIN la facultad expresa de controlar a las sociedades anónimas respecto de la modificación de su contrato social, y que, en ese marco, “el referido cometido de control le atribuye a la AIN la discrecionalidad técnica para establecer los criterios o pautas que aplicará para determinar en los casos en que las denominaciones de las sociedades anónimas sean iguales o semejantes”.¹⁰

En suma, se sostiene que no puede objetarse la competencia de la AIN para el análisis de la sujeción legal de las denominaciones – ni los criterios técnicos que este órgano establezca en el cumplimiento de este cometido.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el Manual de la AIN que explicita los criterios técnicos del órgano, la denominación en estudio sería “semejante” y por tanto, contravendría el art. 12 de la LSC.

No corresponde – para la demandada y el TCA - entonces adentrarse en el análisis del objeto o la actividad que ambas sociedades efectivamente desarrollan.¹¹

Finalmente, en cuanto a las circulares 1/95 y 7/95 simplemente se expresa que no corresponde su aplicación en virtud de que no se configuran los extremos previstos en las propias normas a tal fin – más nada se dice respecto de si estas se adecúan a lo previsto por el art. 12 de la LSC.

3.3 Nuestra opinión – reflexiones en torno al art. 12 de la LSC

Como queda de manifiesto en el caso en cuestión, la interpretación del criterio de “similitud” o “semejanza” previsto en el art. 12 de la LSC no es unívoca y presenta un problema de difícil solución para los operadores jurídicos que se enfrentan a la aplicación de la citada norma.

Sin perjuicio que la LSC parece afiliarse a la tesis que asimila la denominación social al nombre de la persona física – lo que apareja la imposibilidad de que existan dos denominaciones sociales semejantes, sin importar ninguna otra característica que las diferencie – el giro utilizado impone el análisis de cuestiones concurrenciales, propias del

¹⁰ “AGA S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad” (Ficha No. 800/09), Sentencia Nro. 815/011 del TCA.

¹¹ En este caso parecería que la demandada y el TCA se afiliarían a una posición civilista – la cual parecería ser la mayoritaria en doctrina nacional – que asimila a la denominación social con el nombre de la persona física.

derecho de la propiedad industrial, a la hora de analizar la semejanza o confundibilidad de las denominaciones en pugna.

Al respecto, señala con acierto BUGALLO que: “este planteo pone en evidencia las dos posiciones en las que se divide la doctrina comparada al analizar la naturaleza jurídica de la denominación social. Una de las posiciones, tesis tradicional, identifica a la denominación social con el derecho civil y pretende que se regule por sus principios. La otra posición, sostiene que la denominación social es un signo distintivo, en su dimensión”.¹²

Ante esta situación, parecería que las dos tesis planteadas por las partes en el caso en cuestión resultan insuficientes para apreciar la semejanza o similitud de las denominaciones, a la luz de lo dispuesto en el art. 12 de la LSC y lo que parecería ser la *ratio legis* de la norma.

Así, por un lado, la posición del actor, al solamente considerar aspectos concurrentiales, equipara el análisis de la semejanza de las denominaciones sociales al del nombre comercial, y soslaya la función identificatoria - en tanto atributo de la personalidad - de la denominación social.¹³ Por otra parte, la AIN y el TCA abogan por un análisis frío, abstracto y en base a criterios preestablecidos, que no considera la función distintiva del signo en cuestión y que tampoco toma en cuenta otros elementos ajenos a la mera comparación de las denominaciones en pugna.

Coincidimos con BUGALLO en que el equilibrio solamente se puede plasmar en la práctica analizando las circunstancias de cada caso concreto¹⁴, las cuales deberán ser consideradas en su globalidad y a la luz de una interpretación finalista del art. 12 de la LSC, que considere la naturaleza dual de la denominación social.

En consonancia con lo expuesto, no nos parece acertado que se establezca una definición única y de aplicación ineludible de “similitud”, que positive y delimite dicho concepto – máxime cuando la misma no es una interpretación auténtica y emana de una norma de menor jerarquía.

12 BUGALLO, Beatriz, ob cit. pág 288.

13 Sin perjuicio que -como bien señala OLIVERA GARCIA - es insoslayable que la utilización del giro “semejante” en el art. 12 de la LSC impone análisis que se base en cierta medida en criterios concurrentiales, no parecería razonable equiparar el control de la homonimia con el de los nombres comerciales.

14 Con respecto a este punto, nos parece acertada la iniciativa de FERREIRA TAMBORINDEGUY, quien ha pugnado por la introducción del concepto de notoriedad como elemento a valorar a la hora del análisis de la semejanza de las denominaciones sociales – si bien el mismo es un concepto propio del derecho de propiedad industrial. (TAMBORINDEGUY, Héctor, “La notoriedad de la Denominación Social”, en Obra Colectiva “Dinamismo y Desafíos del Derecho Comercial. Semana Académica 2013” FCU, 2013, Montevideo). Lo anterior, por cuanto en los hechos se ha demostrado que existen situaciones en donde la adopción de una determinada denominación social no afecta la función identificatoria de la misma, pero vulnera de forma flagrante, por el mero registro, su función distintiva, y no están contempladas en el Manual de la AIN. Así, piénsese por ejemplo, en el caso de que se constituya una sociedad con la denominación “adidas S.R.L.” o “Coca Cola S.A.”. De todas maneras, al no tener nuestro país, a diferencia de otras legislaciones latinoamericanas, un registro de signos marcarios o nombres notorios o renombrados, la aplicación de este criterio en la práctica dependería de la valoración de la prueba que la parte que solicita el reconocimiento de la notoriedad de su denominación pueda aportar.

Así, en la jurisprudencia podemos encontrar fallos que consagran soluciones en ambos sentidos ante situaciones similares a la presente: Cfse. el caso “KEYSTONE S.A.c/ KEYSTONE DISTRIBUTION URUGUAY S.A” – Daños y Perjuicios, TAC 6, Sentencia N° 148/98 de 27 de julio de 1998, y el caso “TAUNUS, S.A. C. TAUNUS ARGENTINA, S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, en Sentencia de fecha 23 de mayo de 1989.

Como hace largo tiempo se sostiene en el campo de la propiedad industrial, la similitud o semejanza es un concepto teñido de subjetividad, y cuyo alcance y aplicación debe analizarse en cada caso concreto.

Al respecto, el Prof. OTAMENDI enfatiza que: “la apreciación de la confundibilidad es una cuestión difícil, y que no existe una regla matemática, clara y precisa, que sirva para determinar la posibilidad de confusión. Lo que para algunos es confundible, para otros no lo será”.¹⁵

En virtud de ello, es claro que el analizar la similitud o confundibilidad de dos denominaciones sociales en pugna exclusivamente a la luz de los criterios técnicos del Manual de la AIN, es probable que se arribe a resultados injustos que contraríen la finalidad del art. 12 de la LSC. Idéntico razonamiento es aplicable en relación con la aplicación de las excepciones previstas en las circulares Nro. 1/95 y 7/95.

4. Proyección del giro “semejante” del art. 12 de la LSC como un concepto jurídico indeterminado – valoración crítica de la sentencia

La sentencia del TCA conceptualiza a la labor de la AIN de calificación acerca de la existencia o no de semejanza entre las denominaciones en pugna como una actividad inherente a las competencias de dicho órgano, para cuyo desenvolvimiento se le atribuye una potestad discrecional.¹⁶

No obstante ello, del análisis del art. 12 de la LSC parecería que en el caso la labor del operador jurídico se trata de dar contenido para cada situación particular a un “concepto jurídico indeterminado”, y no ejercer una actividad discrecional, lo cual es ciertamente diferente.

Destaca BRITO que por concepto jurídico indeterminado debe entenderse aquel concepto jurídico: “cuya concreción se opera en la formulación de un juicio, revelador para cada situación concreta juzgada, de si se satisface o no el interés comprometido”.¹⁷

Asimismo, como expresa COMADIRA: “lo singular de estos conceptos radica en que su calificación en circunstancias concretas no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; la autoridad administrativa tiene ante él, sólo una solución justa posible”.¹⁸ A raíz de ello, se coincide a nivel doctrinario y jurisprudencial en afirmar que la precisión de su contenido siempre es una ardua tarea.

15 OTAMENDI, Jorge, “Derecho de Marcas”, 5ta Ed. Actualizada, Lexis Nexis, Abellido-Perrot, 2003, pág. 149.

16 En efecto, se consigna expresamente en la sentencia que de acuerdo a los criterios técnicos adoptados por la AIN para el control de la homonimia: “la AIN en ejercicio de su discrecionalidad, entendió que la denominación propuesta “LINDE GAS URUGUAY S.A.”, resulta semejante a la preexistente “LINDE S S.A.”.

17 BRITO, Mariano, “Principio de Legalidad e Interés Público en el Derecho Uruguayo”, LJU, Tomo 90, Montevideo, 1985, pág. 14. Asimismo, se ha dicho que: “Cuando se habla en el derecho administrativo de conceptos jurídicos indeterminados se hace referencia a aquellas fórmulas jurídicas que regulan la actividad de la administración, sin que precisen la medida o decisión administrativa concreta, en un caso particular, pero delimitando su orientación”, SARRIA, CONSUELO, “Discrecionalidad Administrativa”, en obra colectiva “Acto Administrativo”, Ed. UNSTA, Tucumán – Argentina, 1982, pág. 118.

18 COMADIRA, Julio R, “Derecho Administrativo – Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, Lexis Nexis – Abeldo Perrot, 2da Ed, Buenos Aires, 2003, pág. 502 y 503.

En este caso, si bien el giro “semejante” del art. 12 de la LSC es un concepto al cual la subjetividad le es inherente, y para cuya aplicación resulta de gran dificultad poder adecuarse a parámetros objetivos, el margen de apreciación que tiene el intérprete a la hora de su interpretación y aplicación – aun cuando es ciertamente amplio - no puede ser entendido como una facultad discrecional.¹⁹

En este mismo sentido, GARCIA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, enfatizan que no debe confundirse el concepto de discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados, y que esta confusión ha supuesto en la historia del Derecho “un gravísimo peso”. Dicen los autores que en la discrecionalidad existe una libertad de elección entre alternativas igualmente justas y que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados solo una solución será la justa. En efecto, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, enfatizan, es un caso de aplicación estricta de la ley, que consiste en subsumir en una categoría legal una situación real determinada.

Además, y lo que es más importante, GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ, señalan que: “el juez debe fiscalizar la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados al caso concreto, y formular juicios de valor acerca de si se llegó a la única solución justa que la ley permite”.²⁰

Siguiendo este orden de ideas – con el que coincidimos – entendemos que, en tanto órgano jurisdiccional el TCA debió haber indagado acerca de si la AIN ejerció correctamente el proceso de intelección para arribar a esa única solución justa admitida por el concepto jurídico indeterminado del art. 12 de la LSC (“semejante”), y si se llegó o no a la solución que debió haber sido aplicable al caso concreto.

En otras palabras, a la hora de dicho análisis el TCA debió haber ponderado los criterios de la AIN a la luz de una interpretación teleológica del art. 12 de la LSC, y determinado si los criterios técnicos de la AIN se ajustan – en el caso particular – al mandato legislativo en cuestión, todo lo cual no fue reflejado en la sentencia en análisis.

Finalmente, a nuestro entender se dejó pasar una muy valiosa oportunidad para que el TCA se pronunciara sobre la admisibilidad y ajuste del conjunto de reglas elaboradas

19 Esta es la posición, entre otros, de SAINZ MORENO. COMADIRA, explicando la posición de este autor, expresa que: “el margen de apreciación que es dable reconocer, en tales situaciones, a la autoridad administrativa, para adoptar la mejor solución, no tiene vinculación con la discrecionalidad, porque solo opera cuando no es posible demostrar cuál es la decisión que más se ajusta a la idea que el concepto expresa. No es, sostiene, un caso de libertad de opinión sino de libertad de prueba” (COMADIRA, Julio R. ob. cit. pág. 503, en referencia a SAINZ MORENO, “Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa”, Madrid 1976. Págs. 347/348. Asimismo, GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, expresan respecto del margen de apreciación que: “Tal margen no da entrada a la libre voluntad de la Administración (si tal fuese se trataría de discrecionalidad), sino un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos; supone reconocer la dificultad de acercarse de forma exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás- Ramón, “Curso de Derecho Administrativo, Tomo I”, Séptima Edición, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, pág. 449 y ss.). No obstante, cabe destacar que esta posición no es admitida por todos los autores, y hay quienes entienden que no es posible afirmar que en todos los casos en los que se aplica un concepto jurídico indeterminado se impone una única solución justa. Al respecto cfse. BELTRAN DE FELIPE, “Discrecionalidad administrativa y Constitución”, Tecnos, Madrid, 1995.

20 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNANDEZ, ob. cit., pág. 447.

por la AIN para el análisis de cuestiones de homonimia, y no se puso a prueba dicho conjunto de reglas, ni explicitó el TCA las suyas propias.

.....

SENTENCIA

//Montevideo, 4 de octubre de 2011.
No. 815

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "AGA S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad" (Ficha No. 800/09).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 8/12/09 comparece el representante de la actora solicitando la anulación de la resolución dictada el 27/3/09 por la Auditoría Interna de la Nación, que desestimó el cambio de denominación de la Sociedad "AGA S.A." a "LINDE GAS URUGUAY S.A." (Art. 1º del Estatuto Social) (fs. 85 AA).

Explica que AGA es la filial en Uruguay de Linde Group, líder mundial en la producción y comercialización de gases industriales, siendo su actividad de público conocimiento tanto a nivel nacional como internacional.

Sostuvo que la resolución impugnada es ilegítima, por cuanto la AIN carece de facultades para controlar la similitud o semejanza de la denominación propuesta con la de una sociedad preexistente; conceptos propios de la propiedad industrial. En el caso es equivocado determinar una semejanza entre una denominación social y otra cuando los términos sean fonéticamente similares como pretende la AIN. La mera existencia en sus registros de una sociedad cuya denominación social incluye el vocablo "Linde", no es un criterio para desestimar el uso por la sociedad de la denominación propuesta.

Afirmó que la resolución se funda en una interpretación errónea de la norma contenida en el inciso 3º del art. 12 de la ley de sociedades comerciales (LSC) aplicable al caso. Expresó que la denominación "LINDE GAS URUGUAY S.A." no es igual ni semejante a "Linde`s S.A." en la medida que no es confundible con ésta. "LINDE GAS URUGUAY S.A." no podría inducir a confusión a la clientela de "Linde`s", la cual no desarrolla ninguna actividad. Aún cuando esta última desarrollara actividad, ésta no sería confundible con la de "LINDE GAS URUGUAY S.A.", en la medida que su objeto social es diverso. La denominación "LINDE GAS URUGUAY S.A." permite asociar la actividad de la sociedad con la actividad y las marcas de Linde Group, y no induce a confusión con "Linde`s S.A."

Alegó que la aplicación de las circulares Nos. 1/95 y 7/95 es ilegal por ser contraria a la norma del art. 12 LSC. No existe ningún elemento consagrado en el art. 12 de la LSC que permita a la reglamentación ni a la AIN exigir a una sociedad un objeto único a fin de permitirle utilizar una denominación semejante a otra preexistente. De la LSC se desprende que el objeto debe ser distinto, sin importar que sea único o no. No corresponde aplicar al caso los criterios ilegales recogidos en las circulares 1/95 y 7/95, sino el criterio recogido en el art. 12 de la LSC, cual es que una denominación semejante a otra denominación anterior sólo puede ser prohibida cuando induzca a confusión por desarrollar una misma actividad y tener un mismo objeto social. Aún atendiendo a que la norma reglamentaria no es legal, la denominación "LINDE GAS URUGUAY S.A." cumple con los criterios requeridos, puesto que la sociedad tiene objeto único y el aditamento "Gas Uruguay" indica el giro o ramo de actividad a que se dedica en forma exclusiva la sociedad y éste coincide con el único objeto social.

Agregó que Linde's es una sociedad nula, ya que tiene un objeto "ómnibus" o indeterminado, en contravención con lo exigido por la LSC (arts. 6, 79, 159.4, 240, 362, 363, 325, 365).

Por último expresó que la resolución debe ser anulada por ser contraria a derecho y producirle a su representada graves perjuicios comerciales.

II) A fs. 26-35, contesta el traslado conferido el representante del demandado. C A D E 5312.

Afirmó que por expresa disposición del art. 409 de la ley 16.060 y los arts. 1 y 2 del Decreto 335/990, la AIN respecto de las sociedades anónimas tiene el cometido de controlar la "constitución y modificación de su contrato social", lo que incluye la fiscalización de lo preceptuado por el art. 12 en cuanto a las denominaciones sociales propuestas, principalmente en lo expresado en su inciso final: "la denominación no podrá ser igual o semejante a la de otra sociedad preexistente". El referido cometido de control abroga, a la AIN discrecionalidad técnica para la fijación de los criterios o pautas a partir de las cuales se determinará los conceptos de "igualdad" o "semejanza" en la denominación de las Sociedades Anónimas.

Expresó que el art. 12 es claro y no admite otra interpretación que la que surge de su propio tenor literal. La denominación propuesta vulnera en forma evidente lo establecido en dicho artículo "in fine", así como tampoco encuadra dentro de las excepciones previstas por las Circulares de la AIN 1/95 y 7/95. La recurrente pretende la autorización de una denominación cuyo vocablo dominante o "vocablo raíz" ya es utilizado por otra sociedad preexistente, que identifica e individualiza la misma, y a la cual solo se le agregan vocablos genéricos, "aditamentos", relativos a parte del objeto social "GAS" y la ubicación geográfica de la misma "URUGUAY". No obstante los aditamentos genéricos mencionados, la evidente semejanza radica en el vocablo raíz identificatorio de la sociedad, esto es "LINDE". En mérito a la subjetividad del término "semejante" contenido en el art. 12 de la ley, las situaciones previstas en las circulares de la AIN 1/95 y 7/95 son las excepciones que se ajustan a la voluntad del legislador y el fin pretendido por la norma. El accionante procura eludir el texto legal y forzar la aplicación de las excepciones prevista en las circulares. Los esfuerzos por demostrar la inactividad de la sociedad Lin-

de's, las diferencias en los objetos sociales y hasta el origen internacional de la sociedad recurrente, devienen irrelevantes e inaplicables.

Dijo que la AIN cuenta con discrecionalidad técnica para la fijación de los criterios o pautas a partir de las cuales se determinará los conceptos de "igualdad" o "semejanza" en la denominación de las sociedades anónimas. La circular 7/95 en su numeral 7.4 establece como excepción "Los casos en que el aditamento agregado al vocablo raíz indique precisamente el giro o ramo de la actividad a que se dedicará en forma exclusiva la sociedad y éste coincida con el único objeto social. Para la aceptación de la denominación propuesta se comparará el nombre entero con la palabra raíz y el agregado del giro". La situación de autos queda evidentemente fuera de lo preceptuado por la excepción relacionada, resultando notorio el contenido diverso del objeto social.

Respecto al objeto de la sociedad "Linde's", expresó que la misma cuenta con un objeto amplio pero de ninguna manera indeterminado. La sociedad Linde's S.A. es una sociedad que fue constituida conforme a derecho, inscripta y publicada, con plazo vigente y estos datos son los únicos elementos relevantes al momento de analizar una reforma estatutaria de otra sociedad que pretende utilizar una denominación igual o semejante a la primera. En definitiva solicitó la confirmación del acto impugnado por ser acorde a derecho.

III) Abierto el juicio a prueba, sólo la produjo la actora, lo que obra certificado a fs. 48..

IV) Alegaron las partes por su orden a fs. 50-55 y 58-62V) Fue oída la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo (I) (dictamen No. 668/2010 fs. 68). Finalmente se llamó para sentencia, pasando los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes la acordaron y dictaron en forma legal.

CONSIDERANDO:

I) Que en la especie se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley 15.869), para el correcto accionamiento de la nulidad. II) En autos se procesa la nulidad de la Resolución, de fecha 27/03/2009, dictada por la Auditoría Interna de la Nación del Ministerio de Economía y Finanzas que desestimó el cambio de denominación de la Sociedad "AGA S.A." a "LINDE GAS URUGUAY S.A." -art. 1º del Estatuto Social- (fs. 85 A.A.).

La parte actora se alzó contra la volición hostilizada interponiendo los recursos de revocación y jerárquico con fecha 20/4/2009 (fs. 88 ibídem). Surge de las actuaciones administrativas allegadas a la causa que, con fecha 29/9/2009 se dictó la denegatoria expresa del último medio impugnativo (fs. 154 Ib.), notificándosele a la pretensora con fecha 9/10/2009 (fs. 157 Ib.).-

La demanda anulatoria se entabló con fecha 8/12/2009 dentro del término de caducidad previsto en el art. 9 de la Ley 15.869.-

III) Las baterías de agravios y fundamentación jurídica esbozadas por las partes emer-

gen suficientemente explicitadas en el Capítulo Resultandos, al que habrá de remitirse el Cuerpo *“brevitatis causae”*.-

IV) Que, el Tribunal, compartiendo lo dictaminado por la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo Interina, desestimaré la acción de nulidad y, en consecuencia, confirmará el acto administrativo enjuiciado.-

V) En primer término, considera la Corporación que la Auditoría Interna de la Nación es competente para controlar a las Sociedades Anónimas respecto a la modificación del contrato social.-

Así el Art. 409 de LSC dispone que: *“Toda sociedad anónima quedará sometida a la fiscalización del órgano estatal de control respecto a la constitución y modificación de su contrato social, así como a su disolución anticipada, transformación, fusión, escisión y cualquier variación del capital social”*.-

Por otra parte, el Art. 1° del Decreto N° 335/990, reglamentario de la referida ley dispone que: *“La Inspección General de Hacienda ejercerá las funciones del órgano estatal de control de las sociedades anónimas, previsto en la ley que se reglamenta”*

El referido cometido de control le atribuye a la AIN discrecionalidad técnica para establecer los criterios o pautas que aplicará para determinar en los casos en que las denominaciones de sociedades anónimas sean *“iguales o semejantes”*.-

Por lo que solicitada la aprobación de la modificación de estatutos (y cambio de denominación social), **no puede objetarse la competencia de la AIN para el análisis de la sujeción legal de los nuevos propuestos, a las normas que rigen la materia, entre las que se hallan, el art. 12 de la ley 16.060**.-

VI) Tales criterios fueron expuestos en las circulares 1/95 y 7/95, plasmados también en el *“Manual de procedimientos de control de denominaciones de sociedades comerciales”*.

En éste claramente se consigna que *“En la búsqueda y control efectuado son considerados VOCABLOS DOMINANTES O RAÍZ aquellos que identifican fundamentalmente a la sociedad y que, en definitiva, son los retenidos por el público en general. En las instancias de fiscalización, y a los efectos de las búsquedas en el programa informático, estos vocablos constituyen el elemento esencial sobre el que se realiza el cotejo de la igualdad o la semejanza del nombre.”* (Concepto 2), *“Por contrario, son identificados como vocablos genéricos o ADITAMENTOS todos aquellos términos que acompañan a la raíz y que refieren al objeto social o comercial, o a alguna característica de la Sociedad como ser, su ubicación geográfica, nivel de expansión nacional o internacional, etc. En las instancias de fiscalización, y a los efectos de la búsqueda en el sistema de computación, estos vocablos deben ser extraídos de las denominaciones propuestas por los usuarios.”* (Concepto 3), *“Se entiende que una denominación es semejante a otra preexistente cuando los vocablos dominantes son iguales, diferenciándose el nombre sólo por la existencia de aditamentos.”* (Concepto 4).

De acuerdo a tales criterios técnicos, la AIN en ejercicio de su discrecionalidad, entendió que la denominación propuesta "LINDE GAS URUGUAY S.A.", resulta semejante a la preexistente "LINDE S S.A."

Como expresa Sesin, la discrecionalidad es *"una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho."* (Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Domingo Juan Sesin. 2ª edición, Pág. 443).-

VII) Por otra parte, según informa la Comisión Asesora en materia de denominaciones sociales en numerosas oportunidades (fs. 13/14, 53/54, 73/74, 83/84 Ib.) y constituye la motivación del acto en juicio, tampoco reúne la denominación propuesta las características para encuadrar en las excepciones previstas en las circulares Nos. 1 y 7/95, señaladas también en el Manual de procedimiento citado.-

En efecto, el criterio No. 7 del Manual, establece que *"Las circulares N° 1/95 y N° 7/95 permiten al usuario la posibilidad de utilizar un nombre similar a otro preexistente, si le adiciona la actividad que desarrollará en la denominación y a su vez tiene objeto exclusivo, siempre que la sociedad existente no contenga el mismo giro en el nombre."* Y también, que *"Al momento de estudiarse el expediente por el Sector Privado, se contemplará si se dio cumplimiento a las circulares anteriormente mencionadas, particularmente las excepciones detalladas en el Art. N° 7 de la Circular N° 1/95. Será de cargo del peticionante, la prueba de los extremos acreditantes, es decir que el usuario deberá demostrar que su giro es diferente al de la sociedad o sociedades preexistentes."*

Asimismo, una vez analizados los estatutos de la sociedad actora, surge que su objeto es más amplio que el referido al aditamento "gas" utilizado en la denominación propuesta (fs. 37 Ib.). En consecuencia, tampoco cumple con la excepción prevista.-

VIII) En segundo lugar, estima el Tribunal que, el criterio para distinguir los nombres debe desarrollarse con menor rigurosidad que el desplegado ante los signos marcarios. Porque, en principio, la denominación social no está dirigida hacia los potenciales consumidores de los productos o servicios de las empresas.-

Nótese que, no debe el órgano jurisdiccional colocarse en la situación del consumidor medio. Por el contrario, la distinción tendrá que efectuarse en base a los criterios empresariales cuya potencialidad de discernimiento es superior a la de los consumidores.-

Distinto es el caso del "nombre comercial" porque se dirige al conocimiento de terceros, en contraposición a la denominación social que, en innumerables ocasiones, es apenas distinguido por los que contratan con la compañía.-

En la doctrina vernácula, Beatriz Bugallo señala que: *"la finalidad distintiva de la denominación social se dirige a evitar errores de identificación, interesando temas tales como la seguridad respecto de quién es el obligado, mientras que en el nombre comercial tiene una finalidad distintiva a efectos de diferenciar operadores comerciales concurrentemente, es decir en el*

mercado en situación de concurrencia” (Bugallo Montaña, Beatriz; “Propiedad Intelectual”, FCU, 1ª Edición, 2006, pág. 287).-

IX) Por lo expuesto, lo prevenido en los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República y, en concordancia con el temperamento expuesto por la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo Interina, el Tribunal

FALLA:

Desestímase la demanda anulatoria instaurada y, en su mérito, confírmase el acto administrativo impugnado. Sin sanción procesal específica.-

A los efectos fiscales fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$22.000 (pesos uruguayos veintidós mil).-

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.-

Dr. Monserrat (r.), Dr. Lombardi, Dr. Preza, Dr. Harriague, Dra. Sassón. Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD JURISDICCIONAL: EL CASO JARAMILLO

DRA. NATALIA VELOSO GIRIBALDI¹

I. Homenaje al Prof. Dr. Mariano Brito

El sometimiento del Estado a Derecho fue uno de los temas a los cuales mayor tiempo y esfuerzo dedicó el Prof. Mariano Brito².

Sobre el caso particular de la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, señalaba con magistral profundidad que: *“Puesto que el daño afecta o quebranta la igualdad, lo justo debido, privando a alguno de lo suyo, la actividad jurisdiccional debe tender a su restablecimiento en plenitud. De aquí se sigue que la frustración o negación de ese fin de sus fines –la causa última por la que obra y a la que apunta (dar a cada uno lo suyo)- compromete necesariamente la responsabilidad”*³.

En los fallos que se analizarán a continuación, es el propio Estado quien en revisión de su actuar jurisdiccional, se condena a sí mismo por entender que se ha incurrido en responsabilidad por el daño generado a terceros, en una clara muestra de sometimiento de la Administración a Derecho, que seguramente generaría satisfacción a nuestro querido Profesor.

II) El caso Jaramillo

a) Los hechos

El día 17 de diciembre de 2007 ingresaron a Uruguay por Colonia varios narcotraficantes colombianos que fueron detenidos por la Justicia uruguaya. Sin embargo, uno de ellos se fugó. Al indagar a los demás detenidos acerca del delincuente fugado, informaron que se llamaba “Felipe Jaramillo” y que era de nacionalidad colombiana.

En función de ello, la Sede actuante en la causa, dispuso sin más la orden de captura internacional a Interpol del Sr. Felipe Jaramillo, sin individualizar otro dato del presunto delincuente.

Como consecuencia de ello, el Sr. Felipe Jaramillo Ruiz de 22 años de edad, colombiano, estudiante de Relaciones Internacionales –quien a la postre se descubrió nada

1 Profesora Adscripta de Derecho Administrativo II de la Universidad de Montevideo, Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo, Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo.

2 Mariano BRITO – “Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrativa, Legislativa y Jurisdiccional” en “Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real”, F.C.U., Montevideo 1996, pág. 129.

3 Mariano BRITO – “Congreso Internacional de Derecho Administrativo”, Universidad de la República, Montevideo, 1984, pág. 118 y 119.

tenía que ver con el delincuente fugado- fue detenido por la policía de migración de los Estados Unidos en el aeropuerto de Miami cuando se disponía a disfrutar de unas vacaciones con su madre y su hermana.

En efecto, el día 19 de julio de 2008, Felipe Jaramillo viajó con su madre y hermana desde Bogotá hacia Florida (Estados Unidos), a los efectos de pasar allí diez días de vacaciones.

Al llegar al aeropuerto de Florida, Jaramillo fue detenido e incomunicado por la policía de migración norteamericana quien le comunicó que estaba requerido por las autoridades uruguayas para ser extraditado por un delito de narcotráfico configurado en Uruguay el 17 de diciembre de 2007.

Al ser interrogado, se le preguntó si alguna vez había viajado a Uruguay a lo que el joven respondió que sí, que había viajado a Punta del Este con su familia a visitar a un amigo de su padre en enero de 2007.

Posteriormente, un oficial le tomó las huellas digitales y fue trasladado al centro de detención de Miami "*Krome Detention Center*" donde fue maltratado y catalogado como prisionero de mediana peligrosidad.

Allí permaneció hasta que el 28 de julio de 2008, se constató que sus huellas dactilares se correspondían con las proporcionadas por la orden de captura internacional librada a solicitud del magistrado uruguayo, razón por la cual fue trasladado a *Glades*, una prisión de alta seguridad, donde se lo catalogó como prisionero de alta peligrosidad por el delito de narcotráfico.

Mientras tanto, su familia, varada en un aeropuerto extranjero, se contactó con un abogado norteamericano, para que lograra la libertad de su hijo. Paralelamente, la familia Jaramillo contrató un abogado en Uruguay, quien, tras una serie de averiguaciones en las sedes de Interpol y de la Brigada de Narcóticos, logró demostrar a la Sede penal, que había existido un grave error al solicitar la orden de captura del joven Jaramillo, dado que la persona individualizada en dicha orden no podía ser de ninguna forma el sujeto que se había detenido en Miami.

Básicamente, se demostró a la Sede penal en Uruguay que el joven detenido no podía ser el narcotraficante que buscaban, en tanto el día en que dicho delincuente ingresó a Uruguay (17 de diciembre de 2007), el joven detenido en Miami estaba en Bogotá cursando estudios universitarios. Por el contrario, el letrado demostró que la única entrada al país de su cliente (el joven Jaramillo detenido en EEUU) había sido el 2 de enero de 2007 con salida del país el 4 de enero de 2007. Es decir, **casi un año antes** de que el "Felipe Jaramillo" que buscaban ingresara al país el 17 de diciembre de 2007.

Ante tal situación, la magistrada de la causa solicitó se exhiba la foto del Sr. Felipe Jaramillo detenido en EEUU al resto de los procesados en la causa detenidos en Uruguay, constándose que los mismos no lo reconocían como el delincuente fugado.

Como consecuencia de ello, la Sede penal revocó la orden de captura internacional, realizándose gestiones tanto con la embajada de Colombia en Uruguay, como con Interpol para que la orden respectiva fuera cursada prontamente a Interpol EEUU, a los efectos de poder obtener la liberación de Jaramillo cuanto antes.

Finalmente, llegó la comunicación de la revocación a Washington y al centro de detención días después, donde policías de inmigración llevaron a Jaramillo al aeropuerto de Miami, siendo así finalmente liberado el día 5 de agosto de 2008, luego de 17 días de detención en un país extranjero.

Luego de ello, la familia Jaramillo inició un juicio al Estado uruguayo (Poder Judicial) por entender que había existido responsabilidad estatal por su actividad jurisdiccional por haberse librado una orden de captura internacional en forma equivocada, sin que se contaran con los suficientes elementos identificatorios, y generando graves daños morales y materiales a dicha familia.

b) La defensa del Estado

La defensa del Estado abogó por el rechazo de la demanda sosteniendo en lo sustancial que había operado una eximente de responsabilidad en tanto el Juez de la causa no podía prever que uno de los detenidos iba a señalar a “Felipe Jaramillo” como partícipe del hecho delictivo.

Asimismo, sostuvo que la orden de captura había sido librada únicamente con el nombre, apellido y nacionalidad del requerido, siendo que el resto de los datos del Felipe Jaramillo detenido fueron brindados por Interpol y no por el Poder Judicial.

c) Los fallos de primera y segunda instancia

El fallo de primera instancia acogió la demanda entendiendo que había responsabilidad estatal por actividad jurisdiccional sosteniendo en lo medular que: *“en ningún momento debió de librarse orden de detención internacional contra Felipe Jaramillo en virtud de los pocos elementos individualizantes de su identidad (...) El hecho que se haya acreditado el ingreso de un “Felipe Jaramillo” colombiano a nuestro país, por el aeropuerto de Carrasco el 4 de enero de 2007, no eran elementos suficientes para acreditar la participación del Sr. Felipe Jaramillo Ruiz”* (Considerando III).

Y agrega: *“Tanto es así que a los efectos de dejar sin efecto la privación de libertad que padecía el accionante, previamente la Juez de la causa, solicitó su foto para poder conocer e indagar a los procesados respecto a su presunta participación. De ninguna manera pudo haberse realizado a posteriori de la detención y de la orden de captura librada, sino que dicho procedimiento tendría que haber sido anterior a la disposición judicial que lo requirió internacionalmente”* (Considerando III).

El fallo de segunda instancia también entendió que existía responsabilidad estatal por su actividad jurisdiccional en tanto: *“resulta palmaria la negligencia y el error del acto jurisdiccional en el libramiento de tal orden de captura, con el simple dato del nombre del sujeto*

buscado, identificado sólo como "Felipe Jaramillo", de nacionalidad colombiana, sin indicar siquiera edad estimada y requerir datos a Migración Uruguay de posibles ingresos al País, con las respectivas fechas, en forma previa a la orden de captura internacional, calificada como notificación roja por la peligrosidad que conlleva el delito de narcotráfico" (Considerando III).

Sosteniendo además que: "A criterio de la Sala, el argumento de la impugnante principal fincado en que el error lo cometió INTERPOL y no la Sede jurisdiccional, sustentado en que el Juzgado hizo referencia al nombre, no resulta de recibo y deviene capcioso, puesto que la razonabilidad y la salvaguarda de los derechos de las personas exige que se recabe información mínima previa a la orden de captura notificación roja. Máxime, cuando ya el 30/mayo/2008 obraban indubitables datos agregados a los autos -fs. 204/211- que podían haber neutralizado la orden de captura del joven Jaramillo Ruiz, atento los datos librados por INTERPOL Montevideo a INTERPOL Bogotá, donde surgía la fecha de nacimiento (11/febrero/1986), impresiones dactilares, fotografía, y se pide que se confirmen los datos, comunicándose al Juzgado que se ha librado al orden de captura internacional, y nadie cotejó tales datos e informaciones." (Considerando IV).

III) Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional

a) Fundamento normativo

El fundamento normativo de la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional no debe confundirse con la recepción por parte de nuestro Derecho de la responsabilidad de los jueces.

Respecto de ésta última señalaba el Prof. Mariano Brito que: "Pronto, desde muy temprano, se reconoce esta suerte de responsabilidad en el derecho patrio. Al punto que ya nuestra Carta Constitucional de 1830 la refiere regulándola. Una norma expresa (art. 116 de la Constitución y art. 23 de la actual de 1967) edicta la responsabilidad de los jueces ante la Ley "de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca"⁴.

Sobre este punto ha señalado el Prof. Carlos E. Delpiazzo que: "Desde el punto de vista histórico, si bien la Constitución de 1830 incluyó una norma referida a la responsabilidad de los jueces (art. 116), no contempló la responsabilidad estatal por el ejercicio de la función jurisdiccional"⁵.

Dicha situación, se vio modificada por las Constituciones de 1934 y 1952 en las cuales se incorporaron los actuales artículos 24 y 25, a razón de los cuales se establece que: "El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección" (art. 24) y "Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación" (art. 25).

4 Mariano BRITO - "Congreso Internacional de Derecho Administrativo", cit., pág. 121.

5 Carlos. E DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General", A.M.F., Montevideo, 2013, pág. 499 y ss.

Con la incorporación de dichos artículos, doctrina y jurisprudencia admitieron pacíficamente la recepción constitucional en nuestro Derecho de la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, entendida como una manifestación más de la responsabilidad estatal por su actuación.

b) Posiciones doctrinarias

La doctrina se ha mostrado favorable a la **recepción de la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional**⁶.

En este sentido, el Prof. Mariano Brito ha señalado que la responsabilidad del Estado por la actividad de sus jueces es *“directa e inmediata por el daño que aquéllos causen a terceros en su actividad”*⁷.

En igual sentido, el Prof. Eduardo Soto Kloss manifiesta: *“Se trata de la responsabilidad del Estado por los daños producidos en el funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia. Actividad que, por lo demás, es una de las más intrínsecas y propia razón de existir del Estado mismo. Creo que cometeríamos un grave error si pensáramos que posee autonomía suficiente la responsabilidad del Estado con la actividad judicial, como para ser tratada de una manera aislada con principios y soluciones propias. Y digo esto, por cuanto no debemos olvidar que se trata de una responsabilidad del Estado por una de sus actividades, es una especie dentro del género, que es la responsabilidad del Estado”*⁸.

Por su parte, el Prof. Martín RISSO Ferrand ha señalado que: *“Los arts. 23, 24 y 25 de la Constitución son conciliables entre sí y susceptibles de interpretarse armónicamente en los siguientes términos:*

a) El art. 25 no establece que no proceden las demandas de terceros damnificados contra los funcionarios públicos responsables del daño, sino que sólo se refiere a los casos en que el Estado haya indemnizado el daño causado, en el cual se le autoriza a repetir lo pagado contra los funcionarios responsables...

b) El art. 23 establece similar solución a la que surge implícitamente del art. 25. El hecho de que los jueces tengan una regulación separada de los restantes funcionarios se explica por razones históricas (el art. 23 proviene de la Carta de 1830, mientras que el actual art. 25 fue sancionado en 1952), y se funda en que el art. 23, por una parte tiene un ámbito mayor que la responsabilidad civil (comprendiendo también a la penal y a la disciplinaria) y, a su vez, impide que por ley se establezca cualquier tipo de inmunidad o de irresponsabilidad para los jueces.

6 Así: Alberto Ramón REAL – “Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales en el Uruguay”, LJU, Tomo 77, pág 25; Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA – “La Constitución Uruguaya de 1952”, Tomo I, pág. 314; Martín RISSO FERRAND – “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional”, F.C.U., Montevideo, 1998, pág. 15; Alejandro ABAL – “Curso sobre el Código General del Proceso, Montevideo, tomo II, pág. 53 y ss; Graciela BERRO – “Responsabilidad objetiva del Estado”, en Revista de Derecho Público, Año 1992, N° 2, Cristina VÁZQUEZ – “Fundamentos de la Responsabilidad del Estado en la doctrina iuspublicista, en Revista de Derecho Público, Año 1995, N° 7; y Luis SIMÓN - “Problemática de responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales” en: 1er. Coloquio Contencioso de Derecho Público, Editorial Universidad Ltda., pág. 57.

7 Mariano BRITO – “Congreso Internacional de Derecho Administrativo”, cit., pág. 126.

8 Eduardo SOTO KLOSS – “Congreso Internacional de Derecho Administrativo”, cit., pág. 130 y 131.

c) *El art. 24, por las razones expresadas, resulta aplicable en los casos de responsabilidad por actividad jurisdiccional, sin dificultad ni contradicción alguna, pudiendo el Estado repetir contra el funcionario -o el juez- y sin que la responsabilidad estatal impida que los damnificados accionen, si lo creen conveniente, en forma directa contra el juez o funcionario que corresponda*⁹.

En el mismo sentido, el Prof. Marcos Toledo señala que: *“Realizada la sentencia definitiva como consecuencia de la aparición de nuevos elementos de juicio y constatada la existencia de error judicial –condena de un inocente– surge palmariamente la responsabilidad del Estado por el daño causado a un particular que, siendo inocente, ha sido privado de su libertad”*¹⁰.

En cuanto al **criterio de imputación de dicha responsabilidad**, existen divergencias doctrinarias en cuanto a si la responsabilidad del Estado es objetiva o subjetiva.

Parte de la doctrina entiende que el Estado debe responder objetivamente¹¹. Conforme a dicho criterio de imputación, para que se configure responsabilidad, es suficiente con la existencia de una actividad estatal, el daño y, entre ambos, el nexo causal; no se requiere entrar a un análisis de las motivaciones de la acción del servicio público de la cual ha derivado el perjuicio. *“La ausencia de criterios subjetivos en el art. 24 de la Constitución no puede conducir a sostener lo contrario y menos a integrar el artículo con criterios que el mismo no contiene, ni autoriza a integrar (...) el art. 24 no requiere, para que el Estado sea responsable del daño causado, ni que exista ilicitud, dolo, culpa o negligencia del funcionario, ni culpa del Estado, ni ningún otro criterio de imputación subjetiva”*¹²

En opinión contraria, se encuentra la posición sustentada por los autores que entienden que es necesaria la verificación del elemento subjetivo (culpa o dolo) para que se configure la responsabilidad estatal manifestada en la llamada “falta de servicio” esto es, que el servicio prestado por el Estado no haya funcionado, haya funcionado con demora o irregularmente¹³.

c) Posiciones jurisprudenciales

Nuestra jurisprudencia ha admitido pacíficamente la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional¹⁴.

9 Martín RISSO FERRAND – “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional” cit., pág. 97 y ss.

10 Marcos TOLEDO – “Congreso Internacional de Derecho Administrativo”, cit., pág. 111.

11 Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA - “La Constitución del Uruguay de 1952”, CED, Montevideo, 1966, Tomo II, pág. 314; Jorge PEIRANO FACIO - “Responsabilidad del Estado”, en Anales del Foro, Tomo II, N° 109-120, pág. 72 y sigtes.; Julio A. PRAT - “Derecho Administrativo”, ACALI, Montevideo, 1978, Tomo 4, vol. 2, pág. 71; Mariano R. BRITO - “Responsabilidad extracontractual del Estado -administrativa, legislativa y jurisdiccional-”, cit., pág. 129 y sigtes.; Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, Tomo CV, pags. 323 y 324; Martín J. RISSO FERRAND - “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional” cit., pág. 38 y sigtes.; Graciela BERRO - “Responsabilidad objetiva del Estado”, cit., pág. 89 y sigtes.; y Cristina VÁZQUEZ - “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista”, cit., pág. 32 y sigtes.

12 Martín J. RISSO FERRAND - “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional” -cit., pág. 37.

13 Enrique SAYAGUÉS LASO – “Tratado de Derecho Administrativo”, F.C.U., 1988, Tomo I, pág. 660, Daniel Hugo MARTINS – “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución Uruguaya”, Revista de Derecho Público y Privado, tomo 30, pág. 282 y Carlos DE CORES – “Reflexiones sobre la naturaleza de la Responsabilidad Civil del Estado” en ADCU Tomo XXII, Año 1991, F.C.U., pág. 403.

14 Sentencias N° 142/89 de 23 de julio de 1998 del TAC 6°, LJU Caso 13.562; N° 209/04 de 1 de septiembre de 2004 del TAC 1° T, LJU Caso 15246; N° 10/03 de 17 de febrero de 2003 del TAC 5°, LJU Caso 14705; N° 85/06 de 2 junio de 2006 del

No obstante, en cuanto al criterio de imputación de la responsabilidad por actividad jurisdiccional, la amplísima mayoría de la jurisprudencia, prácticamente de forma unánime, se inclina por el **criterio subjetivo**, requiriendo la verificación del elemento culpa para la configuración de responsabilidad. Más aún, en general la jurisprudencia descarta la responsabilidad por culpa leve del Poder Judicial (parámetro normal de la responsabilidad subjetiva en el Derecho civil), exigiendo la culpa grave.

Se recurre al concepto de **error judicial inexcusable** entendiendo que: *“la actuación del magistrado para que conlleve la existencia de un hecho ilícito que derive en un perjuicio en forma directa, surge cuando la solución errónea haya sido tan grosera que un magistrado normalmente celoso de sus deberes no lo hubiera cometido”* (Sentencia N° 142/98 de 23 de julio de 1998 del TAC 6°, LJU 13.562 y Sentencia 325/2009 de la S.C.J. de 16 de septiembre de 2009).

En el mismo sentido, se ha dicho que: *“Tal como se sostiene por la jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria “el elemento nuclear de la falta de servicio en el ámbito de la función jurisdiccional, se concreta en el juzgamiento con error inexcusable” (ADCU, T. XXXVII, c. 999), debiendo entenderse por tal el error grosero, notorio, ajeno a la razón, imprudente, tal claro que resulte inexcusable para el juez medio, normalmente celoso de sus deberes”* (Sentencia N° 120/2010 del TAC 7° de 24 de junio de 2010).

En la misma lógica, se ha manifestado que: *“Entendemos, entonces, con Sayagués Laso, que el criterio más adecuado para determinar cuándo surge la responsabilidad de la Administración es el de la falta de servicio, concepto que, como señala De Cores, fue elaborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y sistematizado por Duez en la frase “el servicio no funcionó, funcionó con demora o funcionó irregularmente” (Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado, en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. 22, p. 402) (...) En el caso, el quid de la cuestión consiste en resolver si los tribunales que fallaron en el expediente acordonado incurrieron o no en un error inexcusable, que es el presupuesto (descartado el dolo) para convocar la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional (art. 26 nral. 3 del C.G.P.); esto es, si incurrieron o no en un error tan grosero que un magistrado normalmente celoso de sus deberes no lo hubiera cometido (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. 24, c. 1056, p. 339; T. 27, c. 637 y c. 638, ps. 248/249)”* (Sentencia N° 264 del TAC 6° de 26 de septiembre de 2012).

Conforme a los casos citados, parece clara la exigencia por parte de la jurisprudencia de la verificación de culpa grave para que se configure la responsabilidad por la actividad jurisdiccional del Estado.

Sin perjuicio de ello, deben señalarse otros pronunciamientos de los cuales parece surgir la exigencia únicamente de culpa leve en tanto han sostenido que: *“no se requiere un grado o intensidad especial de la culpa para generar la responsabilidad judicial, sino que ello se vincula con la excusabilidad del error: el error leve pero inexcusable determina la responsabilidad”* (Sentencia del TAC 5° Turno, LJU CASO 12684).

Es que *“El ordenamiento jurídico prevé y tolera el error judicial, reglamentando todo un sistema de controles, impugnaciones y recursos para intentar evitarlo o corregirlo, de modo que no todo error genera responsabilidad, sino únicamente aquél que no se ha reparado (a pesar de decla-*

TAC 5°, LJU Caso 138024 y N° 33/00 de 29 de febrero de 2000 del T.A.C. 3°, LJU, 122052.

rarse su existencia, o sea, la ilicitud) y que por sus características, no hubiera sido cometido por un juez actuando con preparación técnica, cultura, experiencia, prudencia y diligencia medias” (Sentencia N° 18/2011 del TAC 5° de 22 de febrero de 2011 y N° 86/2012 de 4 de junio de 2012).

En definitiva, más allá de pronunciamientos aislados, existe jurisprudencia firme en cuanto a que el criterio de imputación de la responsabilidad estatal es el subjetivo, requiriéndose para el caso especial de la responsabilidad por la actividad jurisdiccional del Estado la configuración de culpa grave.

IV) Existencia en el caso de un error inexcusable

En el caso a estudio se acogió la demanda en primera y segunda instancia por entenderse que el Estado había incurrido en responsabilidad por su actividad jurisdiccional.

El fallo es de gran importancia por la escasa cantidad de pronunciamientos que acogen las pretensiones indemnizatorias fundadas en la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional.

En esta oportunidad, la sentencia de primera instancia encuadra correctamente la responsabilidad estatal en el art. 24 de la Constitución y si bien no menciona a cuál de los dos criterios de imputación de responsabilidad se afilia, condena al Estado (Poder Judicial) por entender que *“en ningún momento debió de librarse orden de detención internacional contra Felipe Jaramillo en virtud de los pocos elementos individualizantes de su identidad. El hecho que se haya acreditado el ingreso de un “Felipe Jaramillo” colombiano a nuestro país, por el aeropuerto de Carrasco el 4 de enero de 2007, no eran elementos suficientes para acreditar la participación del Sr. Felipe Jaramillo Ruiz”* (Considerando III).

En efecto, tampoco existe una calificación del error judicial como inexcusable, no obstante, las expresiones vertidas por el magistrado referentes a que la orden de captura no debió ser librada en las condiciones en que fue hecha *“en ningún momento”*, dan la pauta de que a criterio del juez el error fue grave. Pero, como la Sede Judicial analiza el comportamiento argumentándose que *“no debió librarse orden de detención...en virtud de los pocos elementos individualizantes...”* ya que no eran *“elementos suficientes”*, está claro que el magistrado de primera instancia está valorando la responsabilidad bajo una óptica subjetiva. Lo que no queda claro es si el juez emite su condena sobre la base de haber existido culpa leve o culpa grave.

La sentencia de segunda instancia, expresa su afiliación al criterio subjetivo de imputación de responsabilidad y además califica el error sosteniendo que: *“resulta palmaria la negligencia y el error del acto jurisdiccional en el libramiento de tal orden de captura”* (Considerando III). Asimismo, califica la culpa como *“palmaria”* y fundamenta la responsabilidad estatal en la noción de *“falta de servicio”*.

Entendemos que la solución a estudio es correcta en tanto, con independencia del criterio de imputación al que se afilie el sentenciante, en el caso se verifican los elemen-

tos de la responsabilidad justificantes de una sentencia de condena, siendo innegable la existencia de un error inexcusable que se podría haber evitado mediante el simple cotejo de las fechas en las que había ingresado Felipe Jaramillo al país (enero de 2007) con la fecha en que ingresaron los detenidos al país (diciembre de 2007).

SENTENCIA N° 105/2011 DEL JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE 3° TURNO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2011

VISTOS: Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: “Jaramillo Ruiz , Felipe y otros c/ -Poder Judicial- Reparatorio Patrimonial -” IUE 0002-024563/2009;

RESULTANDO:

I) El actor, Felipe Jaramillo viajó con su madre y hermana desde Bogotá hacia Florida EE.UU., el 19/7/2008 a efectos de pasar sus vacaciones. Al llegar al aeropuerto de Florida, se le indaga sobre que es lo que hace, y en cierto momento son derivados a una sala de espera donde acuden las personas con problemas de migración. Posteriormente a Felipe lo hacen ingresar a un cuarto donde lo esperaban dos policías de inmigración y se le comunica que está requerido por las autoridades de Uruguay para ser extraditado por ser un narcotraficante que entró a Uruguay por Colonia el 17/12/2007 y se fugó al ser detenido. Al manifestar que no sabía de qué se trataba y tras ser agredido en forma verbal y física por los oficiales, se le esposa y se le traslada hacia otra Sala donde fue indagado por diferentes oficiales de inmigración. Se le preguntó si viajó a Uruguay y contestó que sí, en enero de 2007, había realizado el viaje con su familia. Se le informa que se le traslada al Centro de Detención de Miami, “Krome Detention Center”. Allí permaneció hasta el 28/7/2008, fecha en que fue trasladado a la prisión del condado, donde convivió con presos de alta peligrosidad y fue amenazado de muerte. Mientras tanto, su familia incomunicada con su hijo, contactó al Dr. L.C., Abogado Norteamericano, para que lograra la libertad de su hijo, sin resultado inmediato alguno.

En Uruguay se contactó con el Dr. O., el cual tras una serie de averiguaciones en Interpol y Brigada de Narcóticos, y con la Sede de 1era Instancia en lo Penal de Ciudad de la Costa de 3er Turno, donde se tramitaba la causa, en la cual se había procesado a unos narcotraficantes que ingresaron a Uruguay el 17/12/2007, ahí fue donde surgió la información de que uno de los fugados, se llamaba Felipe Jaramillo. Se pudo demostrar en dicha Sede que había existido error en la persona y obtener que se retiraran los cargos contra

Felipe al no ser el narcotraficante que se buscaba. *Se logró la revocación de la orden de captura internacional la que fue cursada a Interpol de Estados Unidos, para que fuera divulgado, sucediendo lo que sucedió el 5 de agosto de 2008, luego de 17 días de sufrimiento.*

Reclaman responsabilidad estatal, por los hechos de autos, estableciendo que el daño emergente está constituido por honorarios del abogado norteamericano U\$S 36.000 y

del abogado en Uruguay U\$S 23.000, lo que asciende a un total de U\$S 59.000. Respecto al daño moral lo estiman en la suma US\$ 70.000 y U\$S 25.000 para cada padre, lo que arroja una suma de U\$S 120.000. Solicita en definitiva se condene al Estado al pago de U\$S 179.000 con sus correspondientes ajustes e intereses.

II) Conferido el traslado de la demanda, fue evacuado por la demandada Suprema Corte de Justicia de fs. 58 a 76 vta. Manifiesta en lo sustancial que no hay hecho ilícito en el actuar judicial por lo que existe falta de legitimación pasiva. La orden de captura se libró respecto de Felipe Jaramillo "Colombiano". Luego del análisis de las comunicaciones libradas por Interpol internacional surgen los datos identificatorios del hoy actor, tales como documento, segundo apellido, fecha de nacimiento, etc. No identificando específicamente al actor sino que aportaba datos que coincidían con su nombre, apellido y nacionalidad.

Los datos no son los proporcionados por la Sede judicial, por lo que no existe responsabilidad jurisdiccional ni mucho menos negligencia ni falta de servicio. No se está ante un caso de error inexcusable. En el caso concurre la eximente por responsabilidad del hecho de terceros. La declaración efectuada por el procesado Vergara quien resultara ser Agudelo Pazos, opera como eximente de responsabilidad, en tanto, es su testimonio que señala a Felipe Jaramillo como partícipe del hecho delictivo, se trató de un hecho imprevisible e irresistible que el Magistrado no pudo prever. Entre todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño, que son condiciones de él, todos "no son su causa", desde el punto de vista de la responsabilidad: no todos le obligan al actor a su reparación. Solo pueden ser considerados como causas y perjuicios los acontecimientos que pudieron producirla normalmente; de acuerdo a la teoría de la causalidad adecuada.

De los hechos relevados y de los antecedentes judiciales pueden inferirse la existencia de varias causas o condiciones que provocaron el daño: por un lado la declaración realizada por el detenido colombiano ante la Sede judicial y por otro lado la actuación de Interpol internacional que con auxilio de la policía colombiana aporta los datos faltantes que determinan la detención del Sr. Felipe Jaramillo Ruiz.

Por ende, la orden de captura librada por la Sede judicial no es en sí misma la única causa eficiente, o sea la productora del evento dañoso.

Se rechaza la falta de servicio y por ende la culpa grave de la Sede, sosteniendo que en la especie no se aplica el art. 4 de la ley 15859.

Controvierte los rubros por los daños reclamados tanto en su existencia como en su procedencia y cuantía. En definitiva solicitan el rechazo de la demanda por falta de legitimación pasiva, y hecho de tercero, con costas y costos a cargo de la contraria.

III) Se dio traslado de la excepción opuesta que fue evacuado de fs. 91 a 93 vta. Se convocó a audiencia preliminar la que se celebró de fs. 105 a 106. Se ratificaron las partes, se tentó inútilmente la conciliación, se fijó el objeto del proceso y de la prueba y se dispuso el diligenciamiento de medios probatorios.

Se convocó a audiencia complementaria la que se efectuó de fs.131 a

134, oportunamente se convocó a audiencia complementaria de alegatos la que se efectuó el 14/10/2011, donde alegaron las partes por su orden y por auto, se convocó a las partes a audiencia de lectura de sentencia definitiva para el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

D) La responsabilidad civil del Estado es adoptada por nuestra Constitución, a partir de las constituciones de 1934 y 1942. La redacción del art. 24 de la Carta, consagra la responsabilidad directa del Estado, los gobiernos departamentales, los entes autónomos, servicios descentralizados, y en general todo órgano estatal.

Respecto a cuándo se responde existen dos grandes corrientes, una que centra la responsabilidad en elementos de carácter subjetivo cuyos mayores exponentes han sido Sayagués y Martins, y otra sustentada por Jimenez de Aréchaga que consagra un sistema de responsabilidad objetiva.

El trabajo de Sergio Deus sobre responsabilidad estatal publicada en La Justicia Uruguaya, Doctrina 6 dice al respecto: “SAYAGUES, como ya hemos visto, sostenía que el Art. 24 establece únicamente quién responde, pero no determina cuándo se responde, es decir, cuáles son los requisitos cuya configuración es necesaria para que surja la obligación de reparar el daño, y que, en consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia tienen libertad para establecer los lineamientos del sistema en ese aspecto.”; MARTINS sostiene que “la responsabilidad estatal no se configura por la mera existencia de un daño causado a terceros por un acto o hecho administrativo, sino que es necesario, además, que se trate de actos o hechos administrativos ilícitos, es decir, cumplidos en violación de una regla de derecho o con desviación de poder, ejecutados con dolo o culpa (27)”. Cuando habla ¿De qué se responde? Señala que el daño “Según el Art. 24, el Estado responde “del daño causado a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”. “La noción de daño puede enunciarse como la pérdida, disminución o menoscabo sufrido por un sujeto de derecho; es la diferencia perjudicial para la víctima entre su situación antes de sufrir el hecho dañoso y después del mismo (42). “El daño o perjuicio es, conforme ya vimos, uno de los elementos esenciales de la acción reparatoria. Sin daño, no hay reparación y la extensión de ésta depende de la magnitud de aquél. La prueba de su existencia y de su entidad corresponde a quien la alega, es decir, al tercero damnificado (43)...No todos los daños son indemnizables. Se requiere, ante todo -y ésta es la nota esencial- que se trate de un daño injusto, o sea, que no haya sido merecido ni provocado por la víctima. El daño debe ser, además, directo, es decir, es preciso que el mismo sea causado directa e inmediatamente por la acción estatal (44). Se requiere, además, que se trate de perjuicios ciertos, comprendiendo en tal calificativo tanto los daños presentes como los futuros, pero no los hipotéticos o meramente eventuales (45). La reparación debe comprender no sólo el daño emergente, sino, incluso, el lucro cesante, siendo de aplicación al respecto lo previsto en el Art. 1323 del Código civil. Dada la amplitud de los términos utilizados en el Art. 24, no procede la distinción que se ha hecho a menudo entre daño material y daño moral, para excluir a este último de la reparación. Esa distinción no está contenida en el Art. 24 y el problema, por consiguiente, debe ser resuelto en la misma forma en que se resuelve en derecho privado (46). El objeto de la indemnización es el de restituir el estado de cosas exis-

tentes antes de producirse el evento dañoso (47), lo que indica que el resarcimiento patrimonial debe tener, exclusivamente, carácter reparatorio, sin que pueda constituir una fuente de ganancias indebidas o desmesuradas para el damnificado. La indemnización, en todos los casos, consiste en una suma de dinero -o en el pago de una renta periódica, por un lapso determinado. Y la misma se encuentra sujeta al reajuste de obligaciones previsto en la ley No. 14.500, de 8/11/976.- Con respecto a los daños indemnizables, cabe hacer una distinción según que la actividad estatal que los provoca sea de carácter general o particular. Si se trata de responsabilidad derivada de un hecho o de un acto administrativo de carácter individual, el daño indemnizable es el efectivamente causado, siempre que el mismo tenga las características recién anotadas, o sea, ser injusto, directo, cierto y apreciable el dinero. En cambio, si se trata del daño emergente de un acto administrativo de carácter general (acto regla), como una ordenanza o un reglamento, no alcanza con que el mismo cause un perjuicio general a todos los administrados que comprende, sino que se requiere, para que proceda la indemnización, que se trate de un daño especial, excepcional y que exceda de los sacrificios normales de la vida en sociedad (48).”

II) En el caso que nos toca dirimir tenemos que establecer cuál es la causa que produjo la situación por la que atravesó el Sr. Felipe Jaramillo Ruiz. Todo sucedió como consecuencia del auto de procesamiento dictado el 31/12/07 (fs.80 del expediente acordonado), en el cual, el Juez Letrado de Feria del Juzgado de Ciudad de la Costa, procesa a varios sujetos por el delito previsto en el art. 33 del Dec.14294-; en dicho auto ya se libra la orden de detención de un sujeto identificado como “Felipe”. Luego cuando se amplía el auto de procesamiento el 3/1/2008 se dispone la detención nacional e internacional del ciudadano colombiano Felipe Jaramillo.

Es a partir de este momento en que entran a desencadenarse los distintos eventos que culminan con la privación de libertad del actor, en Miami- Estados Unidos de América.

Se acredita dicha situación, de acuerdo al informe de INTERPOL incorporado a fs.60 y demás resultancias del expediente de extradición que *en definitiva se resuelve dejar sin efecto; por la Juez de la causa; la orden de detención internacional librada contra Felipe Jaramillo Ruiz cesando la requisitoria a su respecto.*

III) Sostenemos que en ningún momento debió de librarse orden de detención internacional contra Felipe Jaramillo en virtud de los pocos elementos individualizantes de su identidad.

El hecho que se haya acreditado el ingreso de un “Felipe Jaramillo” colombiano a nuestro país, por el aeropuerto de Carrasco el 4 de enero de 2007, no eran elementos suficientes para acreditar la participación del Sr. Felipe Jaramillo Ruiz.

Tanto es así que a los efectos de dejar sin efecto la privación de libertad que padecía el accionante, previamente la Juez de la causa, *solicitó su foto para poder conocer e indagar a los procesados respecto a su presunta participación. De ninguna manera pudo haberse realizado a posteriori de la detención y de la orden de captura librada, sino que dicho procedimiento tendría que haber sido anterior a la disposición judicial que lo requirió internacionalmente.*

Es por ello que es claro el accionar judicial que provocó el daño por el cual se reclama. Indudablemente nos encontramos ante un perjuicio injusto provocado por la actividad estatal, existiendo un nexo causal que no se puede soslayar, entre la orden de captura internacional y la privación de libertad padecida en forma inmerecida. Tal extremo, como dijimos se encuentra acreditado en autos, en expediente de extradición, expediente penal agregado, testimonios de fs.131 a 134, 168 a 172, que son contestes respecto a la situación sufrida.

IV) Hay que tener presente que al ser detenido el Sr.Felipe Jaramillo Ruiz de nacionalidad colombiano, iba en viaje de placer hacia Miami con su madre y hermana. Fue detenido en la migración del aeropuerto de dicha ciudad, luego es alojado en un centro de detención a la espera de la extradición que habría de plantearse, por la cual se le acusaba de delitos relacionados con el narcotráfico.

Hay que destacar que este tipo delictual en todo el mundo y especialmente en EE.UU tiene una connotación muy especial. Es por todos conocida la campaña que realiza dicho país en distintos lugares del mundo para combatir este flagelo. El tiempo aproximado de duración de dicha situación fue de 17 días, y según se declara en autos estuvo alojado en dos centros de reclusión en Miami.

Dicho vía crucis padecido por el actor y acreditado en autos, indudablemente provocan un sufrimiento o dolor de una envergadura y dimensiones que dan lugar al llamado daño no patrimonial, el cual debe ser reparado.

No hay que olvidar que se ha lesionado un bien fundamental de la personalidad como es la libertad del individuo que a la sazón se trata de una persona joven que nunca delinquirió y lo sufre en un país extranjero y por un delito grave, con el desasosiego y perturbación espiritual que tal evento produce.

V) *En cuanto a la respectiva reparación entendemos conjuntamente con el el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, en su Sentencia N°55 del 29/6/04, por cuando se refiere al monto indemnizatorio y enseña que “Al respecto, es de aclarar que la Sala no comparte en casos como el presente, se efectúe una estimación tarifada por día, como si se tratara de reembolsar los gastos incurridos por permanencia en un hotel. Es de advertir que nos hayamos ante la reparación de un daño extrapatrimonial, que de suyo afecta bienes y valores esenciales de la persona humana, por ende su reparación, para que tenga virtualidad de actuar como subrogado, compensatorio por equivalente habrá de tender al detrimento personal y social del sujeto injustamente privado de libertad en una proyección hacia el pasado -que abarque el tiempo de reclusión indebida- pero sin dejar de perder de vista el futuro, principalmente en orden a las dificultades de reinserción social...”, y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er.Turno, en Sentencia N°3 del 8 de febrero del 2000, dice que: “Como enseña Gamarra (Tratado, Tomo XIX, pág.270) nada impide presumir el padecimiento espiritual derivado de la privación de libertad meritante del reclamo respectivo, desde que dicho sufrimiento concuerda con las reglas de la experiencia común (art.141 CGP), máxime en ausencia de toda probanza en contrario cuya aportación era de cargo de la apelante (art.139 CGP)...”.*

VI) Por ello es que se debe establecer un quantum debeatur, el cual no debe ser una cifra tarifada sino evaluarlo de acuerdo al hecho y circunstancia padecidas. *En el caso*

opinamos que nos encontramos ante un daño moral que se verifica "in re ipsa" y en definitiva ha provocado la perturbación del ánimo más que suficiente para acoger el referido rubro. Existiendo indudablemente una agresión a su personalidad, a su vida de relación que alteró la vida del reclamante. Por ello estimamos como cifra reparatoria, la suma de U\$S 10.000 (dolares americanos diez mil).

VII) En relación al daño moral reclamado por sus padres, este debe de acreditarse en éstos autos, extremo que no se ha producido. Estimamos que el daño moral no opera "in re Ipsa", en este caso, al encontrarnos en una situación completamente distinta a la padecida por su hijo.

Naturalmente, el padecimiento provocado por lo inesperado de la situación, la incertidumbre de lo que pasará, fué importante, pero no toda situación injusta provoca la reparación y acogimiento del rubro daño moral.-

A este respecto entiende la Jurisprudencia que para su reparación debemos "encontrarnos ante un grave dolor o estado patológico... la indemnización de daño moral debe quedar reservada a situaciones aflictivas muy profundas... turbación o desequilibrio emocional... habrá de afectar el equilibrio emocional o psíquico" (Jorge Gamarra Tomo XXV Pág.88).

VIII) En cuanto a las sumas que se reclaman producto del daño emergente, estimamos que:

a) se encuentra acreditado en autos, el pago de los honorarios a la firma C. & Asociados para la representación ante los tribunales de inmigración, respecto a la liberación de arresto e ingreso a EE.UU. de U\$S 10.000 (fs.8) y los honorarios de contratación de servicios de abogado adicionales de U\$S 26.950 (fs.14 y 15), documentos protocolizados y agregados en estos autos.

b) Respecto a lo reclamado por el patrocinio del letrado especialista en derecho penal en este país tenemos que decir que: *de su declaración obrante de fs.131 a 134 reconoce que recibió U\$S3.000 por parte del Dr.M.; que realizó diversas gestiones ante el Juzgado Penal de Ciudad de la Costa y que no llegó a presentar escrito alguno en el mismo, teniendo entrevistas con el titular de la Sede en forma verbal a los efectos de explicar la situación.*

Los honorarios reclamados no condicen con los testimonios de autos en tanto su versión dice que le devolvió los U\$S 3000(dólares tres mil) al Dr. M, que le comunicó por nota a dicho médico, la estimación de sus honorarios en U\$S 23.000 y que fueron aceptados por Jaramillo padre. Cuando declara el Dr. M a fs.170 y vta. éste manifiesta: "Sabe si además de la intervención de O., la familia Jaramillo debió contar con el apoyo de otros abogados cta. en URUGUAY tengo entendido que no. Sé que contrataron un abogado además en EE.UU. PTDO. Cuando habló con O. por sus servicios profesionales le abonó algún tipo de dinero cta. no, ellos se entendieron entre JARAMILLO y O." (fs.170 vta.)

Más adelante declara Luis Jaramillo "Cuando contrató los servicios de O. que honorarios estipuló cta. le dije que si había que dar un anticipo lo diera, se habló de 2000 o

3000 dólares, no recuerdo en ese momento. El DR. O accedió a ese anticipo pero dijo que los honorarios se los pagamos luego del proceso completo, incluyendo este proceso. Eso da muestra de credibilidad del DR.O para con nosotros. Ptdo. Abonó honorarios a los abogados en Colombia y EE.UU. Cta. en EE.UU. Pagamos honorarios y el DR.B en COLOMBIA no cobró por su gestión” (fs.171)

Indudablemente, lo que se acredita es que se le pagó U\$S 3000, en ningún momento se habla de que se le reconoció los honorarios que comunica a fs.41. Se contradicen las versiones del Dr. M y del Dr.O y el padre Luis Jaramillo, manifiesta que los futuros honorarios se le pagarían por el proceso completo, refiriéndose al proceso de extradición que nunca se llevó a cabo y luego agrega “**incluyendo este proceso**” se refiere a la actual litis.

Por lo que entendemos que atento a la actividad desempeñada por el abogado en Uruguay y a lo que surge de autos respecto a lo que se habría acordado; en esos pocos días de intervención se refiere a la suma de U\$S 3.000 (dolares americanos tres mil). Es por ello que la misma es adecuada e integra el daño emergente. Abarcando en su totalidad el rubro daño emergente en la suma de U\$S 39.000 (dolares americanos treinta y nueve mil).

Por los fundamentos expuestos y jurisprudencia citada FALLO: I) Acogiendo parcialmente la demanda respecto al Sr. Felipe Jaramillo Ruiz y en su mérito condenando al Estado-Poder Judicial al pago de : a) rubro daño moral en la suma de U\$S10.000 (dólares americanos diez mil), más intereses desde la sentencia hasta su efectivo pago. b) Al pago del rubro Daño Emergente de U\$S39.000 (dolares americanos treinta y nueve mil) más intereses legales desde la demanda hasta su efectivo pago. II) La conducta procesal de las partes no amerita la imposición de condenación especial. III) Honorarios fictos: \$U 80.000 (ochenta mil pesos uruguayos) para la parte no exonerada. IV) Ejecutoriada, cúmplase y repuestas las vicésimas, archívese.

SENTENCIA N° 11/2013 TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEPTIMO TURNO DE 14 DE FEBRERO DE 2013

VISTOS: Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “JARAMILLO RUIZ, FELIPE Y OTROS c/ PODER JUDICIAL – REPARATORIO PATRIMONIAL POR RESPONSABILIDAD JURISDICCIONAL”, IUE: 2-24563/2009, venidos a conocimiento de esta Sala atento al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y adhesión al recurso de la actora, contra la Sentencia N° 105, de 10/noviembre/2011, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3° Turno, Dr. Pablo Eguren, emitiéndose pronunciamiento anticipado conforme los términos previstos por el art. 200.1 del Código General del Proceso.-

RESULTANDO: 1) El referido fallo, cuya relación de antecedentes se tiene por reproducida por acogerse a las resultancias de autos, amparando parcialmente la demanda, condenó al Estado – Poder Judicial a pagar la suma de U\$S 10.000 a Felipe Jaramillo Ruiz por concepto de daño moral, con más intereses desde la sentencia hasta su efectivo pago. Y a abonar por el rubro daño emergente U\$S 39.000, más intereses desde la demanda

hasta efectivizar el pago.- Sin especial condenación procesal en la instancia -fs. 212/220 vto.-

2) Fundando el recurso interpuesto -fs. 221- sostuvo la parte demandada, en síntesis, que la sentencia le agravia en cuanto valorando inadecuadamente la prueba producida y el marco jurídico aplicable, condenó al Poder Judicial en virtud de lo dispuesto en el art. 24 de la Constitución aplicando la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado –aunque no lo manifiesta claramente- sin tener presente que la actividad jurisdiccional desplegada en el expediente penal acordonado no encuadra en las hipótesis de error inexcusable.- Sostiene que del auto de procesamiento del expediente antecedente resulta que en el marco de un procedimiento vinculado al narcotráfico, donde se decretó el enjuiciamiento y prisión de tres sujetos por la introducción ilegal al País de sustancias estupefacientes, se dispuso la detención de los ciudadanos colombianos Andrés Felipe Vergara y “otro identificado como Felipe”, y detenido que fuere el prealudido Vergara, cuando intentaba viajar hacia Buenos Aires, indicó que el apellido del otro ciudadano colombiano era Jaramillo.- Decretado el procesamiento y prisión de Vergara, se dispuso librar orden de captura nacional e internacional del ciudadano colombiano Felipe Jaramillo, librándose oficio a INTERPOL, explicitando que los datos de la comunicación librada luego por INTERPOL, donde se relaciona a Felipe Jaramillo Ruiz, con su fecha de nacimiento y su número de pasaporte no fueron proporcionados por la Sede Judicial, como surge del oficio enviado a fs. 145, 146 de los acordonados, por lo que el Juzgado interviniente no es responsable de que se hubiere detenido al aquí actor, ajeno a los hechos delictivos indagados, ni de la prisión sufrida.- Manifiesta que ocurrieron múltiples hechos que concluyeron en la alegada detención injusta del actor, así la denuncia del procesado Vergara, que en realidad era Héctor Agudelo, quien lo sindicó como partícipe en los hechos delictivos; la orden de detención librada sólo con el nombre de Felipe Jaramillo, sin más datos; y la actuación de INTERPOL, quien solicitó informes a Migración uruguaya acerca del ingreso al País de una persona con ese nombre, resultando que Felipe Jaramillo Ruiz había ingresado en viaje de placer en enero de 2007. A ello cabe adicionar la demora en la liberación del accionante en virtud del trámite en USA, donde se demoró el cumplimiento de la puesta en libertad.- Impugna asimismo el monto objeto de condena por concepto de daño moral, sosteniendo que no se configura in re ipsa, y que no obran datos de las condiciones de la prisión en EE. UU., donde fue detenido al ingresar en ese País; y el daño emergente recibido resulta de hecho de tercero.- En subsidio, aduce que de entenderse que existió alguna responsabilidad del Poder Judicial, ésta debe abatirse al 20%, atento al hecho de tercero con relevancia causal.-

3) Conferido traslado, fue evacuado por la parte actora a fs. 236 abogando por la confirmatoria de la hostigada en los puntos objeto de impugnación de contrario; y adhiriendo a la apelación, finca sus agravios en que no se condenara a la totalidad de los honorarios del Dr. O, que integran el daño emergente; el monto del daño moral estimado para el Sr. Felipe Jaramillo, que reputa exiguo, y en el rechazo del daño moral reclamado por los padres, derivado de la situación de incertidumbre por la detención de su hijo en condiciones particularmente severas, en un país extranjero y tratado como narcotraficante.

4) Franqueada la apelación, y recibidos los autos en esta Sala con fecha 16/agos-

to/2012 –fs. 266-, se dispuso el pasaje a estudio de precepto; cumplido que fuera y luego del debate de rigor, se acordó dictar pronunciamiento anticipado atento lo autoriza el art. 200.1 del C.G.P.-

CONSIDERANDO: 1) El Tribunal, debidamente integrado y con el voto coincidente de todos sus miembros -art. 61 de la Ley 15.750-, habrá de confirmar la sentencia en examen, excepto en cuanto no hizo lugar al daño moral de los padres del Sr. Felipe Jaramillo, lo que se recibirá en los términos que se dirán, habida cuenta que los agravios articulados como fundamento de la apelación adhesiva sobre el particular resultan eficientes para conmover lo concluido por la Sede de primer grado.-

2) Liminarmente cabe precisar, por la relevancia decisiva que proyecta respecto de la impugnación medular movilizada por la apelante principal, que sin perjuicio de advertir la complejidad de la cuestión en debate, la Sala comparte la interpretación del marco jurídico en que el decisor a-quo encarta la cuestión controvertida y el análisis de los hechos relevantes en la causa, en tanto le condujo a una solución que se compadece con los principios legales rectores en la materia y pautas de razonabilidad y sana crítica, a la hora de examinar las probanzas allegadas a la litis –arts. 24 de la Constitución, arts. 1319, 1324 C. Civil y 140 C.G.P.- En efecto, es de advertir que, sin perjuicio de que no resulte aplicable en la especie el art. 4 de la Ley 15.859, en tanto consagra a texto expreso la responsabilidad objetiva del Estado respecto de quien haya sufrido prisión preventiva en un proceso penal sin haber sido en definitiva condenado a pena privativa de libertad, no es menos cierto que la hipótesis que transita en la especie, donde el joven accionante resultó indebidamente detenido en el exterior, al pretender ingresar a Miami, por la orden de captura internacional librada por el Juez interviniente en la pieza penal acordonada, con ligereza y sin tomar los recaudos mínimos para precaver y evitar lesionar los derechos de terceros, en el plano sustancial resulta una situación análoga.

3) En tal marco, y más allá de que el decisor de primer grado no explicitara si aplica el criterio de responsabilidad objetiva del Estado –lo que en el caso, la Sala no comparte, postulando el criterio subjetivo de imputación de responsabilidad-, es de advertir que resulta palmaria la negligencia y el error del acto jurisdiccional en el libramiento de tal orden de captura, con el simple dato del nombre del sujeto buscado, identificado sólo como “Felipe Jaramillo”, de nacionalidad colombiana, sin indicar siquiera edad estimada y requerir datos a Migración Uruguay de posibles ingresos al País, con las respectivas fechas, en forma previa a la orden de captura internacional, calificada como notificación roja por la peligrosidad que conlleva el delito de narcotráfico.- En efecto, como viene de verse, con esos datos imprecisos e inespecíficos, donde hasta ni siquiera se podía tener certeza sobre la veracidad de la declaración de los narcotraficantes procesados (donde el propio declarante falseó su identidad), pudo reiterarse el mismo resultado ilegítimo configurado en la especie, donde un joven universitario de 22 años, de nacionalidad colombiana, que había ingresado por dos días a Punta del Este con su familia un año antes de la ocurrencia de los hechos delictivos tramitados en la pieza penal agregada, fue detenido en Miami bajo sospecha de integrar una banda de narcotraficantes, tratado como tal, e ingresado a un establecimiento de detención –derivado luego a otro- en espera de la extradición.-

4) A criterio de la Sala, el argumento de la impugnante principal fincado en que el error lo cometió INTERPOL y no la Sede jurisdiccional, sustentado en que el Juzgado hizo referencia al nombre, no resulta de recibo y deviene capcioso, puesto que la razonabilidad y la salvaguarda de los derechos de las personas exige que se recabe información mínima previa a la orden de captura notificación roja.- Máxime, cuando ya el 30/mayo/2008 obraban indubitables datos agregados a los autos -fs. 204/211- que podían haber neutralizado la orden de captura del joven Jaramillo Ruiz, atento los datos librados por INTERPOL Montevideo a INTERPOL Bogotá, donde surgía la fecha de nacimiento (11/febrero/1986), impresiones dactilares, fotografía, y se pide que se confirmen los datos, comunicándose al Juzgado que se ha librado al orden de captura internacional, y nadie cotejó tales datos e informaciones.- Acorde lo que viene de decirse, no cabe duda del nexo causal verificado entre la orden de captura y el daño; tal falta de servicio comporta la causa eficiente y suficiente del daño sufrido por el joven Jaramillo y su familia, resultando palmaria la culpa, no pudiendo ensayarse como argumento exculpatorio la práctica en la materia, puesto que incautada la sustancia estupefaciente y procesados con prisión varios de los implicados (entre ellos un ciudadano colombiano que pretendía evadirse), va de suyo que la captura de un desconocido "Felipe" primero y "Felipe Jaramillo", luego, debió, por lo menos, requerir los datos de Migración para despejar posibles perjuicios. Máxime, en tanto luego de este insuceso se dejó sin efecto la orden de captura de todos los posibles "Felipe Jaramillo", lo que sella negativamente la suerte de la impugnación sobre el punto.-

5) Despejado lo anterior, e ingresando al monto del daño moral del Sr. Felipe Jaramillo, punto que agravia a ambas partes litigantes, acorde se enunciara, habrá de confirmarse el guarismo objeto de condenan -U\$S 10.000- por cuanto, a criterio de la Sala, se adecua al particular perjuicio, intenso dolor y conmoción que puede generar en un joven universitario, ajeno al entorno delictivo y carcelario, verse detenido cuando intentaba pasar con su madre y hermana unas vacaciones en Miami, y sorpresivamente se ve detenido en un País extranjero, imputado de un delito de narcotráfico en Uruguay, lo que obviamente genera una grave y profunda perturbación del espíritu.- Respecto del concepto que se analiza se estima de recibo el agravio introducido en vía adhesiva, con relación a los coaccionantes padres del joven Felipe, puesto que ver a su hijo detenido sospechado de un delito grave como el narcotráfico, y anunciándose que las huellas coincidían con una requisitoria de otro país, comporta más que una mera molestia o angustia, razonablemente puede concluirse que la situación transitada provocó una aflicción del espíritu disvaliosa, en tanto se desconocía la suerte que podía correr el joven en un establecimiento penitenciario para delincuentes peligrosos, por lo que fijará el daño moral resarcible en la suma de U\$S 5.000 para cada padre.-

6) En cuanto dice relación con el rubro daño emergente, calificado por los honorarios profesionales generados, habrá de confirmarse la sentencia hostigada sobre ambos ítems, esto es, los honorarios del Dr. C, acorde los documentos autenticados y legalizados obrantes en autos, no contradichos por prueba en contrario, no haciendo lugar al cuestionamiento movilizado por la accionada.- En cuanto a los honorarios del Dr. O, el Tribunal comparte los argumentos del decisor a-quo sobre el particular, atento lo declarado por el Sr. Luis Jaramillo sobre el punto, sin perjuicio de que el monto involucrado

-U\$S 3.000- resultan razonables para la tarea desplegada en el País.-

7) Atento a la correcta conducta procesal desplegada por las partes, no habrán de imponerse especiales condenas procesales en el grado -arts. 56 C.G.P. y 688 C. Civil.-

Por lo expuesto, y con arts. 197, 198, 200 y 344 del C.G.P., el Tribunal, **FALLA: Confírmase la sentencia recurrida, excepto en cuanto desestimó el daño moral reclamado por los Sres. Luis Jaramillo y Gloria Ruiz, punto que se revoca, y en su lugar se fija en el guarismo de U\$S 5.000 para cada uno, con más intereses desde la demanda.- Sin especial sanción procesal en el grado.- Y oportunamente, devuélvase.-**



INFORMACIONES

Ingreso de nuevos docentes

Nueva generación 2014

Conferencia sobre nueva ley de responsabilidad por omisión de seguridad laboral

Competencia Willem C. Vis moot. Universidad de Viena 2014

US Law

Competencia para alumnos de bachillerato: "Abogado y Escribano por un Día".

Maestrías y postgrados

Cursos

Educación on-line

Investigación - tesis

Libros, artículos y productos académicos

Profesores en foros internacionales

INGRESO DE NUEVOS DOCENTES.

Este año se incorporaron los siguientes profesores:

El **Dr. Alejandro Santi Estefan** en Expresión y Redacción Jurídica, ante el retiro del Dr. Alfredo De Torres quien fuera titular de dicha materia desde la primer generación de la Carrera de Abogacía en el año 1999. El Dr. Alejandro Santi, es docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la UDELAR, fue designado por el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU - Escuela Judicial de la Suprema Corte de Justicia) como Profesor del panel que dicta el curso de posgrado para la preparación de aspirantes a la Magistratura (Jueces) del módulo de Derecho Procesal – Audiencia Preliminar (2013). En enero de 2010 ingresa a la Magistratura (egresado del CEJU) y se desempeñó como Juez de Paz Departamental de Cerro Largo, subrogante de los Juzgados Letrados de Melo. Desde abril de 2011 hasta setiembre de 2012 se desempeñó como Secretario Letrado de tres Tribunales Arbitrales que sesionan en la ciudad de Buenos Aires, de la Corte Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional de París. Ha trabajado como Abogado en diferentes Estudios Jurídicos de Montevideo hasta que en agosto de 2012 pasa a desarrollar liberalmente su profesión de abogado, como socio fundador del estudio Mantero & Santi Abogados. Ha publicado varios trabajos sobre temas de su especialidad.

El **Dr. Alejandro Miller Artola**, se incorporó este año a la Cátedra de Derecho de las Sociedades.

Desde el año 2009 es Profesor Agregado en Derecho Comercial (Gr. 4) de la UDELAR. En la cual es Profesor Encargado de Grado y de Postgrado (Cursos de Extensión Universitaria sobre Derecho Societario) y Profesor en la Maestría de Derecho Comercial (Estructura y Funcionamiento de la Sociedad Anónima. Participó en cursos de Derecho Comercial en la University of California – Berkeley, USA y en Clare College - Cambridge University, Reino Unido.

Es socio del Estudio Guyer & Regules al cual ingresó en 1982 y ha publicado varias obras sobre temas de su especialidad.

Dr. Diego Gamarra Antes. Se incorporó a la Cátedra de Derecho Constitucional a cargo del Dr. Prof. Eduardo Esteva.

El Dr. Diego Gamarra, tiene una especialización en Derecho Constitucional y DDHH cursada en el año 2009 Universidad Católica del Uruguay. Obtuvo el Título de Máster en Derecho Parlamentario y Estudios Legislativos en el año 2010 en la Universidad Complutense de Madrid.

Es docente en la Universidad Católica del Uruguay, como Profesor Adjunto Facultad

de Derecho en la materia Derecho Constitucional I Investigación en eje temático "Democracia deliberativa".

Se desempeña como abogado senior en el Estudio Posadas, Posadas & Vecino

NUEVA GENERACIÓN 2014.

El 17 de marzo de 2014 comenzaron las clases los alumnos de primer año, esta generación cuenta con 40 alumnos. Tiene un 50 % de alumnos del Interior. Este año por primera vez en las Jornadas Introdutorias a la Vida Universitaria, se organizaron unas competencias por equipos a efectos de facilitar la integración de los nuevos estudiantes.

CONFERENCIA SOBRE NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DE SEGURIDAD LABORAL

Esta actividad fue organizada por Alumni y se llevó a cabo el miércoles 2 de abril de 2014. Disertaron el catedrático de derecho laboral y rector de la UM Dr. Santiago Pérez del Castillo y el Catedrático de Derecho Penal Dr. Miguel Langón.

La conferencia se dio en el marco de la recientemente aprobada Ley de Responsabilidad Penal del Empleador por Accidentes de Trabajo, que produce gran expectativa y dudas en diversos sectores del mercado de cara a su aplicación. En particular, varios empresarios han manifestado su preocupación por las posibles consecuencias que la ley implica sobre su libertad personal en casos de accidentes laborales.

COMPETENCIA WILLEM C. VIS MOOT. UNIVERSIDAD DE VIENA 2014.-

En abril de este año la Universidad de Montevideo participó en la edición número XXI de la Willem C. Vis Internacional Commercial Arbitration Moot Court Competition. En esta edición participaron más de 300 equipos de más de 60 países.

Los estudiantes que representaron a la Universidad de Montevideo en esta oportunidad fueron María Paz Lestido, Mateo Nosedo, Emilia Cadenas, Carlos Brandes, Santiago Dutra y Victoria Núñez. La profesora a cargo fue Mercedes Jiménez de Aréchaga, con el apoyo de Rekha Rangachari (abogada americana especialista en arbitraje comercial), Carolina Secondo, Martín Rosati y Javier Napoleone.

La Universidad de Montevideo se preparó como todos los años, con un intensivo calendario de prácticas internas con los coaches, y externas recibiendo el apoyo de profesionales locales que hicieron las veces de árbitros en paneles de práctica.

Asimismo, el equipo asistió al Belgrade Open, una práctica no competitiva organiza-

da por la Universidad de Belgrado, Serbia, en la cual participaron 56 equipos de diferentes nacionalidades en preparación de la competencia en Viena.

A esta práctica repetida en años anteriores, este año el equipo adicionó una práctica organizada por la Universidad de Heidelberg, Alemania, en la cual participaron 5 equipos: La Universidad de Montpellier (Francia), La Universidad de Auckland (Nueva Zelanda), la Universidad de San Pablo (Brasil), la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Montevideo.

Finalmente en Viena, la Universidad de Montevideo se enfrentó a cuatro universidades en las rondas generales: Urals State Law Academy, University of Geneva, New York University y School of Excellence in Law, Tamil Nadu Dr. Ambedkar Law University of Chennai.

Del resultado en estas rondas generales el equipo de la Universidad de Montevideo pasó a las rondas eliminatorias, grupo en el cual se encuentran únicamente los 64 mejores equipos de los más de 300 que compitieron. En dicha instancia enfrentaron a Duke University y fueron eliminados en la ronda de los mejores 64. El resultado final del equipo fue el puesto 33.

US LAW

Durante el primer semestre de este año 2014 se han dictado y se dictarán los siguientes cursos del programa "US Law Program":

Introduction to the American Legal System.

Prof. María F. Brugnini y Prof. Martina Etcheverry (Fechas: del 2 al 6 de junio)

Basic Guidelines on Contracts & Torts

Prof. Marcela Tabakián (Fechas: del 5 al 9 de mayo).

International Trade Contracts

Prof. David Aronofsky, (Montana University)
(Fechas: del 10 al 14 de marzo).

Corporations. Prof. Bryn Vaaler (Fechas del 10 al 14 de marzo).

COMPETENCIA PARA ALUMNOS DE BACHILLERATO: "ABOGADO Y ESCRIBANO POR UN DÍA".

Este año se realizará durante los meses de agosto y setiembre el certamen "Abogado y Escribano por un día", es organizado por la Facultad de Derecho para ayudar a descubrir vocaciones en el área jurídica de alumnos de 5° y 6° año de liceos públicos y privados de Montevideo y del interior del país. En la competencia, los estudiantes de bachillerato toman el rol de abogados y escribanos en un determinado "caso", en forma muy similar a como lo haría un escribano o un abogado en la vida real. El concurso tiene como objetivo fomentar el trabajo en equipo y brindar ayuda en materia de orientación vocacional, así como también dar a conocer la propuesta educativa de la Universidad de Montevideo en este campo de la actividad profesional.

Como gran novedad se darán como premios, a los mejores equipos, descuentos en las cuotas a los que vengan a estudiar a la Facultad de Derecho de la UM en 2015. Así, tendrán un Bono de 20% de descuento para toda la carrera los equipos que pasan a las rondas orales de la competencia. Además para los 4 equipos finalistas:

- 1° premio descuento de 20 % adicional
- 2° premio descuento de 15% adicional
- 3° premio descuento de 10% adicional
- 4° premio descuento de 5% adicional

MAESTRÍAS Y POSTGRADOS

Este año se abrieron nuevamente las siguientes maestrías con un alto número de inscripciones.

- Maestría en Derecho de la Empresa
- LL.M. Máster en Derecho
- Maestría en Derecho y Técnica Tributaria
- Maestría en Integración y Comercio Internacional
- Maestría en Derecho Administrativo Económico

CURSOS

El Centro de Posgrados de la Universidad de Montevideo recibió el miércoles 12 de marzo unos 50 jóvenes abogados que participaron, en el Hotel Conrad de Punta del Este, de la **Conferencia Bienal del Latín American Regional Forum del International Bar Association**.



- Durante la Conferencia se realizó un programa intensivo de una tarde para para jóvenes abogados y estudiantes avanzados. El evento se celebró en la UM con enorme éxito para los asistentes que se trasladaron a Montevideo.

Entre los expositores y estudiantes que participaron del programa de capacitación se encontraban abogados de los principales bufetes de Chile, Perú, Argentina, Estados Unidos y de Uruguay, país anfitrión del Foro.

Se abordaron casos de estudio sumamente complejos e interesantes en un marco de gran entusiasmo por parte de los asistentes. Finalmente la IBA destacó y agradeció el apoyo brindado por la U.M. para el éxito de este evento.

- La UM es la **única universidad del Uruguay** que ha sido invitada a ingresar al **Foro Académico del Observatorio América Latina – Asia Pacífico de la ALADI, CAF y CEPAL** a través de la participación de la Maestría en Integración y Comercio Internacional de la Facultad de Derecho.
- La Facultad de Derecho fue invitada por la OMC a postularse en el programa “Cátedra OMC (PCO), que durará cuatro años, desde el 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2017.

La OMC aportará a las instituciones participantes, finalmente seleccionadas, ayuda financiera, científica y técnica en relación con tres esferas de acción independientes: la investigación, la elaboración de programas de estudio y la divulgación. El objeto es mejorar el conocimiento y la comprensión del sistema multilateral de

comercio entre los universitarios y los dirigentes políticos de los países en desarrollo.

- **Cátedra “Asia Pacífico”**

En el mes de junio comenzó a dictarse en la Maestría en Integración y Comercio Internacional con el apoyo del Foro Académico del Observatorio América Latina – Asia Pacífico que coordina el Dr. Ignacio Bartesaghi. La misma contó con la participación de distintos expositores invitados, entre los que destacamos: Embajador Deepak Bhojwani (Embajador de India en varios países de América Latina) quien disertó sobre “India: oportunidades para América Latina”. Dr. Eric Tremolada, de Colombia, (Director del Centro de Pensamiento Jean Monnet: Negocios, Comercio e Integración – CEDIC).

- **Derecho de la Regulación Financiera**

Se está dictó, con una nutrida y variada concurrencia de profesionales y operadores del sistema financiero y bancario nacional el Curso de Postgrado en Derecho de la Regulación Financiera, a cargo de la Dra. Cristina Vázquez y el Dr. Hebert Bagnoli.

Entre los expositores invitados se contó con la presencia del Dr. Mario Bergara, Ministro de Economía y Finanzas, Cr. Daniel Espinosa, Gerente de la Unidad de Información y Análisis Financiero del BCU, Cr. Jorge Xavier, Gerente del Área de Sistemas de Pagos del Banco Central del Uruguay.

La gran demanda de capacitación práctica que este curso ha generado, motivaron el diseño de dos nuevos cursos de postgrado complementarios, a ser dictados en el correr del segundo semestre académico.

- **Protección de datos Personales en la Salud**

El Curso de Postgrado en Protección de Datos Personales e-Salud, organizado por la Facultad de Derecho y el Centro de Ciencias Biomédicas, es dictado por el Prof. Dr. Pablo Schiavi. Este curso representa una herramienta indispensable para quienes se encuentran directamente vinculados a la recolección, manejo y protección de datos personales relativos a la salud física o mental de pacientes en establecimientos sanitarios públicos y privados.

En tal sentido, el curso analiza especialmente la legislación nacional y extranjera vinculada a la Protección de Datos Personales en Salud, la regulación de los procedimientos establecidos por las leyes, la incidencia de las tecnologías de la información, los derechos y obligaciones específicas a la salud, los principales dictámenes de los órganos de control y la implementación y ejecución de las principales medidas de seguridad respecto a las historias clínicas tanto escritas como electrónicas que se están tomando para garantizar los datos de salud, considerados datos personales de carácter sensible.

- **Postgrado en Derecho Penal Económico.** Ha comenzado una nueva edición del Postgrado de Derecho Penal Económico, con la participación de profesores y expertos,

tanto nacionales como extranjeros, entre los que se destacan: Dr. Miguel Langón, Dr. Jorge Barrera, Dr. Martín Pecoy, Dr. Enrique Moller, Dr. Pedro Montano, Dr. Eduardo Telechea,

Dr. Raúl Cervini, Dr. Daniel Montero Zendejas, Dr. Jorge Pereira Schurmann, Dr. Percy García Caveró (Univ. de Piura, Perú), Dr. Gastón Chavez, Dr. Jorge Díaz, Dra. Adriana de los Santos, Dra. Mónica Ferrero, Dr. Juan Gómez, Dr. Guillermo Yacobucci, Dr. Eduardo Lombardi y Dra. Mariana Malet.

EDUCACIÓN ON-LINE

- Por primera vez la Facultad de Derecho ha dictado un curso completamente on-line. Se trata del curso: “Derecho Concursal Uruguayo” a cargo de los profesores Dr. Camilo Martínez Blanco y Dr. Daniel Martínez Vigil, y cuenta con un diseño metodológico moderno, ágil y sencillo, tanto en los aspectos técnicos como en los académicos.
- Como parte del mismo plan de desarrollo académico a distancia bajo la modalidad on-line, serán dictados varios cursos de Postgrado en el correr del presente año en áreas tales como Procesal, Penal, Notarial, Administrativo y Comercial.

INVESTIGACIÓN - TESIS

En el presente periodo, tuvo lugar la defensa de Tesis de investigación académica para obtener el título de Magíster de los siguientes alumnos:

Dra. Silvana Bianchimano López, del Máster en Derecho de la Empresa, *“Exigencias para verificar créditos en el concurso de acreedores”*.

Dra. Cristina Vignone Gastaldi y Dra. Natalia Carbajal Macías, del Máster en Derecho Administrativo Económico, *“La contratación administrativa en el nuevo TocaF, régimen de restricción o de libre elección”*.

Dra. Mercedes Aramendía Falco y Dr. Juan Pablo Pío Guarnieri, del Máster en Derecho Administrativo Económico, *“El Silencio positivo de la administración pública en el Uruguay”*.

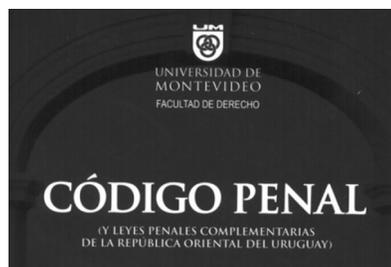
Cr. Pedro Campos Correa, Dr. Pablo Barreiro Villabona y Cr. Rodrigo Pérez, del Máster en Derecho y Técnicas Tributarias, *“La tutela Jurisdiccional Efectiva en el Ámbito Tributario”*.

Dra. Karina Martínez Caballero, del Máster en Derecho Administrativo Económico, *“Defensa de la Competencia y Honorarios Profesionales - Aranceles Obligatorios versus Aranceles Orientativos”*.

LIBROS, ARTÍCULOS Y PRODUCTOS ACADÉMICOS

Como resultado de diversos trabajos de investigación académica, desarrollados en las distintas áreas del Derecho por profesores alumnos y egresados de los Másters y Post-gradados, fueron publicados los siguientes libros.

- Cr. Pablo FERRERI **“El caso de Uruguay dentro de un contexto de combate al planeamiento tributario nocivo internacional”**.S
- Dr. Miguel LANGÓN **“Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay, Tomo II”**, un compendio de antecedentes y concordancias de los delitos previstos en el Código Penal uruguayo.



La presentación del libro, fue realizada por el Dr. Jorge BARRERA, Magíster en Derecho Penal y profesor de la UM, quien afirmó que el libro “es un excelente aporte para estudiantes y operadores que ahora pueden acceder todas a las distintas normas penales vigentes en un solo volumen”. La obra contiene referencias bibliográficas y antecedentes normativos que facilitan el análisis de los diferentes tipos penales y son el punto de partida para la profundización doctrinaria.

- Dr. Jorge BARRERA, Dr. Miguel LANGÓN y Dr. Urs KINDHÄUSER (Universidad de Bonn), **“Política Criminal y Dogmática: Una Visión Europea – Uruguay”**.
- Dr. Pablo SCHIAVI – **“El desafío de los gobiernos municipales en el Uruguay: participación ciudadana, transparencia y articulación”**. Esta obra fue presentada en la IV Jornada de Derecho Administrativo Iberoamericano de La Coruña.
- Dr. Pablo SCHIAVI - **“El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales”**. Durante el XVIII Congreso Internacional del CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo) celebrado en Montevideo, los días 29 de octubre - 1 de noviembre de 2013, este libro fue seleccionado por el Comité Organizador para su presentación durante el Congreso junto a destacadas publicaciones de reconocidos profesores de todo el continente.
- Dra. Paula ALGORTA MORALES **“El control Societario en la Ley de Sociedades Comerciales”**
- Dr. Carlos DELPIAZZO – **“Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública”**.
- Dr. Carlos LOAIZA KEEL – **“Ser o no ser- Uruguay y su camino a la OCDE”**.
- Dra. Carmen ASIAÍN (coordinadora) – **“Derecho y Religión” Tomo II**.
- Dr. Siegbert RIPPE, Dr. Felipe ROTONDO y Cr. Alberto SAYAGUÉS – **“Del Tri-**

bunal de Cuentas y de la Contratación Pública en el Uruguay” edición conjunta de la UM y el Anuario de Derecho Administrativo.

- Dr. Jorge FERNÁNDEZ REYES - “Derecho de la Integración, Tomo I”
- Dr. Nicolás ETCHEVERRY “Ética Empresarial y Profesional - Casos prácticos de decisiones humanas fundamentales”.
- Dr. Santiago PEREIRA CAMPOS, “Código General del Proceso- Reformas de la Ley 19.090 (comparadas y comentadas)”- Cátedra de Derecho Procesal de la UM. Segunda Edición corregida y ampliada. Con la finalidad eminentemente práctica de examinar las innovaciones, este libro está dirigido a los operadores jurídicos –jueces, abogados, escribanos, auxiliares de la justicia- y a los estudiantes de derecho.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

REFORMAS DE LA LEY 19.090

Comparadas y comentadas

La obra contiene el texto vigente completo del Código General del Proceso con todas las modificaciones incorporadas y, además, se comentan uno a uno los cambios operados por la Ley No 19.090 mediante una metodología comparativa que le permite al lector identificar fácilmente las diferencias y comprender los impactos en su labor diaria, facilitándole el ejercicio profesional.

- Se presentó el libro sobre *Derecho Global y Tecnología* en el Centro de Posgrados. Dicha publicación fue parte del proyecto de investigación, “Vinculación con Científicos y Tecnólogos del Exterior (2012)” de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII) y la Facultad de Derecho de la UM, y estuvo bajo la coordinación del Dr. Pablo GENTA y la Dra. Alina CELI (PhD).



La obra aborda aspectos vinculados al Derecho y las tecnologías modernas, entre los que se mencionan la relación del turismo náutico fluvial con las tecnologías y el marco jurídico de Uruguay, el cambio tecnológico, el riesgo ambiental, la gobernanza ambiental y la bioseguridad; la neutralidad de la red, el derecho al olvido frente al manejo indiscriminado de información de la red, la geo localización y la protección de datos personales y las redes sociales.

En la publicación participaron: Dra. Alina CELI (PhD), Dra. Andrea CHINAZZO, Dra. Florencia DE CASTRO, Dra. Cristina OLASO, Esc. Maria Zulma LUACES, Dra. Beatriz RODRÍGUEZ ACOSTA y Dr. Pablo SCHIAVI.

- Dr. Camilo MARTÍNEZ BLANCO, Coordinador - **“Estudios de Derecho Concursal Uruguayo”**, participantes:
- Dr. Rúben CORREA FREITAS, Coordinador - **“Derecho Laboral en la Función Pública”**, participantes:
- Dr. Miguel LANGÓN CUÑARRO - **“Código Penal Uruguayo – Libro III – De las Faltas”**.



PROFESORES EN FOROS INTERNACIONALES

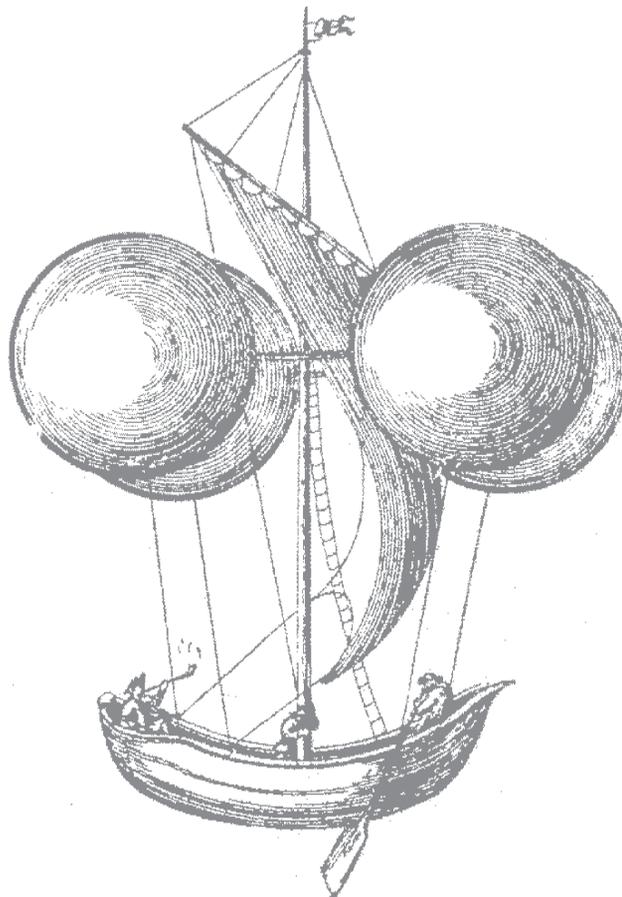
- El Dr. Pablo Schiavi, profesor del Máster en Derecho Administrativo Económico, representó a la Universidad de Montevideo en “El III Seminario de Investigaciones Constitucionales”, organizado por el Núcleo de Investigaciones Constitucionales del Programa de Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad Federal de Paraná, [en co-organización con el Programa de Maestría y Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná].

El objetivo del seminario fue reunir un público seleccionado, de estudiantes de maestrías y doctorados, para debatir en torno al tema “Información Pública y Protección de Datos Personales”.

Como efecto de análisis y reflexión de los distintos equipos de trabajo, se tomó el libro *“El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales”* editado por la Universidad de Montevideo (2012) del Dr. Pablo Schiavi, Profesor de la Facultad de Derecho

- El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) realizará el XIX Congreso Internacional la Reforma del Estado y de la Administración Pública, en Quito, Ecuador, del 11 al 14 de noviembre del presente año.

El Comité Organizador invitó formalmente al profesor de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Pablo Schiavi, a participar en este evento, “en la seguridad de que su experiencia y trayectoria profesional contribuirán a enriquecer el debate y la discusión que se dará en el marco del Congreso, en torno a las dimensiones más significativas de los procesos de rediseño del Estado, reconstrucción institucional y fortalecimiento de la capacidad de gerencia pública tanto en Iberoamérica como en el resto del mundo”.



TESINAS DE MASTERS

BIDERMAN ABRAMOVICZ, Veronica /

ERRAZQUIN BUSTELO, Mariana C.

Riesgos de la precarización de la función pública en el Uruguay del siglo xxi

RIESGOS DE LA PRECARIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL URUGUAY DEL SIGLO XXI

DRA. VERONICA BIDERMAN ABRAMOVICZ
DRA. MARIANA C. ERRAZQUIN BUSTELO

Tesis de Máster
para optar al título de
MASTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y ECONOMICO

“Si el servicio al Estado es profundamente honorable es ante todo porque hace participar en las responsabilidades más elevadas que pueda haber, las del poder público, a quienes pertenecen al Estado, pero también porque a través del Estado se sirve de forma directa y desinteresada a la colectividad humana y nacional”.

Charles De Gaulle, 1963

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

En primer lugar a Dios por permitirnos ser parte de los privilegiados que estudian y se especializan en nuestro país.

A nuestros hijos y familias por el tiempo que no le brindamos durante la investigación, estudio y redacción de esta Tesina.

A nuestro tutor, Dr. Carlos E. Delpiazzo, que nos aconsejó con verdadera generosidad intelectual.

Al Centro de Postgrados de la Universidad de Montevideo.

INTRODUCCION

El Sector Público, considerado históricamente, como el sector que mayor estabilidad proporcionaba a sus trabajadores; parece ser, que no ha quedado al margen de los procesos de flexibilización y precarización que en las últimas décadas, la dinámica económica impuso al resto del mercado laboral. En consecuencia, se han producido grandes cambios para el sector público; entre ellos, un proceso que se ha estudiado con el nombre de Laboralización del empleo público; siendo éste, objeto de debates doctrinarios y replanteos jurisprudenciales.

Luego que rigiera durante varios años la “estabilidad” o la “inamovilidad”, como principio fundamental rector en las relaciones Estado-empleado y, una organización ad-

ministrativa inserta en estructuras rígidas, la introducción de las figuras de la privatización, la desregulación y la gestión por resultados, incidieron en la Administración Pública y por tanto, en los vínculos del funcionario público con su empleador o sea el Estado.

Como se mencionó antes, la estabilidad o inamovilidad propias del empleo público, ha tomado un alcance diverso en los últimos tiempos. En este sentido, se incorporaron modalidades donde se advierte una mayor flexibilización tales como, los contratos temporales de Derecho Público, Adscripción, Provisorio, entre otros; a través de los cuales, no se genera derecho alguno a la permanencia ni a la estabilidad. La doctrina -especialmente desde el punto de vista del Derecho Privado- ha analizado el fenómeno de la "Laboralización"; sin embargo, no ha ocurrido lo mismo desde el punto de vista del Derecho Administrativo. Específicamente en relación a éste, no se ha agotado la investigación en el tema de la "Precarización".

Por ser la "Precarización" y la "Laboralización", dos fenómenos que se relacionan íntimamente no fue posible abordar un análisis del primero, sin tener que introducir aspectos del segundo.

El presente estudio sobre los "*Riesgos de la precarización de la función pública en el Uruguay del siglo XXI*", se realizó siguiendo los lineamientos propios de la investigación documental y jurídico dogmática planteada por Witker¹, por ser éstos los más apropiados para plasmar el estudio de los problemas jurídicos-sociales.

En este sentido, se utilizó la investigación documental, en la cual se aplicó el diseño bibliográfico, a través del mismo se procedió a establecer la búsqueda de diferentes fuentes de información bibliográficas relacionadas con el tema; logrando así, la compilación necesaria para realizar el análisis de los "*Riesgos de la precarización de la función pública en el Uruguay*" y, su impacto jurídico, social y económico en el País; utilizando para el logro de los objetivos planteados, el tipo de investigación Jurídico-Exploratoria, como lo establece la Directiva de Tesis de Máster en Derecho.

Con esta investigación, se trata de dar pasos preliminares frente a un problema jurídico-económico, resaltando sus principales facetas, pero sin penetrar en las raíces explicativas del asunto. Será un trabajo que abrirá el camino para investigaciones más profundas.

Para iniciar el estudio acerca de los "*Riesgos de la precarización de la Función Pública en el Uruguay del siglo XXI*", se creyó necesario ubicar el sujeto pasivo de esa precarización, incluso desde el punto de vista gramatical.

Sin pretender confundir al lector, sino por el contrario, tratando de explicar el objeto del análisis de la presente Tesis, se indica que la primera interrogante que surgió al encarar el tema elegido fue, qué era lo sustantivo, lo propio, lo intrínseco de la Función Pública. La respuesta que se entiende salta a la vista, es que la Función Pública es una forma de trabajo. Trabajo, dentro o para el Estado, con un empleador especialísimo y con

1 WITKER, J. Como Elaborar una Tesis de Derecho. Puntos Metodológicos y Técnicas Para el Estudiante o Investigador de Derecho. Madrid: Civita. 1996. 60 p.

fines múltiples, pero al fin y al cabo: un trabajo.

Por eso, y previo a todo análisis se estudió muy someramente el *Trabajo* en el Derecho uruguayo, empezando con la Constitución; no dejando de lado los principios generales de Derecho y recurriendo a alguna definición o alcance dado, tanto por la doctrina de derecho público como de derecho privado. Se realizó un análisis general del concepto del “protagonista” de ese tipo de “Trabajo” (la Función Pública) esto es, el análisis del funcionario público.

En el segundo capítulo, se analiza el panorama general de la Función Pública en el Derecho Comparado, consignando los modelos europeos, norteamericano e iberoamericano, respectivamente.

En el tercer capítulo, se analiza la Evolución y “Huida” del Derecho Administrativo; realizando un panorama histórico, así como la tendencia en el Uruguay, en las últimas décadas del siglo XX.

En los capítulos IV y V, se señalan los conceptos personales de las Investigadoras, enriquecidas con las teorías y conceptos de prestigiosos juristas expertos en la temática elegida. En este sentido, se ambicionó investigar y enumerar en el Derecho actual, ciertos institutos y nuevas figuras o modalidades de trabajo para el Estado (que entienden, las autoras del Estudio), muestran la creciente precarización de la función pública en el Uruguay y, finalmente, se consignan ciertas conclusiones que en algunos casos elementales u obvias, pero que, en otras, hacen pensar en los riesgos de los cambios en el sistema.

CAPITULO I

LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO FORMA DE TRABAJO

1.1 El trabajo en el Derecho uruguayo:

La Constitución Uruguaya tiene un contenido nutrido y, es lo que la doctrina ha denominado “Constitucionalización del Derecho Administrativo” fenómeno que Cajarville² prefiere llamar “administrativización de la Constitución”. Ello por cuanto además de contener lo propio y esencial de cada Constitución en algunas materias es bien detallada y un ejemplo de ello es cuando regula el “trabajo”³.

La Constitución, en forma general, reconoce en el artículo 7⁴, como derecho primario y secundario, el derecho al *trabajo*. Este derecho también es tutelado en los artículos 36 y 72⁵. El derecho que asoma en el texto del artículo 7, es el derecho a “ser protegido en

2 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Doctrina CADE Tomo 5 Año II, Montevideo, – Febrero de 2010 – pág. 61 y ss.

3 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. art.7 “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”

4 Ibid. art. 36 “toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier actividad lícita”

5 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. “Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo” En: Revista del Colegio de Abogados del Uruguay. p. 5 y ss.

el goce" de un bien; la obligación correlativa de ese derecho, ha de ser la de proteger al habitante en el goce de cada uno de los bienes que, expresamente, señala dicha norma⁶.

Ahora bien, específicamente el "trabajo" es protegido por la Constitución en su artículo 53, ya que establece: "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."

Esta Norma toma en cuenta a la persona que trabaja en sí misma, prescindiendo de su vinculación con terceros y ubica su actividad "bajo la protección especial de la ley". Son las tareas que se cumplen por sí mismas las protegidas, "el trabajo como hecho social"⁷ es lo que ubica la Constitución bajo la protección de la ley.

Por su parte, los artículos 54 a 57 de la Constitución comprenden a todo aquel, que se encuentre en una relación de trabajo o servicio como obrero y empleado. Por tanto, estos artículos protegen a todos los trabajadores en situación de dependencia y subordinación, sin valorar si se trata de una relación de Derecho Público o de Derecho Privado, si es estatutaria o contractual. Es decir, que todo el que trabaja subordinadamente se encuentra comprendido por las previsiones establecidas en los art. 54 a 57. O dicho de otra manera que "la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral"⁸; el derecho a "alimentación y alojamiento adecuados" del "personal" que deba permanecer en el establecimiento, por las características de la empresa; los derechos de sindicación y de huelga; todos esos derechos han de ser protegidos a toda clase de trabajador en relación de dependencia, no importa si es subordinado de un organismo estatal o de un privado, cualquiera sea el otro sujeto de la "relación de trabajo". Por ello, el legislador debe reglamentar dichos derechos con base en las disposiciones de los artículos 54 a 57, siendo pues esa materia, "reserva de la ley".

Puede concluirse sin dudar que, del contexto de la Carta, resulta que la *función pública*, como cualquier "relación de trabajo o servicio subordinado" está alcanzada por esas normas de la Constitución.

1.1.1 Concepto Jurídico de Trabajo

Al analizar el tema, la Dra. Cristina Vázquez⁹, toma como punto de partida el artículo 53 de la Constitución de la República, que establece: "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

6 Ob. Cit. Art. 54 y 55.

7 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. "El concepto del funcionario público en la Constitución uruguaya y su desvirtuación legal o administrativa" (en línea). 2 de junio 2010. En: Abeledo Perrot. Fecha de consulta: 6 de agosto de 2011. Disponible desde: <http://portalanterior.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7037&tipo=2>

8 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. art.54

9 CORREA FREITAS, Rubén - VÁZQUEZ, Cristina: Manual de Derecho de la Función Pública- Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. S.f. p.33 y ss.

procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica". Por su parte, el Profesor Héctor Barbagelata define al trabajo, como *"la aplicación de energía intelectuales o corporales, en forma que redunde en beneficio de la colectividad, que da la posibilidad de ganar sustento"*¹⁰.

Desde el punto de vista jurídico, el Trabajo sólo puede ser un acto humano, de acuerdo a lo expresado por Ferruccio Pergolesi citado por el Profesor Barbagelata¹¹. Esto es así, porque conlleva un comportamiento y una manifestación de voluntad, de una persona con libertad de acción y expresión.

La Constitución requiere además, cuando regula el Trabajo, que ese libre "hacer humano", se exprese en la aplicación de energías intelectuales o corporales, las que a su vez, deben aplicarse de un modo que cause un beneficio de la colectividad; por lo que quedan excluidas, las actividades contrarias a la moral y a las buenas costumbres.

En relación a la mención constitucional "ganar un sustento mediante el desarrollo de una actividad económica" señala Barbagelata¹², que no queda excluido, de lo que es el concepto jurídico de trabajo, aquel por el cual no se recibe una remuneración; pero que, una vez que la relación laboral se formaliza, la retribución deberá ajustarse a lo que establece el artículo 54 de la Constitución, es decir debe ser una "justa remuneración".

1.2 Principios constitucionales de la Función Pública:

El ejercicio de la Función Pública por parte de sus protagonistas, los funcionarios públicos, en sentido amplio, está regulada por un conjunto de principios que están contenidos en la Constitución.

Estos principios son el fundamento, la piedra sillar, la base, a la hora de la iniciativa, discusión, aprobación, promulgación, interpretación y aplicación de las normas legales y reglamentarias en materia de funcionarios públicos.

Al decir de Correa Freitas, *"... el análisis de los principios constitucionales de la función pública tiene particular relevancia, porque es necesario estudiar la compatibilidad entre las normas legales y reglamentarias vigentes con las normas y principios consagrados por la Lex Fundamental"*¹³.

Entre los principios constitucionales se encuentran los dos puntales de la lista que son: los principios de eficiencia y el de carrera administrativa (art. 60). A partir de ellos, la Constitución consagra una serie de otros principios de la Función Pública (y a los funcionarios públicos), tales como los principios de: independencia política; dedicación y contracción a la función, por encima de los intereses individuales o personales de los funcionarios (art. 58 y 59); independencia de la conciencia moral y cívica de los trabajadores, sean públicos o privados (art. 54); derecho a la justa remuneración, la limitación

10 BARBAGELATA, Héctor: "Derecho del Trabajo", T.I, Montevideo.1977, Pág. 53 y ss.

11 Ibid.p.55.

12 Ibid.p.60.

13 CORREA FREITAS, Ruben. Los Principios Constitucionales de la Función Pública. LJU Doctrina 7.S.C.S.F.

de la jornada, el descanso semanal y la higiene física y moral.

Sin perjuicio de las discusiones doctrinarias o jurisprudenciales, al respecto, debe señalarse además, el derecho de huelga (art. 57). De la misma manera, no puede dejar de enumerarse el derecho a la libertad de trabajo (art. 36) y el derecho de todo ciudadano a ser llamado a ocupar empleos públicos (art.76); el derecho a defenderse (art. 66); derecho a petición (art. 30 y 318); el derecho a impugnar los actos administrativos (por ejemplo de ascenso o traslado) (art. 317); el derecho a una responsabilidad civil subsidiaria, por el daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección, siempre que hayan actuado con culpa grave o dolo, recayendo la responsabilidad sobre el Estado y, en esos casos, éste último, podrá repetir contra el funcionario (art. 24 y 25).

1.2.1 El principio de Eficiencia:

La eficiencia es un principio que pertenece a la ciencia de la Economía y, consiste en la medición de los esfuerzos que se requieren para alcanzar los objetivos. El costo, el tiempo, el uso adecuado de factores materiales y humanos, cumplir con la calidad propuesta, constituyen elementos inherentes a la eficiencia. Los resultados más eficientes se alcanzan cuando se hace uso adecuado de estos factores, en el momento oportuno, al menor costo posible y cumpliendo con las normas de calidad requeridas.

Habitualmente se opone a este principio, el principio de eficacia, que consiste en el logro de las metas u objetivos, marcados por una organización pública o privada o empresa en general. Ello por cuanto es posible ser eficiente sin ser eficaz y viceversa. Se puede lograr las metas perseguidas, pero con un costo muy alto, un costo mayor al conveniente y, por otro lado, se puede ser eficiente en cuanto a los costos, pero no ser eficaz en cuanto al logro de los objetivos fijados.

En cuanto a al principio de eficiencia, que está referido en el art. 60 de la Constitución, Correa Freitas entiende que debe ser un principio rector de la gestión pública, pero considerado en un “... *sentido amplio, es decir comprensivo no sólo de la eficiencia en sentido estricto (el menor costo posible), sino también de la eficacia (logro de los objetivos y de las metas)*”¹⁴

El cumplimiento del principio de la eficiencia, debería ser una constante preocupación de la legislación, de la reglamentación y de los órganos de contralor, tales como el Tribunal de Cuentas (art. 211 literal C)¹⁵ y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 309 y 311)¹⁶

1.2.2 El principio de la carrera administrativa:

El principio de la carrera administrativa, además de ser un principio constitucional

14 CORREA FREITAS, Ob.Cit.

15 CONSTITUCIÓN literal C) del art.211 “ Compete al Tribunal de Cuentas:...C) Dictaminar e informar respecto de la rendición de cuentas y gestiones de los órganos del Estado, inclusive Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, cualquiera sea su naturaleza, así como también, en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad, exponiendo las consideraciones y observaciones pertinentes.”

16 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA art. 309 y 311

de la función pública, con trascendencia en el Uruguay, debe de ser uno de los principios más nombrados y objeto de más reclamos, por parte de los funcionarios presupuestados de la Administración Central, de los Entes Autónomos, de los Servicios Descentralizados y de los Gobiernos Departamentales.

Al respecto, la Constitución también establece los funcionarios que no están comprendidos en la carrera administrativa y cita entre ellos a los políticos o de particular confianza.

Para Jiménez de Aréchaga¹⁷ (en oportunidad de analizar este principio en la Constitución de 1952), *“Carrera administrativa”* implica que la persona que ingresa en la Administración Central *“... tiene reconocido por texto constitucional el derecho de hacer de esa actividad una carrera, de otro modo: el derecho a progresar dentro del orden de la jerarquía administrativa.”* Y agrega el constitucionalista que *“... el establecimiento de la carrera administrativa... ”* puede entenderse que *“... importa, por un lado, el derecho a la estabilidad y, por otro lado, el derecho al ascenso.”*

Giorgi¹⁸ realizó un minucioso e importante estudio del tema, concluyendo que el derecho a la carrera administrativa, se manifiesta exclusivamente en el derecho del funcionario público a ascender de grado jerárquico.

Por su parte, Cassinelli Muñoz¹⁹, sostiene que la carrera administrativa implica el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, a un régimen de licencia, de traslados y suspensiones, de acuerdo con el carácter profesional y estable de los funcionarios de carrera.

En ese mismo sentido, Martins²⁰ expresa que la carrera administrativa consiste en que, el personal que hace del servicio que presta a la Administración, una profesión, tiene derecho a la estabilidad en el cargo, a ser ascendido a cargos superiores de la jerarquía, a una remuneración adecuada, a un sueldo de pasividad para el caso de retiro, así como garantías y beneficios sociales.

Por su parte, Correa Freitas, entiende que *“la carrera administrativa es la profesión que ejerce el funcionario público, desde su ingreso y hasta la extinción de la relación funcional, gozando de un régimen de estabilidad, ascensos, licencias, traslados, así como, del régimen disciplinario correspondiente”*²¹. Este autor afirma que eso quiere decir que la carrera administrativa es el *“contorno en que se mueve el funcionario, él es un profesional de la Administración Pública que tiene derechos, deberes y garantías”*.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo²² (en adelante “TCA”), ha fallado en el sentido de que los artículos 60 y 61 de la Constitución, son pragmáticos de los principios

17 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, “La Constitución del Uruguay en 1952”, Montevideo, 1966, Tomo II pág.339.

18 GIORGI, Héctor, “La nueva Administración Pública” Montevideo 1965, pág.168.

19 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio “El Régimen de los funcionarios en la Constitución Uruguaya”, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. R.D.J.A Montevideo, 1967, Tomo 65 pág.285.

20 MARTINS, Daniel Hugo. “Estatuto del Funcionario” Montevideo 1965, pág.242.

21 CORREA FREITAS, Ruben en LJU, Doctrina 7 “Los Principios constitucionales de la Función Pública”. s.c.

22 Sentencia TCA N° 121 de 2 de diciembre de 1963.

fundamentales de la carrera administrativa y que son: las condiciones de ingreso, el derecho a la permanencia en el cargo, el derecho al ascenso, entre otros.

En definitiva, es posible encontrar entre la doctrina que estudia el contenido de la carrera administrativa, conceptos amplios y conceptos restringidos o estrictos. Aunque hay que reconocer que en Derecho Comparado, en general, se defendió el criterio amplio, así lo confirman en Argentina, Bielsa²³; en España, Entrena Cuesta²⁴ y en Francia, Auby et Ducos Ader²⁵.

Una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 30 de mayo de 2011, muestra el criterio restringido de la jurisprudencia en materia administrativa, en cuanto se solicitó la declaración de Inconstitucionalidad del art 47 de la Ley N°18.362 de 6 de octubre de 2008, que según los actores (funcionarios de la Presidencia de la República), sostuvieron que esta norma beneficiaba a un grupo de funcionarios públicos que, habiendo pasado en comisión a la Unidad Ejecutora Presidencia de la República terminaron, transformando dicho pase en una presupuestación y/o contrato en dicha Unidad, que culminó con la incorporación de los mismos en cargos de jerarquía funcional, que no siempre, gozaban en su organismo de origen; disfrazando así ascensos, aumentos salariales por vías irregulares, lesionando los derechos de los funcionarios presupuestados del órgano al que se incorporan.

El argumento principal de la inconstitucionalidad solicitada, es que dicho art.47 de la ley citada, lesiona el derecho a la carrera administrativa de los funcionarios presupuestados del Inciso 02 "Presidencia de la República". La Suprema Corte de Justicia desestimó la acción de inconstitucionalidad promovida, basándose en que la ley atacada para nada obstruye o limita la carrera administrativa, en tanto como lo afirman los accionantes en su demanda, la incorporaciones "...se hicieron en cargos hasta ahora inexistentes; es decir, en cargos creados no vacantes ni transformados, por lo que las incorporaciones no son en cargos sustraídos a la carrera administrativa..."²⁶.

1.2.3 El derecho al ascenso:

El derecho al ascenso, es el derecho subjetivo del funcionario de poder exigir de la Administración que, cuando ocupe una vacante, lo haga de acuerdo con las normas vigentes en materia de promociones y ascensos. Pero esta facultad no quiere decir que la Administración esté obligada a llenar la vacante. Esto significa que no hay que confundir el derecho al ascenso, con el derecho a ascender.

Según el sistema jurídico uruguayo, el funcionario tiene el derecho al ascenso, pero no a ascender. En este sentido, se ha pronunciado el TCA, que ha sostenido "... que el actor..." (refiriéndose el Tribunal al funcionario reclamante) tiene una expectativa, pero no un

23 BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1964, Ed. La Ley, Tomo III, pág.167 a 170.

24 ENTRENA CUESTA, Rafael, "Curso de Derecho Administrativo", Madrid 1965, pág.462

25 AUBY ET DUCOS, Ader, "Droit Administratif", París, Dalloz, 1970, pág.92 y ss.

26 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia de 30 de mayo de 2011 en los autos caratulados: "Picabea, Ana María y otros, con Poder Legislativo y otro." Ficha 1-39/2010.

derecho actual a ascender a los cargos que se suprimen."²⁷.

El recientemente aprobado Decreto 377/011 de 4 de noviembre de 2011 en su artículo define el ascenso, como "...la promoción o adelanto en la carrera administrativa del funcionario, consistente en la selección, para cada cargo, del que mejor cumple con los requisitos del mismo, determinados por su descripción técnica. Reunidos dichos requisitos, el derecho a ascender es la situación jurídica de interés legítimo, consistente en la potestad de competir para probar que se es el más apto y, en tal caso, ser designado en el cargo a proveer, conforme a las reglas de derecho y de buena administración".

1.2.4 El principio de independencia de los funcionarios:

La Constitución uruguaya en su artículo 58 (redacción que viene desde la reforma de 1934) establece que "*Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política*".

Esta disposición debe conjugarse con el texto del art. 54 que establece para todo trabajador público o privado "el derecho a la independencia de la conciencia moral y cívica".

Por otro lado, la Constitución considera ilícita la actividad dirigida al proselitismo de cualquier especie. El proselitismo significa conseguir prosélitos; es decir, personas que tengan las mismas ideas políticas, filosóficas, religiosas, gremiales y deportivas. Correa Freitas, entiende que en especial el constituyente buscó evitar que las oficinas públicas se transformen en lugares donde se realice actividad política.

El inciso 2º del artículo 58 (con origen en la Constitución de 1952) prohíbe la constitución de agrupaciones con fines proselitistas, utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas.

1.2.5 El principio de dedicación a la función:

El artículo 59 de la Constitución, declara uno de los principios fundamentales de la función pública uruguaya y es que "*La Ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario.*"

Este implica que el funcionario público tiene el deber de servir al Estado, servir a la Administración Pública, y que sus intereses privados o particulares deben ceder ante el interés de la función pública. Es decir, que el funcionario no debe usar la función para la realización de sus ambiciones personales, ya sean económicas, políticas, sociales, o de cualquier tipo.

Si la Administración le pide al funcionario que cumpla un mayor horario por razones de servicio, el funcionario debe cumplirlo, sin perjuicio de las compensaciones que puedan disponerse, sea con el pago de horas extras, compensación con horas o días de descanso.

²⁷ SAYAGUES LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª. Edición de la FCU 1987, p. 286;

1.2.6 El principio de libertad de trabajo:

Este es un principio constitucional de carácter general para todos los trabajadores en el Uruguay, ya que conforme a los artículos 7° y 36° de la Constitución, se reconoce que hay un derecho primario natural al trabajo y un derecho secundario a ser protegidos, en el goce de ese derecho a trabajar.

Por su parte, la Constitución también protege en el art.36 la libertad de trabajo, en cuanto establece que *“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”*. Este derecho puede ser limitado por Ley (en sentido formal (art. 133 de la Constitución) y por razones de interés nacional.

Por su parte, el artículo 53 consagra al Trabajo como un “poder-deber”; es decir, que todo habitante no sólo tiene el derecho al trabajo, sino que tiene el deber de trabajar.

Dicha norma y tal como se ha citado varias veces, reza claramente así: *“Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunden 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.”*

En definitiva, este principio supone que toda persona, reúne los requisitos necesarios para postularse para ser designado funcionario público y dedicarse a la función pública.

1.2.7 El principio de igualdad ante los cargos públicos:

El principio de igualdad, en general, fue consagrado en el artículo 8° de la Constitución. Esta Igualdad es desde el punto de vista jurídico, porque la igualdad absoluta de las personas no existe en los hechos. La igualdad como principio en la función pública está regulada en el artículo 55 de la Constitución, que dispone, que la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo.

Por su parte, el artículo 76 de la Constitución, también protege la igualdad, pero referida a la igualdad entre los ciudadanos para acceder a un cargo o función pública, porque la norma establece que: *“Todo ciudadano puede ser llamado a los empleos públicos. Los ciudadanos legales no podrán ser designados sino tres años después de haberseles otorgado la carta de ciudadanía. No se requerirá la ciudadanía para el desempeño de funciones de profesor en la enseñanza superior”*.

1.3 El Trabajador frente al Derecho Laboral y el Derecho Administrativo

Tanto históricamente, como en el Derecho comparado, la posición del trabajador ante el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo ha sido visualizado en forma diferente según los casos.

Así, en un “cursillo” sobre esta materia realizado en 1977²⁸, la doctrina laboralista ya abogaba por el tratamiento unitario del trabajador.

En dicho curso (en el que debatieron autores de Derecho Público y laboristas de la talla de Barbagelata, Cajarville, Korseniak, Cassinelli Muñoz, Pla Rodríguez, Prat, Silva Sencio, Martins, Bado, Sarthou, Levrero, entre otros), se entendía que el trabajo constituye una zona fronteriza de relación compartida por el Derecho de Trabajo y el Derecho Administrativo. Lo que aún puede sostenerse en la actualidad.

Así en Derecho Comparado, se distinguen tres grupos de marcos jurídicos: a) el que hace extensivo a los funcionarios públicos las normas de Derecho Privado Laboral, como el caso de Inglaterra; b) el que aplica un régimen especial, fundado en el Derecho Privado como es el caso de Méjico y c) los que aplican el Derecho Laboral a ciertos tipos de funcionarios, como es el caso de varios países de Europa y Latinoamérica, según comenta en la doctrina nacional Delpiazzo²⁹.

Ahora bien, en el Derecho uruguayo, el multicitado artículo 53 de la Constitución al establecer que “*el trabajo está bajo la protección especial de la Ley*”, se regula la condición de todos los trabajadores y por ello no debería existir la oposición público privada.

1.3.1 El concepto de Funcionario público:

Tanto desde el punto de vista histórico, como jurídico, la forma en que se ha denominado al funcionario público ha tenido mucho que ver con la concepción que de este tipo de trabajo se tiene.

Así, en algunos países europeos, es concebido como un servidor o persona de servicio; en danés se lo denomina “*tjeneste-moend*” o como servidor de la corona “*crown servant*” en el régimen del *common law*, o un empleado en griego “*commis*”. En Alemania “*beamte*”, en neerlandés “*ambtenaar*”, en español y portugués se traduce por funcionario; en Bélgica y Luxemburgo se los llama agentes del Estado o de las colectividades públicas; en Italia se lo conoce como empleado civil del Estado. En Irlanda se considera que funcionario, es el servidor del soberano y agente público del Estado. En Francia “*serviteur*” como hombre de servicio.

En el País, se ha estado de acuerdo en denominar “funcionario público” al trabajador que presta tareas para el Estado en un sentido amplio, aunque ello haya sido criticado por parte de prestigiosa doctrina publicista³⁰, que señala que en todo caso, debería identificárselo como “funcionario estatal”.

En definitiva, lo que es indudable, en el presente estudio, es que las personas jurídi-

28 FACULTAD DE DERECHO DE LA UDELAR. Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos- Montevideo 1977 Biblioteca de Derecho Laboral N° 5.

29 DELPIAZZO, Carlos. XII Coloquio de Derecho Público. Centro de Estudios de Derecho Público (CEDEP). En: Revista “*Transformación Estado y Democracia de ONSC*” pág. 82 y ss.

30 CASINELLI MUÑOZ, Horacio. Derecho Público. Fundación de Cultura Universitaria, Versión de las Clases del Curso de Derecho Público dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República Act. Junio 2002

cas, las públicas y estatales, “actúan mediante voluntades humanas, que se ponen a su servicio”³¹ y el elemento humano es el “nervio motor” de las mismas.

Estas voluntades humanas representadas por personas físicas, son las utilizadas por las distintas personas públicas estatales, para cumplir sus fines en un “número elevadísimo”, siguiendo en este punto el parecer del tratadista citado.

1.4 El concepto de funcionario público en Uruguay:

En el País, se han manejado varias definiciones de funcionario público, aunque ha predominado una concepción imprecisa, en cuanto a la condición del mismo.

Así, en el Derecho Positivo uruguayo, no hay ningún texto que defina con carácter general el concepto de funcionario público. Sólo hay definiciones en las distintas áreas del Derecho, como ser para el derecho penal, para la seguridad social, así como para la aplicación del Estatuto del funcionario, entre otros.

La doctrina se ha manifestado en forma muy diversa y, empezando con Sayagués Laso, que consideraba como funcionario a todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento. Por su parte, las normas de derecho positivo que atribuyen derechos y obligaciones a los funcionarios públicos; también en este sentido, tanto la Constitución, la ley, como los reglamentos, incluyen a toda persona que participa en el funcionamiento de un servicio público permanente con la condición de que sea remunerado, acuerde derecho a jubilación y haya sido nombrado o contratado por una autoridad competente.

La Constitución utiliza indistintamente las expresiones: funcionario, empleado y miembro para referirse a las personas que cumplen tareas en diversas áreas del Estado y, asimismo usa los términos cargo y empleo cuando se refiere al lugar que ocupan en ellos.³²

Sin embargo, al referirse a la relación funcional, clásicamente la doctrina y jurisprudencia han optado mayoritariamente por seguir la doctrina francesa y, consideran que no se trata de una relación de trabajo de base contractual, sino de una relación estatutaria; es decir, no prima la libertad de contratación, ni el acuerdo de voluntades, sino la situación jurídica objetiva establecida en el estatuto.

Esto ha tenido importantes consecuencias jurídicas, porque al sustentar esta teoría, los trabajadores del sector público investidos de la función pública, quedan al margen de las regulaciones propias del Derecho Privado. Históricamente esta posición ha sido criticada por la doctrina laboralista que ha defendido enfáticamente la aplicación del Derecho Laboral, como unidad sobre toda relación de trabajo, sin importar quién sea el empleador.

El Profesor Cassinelli Muñoz, señala que funcionario público es aquella persona que

31 SAYAGUES LASO, Enrique. Op.cit. p.255.

32 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, art. 91 numeral 2; art. 239 numeral 7; art. 168 numeral es 9, 10 y 14 y art. 252 verbi gracia.

trabaja en una entidad estatal, y afirma que, en la referida definición quedan excluidas las personas que desarrollan tareas en entidades privadas o que sean públicas, pero no estatales. Por lo tanto establece que esa definición es incorrecta, que en tal caso, deberían denominarse funcionarios estatales. Afirma que cuando se dice “públicos” se toma en cuenta solamente a los funcionarios incorporados a las entidades estatales. Y pone por ejemplo una persona que trabaja en la Caja de Profesionales Universitarios que no se la considera un empleado público, aunque la Caja de Profesionales sea una persona de derecho público.

Este autor sostiene que, la diferencia que existe entre los públicos y los privados o de empresas públicas no estatales, radica, en la situación estatutaria en que se encuentra el funcionario público, por oposición a la situación contractual que se encuentra el empleado privado.

El empleado privado está en una situación que no se puede modificar sin acuerdo de partes; el empleado público está en una situación que es modificable unilateralmente por la Administración, sin perjuicio que en los hechos la Administración no estaría interesada en producir una conmoción, la que seguramente sucedería de suprimirse algún derecho de los funcionarios.

Por su parte Daniel H. Martins, define al funcionario público como todo individuo que ejerce función pública en virtud de una relación funcional. En tal sentido, define a la función pública como la actividad jurídica y material, que compete realizar a los órganos estatales, ejerciendo el poder étático soberano con el objeto de lograr el fin del Estado.

Por otro lado, Julio Prat lo define como *“toda persona física que es incorporada por un procedimiento legal a una entidad estatal donde cumple función pública.”*

Al respecto la Dra. Cristina Vázquez, señala que la noción de funcionario público es amplia y define a los mismos como *“todos aquellos individuos que ejercen función pública, incorporados por un procedimiento legal, sea en el Estado Persona Pública Mayor, en los Gobiernos Departamentales, en los Entes Autónomos o en los Servicios Descentralizado, sean o no de carrera, retribuidos u honorarios, presupuestados o contratados, civiles, policiales, militares, diplomáticos”*.

Finalmente, el derecho positivo uruguayo, en varias normas legales y reglamentarias tales como, el art.175 del Código Penal (en la redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998), toma el concepto amplio de funcionario público. El Texto Ordenado de Normas sobre Funcionarios Públicos conocido como TOFUP, que tomó como fuente lo dispuesto por el art. 1 del Decreto Ley N° 10.388 de 13 de febrero de 1943 (Estatuto del Funcionario Público) y el art. 3 del Decreto N° 302/994 de 28 de junio de 1994, en su artículo 2°, considera funcionario público a toda persona que, nombrada por autoridad pública competente, participa en el funcionamiento de un servicio público permanente, mediante el desempeño de un empleo remunerado, que acuerda derecho a jubilación.

Por otro lado, a los efectos de su inclusión en el Registro Nacional de Funcionarios

Públicos, se consideran tales a las personas que: a) hayan sido designadas por autoridad competente; b) estén incorporadas al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Intendencias Municipales, Juntas Departamentales y Locales, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, Corte Electoral, Tribunal de Cuentas o al Tribunal de lo Contencioso Administrativo; c) cumplan una actividad permanente o temporaria, continua o discontinua; d) presten la actividad en forma personal; e) reciban por ella una remuneración que sea atendida con cargo a rubros presupuestales o extrapresupuestales.

1.5 Estatuto del Funcionario Público:

Entiende Cassinelli Muñoz³³, que al referirse al Estatuto del Funcionario Público, puede hacerse en sentido material o en sentido formal. Así este autor, conceptualiza el Estatuto en sentido material, como el régimen jurídico aplicable a los funcionarios en cuanto a tales. Y subraya el autor que, no todas las normas que resultan aplicables a los funcionarios forman parte del estatuto material, se dice que éste es el régimen jurídico aplicable a los funcionarios en su condición de tales, excluyendo de dicha definición a las normas que se le aplican a los funcionarios, en cuanto a personas o en cuanto ciudadanos, por citar algunos ejemplos.

En Uruguay, el estatuto material de los funcionarios, está contenido en la propia Constitución, en diversas categorías de leyes, en los estatutos formales y en reglamentos administrativos.

Al hacer referencia a los estatutos de los funcionarios en sentido formal, se alude a determinados actos regla, los que son expresamente previstos por éstas, cuyo contenido integra el estatuto material; siendo previstos por la Constitución el contenido, su proceso de formación, así como el órgano competente para dictarlos. Señala el Profesor Cassinelli que a partir de 1952, la Constitución prevé múltiples estatutos, por ejemplo: el estatuto de los funcionarios de casi toda la Administración Central art.59; los estatutos de los funcionarios dependientes de cada Cámara, que se establecen por reglamento de la Cámara art.107; el Estatuto de los funcionarios de los Entes proyectados por el Ente y aprobados por el Poder Ejecutivo, art.63; el Estatuto de los funcionarios de los Gobiernos departamentales que se sanciona por Decretos de la Junta Departamental, con fuerza de ley en su jurisdicción (art. 62 y 273) y el Estatuto de los Entes Autónomos de la enseñanza (art. 204).

Afirma el precitado profesor, que la Constitución es la primera fuente del estatuto material porque "Contiene normas que regulan la situación de los funcionarios como tales". Es materia del Estatuto formal, todo lo que integre el estatuto material, excluyendo la reserva de la ley, los que refiere a la materia presupuestaria.

El artículo 61 de la Constitución, establece un temario breve del Estatuto; todo lo demás no es materia del estatuto, ni material ni tampoco formal. Por ejemplo, la creación de empleos, la determinación de los cometidos de cada cargo, la reglamentación de procedimiento administrativo, la organización del Poder judicial, las normas de familia, de higiene, de salud, la vivienda, entre otras.

33 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Op.cit. tomo 65 pág. 277 y ss.

Los funcionarios públicos acopian en sí mismos diferentes calidades que no se excluyen recíprocamente. Algunas de ellas son de origen constitucional y otras de origen legal o contractual y para verificar todos los derechos, hay que conjugar todas ellas: son habitantes del Estado, ciudadanos, trabajadores, miembros de una familia, afiliados a asociaciones privadas, entre otros.

Y enseña Cajarville que *“En virtud de cada una de tales calidades, se les aplican diversos regímenes jurídicos de variadas fuentes.”* Explica el autor citado, que *“El conjunto de normas que se les aplican en cuanto funcionarios, vale decir, por serlo, se denomina doctrinalmente “estatuto material” de los funcionarios. Caben en este estatuto material normas de diverso origen y jerarquía normativa: constitucionales, legales y reglamentarias[...]; la Carta prevé la existencia de conjuntos orgánicos y formales de normas especiales para conjuntos de esos funcionarios, delimitados por el órgano en el cual y para el cual, cumplen funciones que se denominan por la doctrina “estatutos formales”³⁴.*

Como ya se adelantara, además de las normas de competencia y del sistema de carrera administrativa, la Constitución consagra dos principios básicos del régimen de los estatutos. En el artículo 58 recordamos que se establece que *“los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política”* y el artículo 59 agrega que *“el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”*.

En el trabajo citado, Cajarville critica a la doctrina clásica uruguaya, tanto en el ámbito del derecho administrativo, como en el constitucional, porque le restó entidad y relevancia jurídica al último principio, no obstante la calificación de *“base fundamental”* del Estatuto de los funcionarios públicos a tal punto, señala Cajarville, que el mayor constitucionalista uruguayo, Justino Jiménez de Aréchaga, a tal principio, lo interpretó como *“retruécano”*.

La doctrina se ha pronunciado en cuanto a la posición de la Ley y del Estatuto de los funcionarios en la Zona de materia común. Al respecto, como se dijo antes y, subrayando que las previsiones de los artículos 54 a 57 de la Constitución se aplican a todos los trabajadores, sean de la esfera privada o funcionarios públicos; las normas del artículo 54 de la Constitución alcanza a todos los funcionarios (sean de carrera o no) incluso militares, policías y diplomáticos. Las leyes reglamentarias del artículo 54 de la Constitución que regulan la limitación de la jornada, abarcan pues, indistintamente, los sectores privado y público siempre que estén en relación de dependencia.

Esto implica, por ejemplo, que los órganos competentes para el dictado de Estatutos formales deben cumplir la legislación común sobre limitación de la jornada emanada del Poder Legislativo (que a su vez ejecuta el art. 54 de la Constitución). Ello sin perjuicio de las competencias de principio que la Constitución reservó a los estatutos formales en materia de régimen jurídico de funcionarios públicos y *“ha rodeado de especiales garantías unas formales y otras sustanciales, la intromisión de la ley ordinaria en materias relativas al estatuto de los funcionarios. La legislación, en cuanto sea constitucionalmente legítima sirve de límite*

34 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Op.cit. Disponible en: <http://www.lexisnexus.com.ar/Noticias/MostrarNoticia-New.asp?cod=7037&tipo=2>

pero no de fundamento a la competencia estatutaria.”³⁵

1.5.1 Generalidades del ingreso a la función pública

Enseña el profesor Sayagués Laso³⁶ que las personas pueden ingresar a la función pública de diversas maneras. El mecanismo habitual es la designación o nombramiento, fundamentalmente cuando se trata de funcionarios administrativos. Esta, como expresa el Dr. Julio Prat³⁷ puede concretarse en un acto administrativo de designación. Entre las otras modalidades se pueden señalar: la elección, la contratación, el sorteo y de un modo más excepcional la accesión.

- a. La Designación:** Señala la Dra. Cristina Vázquez³⁸, desde el punto de vista material y, tomando en consideración la clasificación de los actos jurídicos de Duguit, la designación es un acto condición, pues coloca a una persona en una situación jurídica preexistente -situación de funcionario público-, la que es definida por un acto regla: el estatuto.

En cuanto a lo formal, constituye un acto unilateral, que demanda el asentimiento o aceptación del designado para que él mismo se perfeccione y nazca el vínculo que une al funcionario con la Administración. La aceptación puede hacerse efectiva en forma expresa, en el momento de la notificación, con posterioridad o tácitamente. Sayagués Laso³⁹ señala que este modo de aceptación, ocurre frecuentemente mediante el cumplimiento de trámites previos a la asunción o por la toma efectiva del mismo, más que nada en cargos administrativos secundarios.

Por lo tanto, la designación como acto administrativo debe haber dado cumplimiento a determinados presupuestos para que sea válida. Estos es, debe existir un presupuesto de derecho, o sea una norma jurídica que atribuya competencia al órgano que designa, la que establece el interés general perseguido, un presupuesto de hecho o motivo y un presupuesto de procedimiento, el que refiere al cumplimiento de determinadas formalidades para la formación de la voluntad.⁴⁰

La potestad de designar le pertenece al Jefe. En este sentido, la designación en el ámbito de la Administración Central le compete al Poder Ejecutivo (art.168 numerales 9, 12 y 13 de la Constitución), en la órbita del Poder Judicial (art.239 numerales 5,6 y 7 de la Constitución), será la Suprema Corte de Justicia la que tiene la competencia de designar y cada una de las Cámaras en lo que refiere al Poder Legislativo (numeral 7 del artículo 273 de la Carta). Los Ministros son designados por el Presidente de la República (art. 174 de la Constitución).

35 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. op.cit. tomo 61, pág. 22 y ss.

36 SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo 1974. Fundación de Cultura Universitaria. Pág. 283

37 PRAT Julio A. Derecho Administrativo Tomo 3 V.1, Montevideo 1978. Pág. 76

38 CORREA FREITAS Rubén y VAZQUEZ Cristina. Manual de Derecho de la Función Pública. Montevideo,1998. Fundación de Cultura Universitaria. Pág 139.

39 SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo 1974 Fundación de Cultura Universitaria. pág. 284

40 CORREA FREITAS Ruben y VAZQUEZ Cristina. Op.cit. Pág. 140

En lo que respecta a los Entes Autónomos, se estará a lo que dispongan sus cartas orgánicas y, en caso de no estar previsto, se interpreta que la designación es del órgano jerarca. En los Servicios Descentralizados, se estará a lo que disponga el legislador, en tal caso sucede, generalmente, que la designación la efectúa el Poder Ejecutivo a propuesta del Ente.⁴¹

El TOFUP establece en su artículo 4 los requisitos para el ingreso a la función pública, tomando como fuente legal lo establecido por: Decreto Ley N° 10.388 del 13 de febrero de 1943, art. 2 lit. A inc. 1, C y D, lit. B, con la redacción dada por Decreto Ley N° 14.939 de 2 de octubre de 1979, Ley N° 11.923 de 27 de marzo de 1953, art. 40, Ley N° 16.017 de 20 de enero de 1989, art. 11 inc. 1 lit. y el artículo 4 del Decreto Ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007.

- b. **Elección:** El cuerpo electoral será el que se ocupe mediante el sufragio, de elegir a los que ocuparán los cargos. Dentro del procedimiento de elección se pueden distinguir diversas etapas: la convocatoria a elecciones; publicación de nóminas de habilitados para votar; inscripción de candidatos; acto eleccionario; escrutinio; proclamación de electos. Se entiende que el electo queda investido con la función pública, desde que se realiza la elección aunque deba esperarse para la toma de posesión.
- c. **Contratación:** Es la forma de incorporación a la función pública a través de la firma de un contrato, del que forman parte la Administración y la persona física. No debe confundirse con los casos en que, si bien se suscribe un contrato, como por ejemplo contratos con los becarios, adscriptos entre otros, que no implica el nacimiento de la relación funcional. La suscripción del contrato, normalmente es precedida de un procedimiento de comprobación del cumplimiento de los requisitos jurídicos, reclamados en cada caso y de una resolución que autoriza la suscripción del contrato. El funcionario contratado se distingue además del presupuestado, en cuanto a la partida presupuestal con la que se le paga su remuneración, lo que supone la preexistencia de rubros para cubrir la referida erogación (art. 229 de la Constitución). Los funcionarios presupuestados son titulares de cargos previstos en las planillas anexas a las leyes presupuestales, siendo distribuidos en grados dentro de cada escalafón, con una denominación y dotación.⁴²
- d. **Sorteo:** Regularmente solo es utilizado para la selección de personal obrero; como ejemplo puede señalarse el llamado y posterior sorteo efectuado por la Intendencia de Montevideo, cuando convoca a selección de personal para desempeñar tareas de barrido y limpieza de calles.
- e. **Accesión:** El ejemplo típico de accesión es el que ocurre con los decanos de las Facultades, que por serlo, automáticamente a ser miembros del Consejo Directivo Central.

41 MARTINS, Daniel Hugo. Estatuto del Funcionario. En CORREA Freitas Ruben y VÁZQUEZ Cristina. op.cit. Pág. 141.

42 DELPIAZZO, Carlos. Contratación y presupuestación de Funcionarios Públicos. En: Estudios sobre el Presupuesto Nacional. Montevideo 1986. S.p.

CAPITULO II.

PANORAMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO.

Los cambios vertiginosos que plantea la noción de empleo público en los albores del Siglo XXI, han sido un desafío en el mundo.

2.1. Realidad de la laboralización del empleo público en el Derecho Comparado

En el Derecho comparado la realidad de la laboralización del empleo público, en especial en los países formadores de esta doctrina, ha implicado diversos cambios que no han sido homogéneos.

2.1.1 Modelo europeo

En Europa, el modelo administrativo francés que ha servido como inspirador tanto en la función pública como en otras instituciones administrativas, no se ha mostrado igual y de modo tan pronunciado como sí, lo ha sido en Italia.

- **Italia** ha sido en esta materia, el sistema influyente. En efecto, en el derecho italiano es donde se ha verificado en forma más intensa la incorporación de alguna de las instituciones más típicas del derecho laboral, como la negociación colectiva a los funcionarios de carrera (Leyes de 1975 y 1983). Así los autores que estudian el tema, señalan una controversia que se planteó entre las materias asignadas a la negociación colectiva y la reserva de la Ley, que el artículo 97 de la Constitución Italiana establecía sobre toda la función pública, al impedir la regulación de parte de sus contenidos a través de la negociación colectiva. La interpretación que ha prevalecido considera que la reserva legal, no sería una reserva objetiva para proteger la relación funcional y la función pública frente al Poder Ejecutivo, sino que fue pensada con un criterio protector, mediante el cual se transforma en una tutela subjetiva de los derechos de los funcionarios públicos, para protegerlos ante potestades del Poder Ejecutivo. La reserva legal y todas las garantías en la Constitución italiana se interpretan en forma complementaria y no excluyente.
- En definitiva, el proceso de la laboralización en Italia culminó con la aplicación directa del Derecho Laboral a casi todos los funcionarios públicos. La Administración ejerció el *ius variandi* sin limitaciones no implicando ello, necesariamente, un cambio en el sueldo. Con esto comienza también a denotarse señales de precariedad en la función pública. Lo que en un inicio se mostraba como una forma de tutela o protección de los funcionarios en general, en realidad, con el tiempo podría transformarse en un “peligroso privilegio” de un sistema cerrado de empleo público de un sector reducido de funcionarios, a los que les asisten determinadas prerrogativas.
- **Alemania:** Por su parte en Alemania, desde la Ley fundamental de 23 de mayo de 1943, estudió Gaspar Nariño Ortiz⁴³, conviven dos modelos de personal al servicio

43 Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de la Laguna (1978-1978), Universidad de Barcelona (1981-1988) y Universidad Autónoma de Madrid (desde 1988).

de las Administraciones Públicas: por un lado, el modelo de función pública cerrada y, por otro, el modelo que se corresponde con el Derecho Laboral.⁴⁴

- Así en Alemania, encontramos los funcionarios con prerrogativas de poder público y los demás que se rigen por el Derecho privado o laboral. Esta distinción tan clara, fue un tanto flexibilizada por la Ley Federal marco de la función pública de 27 de febrero de 1985, que reserva a la función pública un límite expreso al determinar que sólo podrán ser desempeñados por funcionarios, los puestos que supongan ejercicio de poderes públicos y el ejercicio de la autoridad pública, o bien tareas vinculadas a la seguridad del Estado, o en general a los cometidos esenciales del Estado, que no pueden ser encomendadas a personas vinculadas a la Administración por una relación de Derecho Privado laboral.
- **España:** Si hace unas décadas en España la existencia de contratados laborales en la función pública constituía una excepción, actualmente puede decirse que la mayoría de los vínculos de trabajo en la Administración son de origen laboral, tanto en la Administración local, como en muchos Organismos autónomos.
- En sus orígenes, España se vio influenciada por el régimen unilateralista de Francia, pero luego se vio obligada a efectuar cambios en el empleo público constitucional; así se aprueba la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública N° 30/1984 de 2 de agosto de 1984, la que fue cambiada posteriormente por la Ley de Modificación de la Reforma de la Función Pública N° 231/1988 de 28 de julio de 1988.
- Dentro de la función pública de España, Ramón Parada⁴⁵ distingue tres etapas: A) el sistema cerrado que se impone desde mitad del siglo XIX ; B) la que se inicia con la Ley de Funcionarios del Civiles del Estado –aprobado por Decreto 315/1964 de 7 de febrero de 1964, en el que se suprimen los grados o categorías personales a los cuerpos funcionariales, para orientarse hacia un sistema de inspiración anglosajona, tanto de Inglaterra como el de Estados Unidos y C) el sistema abierto que se inicia con la promulgación de la Ley de Medidas de 2 de agosto de 1984.
- La Administración española, no es libre para determinar qué puestos de trabajo corresponden a funcionarios públicos y cuáles a empleados por derecho laboral, sino que se debe regular con suficiente claridad esa distinción, señalando los casos en que es posible la contratación. Por ello, la “Ley de Medidas” en España prescribe que, en general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos, con algunas excepciones, como los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de

44 Al igual que en España por la Ley de Medidas a de la Función Pública de 1984 aunque el modelo laboral es residual.

45 PARADA VAZQUEZ, José Ramón ha sido Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de La Laguna, Valencia, Barcelona, Complutense de Madrid y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Es doctor honoris causa por la Universidad Carlos III de Madrid. Perteneció a los Cuerpos de Administradores Civiles Superiores del Estado.

vigilancia, custodia y otros análogos; otros puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales entre otros como los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados.

2.1.2 Modelo Norteamericano

Por su parte, la función pública en Estados Unidos se inscribe en el marco de una democracia unida a un liberalismo económico que, por un lado, confiere estabilidad o permanencia absoluta al sector privado, pero no así a la burocracia estable de los funcionarios públicos.

Comadira⁴⁶ cita al reconocido Presidente Jackson, en donde se resume la concepción estadounidense, en el sentido de que el trabajo público es tan fácil que cualquier hombre inteligente puede adaptarse a él sin demora. El sistema muestra desconfianza, desde el inicio, a los funcionarios públicos a través de una Ley de 1820 en que se reclamó de los funcionarios que manejaran fondos y finanzas, rindieran cuentas de su gestión y confirmaran su puesto de trabajo cada cuatro años. Luego se fue generalizando para el resto de los funcionarios públicos. Este fenómeno junto con una fuerte política de rotación de cargos, formaron parte del *spoil system* tal como lo expresa Juan de la Cruz Ferrer⁴⁷

Este sistema comenzó su superación con la sanción Act Pendleton de 1883, que creó la Civil Service Commission como órgano independiente de los partidos políticos para supervisar el proceso selectivo a la función pública.

El sistema de reclutamiento y funcionamiento de la función pública en los EEUU, es muy parecido a la de las empresas privadas. En él, el funcionario es nombrado para cumplir un cargo determinado y no para ejercer una carrera vitalicia, puede ser despedido por razones funcionales, sin derecho a reclamar permanencia alguna, siendo frecuente su trabajo alternado en la función pública y privada. La precarización es la regla.

2.1.3 Laboralización en Iberoamérica

Este proceso de laboralización de la función pública es una realidad también en Iberoamérica.

- En **Venezuela** la actual situación jurídica (siglo XXI) muestra que en el ámbito público, el personal obrero y los funcionarios, pueden negociar colectivamente sus condiciones de trabajo, igualmente que los trabajadores del ámbito privado. Ello implicó una discusión doctrinaria entre los publicistas (defensores del régimen estatutario de la función pública) y los laboralistas (que califican el fenómeno como imparable), todo lo que es un reflejo de la realidad mundial existente.

46 COMADIRA Julio Rodolfo. "La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica" INAP pág. 20

47 CRUZ FERRER, Juan de la. Procedimientos administrativos en materia de personal en la Ley de reforma de la función Pública norteamericana de 1978. Madrid, 1984, p.20.

En el sector administrativista, se observó renuencia al reconocimiento de los derechos colectivos en el sector público o en su defecto, asimilar su regulación a la del sector privado y, autores como Brewer Carías⁴⁸ defendieron el carácter institucional de la Administración Pública y rechazaron el uso de la figura del sindicato, tal como está previsto en el derecho laboral, lo que sirvió para que en el ámbito público, se haya sustentado un sindicalismo moderado que no usaba un instrumento propio del Derecho Laboral, como es la negociación colectiva.

Por su parte Camba, que defiende la eficiencia y eficacia de la Administración Pública, ve que las negociaciones colectivas para este sector como “...instrumentos generadores de obligaciones laborales[...] en muchos casos invaden reserva legal y sus cláusulas se constituyen lamentablemente en promotoras de conflictos.”⁴⁹

- En **Costa Rica** se dictó la Ley General de Administración Pública, cuyos artículos 111 y siguientes establecen de manera general los parámetros que orientan los caracteres de las relaciones de trabajo en la Administración. De modo que el empleado trabaja o presta servicios a una empresa o servicio económico del Estado y no realiza gestión pública. La doctrina pone como ejemplo, el Instituto Costarricense del Pacífico, Junta Administrativa de Puertos de la Vertiente Atlántica, Refinadora Costarricense del Petróleo, entre otros, que se rigen por el Derecho Laboral y sólo por ciertas normas de Derecho Público.

Recién con la creación de la Sala Constitucional⁵⁰ en 1989, se empezó a tratar con más énfasis la distinción entre los funcionarios que realizan “gestión pública” de los que no lo hacen.

En efecto, en varios pronunciamientos constitucionales esta Sala, analizó la posibilidad de celebrar convenciones en el Sector Público. No obstante, dicho tribunal ha dejado la libre determinación de la Administración Pública, del operador del Derecho en general y al propio juez la clasificación de tal concepto, a fin de evaluar el régimen de trabajo que se aplicará en cada caso. Lo que ha dado polémica en la doctrina.

- Por su parte, en **Argentina** el tema ha sido motivo de estudio y análisis también. Y puede sostenerse que, es un proceso de vieja data. Cuando el Estado argentino asumió bajo diversas formas jurídicas, cometidos empresariales, el régimen de su personal pasó a regirse total o parcialmente por el Derecho Privado, como ocurrió con las sociedades de economía mixta (Decreto-Ley 15.349/1946), las empresas del Estado (Ley 13.653 y modificativas) y las sociedades de Estado (Ley 20.705) respecto de los empleados u obreros y con las sociedades anónimas con participación

48 BREWER-CARIAS, Allan Randolph. citado por Silva, Delpiazco y otros (2007) Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al Postgrado de derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.s.

49 CAMBA Nestor, Régimen venezolano de la función pública y su incidencia en la gerencia de los recursos humanos. Maracaibo [s.f.]. Astro Data. [s.p.].

50 En agosto de 1989 se crea como sala especializada de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica para conocer y declarar por mayoría absoluta de sus miembros la inconstitucionalidad de normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público así como de los recursos de habeas corpus y amparo para garantizar la libertad e integridad de las personas y el goce de los otros derechos constitucionales.

estatal mayoritaria (Ley 19.550, artículos 163 a 307) en relación al personal directivo y subalterno. Es importante señalar que, desde la Constitución de 1957 (art. 14 bis) se había consagrado la garantía de la estabilidad para el empleado público y la protección contra el despido arbitrario del empleado privado.

Sin embargo, la invasión del Derecho Laboral en un campo estrictamente público y específicamente administrativo, se produjo con el personal de la entonces Administración Nacional de Aduanas y Dirección General Impositiva (hoy Administración Federal de Ingresos Públicos) y la Dirección Nacional de Vialidad.

El citado proceso se ha venido a profundizar más recientemente, con la aparición de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, cuyo personal, con exclusión de los principales órganos directivos, se sujeta, en la gran mayoría de los casos, a la legislación laboral o de Derecho Privado.⁵¹

El sistema argentino se encontró (en los primeros años del siglo XXI), ante un alejamiento progresivo del sistema de predominancia pública propio del régimen continental europeo clásico, para acercarse a una dualidad que no parece reconocer un fundamento claro y uniforme, en la medida que no se basa, ni en el nivel del cargo, ni tampoco en la índole del sujeto.

En Argentina, al igual que en el sistema uruguayo, el tema de la estabilidad de los funcionarios públicos, ha sido la garantía por antonomasia, del vínculo del trabajador del Estado con la Administración y, la piedra sillar del sistema del servicio civil que se desarrolla, en tanto abarca el derecho a conservar el empleo, la situación escalafonaria y la retribución asignada, resguardando la carrera administrativa. Por tanto la laboralización y la precarización de la función pública han manifestado una real preocupación en general a la doctrina administrativista en ese país. Ello por cuanto es la base, la garantía y el propio interés del Estado, ya que se entiende que la estabilidad permite que los funcionarios se profesionalicen, protegiéndolos de la discrecionalidad o en algunos casos, arbitrariedad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política.

Por otro lado, en Argentina así como en el ámbito internacional, la tendencia a la laboralización ha venido de la mano de la privatización, y esto se ha encaminado a equiparar el régimen del empleo público con el que regula la relación de trabajo, en el ámbito del derecho privado.

Este fenómeno se observa en alguna de las modificaciones introducidas en las últimas décadas de la legislación provincial y municipal relacionadas con la materia, influyendo –aunque de un modo menos intenso– en la doctrina administrativista y en la jurisprudencia en general. Este proceso de laboralización de la función pública en Argentina –como se adelantó– se ha presentado prácticamente en forma paralela a la privatización de numerosos servicios públicos, la disminución del número de dependientes estatales permanentes, en concordancia con un aumento del personal transitorio y contratado.

⁵¹ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, [s.l.i.] pág. 225.

La laboralización y precarización, no implican un juicio de valor negativo en sí mismo, respecto de otros aspectos de la laboralización de la Administración Pública, en especial acerca de la aplicación a ella del sistema de negociación de convenios colectivos de trabajo, tal como lo prevé la Ley 24.185.

De todas formas en Argentina, los funcionarios públicos han sido muchas veces, considerados como un sector de privilegio por gozar de estabilidad, la falta de profesionalidad y de eficiencia, en eso se basan todos los procesos de modernización que se intentan llevar a cabo en la Administración pública. En dichos procesos el funcionario público tiene un destacado protagonismo, al incluirse objetivos que buscan corregir su ineficiencia, mediante la jerarquización de la función pública, el mejoramiento de los sistemas de selección de personal y una actualización de la carrera administrativa, entre otros.

En suma, la pérdida de la estabilidad (requisito de la carrera administrativa), ha cedido en Argentina ante la precariedad laboral, propia del régimen privado, en ámbitos importantes de la organización estatal.

CAPITULO III:

EVOLUCION Y “HUIDA” DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

3.1 Panorama histórico de la evolución y situación actual del sistema de recursos humanos en el Estado uruguayo.

El Estado –como persona pública mayor-, ha jugado un trascendente rol en la historia del Uruguay desde su creación formal, con la jura de la Constitución de 1830 y durante todo el siglo XIX, siguió un lento proceso de afirmación, que recién se consolidó en el último cuarto de siglo y, se puede entender, que culminó con las guerras civiles en 1904 que fortalecieron al Estado del siglo XX.

En el siglo XX, el Estado apareció como una herramienta para ayudar a una sociedad débil, como arma transformadora; es en ese momento, que se reconocen las primeras “olas estatizadoras”, que fueron de la mano de una legislación social, así como y de otras leyes que reconocen derechos políticos. Con la Constitución de 1918, se reafirmó la concepción de un Estado Social de Derecho, que con variantes se mantiene aún en la vigente Constitución.

En este contexto, la relación del Estado con sus trabajadores tuvo una elemental evolución, que acompañó estos procesos con fortalezas y debilidades en las distintas etapas históricas.

El desarrollo del Estado intervencionista y partícipe de los procesos económicos y sociales, tuvo como respuesta una pronta expansión de las áreas de intervención estatal y, como consecuencia, una mayor necesidad de incorporación de recursos humanos. En un Estado que empezó a tener protagonismo fundamental, la figura del funcionario público tradicional coexistió con trabajadores, obreros, técnicos y profesionales, directamente relacionados con el sistema productivo y, por otro lado, al sistema asistencial en

materia de salud, educación y seguridad social.

El Estado uruguayo no se conformó con un lugar secundario de actividad accesoria, sino que se convirtió en el actor principal, incluso acudió al uso de monopolios. Desde su inicio mostró un fenómeno de dos caras; por un lado, la coparticipación en los directorios de los entes estatales y demás cargos directivos y, por otro, el clientelismo político.

La estabilidad funcional pasó a ser una garantía constitucional o estatutaria según el caso. Y la imposibilidad de destitución arbitraria por un jerarca opuesto políticamente. Tanto el ingreso, como los ascensos no se encontraban regulados con objetividad y la capacitación y profesionalización eran casi inexistentes.

Desde esa época, el Estado uruguayo ya mostró el llamado “clientelismo” y sólo pretendió formar una burocracia al estilo Max Weber⁵², en cuanto a sus cualidades de tener reglas de méritos, jerarquización de la función pública y centralización.

En ese sentido, la estabilidad del funcionario no debe confundirse con la estabilidad funcional. La estabilidad es un factor fundamental en la administración de cualquier empresa, pero además, proporcionalmente, más necesaria cuanto mayor volumen y complejidad requiere la misma.

No hay dudas, que la estabilidad de los trabajadores es la condición que permite desarrollar una carrera funcional, pues significa un incentivo para la capacitación, así como un proyecto de futuro por el cual trabajar. Desde el punto de vista del Estado, la estabilidad funcional implica ingreso de trabajadores, con capacidad de perfeccionamiento, que ligan su futuro al desarrollo de la tarea y, por tanto, que tienen disposición para aprender y contribuir a la mejora de la gestión, cualquiera sea el área en que presten sus funciones.

En ese sentido, un aspecto fundamental en la Administración Pública uruguaya, ha sido el establecimiento de una carrera administrativa, consagrada originalmente en la Constitución de 1952. Es importante que en un Estado con oscilaciones políticas, con cambios en los gobiernos, con el riesgo de sustitución por razones políticas de los funcionarios, exista estabilidad en la función pública, ya que lo contrario aparejaría inestabilidad absoluta de las relaciones de trabajo. En otras palabras, la precariedad sólo traería un menoscabo en la capacidad de administración y dirección de la gestión.

Pero a la misma vez, con el correr del tiempo, se ha sostenido en forma permanente la necesidad de reducción del Estado, al nivel de las funciones básicas tradicionales, que coinciden con el esquema liberal del Estado Gendarme. Así mismo, dentro del sistema político, ha existido una durable disposición de modificar las reglas establecidas aunque por diferentes causas. El sistema estatuido del clientelismo político, comenzó a tener un

52 WEBER sugiere que el modelo de la burocracia debe estructurarse sobre la base de las siguientes características: a) Carácter legal de las normas y de los reglamentos; b) Carácter formal de las comunicaciones; c) Racionalidad en la división del trabajo; d) Impersonalidad en las relaciones de trabajo; e) Jerarquía bien establecida de la autoridad; f) Rutinas y procedimientos de trabajo estandarizados en guías y manuales; g) Competencia técnica y meritocrática; h) Especialización de la administración y de los administradores, como una clase separada y diferenciada de la propiedad (los accionistas); i) Profesionalización de los participantes; j) Completa previsibilidad del funcionamiento.

límite de expansión, en la medida en que la estructura del Estado sintió el peso excesivo de la creación de cargos innecesarios.

Frente a la inamovilidad de los funcionarios públicos, resultó un elemento que impidió a los sectores políticos mantener fidelidad de sus adherentes mediante la “amenaza” de la pérdida de trabajo. Aparecieron entonces nuevas fórmulas de manejo interno dentro de la Administración pública como las asignaciones de funciones, mecanismos discrecionales que generaron beneficios transitorios, dependiendo de la voluntad del jerarca de turno. Dado que los mecanismos permitieron incidir en la carrera administrativa, pero no en el ingreso y permanencia, comenzó a agitarse entonces, la presupuestación de funcionarios como uno de los males a eliminar. De esta manera, desde 1991 se aplicó la Ley N° 16.127 que suspendió el ingreso de funcionarios públicos y aceleró la precarización del empleo, unido a una nueva forma de clientelismo, los contratos de arrendamiento de servicios, los contratos de arrendamiento obra, entre otros.

Esta medida, no solucionó el problema y se ve cuando el CEPRE (Comité Ejecutivo para la reforma del Estado creado por el art. 703 de la Ley N° 16736 5 de enero de 1996, luego modificado por el art. 70 de la Ley 17.930 de 19 de diciembre de 2005) en el año 1996, intentó llevar adelante un proceso de reforma del Estado cuyo objetivo fue la reducción de los funcionarios públicos y, que dadas las garantías constitucionales de inamovilidad de que gozan los funcionarios de la Administración Central uruguaya, se establecieron mecanismos para evitar este obstáculo, tales como incentivos económicos para el retiro anticipado o conservar el sueldo, mientras el funcionario “excedentario” se quedaba en su casa. Como consecuencia de ello aproximadamente 10.000 funcionarios públicos fueron declarados excedentes y la mayoría se retiró de la función pública, con la consiguiente desorganización de la estructura de cargos y la pérdida de capacidades en recursos humanos que resultaban necesarias e imprescindibles para el funcionamiento eficaz del Estado.

El art. 70 de la Ley N° 17.930 que le dio nueva redacción al art. 703 de la Ley N° 16736 (creador del CEPRE), cometió a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Oficina Nacional del Servicio Civil, que actuaran coordinadamente con el Ministerio de Economía y Finanzas para desarrollar el programa de transformación de Estado, así como para verificar el cumplimiento de las metas fijadas al respecto.

Esta reforma no ha mostrado tampoco los resultados perseguidos y con la aprobación de la última Ley de Presupuesto N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010 han surgido una serie de cambios y reconocimiento expreso jurídico de los fenómenos de la laboralización y precarización que ya son un hecho indiscutido en nuestro sistema.

3.2 Tendencia a la “Huida” del Derecho Administrativo en la última parte del siglo XX.

Enseña Allan R. Brewer Carias⁵³, que el primer elemento que debe retenerse en la evolución de la organización administrativa, sin duda, es el abandono progresivo de las formas clásicas de la Administración pública, por supuesto, para huir de su régimen

53 BREWER-CARIAS, Allan R. “El proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Mexico [s.f.] pág. 82 y ss.

jurídico -el de la administración del Estado-, y que como fenómeno mundial condujo, sobre todo, después de la Segunda Guerra mundial, a la aparición de las empresa públicas.

Un fenómeno jurídico y empírico que se ha dado en paralelo a las diversas reformas del Estado propuestas y llevadas a cabo en la segunda mitad del siglo XX, tanto a nivel internacional, como en nuestro sistema, es lo que ha dado en denominarse "Huída del Derecho Administrativo". Tradicionalmente, el derecho administrativo se ha analizado de modo dual, o sea separándose por un lado, los sujetos activos que "administran" y por otro los sujetos pasivos, "administrados".

*"Los sujetos en el campo del derecho administrativo pueden ser de distintas especies y pueden clasificarse desde distintos puntos de vista. Sin embargo, la distinción que nos parece fundamental y a la cual es necesario subordinar las otras es la que diferencia entre sujetos activos y sujetos pasivos de la potestad administrativa. Es necesario, así, contraponer por un lado, los sujetos que administran y que, en su conjunto, constituyen la administración pública, y por otro lado, los administrados"*⁵⁴.

Este esquema ha estado regido por reglas opuestas, pues mientras que, por un lado, para el sujeto activo o Estado rige el principio de la especialidad (generalmente reconocido en el art. 190 de la Constitución), que significa que los órganos del Estado sólo tienen competencia para actuar en todo lo expresamente previsto en las normas jurídicas que le atribuyen cometidos o competencias; por otro lado, el administrado (las personas físicas) se rige por el principio de la libertad (art. 10 de la Constitución), que implica que en general pueden actuar libremente, salvo en lo que las leyes y por razones de interés general se les prohíba.

*"Las leyes, mientras para los particulares tienen por regla generalísima contenido negativo, en cuanto consisten siempre en restricción y prohibiciones, para la Administración Pública contienen, por regla igualmente general, órdenes y prescripciones de carácter positivo: estas establecen no tanto lo que a la Administración se le prohíbe, sino lo que para ella es obligatorio: qué fines debe perseguir y, muchas veces, qué actividades debe desarrollar para ello."*⁵⁵

De este modo, la norma jurídica describe qué fin debe cumplir el Estado, a través de qué medios y más todavía, disponiéndole toda una serie de reglas sobre cómo utilizar tales medios, todo en busca de proteger principios fundamentales del manejo de la cosa pública, que son la seguridad y la transparencia.

Seguridad y transparencia que, por lo demás, está establecida con la mayor jerarquía jurídica en la propia Carta constitucional, la que prevé al detalle el régimen estatutario de los funcionarios, normas de organización, sistema de control, régimen de impugnación de sus actos, control externo del Tribunal de Cuentas, entre otros.

Así entonces, regulando la Constitución al Estado, en lo que sí puede y debe hacer, se resguarda el fin del sistema que es la tutela o la seguridad del mismo.

54 ROMANDO S. En: CASSESE, Sabino, "La Crisis del Estado", Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p.101.

55 ZANOBINI, Guido. En: CASSESE, Sabino, Op. Cit., pág. 102 y 103.

Sucede sin embargo, que es digno afán lograr la seguridad ante los fines y los medios de la actuación del Estado (y por cierto que con especial énfasis el manejo de los fondos públicos), ya que por momentos puede afectar otro principio, que si bien no ha sido expresamente previsto por el constituyente, sí parece estar impuesto por la fuerza de los hechos en los actuales momentos, como lo es el principio de la eficacia.

La búsqueda de la eficacia, actualmente, no sólo se trata de una exigencia externa a raíz de la globalización y competitividad creciente, sino además, es un elemento interno, auto-impuesto por los propios órganos del Estado, ya que al estar su actuación permanentemente juzgada por la opinión pública y cada lustro por el electorado, también le es exigido actuar con eficacia.

Si bien la seguridad y transparencia no son antagónicos a la eficacia, sí puede ocurrir (y en los hechos ha ocurrido), que el ente del Estado los entienda o señale como incompatibles, por cuanto las normas tuitivas del manejo de fondos públicos del Derecho Administrativo, pueden llegar a afectar la celeridad y dinámica de la eficacia en la gestión.

Y cuando este aparente o real conflicto de principios entre “seguridad-transparencia/ contra eficacia” ocurre, muchas veces y cada vez más, la Administración se ha volcado a la flexibilización, en aras de priorizar la eficacia.

De este modo, y no desde hace tanto tiempo, el propio Estado ha creado formas jurídicas para evadirle a las restricciones que impone la materialización de la seguridad y transparencia, buscando crear figuras (institutos) que, si bien persiguen fines públicos, escapan a varios (sino todos) los controles bajo el justificativo de la eficacia, eficiencia y celeridad.

La forma jurídica en que originalmente se plasmó este proceder de “huida del Derecho Administrativo” fue, por ejemplo, la creación de una “persona pública no estatal”, figura acuñada a partir de la influencia del Profesor Sayagués Laso⁵⁶.

La persona pública no estatal⁵⁷ cuya constitucionalidad no se discute (pero si se lo ha llegado a hacer), supone permitir que se cumplan fines del Estado sorteando algunos de los controles del derecho administrativo, pero manteniéndose otros. Algunos ejemplos de situaciones bien diferentes y fines muy opuestos se pueden apreciar en la creación de las cajas paraestatales y en la de la Corporación Nacional para el Desarrollo.

A este respecto, el Profesor Juan Pablo Cajarville enseña que las personas públicas no estatales “en su origen respondieron a la creación de organizaciones encargadas de satisfacer intereses que, siendo generales, afectaban especial y directamente a sectores sociales o económico, gremiales o de otra índole, claramente individualizables y delimitables. De ahí derivan los caracteres que generalmente revestían, en su concepción clásica: creación de una ley, sometimiento al Derecho Público[...] dirección con participa-

56 “La caracterización de las “personas públicas no estatales” como una categoría singular de personas regidas por el Derecho Público fue uno de los aspectos mas destacables del maestro Sayagués Laso a la teoría del Derecho Administrativo Uruguayo” Juan Pablo Cajarville, “Sobre Derecho Administrativo”, p.198.

57 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Las personas públicas y la Constitución”, Revista de Derecho Público año 1992, p.14.

ción estatal, pero predominantemente a cargo de representantes de los grupos o sectores especialmente interesados[...] administración del patrimonio y régimen presupuestal y financiero de derecho público[...]”⁵⁸

Cajarville explica que, si bien florecieron tales personas públicas no estatales en la primera mitad del siglo XX, respetando en general tales preceptos, luego se eclipsaron durante el período de facto y, con el regreso de la democracia, volvieron a proliferar, pero ya desde una manera distinta y distorsionada. Esta desaparición de características legitimadoras para la creación de personas públicas no estatales, constituye el primer caso, de lo que se ha llamado la “huída del derecho administrativo”.

Huyó, primero, mediante la multiplicación de personas públicas no estatales, que ante todo no eran personas que se creaban, sino directamente unidades de la propia Administración Central que tomaban nueva forma, su patrimonio era constituido por mera transferencia legal de bienes estatales a favor de la persona jurídica creada, haciéndose todo ello al sólo efecto de evadir el régimen jurídico de la estatalidad⁵⁹ y, en especial, el procedimiento de contratación tanto de bienes materiales como de recursos humanos.

Esta forma de “huída” bien puede ejemplarizarse en la creación de cinco personas públicas no estatales en la Ley de Presupuesto N° 16.736 de 5 de enero de 1996. De este modo, persiguiendo fines cuya condición de “públicos” en algunos casos es cada vez más dudosa o cuestionable, han proliferado en los últimos años personas que se rigen por el Derecho Privado pero detentando patrimonio público, sin contar con el régimen reglado de la contratación administrativa, sin el control externo del Tribunal de Cuentas, etc.

Para esta fuga de las reglas del Derecho Público, el Estado ha sido muy creativo y ha acudido a otras figuras, consagrando directamente la creación de modelos de derecho privado, tales como a sociedades comerciales (sociedades anónimas con la totalidad o la mayoría de las acciones en manos o propiedad de entes del Estado, como por ejemplo: CABA S.A. y DUCSA de ANCAP, de ITC S.A., ACCESA, HG S.A. de ANTEL y en el ámbito de la Presidencia de la República recientemente incluso una fundación denominada “Fundación Juntos”, con el objeto de superar la situación de emergencia socio habitacional y fortalecer el Plan Juntos que se desarrolla en ese organismo.

Especialmente singular, es la opción que el Estado eligió con este instituto típico del derecho privado, que se rige como todas las Fundaciones por la Ley 17.163 de 10 de setiembre de 1999 y por su Estatuto. Como toda Fundación requiere para obtener la personería jurídica la previa autorización y registro del Ministerio de Educación Pública, a través de la Dirección General de Registros- Asociaciones Civiles y Fundaciones-. Adviértase que según el Estatuto de esta Fundación ‘sui generis’, la Comisión Directiva está integrada por delegados del Poder Ejecutivo, ya que son tres miembros designados, uno por el Presidente de la República, que la preside, uno por el Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente y otro por el Ministerio de Desarrollo Social.

58 CAJARVILLE, Juan Pablo, “Sobre Derecho Administrativo”, p.198 y 199

59 BRITO, Mariano. “Algunas innovaciones en el sector público: personas públicas no estatales en la Ley N° 16.736 en Anuario de Derecho Administrativo”, T.5, p.11 a 15.

En suma, por este proceso de huída del Derecho Administrativo advierte el Profesor Delpiazzo “...hay que estarse en guardia, ya que ella atenta contra el principio de responsabilidad del Estado. Pretender que el Estado se rija por el Derecho común implica soltarlo de las amarras del control y es un planteo al menos sorprendente, ya que lo propio de la actividad pública, regida por el principio de la especialidad, no se corresponde con el Derecho regulador de la actividad privada, presidido por el principio de la libertad.”⁶⁰

Y peor aún, siguiendo al mismo autor, “El Derecho Público está lleno de “privilegios en más” pero también de “privilegios en menos” ya que junto a un amplio contenido de régimen exorbitante –plasmado en prerrogativas de la Administración, tales como la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la ejecutoriedad, la actuación coactiva y la inembargabilidad de sus bienes –impone a la Administración restricciones en su obrar a través de una actuación coactiva, y la inembargabilidad de sus bienes –impone a la Administración restricciones en su obrar a través de una actuación formalizada y uniformizada, sometida a controles y publicidad, con fines de garantía que no justifican su avasallamiento en aras de la sola eficacia.”⁶¹

CAPITULO IV

LABORALIZACION Y PRECARIZACION EN EL URUGUAY DEL SIGLO XXI

4.1 Influencia de la Reforma del Estado en las últimas décadas del siglo XX respecto a los cambios operados

Como ya se ha manifestado en más de una ocasión, en cada cambio de autoridades, el gobierno de turno reflota la reforma del Estado. Lo que se conoce por “Reforma del Estado”, históricamente ha cambiado de nombre. En la década del sesenta se hablaba de “reforma administrativa”, en la década del setenta se prefirió usar la expresión modernización administrativa, a partir de los ochenta comenzó a denominarse este proceso como “reforma del Estado” y vino al tapete en la década de los noventa llamándose “desburocratización”.

En unos casos, los actores políticos expresamente denuncian la voluntad de reformar y usan tal expresión “reforma”; en otros casos, directamente se plantean los cambios. Los cambios a veces son creaciones, pero en otros simplemente se le da lugar e impulso político a institutos viejos o se integran a la función pública figuras del derecho privado, trayendo al ruedo institutos únicamente usados por trabajadores de la actividad privada, tales como negociación colectiva, huelga de los funcionarios públicos, sindicalización y los Consejos de Salarios.

4.2 Concepto de Laboralización

La nota que distingue y conceptualiza la Laboralización, es la inserción paulatina de las reglas y

normas del Derecho privado laboral a las relaciones de trabajo en la Función Pública.

⁶⁰ DELPIAZZO, Carlos. “Responsabilidad del Estado y Tutela Jurisdiccional Efectiva”. En: “Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito, FCU, p.992.

⁶¹ Ibid. P.993.

Como ya se ha expresado, los empleados públicos están sometidos a un Estatuto especial distinto a la normativa que rige el sector privado, pero desde hace unas décadas se ha comenzado a verificar cada vez más, la aplicación y utilización de instituciones propias del Derecho Laboral a los funcionarios públicos, tales como la negociación colectiva y la sindicalización.

En el caso de la Función Pública, el Estado, actúa como empleador en la relación laboral e interviene desde una posición de supremacía, propia de las normas del Derecho administrativo, del que se vale. Ello comporta que las relaciones con el personal a su servicio se basan en la premisa de la desigualdad formal; lo que resulta incompatible con el establecimiento de un vínculo contractual de libertad, para pactar las condiciones de trabajo. Por tanto, al negarse la existencia de igualdad entre la Administración y el empleado público, las relaciones existentes entre ambos se definen como unilaterales, acontractuales y asinalagmáticas.

En suma, se entiende que los derechos y deberes de las partes no nacen de un contrato, sino de un vínculo de fidelidad, al que el Estado responde mediante una obligación de protección.

Es de resaltar, que al no existir actividad productiva (en general o como fin principal, ni finalidad de lucro en la actividad administrativa), no era concebible la existencia de una contraposición de intereses entre las dos partes de la relación de servicios, que es lo que sí caracteriza las relaciones laborales incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

Así, y en oposición a las relaciones típicamente laborales y para asegurar la independencia del funcionario, y su protección ante los cambios políticos, generalmente se le confirió un alto grado de estabilidad y de permanencia en la Administración con una serie de normas estrictas de procedimiento de promoción y selección de personal.

La laboralización o privatización de la función pública podría ser también, un fenómeno que resulta con la globalización. Otra causa probable del fenómeno en análisis, es el notorio crecimiento del sector público y que sus empleados no son diferentes en esencia a los trabajadores del sector privado. Así se pone de relieve el elemento patrimonial de la relación: intercambio entre trabajo y salario.

En este momento, aparece un sustrato profesional en el sector público caracterizado por las notas de ajeneidad, profesionalización y subordinación y, que son idénticas a todo trabajo por cuenta ajena, ya sea público o privado, el sujeto destinatario de la prestación.

Otro posible supuesto para que la laboralización, se haya instalado en las administraciones públicas de tantos países, puede haber sido el creciente intervencionismo de los poderes públicos, que da lugar a la diversificación de las organizaciones públicas y, especialmente, las áreas instrumentales. Y junto con la huida del Derecho Administrativo, que se caracteriza por utilizar técnicas propias del mundo privado en la gestión de las organizaciones públicas, aparece el uso de andamiajes del derecho laboral, aun mante-

niendo la titularidad pública de estas. Este fenómeno se acompaña por una evolución en el ordenamiento administrativo que pasa de un régimen de privilegios del poder público a un sistema de derecho laboral con la instauración incluso de los consejos de salarios.

Finalmente, otra segura causa es que la Administración parece carecer de los mecanismos adecuados para gestionar eficazmente los recursos humanos, implicados en aquellas áreas alejadas de las funciones clásicas de soberanía. Este puede ser el motivo de la paulatina privatización de las organizaciones del sector público, que adoptan técnicas diferentes (desde la adopción de personalidad jurídico-privada hasta el sometimiento al Derecho privado conservando la personalidad jurídico-pública).

A todas estas razones, obedece el fenómeno de la laboralización de la función pública, en el sentido de incluir a gran parte de su personal en el ámbito del Derecho del Trabajo. La realidad es que el Derecho del Trabajo actual, se ha ido extendiendo a casi todas las relaciones de servicios profesionales en los diferentes sectores de la sociedad, de forma que se configura como el ordenamiento común de las relaciones jurídicas de prestaciones de servicios profesionales.

Desde el punto de vista de los empleados públicos, se considera que el Derecho Administrativo es incapaz de aportar instrumentos de autotutela efectiva, que les permita una eficaz defensa de sus intereses que no son muy distintos a los del resto de los trabajadores; y justamente todo lo expresado es lo que conceptualiza la laboralización de la función pública.

4.3. Camino a la Laboralización en el Uruguay

Es válido sostener, que en el Uruguay se eliminó a los funcionarios públicos del derecho de huelga, de la sindicalización y de la negociación colectiva hasta la mitad del siglo XX. El reconocimiento de dichos derechos fue lento y paulatino debiendo sortear diversos obstáculos.

Se puede decir, que durante un periodo de tiempo se entendió que ni el estatuto, ni la potestad de la Administración para dirigir a sus funcionarios podían ser objeto de negociación. Sin perjuicio de ello, los empleados estatales conformaron organizaciones sindicales con el fin de defender sus propios intereses y demandaron negociar sus condiciones de trabajo.

Señala la doctrina que la negativa a la aplicación de estos institutos tiene fundamentos diversos. Haciendo una breve enunciación se puede decir que, por la propia naturaleza de la relación laboral, se prescindiría la aplicación de institutos originados en el sector privado y que dan lugar a un conflicto de lealtades en perjuicio del interés público y de fidelidad del funcionario.⁶²

Otro elemento que se ha estimado como un obstáculo para que los funcionarios públicos hagan uso de derechos aceptados para los trabajadores del ámbito privado, es la

62 RACCIATI, Octavio Carlos. El Derecho de huelga de los funcionarios públicos. Disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rll/contenido/curricular/info.html>

existencia del Estatuto del funcionario, en el que de un modo unilateral se determinan todos los derechos de los funcionarios, no teniendo éstos motivos por los cuales emprender su lucha (artículos 26 y 27 del Estatuto del Funcionario Público Decreto-Ley N° 10.388 de fecha 13 de febrero de 1943)⁶³. Las objeciones a la aplicación de estos institutos para los funcionarios públicos tienen fundamentos diversos. Por un lado, se señala que por la naturaleza de la relación de empleo público, se excluiría la aplicación de institutos originados en el sector privado, debido a un conflicto de lealtades en detrimento del interés público, de la fidelidad y neutralidad del servidor del Estado. Así mismo, se ha considerado un obstáculo, la existencia del Estatuto del funcionario, en el que en forma unilateral se establecen todos los derechos de los funcionarios, no teniendo estos por qué luchar.

Del Derecho Comparado surge que los ordenamientos jurídicos, se inclinaron a reconocer el derecho a la sindicación, el derecho a la huelga y el derecho a negociar colectivamente, por parte de los trabajadores del Estado.

La doctrina de mayor recibo, revalorizando la afirmación de De Ferrari⁶⁴, admite la existencia de un fenómeno de carácter universal, en cuanto a eliminar progresivamente las diferencias entre el régimen de la función pública y el que regula el trabajo privado, existiendo una sostenida tendencia en ir camino a la asimilación de ambos. Por tanto, las fronteras del Derecho del Trabajo se han ido modificando y se ha quitado del Derecho Administrativo la regulación de las relaciones laborales de importantes sectores de la actividad pública, admitiendo la negociación colectiva, fenómeno al que el Profesor Hernández Álvarez denominó: *"desacralizando el mito de la función pública estatutaria"*.

Admitir la existencia de figuras propias del derecho colectivo de trabajo, implicó admitir la existencia del conflicto y, por ende, la oposición de intereses, lo que trajo como consecuencia el quiebre de la concepción unilateral de la sumisión del funcionario público al interés de la Administración pública.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la discusión sobre el derecho de los funcionarios públicos de constituir y organizar sindicatos, hacer huelga y negociar colectivamente ha sido superada, con algunas excepciones (fuerzas armadas, la policía y los funcionarios que actúen como órganos de poder) las que derivan principalmente de los CIT N° 87 y N° 151.

Dichos institutos, forman parte de las Constituciones nacionales, los Pactos y Declaraciones Internacionales, adquiriendo así el rango de derecho supra-legal y de derecho humano fundamental, no siendo necesario para su existencia o ejercicio, un reconocimiento expreso por parte del derecho positivo. Estos derechos han sido incluidos entre otros: en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, en la Carta de

63 Artículo 26.- Las garantías ofrecidas y los derechos acordados a los funcionarios por el presente Estatuto cesarán en el caso de abandono colectivo del servicio, en cuyo caso la autoridad administrativa competente, atendidas las circunstancias y previo el apercibimiento público para que vuelvan a sus tareas, podrán declarar vacantes los cargos abandonados.

Artículo 27.- Los funcionarios públicos pueden constituir asociaciones para la defensa de sus intereses profesionales, pero dichas asociaciones serán consideradas ilícitas desde que pretendan ejercer cualquier forma de coacción sobre los órganos del Estado, al efecto de la consecución de sus fines.

64 DE FERRARI, Francisco. *"El trabajo como hecho"* en Revista de Derecho Laboral T.II. pág 139.

la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1967, en los Pactos Internacionales Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de 1966, entre otros.

Corresponde precisar, al respecto, que la República Oriental del Uruguay integra la OIT desde el año de su creación en 1919 y a la fecha ha ratificado más de un centenar de Convenios Internacionales, entre los cuales se encuentran todos los Convenios Fundamentales.

4.3.1 Negociación Colectiva

Al analizar las tendencias actuales del Derecho del Trabajo, puntualmente enseña el profesor Mario Ackerman⁶⁵, que en la República Argentina, en las relaciones laborales en general, no ha habido una reforma profunda del sistema en el cual el Estado ostenta una fuerte intervención, tanto normativa, como de control. La Argentina tiene una negociación colectiva para la Administración Central y, a su vez, cada provincia tiene su modelo. Señala a vía de ejemplo el profesor, que en Italia crearon un organismo especial denominado "ARAN" que en general se encuentra presidido por un profesor universitario.

Sin duda, el Estado dentro de sus competencias debe proporcionar una respuesta a los conflictos que se generen con los funcionarios que lo sirven. En este sentido, el mejor acuerdo es aquel al que arriban las partes en conjunto, sin perder de vista el lugar que ocupa cada una en la sociedad.

Señala Alain Supiot⁶⁶, que la negociación colectiva es la institución de más dinámica y la herramienta adecuada para la adaptación constante a los cambios, ante la diversidad de las formas de la organización del trabajo, la participación de diversos sujetos y la interconexión de los problemas (medio ambiente, seguridad, higiene), en los ámbitos laborales por citar algún ejemplo.

Señala la doctrina internacional que la negociación colectiva en el sector público, cuenta con determinadas singularidades que la diferencian de la negociación colectiva en el sector privado.

Entre ellas se pueden señalar que, en este caso, el empleador es el Estado, y por tanto cuenta con poder de mando diverso al ser quien elabora, aprueba y modifica las reglas, sin perjuicio de se encuentra sometido a normas constitucionales y legales, así como al contralor de ciertos órganos. Las remuneraciones de los funcionarios suponen un costo económico que se refleja en los presupuestos públicos, cuya aprobación compete a órganos como el Parlamento o las Juntas Departamentales. Estos órganos no necesariamente son los empleadores directos de los funcionarios públicos, entre otras particularidades.

El Profesor Pla Rodríguez⁶⁷ entendía que la negociación colectiva es la "más trascen-

65 ACKERMAN, Mario. E. Panorama Normativo y Tendencias Actuales del Derecho del Trabajo en la Argentina. «Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo» pp.9 y sig.

66 CASAS BAAMONDE María Emilia, [et al]. *Trabajo y Empleo. Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa* (Coordinador A. SUPIOT). Valencia, España: Tirant lo Blanch, S.L. 1999

67 PLA RODRIGUEZ, Américo "El trabajador público y los convenios colectivos", en Revista Derecho Laboral N°143 pág 424

dente forma de participación del sujeto colectivo” y agrega que el “derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos a pesar de tener menor trascendencia que el de sindicación por ser, por su propia naturaleza, mucho menos perturbador que el de huelga, ha sido tardíamente aceptado”.

4.3.2 La Negociación Colectiva en el Uruguay

Corresponde comenzar por señalar que la Constitución de la República no contiene una mención expresa a dicho Instituto, lo hace indirectamente a través de los artículos que refieren al derecho de asociación y a la huelga.

Barbagelata entiende que la negociación colectiva es una consecuencia de la libertad sindical y que la misma deriva de los artículos 57 y 65 de la Carta.

La negociación colectiva de los funcionarios públicos en el Uruguay fue aceptada, con la ratificación de los CIT N° 87 y N° 98 a través de la Ley N° 12.030 de 27 de enero de 1954), 151 21 y 154 (ratificados por la Ley N° 16.039 de 8 de mayo de 1989).

Al ratificar el CIT N° 151, que refiere a las relaciones de trabajo en la Administración Pública, el Estado puede escoger para determinar las condiciones de empleo, entre la negociación colectiva y “otros métodos” como es el diálogo y/o la consulta; pero al ratificar el CIT N° 154, el derecho de negociación colectiva, se aplica también en el ámbito de la Administración. Debe tenerse presente que, con relación al personal militar y policial, la legislación nacional determinará el grado de aplicación de las garantías previstas en los convenios.

Se puede indicar como algunos intentos de abordar el tema: la creación de una Comisión Permanente de Relaciones Laborales (artículo 739 de Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996). En la práctica la misma actuó durante dos años y cumplió principalmente funciones de mediación a través del Ministerio de trabajo y Seguridad Social (el art. 66 de la Ley N° 17.556 de 18 de diciembre de 2002), y se estableció que *“El Poder Ejecutivo podrá autorizar convenios de flexibilización de las normas referentes al estatuto de los funcionarios, acordado entre organizaciones de funcionarios y empresas públicas del Estado, atendiendo a razones de mejor servicio”*.

En síntesis, pese a la variada normativa que habilitaba a la negociación colectiva, sólo existieron ámbitos de negociación aislada, y generalmente correspondiente a los entes de dominio industrial, comercial o del sector bancario. En las mismas, el único organismo que representaba al Estado era la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

El Gobierno Nacional que asumió el 1° de marzo de 2005, agrega al marco normativo vigente los Decretos N°104/005, N°113/005, mediante los cuales se convocó a las organizaciones de trabajadores del sector público, a efectos de que negociaran las condiciones de trabajo, en el mes de abril de dicho año, se suscribió el Convenio Colectivo de la Banca Oficial el 22 de julio de 2005 (el Acuerdo Marco).

El ámbito de la negociación colectiva entre el Estado y sus funcionarios se formalizó,

a través de dicho Acuerdo Marco, el que fue suscrito entre las organizaciones sindicales de funcionarios públicos, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Economía y Fianzas, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y, la Oficina Nacional del Servicio Civil⁶⁸. Dicho Acuerdo Marco estableció un mecanismo de prevención de conflictos que creó el Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público (CSNCSP).

El CSNCSP se conformó con miembros del Poder Ejecutivo, representados por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, la Oficina Nacional del Servicio Civil y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, actuando en carácter de coordinador y moderador y, delegados de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios del Sector Público. El cometido fundamental de dicho Consejo, es buscar acuerdos sobre aspectos generales de la función pública. Asimismo el CSNCSP intervendría como órgano de conciliación y mediación.

En síntesis, los Decretos N° 104/005 y N° 113/005 y el Acuerdo Marco de la Negociación Colectiva en el Sector Público”, crearon un sistema de negociación colectiva en el Sector Público, instalando para ello ámbitos formales.

Con fecha 2 de enero de 2006, se aprobó la Ley N° 17.940, de Protección y Promoción de la libertad sindical, la que también se conoce como ley de fueros sindicales. Esta ley declara *“absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo”*.

La misma no distingue a los efectos de su aplicación entre trabajadores privados o públicos, debiendo interpretarse que abarca a todos los trabajadores, las limitaciones o exclusiones de la libertad sindical, a los titulares de los órganos que expresan la voluntad de la administración, las fuerzas armadas y la policía. Prevé que la discriminación pueda realizarse por acción u omisión y en especial declara absolutamente nula, las que tengan por objeto condicionar el empleo, despido a la afiliación o no a un sindicato, entre otras.

Se estableció por primera vez en dicha Ley, la reinstalación o reposición del trabajador despedido o discriminado por razones antisindicales, previendo dos procedimientos, uno general que abarcaría a todo trabajador, y otro de tutela especial que comprendería básicamente a los dirigentes sindicales. Se le da reconocimiento al derecho a la licencia sindical, el que deberá ser reglamentado a través de la negociación colectiva (Consejos de Salarios o Convenio Colectivo); establece el derecho de los trabajadores afiliados a una organización sindical, a que se les retenga su cuota sindical sobre los salarios, previo consentimiento por escrito, monto que será vertido por la empresa o institución, a la organización sindical y, por otra parte, confiere facilidades para el ejercicio de la actividad sindical.

En organismos estatales como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Electoral, del Tribunal de Cuentas, del Poder Judicial y de algunos Gobiernos Departamentales, se advirtió una fuerte resistencia a integrarse al nuevo sistema de ne-

68 DELGADO SOARES NETTO, Fernando. Consideraciones Preliminares sobre la ley de negociación colectiva en el sector público en Revista de Derecho Laboral Tomo LII- N°235 Julio – Setiembre de 2009 pág 584 y ss.

gociación colectiva. Estos órganos del Estado, se negaron sistemáticamente a negociar con presencia del Poder Ejecutivo, aunque sólo se tratara del MTSS actuando como mediador.

Con fecha 26 de junio de 2009, se dictó la Ley de la Negociación Colectiva en el Sector Público N° 18.508, con relación a la representación del Gobierno y, a diferencia del período previo al 2005 en el que el gobierno era representado únicamente por Oficina de Planeamiento y Presupuesto y, a los efectos de la elaboración de la misma se encuentra también, junto a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, a la Oficina Nacional del Servicio Civil, así como al Ministerio de Economía y Finanzas.

La misma, constituye un mojón en el Derecho Colectivo y un avance más en el proceso de la progresiva laboralización de la función pública.

Ha sido el último instituto en ser admitido en el ámbito de los funcionarios públicos. La huelga y los sindicatos fueron aceptados anteriormente. Si bien, como se ha venido diciendo, el Uruguay había ratificado varios instrumentos que consagran la negociación colectiva en el sector público, fundamentalmente los Convenios Internacionales N° 151 y 154, sumado a lo dispuesto por los artículos 57 y 65 de la Constitución, no se contaba en el País con una disposición de origen interno que regulara dicho tema.

El contenido de la citada Ley, fue negociado íntegramente por el Poder Ejecutivo y los delegados de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios del Sector Público, en el ámbito del Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público, siendo recogido en su totalidad por el Poder Legislativo.⁶⁹

El Poder Ejecutivo de la época, al fundamentar la iniciativa expresó que: *“la experiencia uruguaya de negociación colectiva en el sector público tiene un desarrollo importante en los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial a partir de 1990 con los convenios laborales de los bancos del Estado y de U.T.E. y su culminación en dicho período fue el convenio celebrado por la Mesa Sindical Coordinadora de Entes en 1993”*.

Efectuando un breve análisis de la Ley, puede decirse que los principios generales de la negociación colectiva en el sector público son tratados en el Capítulo I, siendo reconocida la misma, como un derecho humano fundamental *“con las exclusiones, limitaciones y particularidades”* establecidas en distintas normas internacionales principalmente para los funcionarios militares y policiales. Forma parte de lo que se denominaría *“bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”*, el que se compone por todas aquellas disposiciones y principios a los que se les reconoce valor constitucional (artículos 57,72 y 332 de la Constitución de la República).

Por tal razón, se entiende que el derecho a la negociación colectiva es auto aplicación y se encuentra jurídicamente supraordenado, tanto al legislador como a los demás operadores jurídicos, tales como autoridades administrativas, jueces y abogados. Por tanto,

69 BAJAC RODRIGUEZ, Laura Carolina. La Negociación colectiva en el Sector público en la República Oriental del Uruguay XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santo Domingo República Dominicana. 9-12 nov 2010. <http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/MEM-2010/bajac.pdf>.

se está ante un derecho que no puede ser ignorado por los Estados y que por el contrario, estos deben hacer los mayores esfuerzos para efectivizarlo.

Con relación a la definición de negociación colectiva, la misma se encuentre recogida en el artículo 4 de la referida Ley y su redacción⁷⁰ se inspira en el CIT N°154.

Se prevé que el Estado promoverá de manera eficaz la consulta y la colaboración entre las autoridades públicas y las organizaciones de trabajadores públicos, sobre las cuestiones de interés común que pudieren ser determinadas por las partes, con el objetivo general de fomentar relaciones fluidas entre los interlocutores, la comprensión mutua, el intercambio de información y el examen conjunto de cuestiones de interés mutuo.

El Estado deberá estimular y avalar el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles y, en tal sentido, adoptará las medidas propicias a fin de facilitar y fomentar la negociación entre la Administración y las organizaciones representativas de trabajadores públicos.

El ámbito de aplicación de la Ley comprende a todo el Estado: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativa, Tribunal de Cuentas, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales (Intendencias, Juntas Departamentales y Juntas Autónomas Electivas).

Se le reconoce el derecho a la negociación colectiva a todos los funcionarios públicos, con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el art.9 del CIT N°87 y num.2 y 3 del art.1 del CIT N° 151.

Instituye la obligación de negociar, de buena fe, lo que implica a las partes determinados derechos y obligaciones, como ser la concurrencia a las negociaciones; la realización entre las partes de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad que sean adecuadas; la designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficientes para la discusión del tema que se trata; El intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate; la realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso.

Determina las materias de la negociación colectiva, así como el derecho a la información en general y en particular: los avances de los proyectos de Presupuesto y Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal; la situación económica de los organismos y unidades ejecutoras y la situación social de los funcionarios; los cambios tecnológicos y reestructuras funcionales a realizar; los planes de formación y capacitación para los trabajadores; los posibles cambios en las condiciones de trabajo, seguridad, salud e

⁷⁰ Art 4. "Negociación colectiva en el sector público es la que tiene lugar, por una parte entre uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de funcionarios públicos, con el objetivo de propender a alcanzar acuerdos que regulen: las condiciones de trabajo, salud e higiene laboral; el diseño y planificación de la capacitación y formación profesional de los empleados en la función pública; La estructura de la carrera funcional; el sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalización; las relaciones entre empleadores y funcionarios; las relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de funcionarios públicos correspondientes y todo aquello que las partes acuerden en la agenda de la negociación. Las partes están obligadas a negociar, lo que no impone la obligación de concretar acuerdos "

higiene laboral.

La estructura del sistema de negociación colectiva, se dividió en dos:

- 1) el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados del dominio industrial comercial;
- 2) el Poder Legislativo, el PJ, el TCA, TC, CE, Gobiernos Departamentales y Entes Autónomos de la Enseñanza.

Con relación al Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados del dominio industrial comercial, se recoge la experiencia del Acuerdo Marco y se crean tres niveles:

- 1) General o Superior, en el CSNCSP;
- 2) Sectorial o por Rama, a través de las mesas de negociación establecidas en función de las particularidades o autonomías. Respecto a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados de dominio industrial y comercial, se prevé la posibilidad de que se integre además de los representantes del Gobierno, los representantes de las referidas instituciones.
- 3) Por Inciso u organismo, a través de las mesas de negociación entre las organizaciones sindicales representativas de base y los respectivos organismos. Se prevé que en estos ámbitos bipartitos puedan participar representantes del MTSS, MEF, OPP, ONSC, así como delegados de las organizaciones sindicales representativas de la rama.

En los niveles del CSNCSP y en el Sectorial o Rama, el Gobierno estará representado por dos delegados de la ONSC, dos de la OPP y dos del MEF. Por la parte trabajadora, serán ocho los delegados designados por la organización representativa, quienes podrán concurrir con asesores.

Respecto a la estructura de la negociación colectiva en los Poderes Legislativo, Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, los Gobiernos Departamentales y Entes Autónomos de la Enseñanza, se constituirán Mesas de Negociación, que se integrarán con dos representantes de cada organismo, tres delegados por organización representativa de funcionarios y un representante del MTSS.

Con relación al rol del MTSS, se establece en primer término que velará por la aplicación de la ley, coordinando, facilitando y promoviendo las relaciones laborales y la negociación colectiva en el sector público.

A su vez, cumplirá funciones de conciliación y de mediación y dispondrá de las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de los acuerdos, integrará todos los ámbitos y mesas de negociación, así como presidirá el CSNCSP.

En suma, ley de negociación colectiva en el sector público, instaura un sistema de negociación colectiva que comprende a todos los funcionarios públicos y a todos los or-

ganismos que integran el Estado uruguayo, fijando diferentes ámbitos, mesas y niveles de negociación, así como los derechos y obligaciones imprescindibles de ser ponderados a la hora de negociar, entre otros: derecho a la información general y particular, obligación de negociar, negociar de buena fe, prevención de conflictos. Siendo importante destacar el papel preponderante que tomó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el marco de esta ley.

De tanta actualidad se ha vuelto el tema de la negociación y de las distintas formas de movilizaciones en el sector público, que la prensa informa casi a diario y con naturalidad que los *“Estatales siguen con su tour de protestas – COFE anuncia un paro parcial para presionar al MTSS”*. Se enuncian movilizaciones en distintos Ministerios. COFE reclama que se instaure una mesa de diálogo con el gobierno y se cumpla con la Ley de Negociación Colectiva.⁷¹

4.4. Tendencias a la Precarización en el actual marco normativo de la función pública en el Uruguay

4.4.1 Concepto de Precarización

A qué se denomina precarización o precariedad laboral, en el mercado de trabajo o lo que también algunos llaman inserción laboral endeble, empleo incierto?.

Dicho concepto refiere a las condiciones de empleo, subempleo y desempleo del trabajador; el mismo se relaciona con la inseguridad, incertidumbre, fluctuación y la falta de garantía de condiciones socioeconómicas mínimas y suficientes para una supervivencia digna que afecta a los trabajadores, lo que indirectamente repercute en su entorno familiar y social. El término comienza a ser conocido en la década de 1980, aplicado a las supuestas consecuencias de la flexibilidad laboral en la vida cotidiana, según los críticos de ésta.

Estos procesos de flexibilización laboral o desregulación laboral se reflejan en el ámbito público en, inestabilidad laboral, falta de coberturas sociales, contratación temporal.

La precariedad implica entre otras cosas, una movilidad constante donde siempre se empieza de nuevo. Lo único permanente es el cambio: de empleador; de lugar físico; de compañeros; de referencia sindical; de conocimientos.

Se expresa también en la imposibilidad de pensar proyectos más allá de lo inmediato y carencia total de profesionalización y carrera administrativa.

En definitiva, las distintas formas de pérdida o disminución de garantías laborales sobre todo en la duración contractual es lo que en definitiva se ha denominado *“precarización”* del trabajo. Dicha tendencia se ha generalizado rápidamente aun en áreas de actividad netamente caracterizadas por la estabilidad del empleo, tales como la Administración Pública. Y eso se ha traducido en las formas organizativas de trabajo con

71 *“Estatales Sigue Con Su Tour De Protestas”*. *“El País Digital”*. Disponible en: <http://www.elpais.com.uy/111109/pnacio-605215/sociedad/estatales-sigue-con-su-tour-de-protestas/> Montevideo 9 de noviembre de 2011.

la consiguiente pérdida de capacidad reivindicativa de los funcionarios públicos, de toda búsqueda de profesionalización e incluso de violación a las normas constitucionales aplicables a todo trabajador.

La actual Ley de presupuesto N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010, y varios de sus decretos reglamentarios muestran a todas luces la notoria instalación de la precarización en la función pública uruguaya.

Así en dicha Ley se repitieron figuras que venían utilizándose hace varias décadas tales como: los contratos de adscripción, becarios, pasantes, contrato artístico o cachet, arrendamiento de obra; pero también esta Ley dio a luz nuevas modalidades con esa misma especial tendencia a la precarización como los contratos laborales, contratos temporales de derecho público y especial sistema de provisorio.

4.4.2. Contratos de Adscripción

Puede definirse contrato de Adscripción como aquel que vincula a una persona física con la Administración, con el objeto de colaborar directamente con determinados jerarcas no más allá de sus respectivos mandatos, sin adquirir la calidad de funcionarios públicos.

Esta contratación puede recaer en funcionarios públicos, quienes podrán optar por el régimen de adscripción, manteniendo la reserva del cargo o contrato de función pública de su oficina de origen, de acuerdo al régimen general previsto para la reserva de cargos políticos o de particular confianza.

Si bien la nueva ley de presupuesto no crea la figura de adscriptos, cuyo origen data del año 1996 con la Ley de Presupuesto vigente en la época (Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 art. 83), la misma se encontraba prevista únicamente para el cargo de Presidente de la República. Luego con la Ley de Presupuesto 2005-2010, se agrega al Secretario y Prosecretario de la Presidencia de la República entre quienes pueden contratar.

Finalmente, por la Ley N°18.719 se innova en cuanto a los jerarcas facultados a disponer de recursos humanos mediante la contratación de adscritos, incluyendo en su art. 58 a los Ministros de Estado.

Por tanto se puede advertir un *in crescendo* en la utilización de este instituto:

- 1996- Facultado únicamente el Presidente de la República.
- 2005- Al Presidente se suman los cargos de Secretario y Prosecretario de la República.
- 2011- Se autoriza al Presidente, Secretario y Prosecretario de la República y Ministros de Estado.

4.4.3 Contrato Artístico

Es aquel contrato que vincula a la Administración con un artista entendiendo al mismo,

como toda persona que crea, interpreta, o ejecuta en cualquier forma una obra artística.

Tradicionalmente se lo llamaba contrato de cachet y se encontraba regulado por el artículo 319 de la Ley 17.296 de fecha 21 de febrero de 2001 y 218 de la Ley N°18.172 de 31 de agosto de 2007. El artículo 52 de la Ley de Presupuesto actual, sustituyó este régimen por esta nueva modalidad y denominación de “contrato artístico”.

El Decreto 52/011 de 7 de febrero de 2011, establece que el contrato artístico tendrá carácter transitorio, pudiendo la Administración Central disponer en cualquier momento su rescisión por resolución fundada y no otorgara la calidad de funcionario público al contratado.

Este tipo de contrato se adecua a las necesidades en materia cultural, como es el caso del Ministerio de Educación y Cultura, del SODRE entre otros. Sin embargo, la norma legal le da cierta amplitud inexplicable porque autoriza su utilización en todo el ámbito de la Administración Central, no resultando medianamente justificada para Incisos como el Ministerio de Defensa, Ministerio del Interior, Ministerio de Salud Pública por citar algunos ejemplos.

4.4.4 Contrato Laboral

Esta es una nueva modalidad para contratar servicios personales, regidos por el derecho privado y prevista en el derecho público por el art. 54 de la 18.719. Se trata de un régimen excepcional que de acuerdo al Decreto reglamentario 53/011 de 7 de febrero de 2011, solo podrá ser utilizado por razones de necesidad expresamente justificadas y en ningún caso para prestación de tareas permanentes.

Una vez más, el contratado no adquiere la calidad ni condición de funcionario público, ni derecho de permanencia.

La selección de realizará mediante concurso o sorteo en el caso de funciones no calificadas, a través del sistema de reclutamiento y selección de los recursos humanos dependiente de la ONSC.

4.4.5 Contrato con estudiantes: Becarios y Pasantes

Cuando una entidad estatal contrata a un estudiante con la única finalidad de brindarle una ayuda económica, para contribuir al costo de sus estudios a cambio de la prestación de tareas exclusivamente de apoyo, no permanentes ni sustantivas se le llama contrato con becario.

Si el estudiante, habiendo culminado los estudios correspondientes, es contratado por el Estado con la única finalidad de que desarrolle una primera experiencia laboral relacionada con los objetivos educativos de la formación recibida, las tareas a desempeñar tampoco podrán ser de carácter permanente o sustantivo.

La Ley N° 18.719 derogó el régimen de becas y pasantías estatuido por los art. 620 a 627 de la Ley 17.296 de 21 de febrero de 2001 que luego fuera modificado por la Ley

N°18.046 de 24 de octubre de 2006 y la Ley N°18.362 de 6 de octubre de 2008.

El Decreto 54/011 de 7 de febrero de 2011, establece que el reclutamiento y selección de los becarios y pasantes será únicamente por concurso en el sistema establecido en la ONSC.

Tal como en las otras formas de contratación analizadas, los contratos de becas y pasantías no otorgan al estudiante beneficiario la calidad ni condición de funcionario público y tendrán una extensión máxima de dieciocho meses, incluida la licencia anual y no admite en ningún caso prórroga, aunque el contrato original fuera menor a ese plazo.

4.4.6 Contrato temporal de Derecho Público

El art.53 de la Ley N° 18.719 crea esta modalidad de contratación con el fin de atender las necesidades que la Administración Central, no pueda cubrir con sus funcionarios presupuestados. El art. 55 derogó los regímenes de contratación regulados por las art. 539 de la Ley N° 13.640 de 26 de diciembre de 1967, 22 del decreto Ley N°14.189 de 30 de abril de 1974, 127 de la Ley N°15.809 de 8 de abril de 1986, 63 de la Ley N 17.296 de 21 de febrero de 2001 y literal B) del art. 3 de la Ley N°18.362 de 6 de octubre de 2008 y permite la contratación por única vez en la modalidad de Contrato Temporal de Derecho Público de las personas alcanzadas por la referida norma, y se establece la desaplicación del régimen de contratación a termino previsto en los artículos 30 a 43 de la Ley N° 17.556 de 18 de setiembre de 2000 y sus modificativas.

Se crea como un régimen de transición para aquellos contratos que al 1° de enero de 2011, se encontraban regulados por algunos de los regímenes mencionados cuyo plazo vencía al 31 de marzo de 2011 o continuaban vigentes a dicha fecha.

El plazo de esta modalidad, de acuerdo al Decreto 55/011 de 7 de febrero de 2011, no será superior a tres años prorrogable por única vez.

La contratación no otorgará derechos ni expectativas jurídicamente invocables para acceder a un cargo presupuestal y la selección se realizará mediante concursa a través del sistema de reclutamiento y selección de recursos humanos.

4.5 Problemas que se suscitan en la práctica con los trabajadores contratados a través de alguna de estas modalidades

En cuanto a las licencias ordinarias, en general, el tema ha sido previsto en los propios contratos, pero sí se han constatado discusiones en casos de licencias especiales como ser "licencia por maternidad", "por estudio", entre otras, las que generalmente se han solucionado con criterios restrictivos aduciendo que al no ser funcionarios públicos, no tienen derecho a otra licencia que no sea la prevista en el contrato. El contratado si se siente agraviado por el actuar de la Administración, ya sea porque se le niega una licencia especial o porque se le rescinde el contrato por una falta que entiende no cometió, deberá elegir la jurisdicción competente que en el caso será la justicia laboral ordinaria, en la que se le aplicará las normas de derecho privado.

Otro problema, no tan frecuente pero que se da en la práctica, es la eventual comisión de faltas administrativas por parte de los contratados que si fueran funcionarios públicos serian pasibles de un procedimiento disciplinario, ya sea de instrucción de una investigación administrativa o sumario pero que no hay norma legal habilitante para aplicarse a este tipo de trabajador. La opción que queda es rescindirle el contrato previa vista, para al amparo de lo dispuesto en el art.66 de la Constitución.

Ha sido también tema de discusión, cual es el régimen de aportación a la Seguridad Social de los contratos de adscripción inicialmente previstos en el art.83 de la Ley N°16.736 de 5 de enero de 1996. En virtud de la relevancia del tema y sus diferentes proyecciones, conformó una comisión de trabajo integrada por la Presidencia de la República, el Banco de Previsión Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que decidieron consultar al Banco de Previsión Social al respecto con fecha 17 de junio de 2005. El Banco de Previsión Social por Resolución del Directorio N°19-56/2005 y respondiendo la Consulta Vinculante, disponiendo que los adscriptos contratados deben ser considerados siempre dependientes de la Presidencia de la República con afiliación civil y debe aplicárseles el régimen de aportación propia de dicha filiación y debiéndosele aplicar lo dispuesto en el art. 178 de la Ley N° 16.713 de fecha 3 de setiembre de 1995.

4.6 Sistema de Reclutamiento y Selección de Recursos Humanos de la ONSC (URUGUAY CONCURSA).

El Decreto 56/2011 de fecha 7 de febrero de 2011, reglamentario del Literal O del artículo 127 de la Ley N° 18.719 le amplía competencia a la ONSC asignándosele un rol preponderante en materia de diseño, definición y regulación de políticas de administración de recursos humanos. Entre dichas competencias tiene la de planificar las necesidades de los recursos humanos así como ejecutar todas las actividades referidas al reclutamiento y selección de personal en dicho ámbito.

Efectivamente, con fecha 1° de abril de 2011 ONSC inauguró el portal "URUGUAY CONCURSA", con lo cual el Gobierno instaura un nuevo sistema de selección de funcionarios públicos para la Administración Central. El Poder Ejecutivo lo encuadra en el marco del proceso de fortalecimiento institucional del Estado, como un instrumento profesional que tiene como objetivo principal asegurar el ingreso democrático al Estado.

En Uruguay Concurso, los particulares pueden encontrar todos los llamados a concurso para ocupar puestos en los organismos de la Administración Central. En menos de seis meses se registraron 84000 postulaciones en "Uruguay Concurso"⁷², igual que en el portal de internet que centraliza los llamados para ingresar a la Administración Central.

Se puede señalar como antecedentes y fundamento jurídicos, las Leyes N° 15.757 de fecha 15 de julio de 1985, 16.127 de 7 de agosto de 1990 y 18.172 de 31 de agosto de 2007 que atribuyeron competencias a la ONSC en materia de designaciones.

El gobierno actual afirma que con este nuevo sistema de selección de trabajadores para el Estado, se apuesta a la transparencia, profesionalidad e igualdad de posibilidades, así como la simplificación de las modalidades o vínculos.

4.6.1 Nuevos institutos en la función pública en la Ley N° 18.719

Todos estos fenómenos resultan visibles, en figuras jurídicas creadas por esta Ley:

- A) Sistema de Gestión Humana (SGH);
- B) Nuevas modalidades de contratación;
- C) Red Uruguaya de capacitación y formación de funcionarios del Estado (LA RED).

A) Así en el artículo 11 de la precitada Ley, se crea en la Administración Central el SISTEMA DE GESTION HUMANA (SGH), que consiste en un sistema de información que contiene una base de datos relativa a la gestión de los recursos humanos, dentro del Inciso 02 al 15 del Presupuesto. El mismo cuenta con los datos personales, funcionales, régimen horario y retributivo de los trabajadores que tienen un vínculo de carácter funcional con la Administración Central, así como toda información concerniente a las estructuras organizativas a las que dichas personas se encuentran vinculadas. El Decreto N°402/2009 de 24 de agosto de 2009, estableció la necesidad de mantener al día el padrón del SGH y por eso, un equipo de SGH – ONSC focalizó su tarea de apoyar a todos los incisos para cumplir con el mismo. Se realizó un diagnóstico de situación en cada unidad ejecutora y un relevamiento de necesidades de apoyo que se podrían requerir. Uno de los ejemplos que ONSC entiende que contiene elementos capitalizables para la gestión de los procesos de cambio en el Estado fue el efectuado en el Ministerio de Transporte y Obras y Públicas.

Con el actual gobierno a través de la Ley de Presupuesto, que si bien no utiliza la expresión reforma del Estado, se realizan diversos cambios y se incorporan en la sección II diversas formas de vinculación del Estado con los trabajadores a su servicio, las cuales se reseñaron en el Capítulo anterior.

B) La referida Ley regula (artículos 7 a 70) las siguientes modalidades de contratación: beca, pasantía, contrato temporal de Derecho Público, contrato artístico y el contrato laboral, derogando todos los regímenes anteriores como era el caso del contrato de tra-

72 AGUIAR José L. "En cinco meses se registraron 84.000 postulaciones en Uruguay Concurso" "El País" (online) sábado 1 de octubre de 2011. Disponible En: <http://www.elpais.com.uy/111001/pnacio-596905/nacional/en-cinco-meses-se-registraron-84000-postulaciones-en-uruguay-concurso/>

bajo a término, contrato de arrendamiento de servicio, contratos zafrales, eventuales y los contratos de artístico (cachet); al respecto, remitirse al análisis del capítulo anterior.

Sin perjuicio de lo ya expresado, con relación a estas modalidades, conviene recordar que, asimismo, esta Ley recoge contratos ya utilizados en regímenes anteriores, tal como el contrato de arrendamiento de obra que su artículo 47, es casi una réplica del artículo 15 de la Ley N° 16.462 de 11 de enero de 1994.

También hay reforma del Estado en cuanto al régimen de los ascensos. En efecto, en el artículo 49 se establece que los ascensos de los funcionarios de los incisos 02 al 15 se realizarán por concursos méritos, o de oposición y méritos. En los casos de cargos de supervisión y dirección los concursos siempre serán de oposición y méritos.

Una novedad del sistema que implanta la actual Ley de presupuesto, es que podrán postularse para llenar las vacantes los funcionarios de cualquier escalafón, serie y grado siempre que reúnan el perfil y los requisitos del cargo a proveer.

Un tema importante que esta Ley establece entre las provisiones referidas a la función pública, tiene que ver con el ingreso mediante el sistema del concurso, previo informe y control del Servicio Civil, siendo la designación de carácter provisorio y por el término de 18 meses.

Es relevante señalar el rol diferencial que esta ley le asignó a la ONSC en materia de diseño, definición y como ya se dijo, la regulación de políticas de administración de recursos humanos.

En efecto, la Constitución de la República prevé que la Ley crearía el Servicio Civil de la Administración Central y, la Ley N° 13.640 de 26 diciembre de 1967, que creó la ONSC como una dependencia de la Presidencia de la República, durante la dictadura (1978) fue suprimida y reinstitucionalizada por la Ley N° 15.757 de 15 de julio de 1985.

Desde ese momento, la ONSC ha cumplido una función importante en todos los procesos de reforma del Estado, desde el reintegro de más de 10.000 funcionarios destituidos durante el gobierno de facto, la instrumentación de planes y programas de capacitación para los funcionarios públicos, con el asesoramiento de la Escuela Nacional de Administración (ENA) de Francia, la puesta en práctica del expediente electrónico en 1997, la aprobación del TOFUP en 1988.

El artículo 127 de la Ley N°18.719 atribuye nuevas competencias a la Oficina Nacional del Servicio Civil:

1) Instrumentar y administrar un sistema de reclutamiento y selección de los recursos humanos en la Administración Central.

2) Diseñar, definir y regular políticas de administración de recursos humanos, relativas tanto al análisis y evaluación ocupacional, determinación de competencias, definición del sistema retributivo y de vínculos con el Estado, así como toda otra gestión

relacionado con la gestión de los recursos humanos.

C. Red Uruguaya de capacitación y formación de funcionarios del Estado (la Red).

El artículo 69 de la referida Ley de Presupuesto, creó la Red Uruguaya de Capacitación y Formación de Funcionarios del Estado (La Red), con el cometido de planificar y centralizar la propuesta y articulación de necesidades en la materia. La Red funcionará en la órbita nacional de la Escuela Nacional de Administración Pública de la Oficina Nacional del Servicio Civil y se integrará con los jefes de los Organismos Estatales que manifiesten su voluntad expresa en ese sentido.

En realidad, lo que vino a hacer esta norma fue legalizar una práctica que ya se venía dando a través de convenios de la ENAP con EEAA y SSDD a fin de aunar esfuerzos y recursos en capacitación de funcionarios, tanto de la Administración Central como de los demás organismos del Estado. Es indudable que los funcionarios públicos deben capacitarse para profesionalizar la función pública. En este sentido, resulta útil analizar la "Profesionalización", en tanto la Constitución estableció la carrera administrativa como un principio básico de la función pública.

Así, los cambios de gestión y la profesionalización de los recursos humanos en toda Latinoamérica, han tomado un papel preponderante desde hace algunas décadas. Si bien el impulso en la materia lo han tenido las organizaciones privadas, la ola de reformas e innovaciones en las organizaciones públicas no se han quedado atrás. Hay consenso en cuanto a que el capital humano representa el activo más importante de las organizaciones.

Las organizaciones públicas, en la medida de sus propios contextos y posibilidades, han hecho también un derroche de voluntarismo, entusiasmo y creatividad para tratar de adoptar nuevas formas de mejorar la actuación de su personal.

Algunos señalan que los referentes para ello han sido "La Nueva Gestión Pública" (propuesta de los años setenta y ochenta), que tiene raíces en la teoría de la organización y en la economía política. La Nueva Gestión Pública pone especial énfasis en la gestión por encima de las políticas, o sea en organizar el gobierno en grupos, más que en pirámides jerarquizadas; en la adopción de toma de decisiones estratégicas y orientadas a la obtención de resultados y medidas de mejora de la calidad, en recortar los gastos en vez de crear nuevos, en una mejora de la eficiencia en la prestación de servicios públicos, entre otros.

El análisis de los sistemas de profesionalización o servicios civiles de los países de Latinoamérica, ha demostrado que tanto las buenas prácticas como la experiencia sólida en la materia son escasas. Se observa la necesidad del aprendizaje permanente de las lecciones de otros países, malas o buenas experiencias.

Estudios en la materia han mostrado que Brasil, Chile y Costa Rica muestran el mayor índice de lo que llaman "mérito burocrático" y ello refleja una aceptación generalizada de los principios de mérito, de decisiones de selección, ascenso y despido de funciona-

rios públicos. Luego siguen en ese tema otro grupo de países en los que se encuentran a Argentina, Colombia, México, Uruguay y Venezuela, en los que coexisten las prácticas basadas en el mérito con tradiciones de clientelismo político. Y finalmente se encuentra un grupo de países que presentan índices muy bajos, que indican una fuerte politización de las decisiones de selección y entre ellos se señalan a Bolivia, Paraguay, República Dominicana, Perú y todos los países centroamericanos (salvo Costa Rica).

A la vez, se han identificado problemas en los sistemas de profesionalización y dentro de los más representativos están: inamovilidad, rigidez, poco desarrollo profesional y exceso de reglamentaciones.

“Un informe de la Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSC) señaló carencias en la capacitación de los funcionarios públicos, y la existencia de políticas más elaboradas en lo entes que en los Ministerios”⁷³.

Dicho informe señala que el método de selección más frecuente es por auto postulación, con aval de la jerarquía (35%), en tanto que sólo un tercio basa la selección en diagnóstico y selecciones. Se pueden establecer como tendencias de cambio de carácter general:

- la descentralización de los servicios, tanto funcional como territorial;
- la descentralización de gobiernos centrales a gobiernos locales y de gobiernos centrales a agencias.
- Ruptura de regímenes de privilegio de los funcionarios públicos, la propuesta en este caso a la laboralización de los servicios civiles.
- Potenciar la función de directivos públicos (no hay gerenciamiento sin gerentes) a través de la creación de carreras para este tipo de funcionarios
- Intento de articulación de los sistemas de servicio civil tradicionales con temas de la nueva gerencia pública, que implica mecanismos de gestión más flexibles con relación a: contratación, retribución, movilidad, competencias, evaluación de desempeño, uso de tecnologías de la información; entre otros.
- Tendencia a la adopción de sistemas de servicios civiles de empleo en sustitución de los sistemas de servicio civil de carrera.

Así han resultado dos posiciones: una que señalan los organismos del Banco Mundial (2003), que indican la necesidad de que primero se consoliden esquemas de mérito (de corte weberiano), para luego poder pasar a un esquema de flexibilidad o de nueva gestión pública. La otra posición es de especialistas en la materia como Francisco Longo (2004)⁷⁴, que señalan que es posible la implementación simultánea de ambos esquemas de trabajo, sin duda busca un equilibrio.

Lo que es indiscutible, es el gran entusiasmo de la mayoría de los países latinoame-

⁷³ ONSC. *“El Estado sin una política clara para capacitar a sus funcionarios”*. *“No se valora la eficacia de la formación”*. “El País” Domingo 2 de octubre de 2011 pág. A 17

⁷⁴ LONGO, Francisco *“Mérito y Flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público.”* Barcelona: Paidós.[s.f.]

ricanos que en diferentes foros en la materia, ha manifestado la búsqueda de la modernización de la mejora y la profesionalización de la función pública. Esto ha mostrado buenas y malas experiencias.

Resulta claramente, de la base de datos del CLAD⁷⁵, para acceder a la vasta información que hay y que se registra en torno al tema en los diferentes países y múltiples ponencias.

Los beneficios⁷⁶ que se han visto y se pueden resumir en la materia, son:

- En las últimas décadas, los regímenes políticos de la mayoría de los países latinoamericanos han consolidado su institucionalización y democracia lo que conduce a la necesidad de tener burocracias profesionalizadas.
- Se ha convencido (generalmente) a la clase política de la importancia de la profesionalización y, por lo tanto, se ha contado con el apoyo de diversos actores en el Estado y ha sido incluido mayormente en las agendas políticas- administrativas.
- También se ha contado con el apoyo internacional de organismos con el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Agencia Española de Cooperación Internacional, entre otros, para impulsar este tipo de iniciativas, ya sea a través de recursos económicos o asesorías internacionales.
- Se ha mostrado entusiasmo en la adopción de tecnologías actuales para profesionalizar la función pública.
- Inicio de proyectos y puesta en marcha de redes y alianzas con empresas privadas, universidades, gobierno, entre otros.
- Se ha establecido compromisos de construir redes y comunicación con otros países para el intercambio de herramientas.
- Hay avances en la capacitación en líneas o estudios virtuales.
- Subsiste el interés en hacer competitivos los salarios de los funcionarios públicos, con relación a los empleados del sector privado.
- Intentos regionales de capacitación de funcionarios públicos: Escuela Iberoamericana de Políticas y Administración Pública.
- Adopción de sistemas de evaluación del desempeño y competencias para fortalecer sus sistemas de profesionalización.

También hay malas nuevas de diversos aspectos: económicos, políticos, técnicos, culturales, tales como:

- Sin perjuicio de lo expresado, la clase política de la mayoría de los países de la región, no termina del todo por suscribir el papel que juegan sus burocracias y el funcionamiento a través de un servicio civil. Incluso en algunos casos a los funcionarios profesionales se les sigue viendo como un obstáculo a los intereses políti-

75 www.clad.org.ve y concretamente del Sistema Integrado y Analítico de Información sobre Reforma del Estado, Gestión y Políticas Públicas

76 MARTINEZ PUON, Rafael "Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Latinoamérica: Buenas y Malas Noticias." Revista Enfoques, Segundo Semestre, Año/Vol/, numero 009. Universidad Central de Chile pág.127 y ss.

co-partidarios.

- A pesar de algunos avances, no hay ningún caso en Latinoamérica que presente un sistema de profesionalización o servicios civiles consolidados.
- Aunque casi todos los países de la región cuentan con leyes de servicio civil, la mayoría es inoperante o con graves problemas de implementación.
- Es constante la interrupción y continuidad de proyectos de profesionalización de la función pública por cambios de gobierno, incluso en algunos casos se derogaron las normas en la materia.
- La mayoría de las administraciones públicas en Latinoamérica, operan bajo medidas de “achique” del gasto público y austeridad presupuestaria, que van en detrimento de toda reforma al sistema de compensaciones o estímulos económicos para sus funcionarios públicos o compra de herramientas para la mejora de la gestión de los recursos humanos. Aunque después el gasto aumenta en bienes de baja utilidad como por ejemplo la autorización de misiones oficiales innecesarias.
- Déficit en la realización de diagnósticos serios y profundos que permitan saber qué tipos de cambios se requieren para la profesionalización.
- Alta rotación de personal responsable de las áreas de recursos humanos que va en detrimento de la continuidad de políticas y prácticas.
- Adopción indiscriminada de sistemas o herramientas provenientes del sector privado, que luego demuestran que no se adaptan a las realidades públicas.
- Muchas de los sistemas de capacitación, evaluación al desempeño, entre otros, han sido adoptados principalmente en forma aislada y no como parte de una política integral de los recursos humanos.
- Problemas de cultura organizacional y funcionariado envejecido, lo que trae mucha resistencia al cambio y por tanto a la adopción de nuevas tecnologías.
- Falta de difusión y concientización de los beneficios de la profesionalización, lo que aparece ignorancia tanto para los beneficiarios como para la ciudadanía en general.

Por tanto, se puede concluir que, al estar en juego diferentes factores y recursos de distinta naturaleza, se hace necesario adoptar una visión que considere tal complejidad, en donde se aúnen el voluntarismo manifestado con acciones y prácticas efectivas, bien alejado de las modas o simulación de política que tantas veces se han visto en la región, no sólo en materia de profesionalización.

Específicamente en el Uruguay, la capacitación de los servidores públicos, puede fundarse en que, al ser parte de la ONU, estamos obligados por las recomendaciones de la OIT. De acuerdo a la Recomendación 195 de la OIT (2004), sobre el desarrollo de los recursos humanos, *“la educación, la formación, y el aprendizaje permanente contribuyen de manera significativa a promover los intereses de las personas, las empresas, la economía, y la sociedad en su conjunto, especialmente en vista de la importancia fundamental que reviste alcanzar el pleno empleo, la erradicación de la pobreza, la inclusión social y el crecimiento económico sostenido en una economía mundializada”*⁷⁷.

⁷⁷ OIT (2004). Recomendación 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos. Disponible en: <http://www.ilo.org/>

En este sentido, Ermida Uriarte⁷⁸, concibe a la formación como el instrumento para acceder a mejores condiciones de empleabilidad, a condiciones digna de trabajo y a mejores remuneraciones.

Es así que, para algunos, la formación de los trabajadores es un derecho derivado de los derechos fundamentales de la educación y del trabajo, mientras que para otros, constituye en sí mismo un derecho fundamental de las personas. Lo que es indiscutible es que, la formación profesional, en el caso de los funcionarios públicos, se relaciona íntimamente con el concepto de trabajo en la Constitución y, con el principio de la carrera administrativa de la función pública, intrínseco en esta materia.

En los últimos lustros, las organizaciones de trabajo tanto públicas como privadas, se han visto transformadas por procesos de globalización y el uso de nuevas tecnologías de la información, caracterizando a la nueva sociedad del conocimiento, donde el valor radica en saber seleccionar e interpretar la información y conocimiento y, ponerlo en práctica en actividades productivas.

Un equipo técnico nucleado como observatorio de la gestión humana del Estado-ONSC⁷⁹ arriba, entre otras, a la siguiente conclusión: *“Con respecto a la formación y capacitación en la Administración Central uruguaya, con la excepciones realizadas del Ministerio del Interior y Ministerio de Defensa..., el hallazgo más saliente es que no se percibe una política unificada con respecto a la capacitación de los funcionarios públicos. En este sentido se ha hallado un alto grado de heterogeneidad respecto a la gestión de la capacitación en las Unidades Ejecutoras relevadas, desde aquellas que apuestan por una gestión innovadora integral hasta lugares donde las iniciativas en materia de capacitar al personal son escasas y puntuales”*.

Todos estos fenómenos, objeto del presente trabajo, muestran una cada vez mayor difusión e institucionalización de la precarización de la función pública.

De manera análoga Cajarville⁸⁰, con relación a todos los cambios y modalidades de contratación de trabajadores para desempeñar tareas en el Estado, ha hablado de “desnaturalización” y “fraude” a la Constitución uruguaya, y aclara que, no como adjetivos de contenido político, sino como calificativos estrictamente técnicos-jurídicos. Refiere a fraude a la Constitución cuando se utilizan formas que el derecho prevé para otras situaciones, a fin de perseguir fines que el derecho no quiere. Entiende que el fraude ha consistido en atacar los dos pilares que la Constitución consagra y que hace del funcionario un servidor público:

a) se ha atacado la profesionalización de los funcionarios excluyéndolos de la carrera administrativa y

b) se ha excluido de la calidad de funcionarios a trabajadores en relación de subordi-

ilolex/spanish/recdisp1.htm

78 ERMIDA URIARTE, Oscar. Trabajo Decente y Formación Profesional. Boletín Cinterfor N° 151. (2001). Disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/151/pdf/erm.pdf>

79 Revista de la Oficina Nacional de Servicio Civil Año V – 2010 N° 45 pág 39.

80 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Doctrina CADE Tomo 5 Año 2 – Febrero de 2010 – pág. 61 y ss.

nación con entidades estatales.

En el primer caso, se vulnera la carrera administrativa con la proliferación de los funcionarios contratados. En el segundo caso, estableciendo expresamente que algunos de estos contratados no adquieren la calidad de funcionarios públicos o interponiendo en la relación entre la Administración y quien trabaja para ella, una persona privada.

No por muy usada, deja de ser oportuna y vigente la frase de Artigas: *“Es muy veleidosa la probidad de los hombres, y solo el freno de la Constitución puede afirmarla”*.

CAPITULO V

PERSPECTIVAS FRENTE AL RIESGO DE LA PRECARIZACION DE LA FUNCION PÚBLICA EN EL URUGUAY

Si bien el Estado uruguayo ha instaurado la precariedad de los funcionarios públicos, es un dato cierto de la realidad, que trabajar para Administración Pública sigue siendo la aspiración de muchos uruguayos. *“Allí se dan ciertas seguridades, el riesgo no es mucho y se valoran cosas diferentes que en una empresa privada. Por ejemplo en un empleo público, por antigüedad, poder ser promocionado y en una privada, el transcurso del tiempo no es un mérito por sí mismo.”*⁸¹

En el primer gobierno de izquierda de la historia del Uruguay, se planteó revisar la constitucional inamovilidad de los funcionarios públicos. La oposición lo cuestionó y fue severa y rígida, al sostener que la inamovilidad no era un error ni un capricho, sino la prevención de la arbitrariedad y que se puede (y se debe) destituir a los funcionarios, pero por ineptitud, omisión o delito con venia de la cámara de senadores y, en caso de delito previo, pasaje por la justicia penal.

La revisión de la inamovilidad de los funcionarios, seguramente esté originada en buenas intenciones: achicar el Estado, quedarse con los más capacitados recursos humanos, dar un mensaje de estímulo a la productividad y a la excelencia; pero, la experiencia demuestra que la precarización no sólo no achicó al Estado; sino que tampoco hubo un aumento en la productividad. Por lo que dicha fórmula no asegura ninguno de esos objetivos pretendidos.

Al respecto el Secretario General de COFE José L. López recientemente advirtió que los *“Coletazos de la Crisis Mundial llegarán a Uruguay y que la variable de ajuste serán los trabajadores públicos”*⁸²

A criterio de las autoras del presente estudio, la garantía de la inamovilidad y el derecho a la carrera funcional, con la contrapartida en la estricta responsabilidad en el cumplimiento de la tarea, no deberían ser suprimidas y, salvo casos muy específicos,

81 FERREIRA, Diego. *“El que compite por personal con el Estado, pierde”*. “El Empresario” (online). “El País”, Montevideo, Uruguay. 4 de noviembre de 2011, Disponible En: http://www.elpais.com.uy/suplemento/empresario/-el-que-compite-por-personal-con-el-estado-pierde-/emplepre_603855_111104.html

82 MELGAR, José. *“Con Batlle teníamos más derechos”*. “El País” Sábado 12 de noviembre de 2011. Pág A11.

recurrir a la contratación en forma precaria.

El camino parece encontrarse en que, la Administración gestione sus recursos humanos con el concepto de inversión en los mismos. Transformar en la propia conciencia de la sociedad y, en especial de los operadores políticos, el concepto de que el funcionario no es un gasto en el presupuesto del Estado y asumir ciertamente que es una inversión y, como tal, se debe buscar cómo obtener de dicha inversión la máxima productividad, siendo fundamental la formación. La plantilla de recursos humanos del sector público debería dimensionarse adecuadamente con una óptica de largo plazo.

Es necesaria la mayor profesionalización de los recursos humanos en la función pública y, a la vez, la flexibilidad en la gestión del empleo público, para la rápida adaptación a las continuas transformaciones del entorno y a las necesidades cambiantes de la sociedad. Es aconsejable para el Estado, que sus empleados reciban en forma intensa y obligatoria la capacitación adecuada para complementar su formación personal y de ingreso, para adaptarse a la evolución del trabajo; prepararse para desempeñar tareas superiores, para mejorar el rendimiento, para apoyar su crecimiento profesional y para afrontar cambios organizativos. A su vez, la evaluación del rendimiento debe formar parte de las políticas de gestión de los recursos humanos, incorporadas por todo el sistema de servicio civil.

Tanto en el derecho comparado, como en la Constitución, la experiencia indica que Administraciones Públicas modelos señalan la carrera administrativa, como el instrumento necesario para la organización de los recursos humanos.

Tal como se ha referido, existen numerosos regímenes de contratación de funcionarios públicos, lo que no coadyuva a la profesionalización. Los numerosos regímenes de contratación pueden resultar incontrolables.

Es inevitable que cada gobierno mantenga la mayoría de las modalidades de ingreso y a su vez incorpore nuevas. La experiencia muestra que, como resultado de este fenómeno en todos los casos aumentó la precarización de la función pública y los riesgos que ella conlleva, no sólo desde un punto de vista pragmático, sino también como violaciones o fraude a la Constitución.

Otro riesgo de la utilización de estas modalidades de contratación, que aparejan precarización y que se ha señalado desde la oposición del gobierno actual, refiere a lo que se ha señalado como "nepotismo"⁸³.

Así, por ejemplo, un representante nacional realizó este año, un pedido de informes ante su sospecha de que se contrató en OPP a varios familiares de personas que ejercen cargos muy importantes en el gobierno actual, porque los apellidos coinciden con el de un Ministro, con el Presidente de la Suprema Corte Justicia y un legislador oficialista.

83 Enciclopedia Wikipedia. Define "nepotismo" como la preferencia que tienen algunos gobernantes o funcionarios públicos para dar empleos públicos a familiares sin tomar en cuenta la competencia de los mismos para la labor, sino su lealtad o alianza. Según Manuel OSSORIO: "Desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las gracias o empleos públicos".¹ En países donde se practica la meritocracia (en su concepción de darwinismo social) su uso es generalmente negativo y se considera corrupción.

No ha trascendido cuál ha sido la respuesta del gobierno frente a dicho planteo, pero se entiende se podrá formular como descargo, que todos los decretos reglamentarios que regulan la contratación a través de las distintas modalidades, se remiten al cumplimiento del reclutamiento y selección de personas por concurso, de acuerdo al sistema estatuido y la competencia que en dicha materia se le ha conferido a la ONSC, por lo que no habría ninguna irregularidad.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que los fenómenos de la laboralización y precarización de los de puestos de trabajo, se han desarrollado prácticamente en paralelo desde los años 90 y con mayor intensidad en los últimos tiempos, donde se ha generalizado la contratación laboral temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Con relación a la PRECARIZACION, se advierte claramente una flexibilización en la forma de vincularse con el Estado, la que se produce mediante la relegación de la relación indefinida en favor de la contratación temporal. Si bien la misma puede constituir una importante herramienta para la optimización de los recursos humanos apuntando a la eficiencia y eficacia buscando el aumento de la productividad.

A través de las nuevas modalidades, se diluye la consolidación de empleo (temporal, precario) donde se mantiene una masa laboral flotante, por ende precarizada que desarrolla funciones en el Estado sin las garantías de estabilidad consagrado en la Constitución de la República.

Estas experiencias en la precarización del empleo público han tenido consecuencias negativas de diversa índole como ser la litigiosidad judicial, la contravención de disposiciones constitucionales básicas, en cuanto a la carrera administrativa y sus garantías entre otras, así como el perjuicio que ocasiona la amplia rotación de funcionarios en el propio funcionamiento de los servicios públicos.

Por otra parte, el ingreso a través de algunas de las nuevas modalidades ve en oportunidades diluida la aplicación del principio de imparcialidad, el cual debe primar a la hora de efectuar la contratación de personal por parte de las administraciones públicas, corriéndose riesgos de que exista una aproximación a lo que se conoce como *spoils system* o patrimonialización de los puestos de trabajo de la administración pública por el sector político de gobierno de turno y a lo que se suma que los principios mérito, igualdad y capacidad que deben regir rigen la contratación laboral en el Estado no siempre se vislumbran.

No es menor la importancia que tiene el avance de las nuevas tecnologías, las que exigen una constante profesionalización de los funcionarios, esto es dotarlos de los recursos materiales esenciales para la tarea que cumplen. Adecuar las nuevas funciones que nacen en la gestión pública, siendo necesario su perfeccionamiento continuo y capacitación permanente a la hora de ponderar la proyección que a futuro deberá hacerse de la función pública.

En realidad, sólo el tiempo y la experiencia en la aplicación práctica de estas modalidades e institutos, podrán decir cuán sustanciales han sido los cambios en la normativa, en materia de funcionarios públicos y las consecuencias de la precarización instaurada.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Mario (Coordinador). *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*. México D.F.: Porrúa, 1999.

_____ *Panorama Normativo y Tendencias Actuales del Derecho del Trabajo en la Argentina*. «Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo»

AGUIAR José L. "En cinco meses se registraron 84.000 postulaciones en Uruguay Concurso" "El País" (online) sábado 1 de octubre de 2011. Disponible En: <http://www.elpais.com.uy/111001/pnacio-596905/nacional/en-cinco-meses-se-registraron-84000-postulaciones-en-uruguay-concurso/>

AUBY ET DUCOS, Ader, "Droit Administratif", París, Dalloz, 1970.

BAJAC RODRIGUEZ, Laura Carolina. *La Negociación colectiva en el Sector público en la República Oriental del Uruguay*. XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santo Domingo República Dominicana. 9-12 nov 2010. Disponible en: <http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/MEM-2010/bajac.pdf>.

BARBAELATA, Héctor: "Derecho del Trabajo", T.I, Montevideo.1977.

BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1964, Ed. La Ley, Tomo III

BREWER-CARIAS, Allan R. "El proceso de huida y recuperación del derecho administrativo". Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Mexico [s.f.].

BRITO, Mariano. *Profesionalización de la Función Pública en Uruguay: Reflexiones en su Entorno*. En: MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS, INAP. *Profesionalización de la función Pública en Iberoamérica, España, 2002*.

_____ *Principio de Legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo*. La Rioja [s.e.] 1982.

_____ "Algunas innovaciones en el sector público: personas públicas no estatales en la Ley N° 16.736 en Anuario de Derecho Administrativo", T.5.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. "El concepto del funcionario público en la Constitución uruguaya y su desvirtuación legal o administrativa" (en línea). 2 de junio 2010. En: Abeledo Perrot. Fecha de consulta: 6 de agosto de 2011}. Disponible desde:

<http://portalanterior.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7037&tipo=2>

_____. Doctrina CADE Tomo 5 Año 2 – Febrero de 2010.

CAMBA, Néstor. Régimen venezolano de la función pública y su incidencia en la gerencia de los recursos humanos. Maracaibo [s.f.]. Astro Data.

CASAS BAAMONDE María Emilia , [et al]. *Trabajo y Empleo. Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa* (Coordinador A. Supiot). Valencia, España: Tirant lo Blanch, S.L. 1999.

CASSESE, Sabino, “La Crisis del Estado”, Buenos Aires, Lexis Nexis.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio y DI GORGI. *Estatuto de los Funcionarios Públicos. Deberes y Derechos*. En: *Perspectivas de Derecho Público* S. XXI.(61)

_____. “Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo” En: *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. p. 5 y ss.

_____. Derecho Público. Fundación de Cultura Universitaria, Versión de las Clases del Curso de Derecho Público dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República Act. Junio 2002

_____. Distinción entre la huelga y el abandono colectivo de funciones. En *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración* v. 53, n. 10, octubre

1955, 23-234. pp.

_____. El régimen de los funcionarios en la constitución uruguaya. En *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración* V. 65, 1967, pp, 277-293.

_____. Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios. En *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración* v. 58,1962.

_____. “Las personas públicas y la Constitución”, *Revista de Derecho Público* año 1992.

COMADIRA Julio Rodolfo. “La profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica” INAP

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY DE 1967. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/>

CORREA FREITAS, Rubén, El régimen laboral de los funcionarios públicos en el Uruguay. Montevideo,[s.e] 1997.

_____. Los Principios Constitucionales de la Función Pública. LJU Doctrina 7 .S.C.S.F.

_____. Nuevo régimen jurídico de la función pública. Montevideo: Fundación Hanns Seidel, 1990.

_____. La reforma del Estado en el Uruguay. Montevideo: ONSC, 1988.

CORREA FREITAS, Rubén y VÁZQUEZ, Cristina, Manual de Derecho de la Función Pública, (s.l.i.) FCU, 1998.

CRUZ FERRER, Juan de la. Procedimientos administrativos en materia de personal en la Ley de reforma de la función Pública norteamericana de 1978. Madrid, 1984.

DE FERRARI, Francisco. "El trabajo como hecho" en Revista de Derecho Laboral T.II.

DELGADO SOARES NETTO, Fernando. Consideraciones Preliminares sobre la ley de negociación colectiva en el sector público en Revista de Derecho Laboral Tomo LII- N^o235 Julio – Setiembre de 2009.

DELPIAZZO, Carlos E. (coordinador). Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

_____. XII Coloquio de Derecho Público. Centro de Estudios de Derecho Público (CEDEP). En: Revista "Transformación Estado y Democracia de ONSC".

_____. "Responsabilidad del Estado y Tutela Jurisdiccional Efectiva". En: "Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito, FCU.

_____. *Profesionalización de la función Pública en el Uruguay*. En: MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS, INAP. *Profesionalización de la función Pública en Iberoamérica*, España, 2002.

_____. Contratación y presupuestación de Funcionarios Públicos. En: Estudios sobre el Presupuesto Nacional. Montevideo 1986.

DELPIAZZO et. al (2007) Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al Postgrado de derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.

ENTRENA CUESTA, Rafael, " Curso de Derecho Administrativo", Madrid 1965.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Trabajo Decente y Formación Profesional. Boletín Cinterfor N^o 151. (2001). Disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/151/pdf/erm.pdf>

FERREIRA, Diego. "El que compite por personal con el Estado, pierde". "El Empresario" (online). "El País", Montevideo, Uruguay. 4 de noviembre de 2011, Disponible En: http://www.elpais.com.uy/suplemento/empresario/-el-que-compite-por-personal-con-el-estado-pierde-/elempre_603855_111104.html

GARCIA MOLINA, Mónica, IZQUIERDO Hernandez, Francisco Javier. *Laboralización de los Funcionarios Públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

GARMENDIA, Mario. *Temas relacionados con la Negociación en el Sector Público*. En *Revista de Derecho Laboral* pp.299.

GIORGI, Héctor, "La nueva Administración Pública" Montevideo 1965, pág.168.

GRAU MORANCHO Ramiro. *La Excedencia funcional, seguro de desempleo*. Disponible En: www.aragonliberal.es/noticias/noticia.asp?notid=41469

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, "La Constitución del Uruguay en 1952", Montevideo, 1966, Tomo II pág.339.

LONGO, Francisco "Mérito y Flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público." Barcelona: Paidós.s.f.]

MARTINEZ PUON, Rafael "Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Latinoamérica: Buenas y Malas Noticias." *Revista Enfoques*, Segundo Semestre, Año/Vol/, numero 009. Universidad Central de Chile.

MARTINS, Daniel Hugo."Estatuto del Funcionario" Montevideo 1965, pág.242.

PRAT Julio A. *Derecho Administrativo Tomo 3 V.1*, Montevideo 1978.

MELGAR, José."Con Batlle teníamos más derechos". "El País" Sábado 12 de noviembre de 2011.

OIT (2004). *Recomendación 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos*. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

ONSC. "El Estado sin una política clara para capacitar a sus funcionarios". "No se valora la eficacia de la formación". "El País" Domingo 2 de octubre de 2011.

PLA RODRIGUEZ, Américo "El trabajador público y los convenios colectivos", en *Revista Derecho Laboral* N°143.

Revista de la Oficina Nacional de Servicio Civil Año V – 2010 N° 45.

PODER LEGISLATIVO. LEY N° 18.508. Montevideo, Uruguay. (fecha de consulta: 6 de agosto de 2011).Disponible En: <http://docs.uruguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-18508-jun-26-2009.pdf>

RACCIATI, Octavio Carlos. El Derecho de huelga de los funcionarios públicos. Disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rll/contenido/curricular/info.html>

Revista de Derecho Laboral. El Orden Público y el Derecho del Trabajo. Tomo XXIII – N° 119, pp.468.

Revista de D.J.A, t, 61 “Posición de la Ley y del Estatuto de los funcionarios en la Zona de Materia Común”.

Revista ONSC N° 274 41 a pp.65. Seminario Regional. Transformaciones del Servicio Civil Hacia un nuevo modelo de Gestión Pública.

Revista de D.J.A. t, 51 “Distinción entre la Huelga y el abandono colectivo de funciones.

RIVERO LAMAS, Juan. *El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites* En: Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 6-7, 1995.

SAYAGUES LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª. Edición de la FCU 1987.

SEGUÍ, Juan Francisco. *¿Laboralización y democratización?*. Urbe et ius: revista de opinión jurídica, N° 5, 2006, págs. 56-60.

SILVA CENCIO, Jorge. Estatuto y régimen laboral de los funcionarios públicos; en RDJA, t. 72

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia de 30 de mayo de 2011 en los autos caratulados: “Picabea, Ana María y otros, con Poder Legislativo y otro.” Ficha 1-39/2010.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia N° 121 de 2 de diciembre de 1963

UDELAR, FACULTAD DE DERECHO DE LA. Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos- Montevideo 1977 Biblioteca de Derecho Laboral N° 5



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

ÁLVAREZ, Pilar / ROCHA, Carolina
Límites internos del derecho a informar

LÍMITES INTERNOS DEL DERECHO A INFORMAR

PILAR ÁLVAREZ Y CAROLINA ROCHA

“La prensa es la artillería de la libertad”
Hans Christian Andersen

I. El derecho a informar en una sociedad democrática

La carta de presentación del sistema democrático de gobierno ha sido su idoneidad para garantizar el ejercicio de la libertad. A estos efectos, como elocuentemente expresa Christian Andersen, se ha valido de la protección de la prensa como una herramienta crucial, puesto que resulta imposible concebir una ciudadanía cabal en un sistema en el cual tanto la divulgación como el acceso a la información se encuentran restringidos.

Evidencia clara de esta preocupación del legislador es la abundancia de normas que tienen por objeto específico permitir a los medios de comunicación el efectivo ejercicio de su derecho a informar. Desde nuestro texto constitucional, extendiendo y especificando las garantías genéricas de los artículos 7 y 72 de la Constitución, el artículo 29¹ de la Carta hace hincapié en la libertad de la que gozan quienes comunican pensamientos a través de cualquier forma de divulgación, determinando expresamente que dicha actividad no es susceptible de censura o restricciones previas. Ante la evidente insuficiencia de esta disposición, ya en el año 1935 se promulgó la Ley 9.840, primer antecedente de la regulación legislativa actual de la libertad de prensa. Ésta fue derogada en el año 1984, aun en tiempos de dictadura, por la denominada “Ley de Prensa”, el Decreto Ley 15.672, que contenía la primera consagración del derecho de respuesta. Con el advenimiento de la democracia, y como resulta apropiado al momento de reinstituir un régimen político garantista y contemplativo de las libertades políticas, el Decreto Ley hasta entonces vigente es derogado por medio de la sanción de la Ley 16.099, de 3 de noviembre de 1989. En lo sustancial, dicha norma mantiene su vigencia en la actualidad, aunque con las modificaciones introducidas por la Ley 18.515, de 26 de junio de 2009, comprendiendo una reiteración de las garantías constitucionales contrarias a la censura previa, la minuciosa regulación actual del derecho de respuesta, y la tipificación de los delitos penales imputables por abuso de las libertades concedidas a los medios de comunicación.

La mayor modificación introducida por la Ley 18.515, cual fuera señalada como su motivación, fue incorporar a la normativa vigente sobre información y comunicación la normativa supranacional, así como las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, en materia de derecho a informar se logra zanjar la persistente discusión sobre la cabida de la normativa internacional en el ordenamiento nacional, en particular del artículo 13 de la Convención Americana de

1 Artículo 29.- Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Ley 15.735), y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ley 13.751).

Sin embargo, esta exposición de la trascendencia de preservar la libertad de los medios de comunicación no supone ignorar que el ejercicio de la misma es pasible de afectar perjudicialmente la esfera jurídica de los particulares; de hecho, abundan las controversias suscitadas por presuntos daños a derechos de la personalidad, ya sea el honor, la imagen, o la intimidad, todos ellos valores de suma importancia.

La dificultad surge, pues, en el intento de conciliar los valores en juego. El mismo artículo 29 de la Constitución, fundamento lógico y cronológico del resto de la normativa, prevé la responsabilidad *a posteriori* de quienes ejercitan la libertad consagrada, dejando para una eventual determinación los casos en que se configuren abusos. Por esta remisión, es que consideramos que el meollo de la cuestión, en materia de responsabilidad civil, ha de resolverse a partir de la teoría del abuso de derecho, consagrada por el artículo 1321 del Código Civil.

II. La teoría del abuso de derecho: Necesidad y consagración normativa

Con el advenimiento de las nuevas corrientes humanistas del Derecho, las que miran a la persona como el eje central del sistema, la razón de ser del Derecho y ya no reducida al mero ser individual sino también en tanto ser social, se ha entendido que los derechos son atribuidos o reconocidos con un contenido, un fin y una función. Opera una "inclusión de valores" de solidaridad y justicia que permite asegurar la relatividad de los derechos: todos los derechos tienen límites, tanto externos como internos. Es en la órbita de los segundos que encontraremos la teoría del abuso de derecho. A la luz de las ideas solidaristas que surgen como reacción al individualismo característico del siglo XIX se comienza a vivir de manera más apegada al principio de buena fe y solidaridad social impuestos por la necesidad de convivir en el marco de la colectividad. Resulta casi innecesario entonces plasmar la relevancia de la teoría del abuso de derecho en los ordenamientos jurídicos modernos, puesto que, además de asegurar su solidez, garantiza el respeto a la dignidad del hombre recurriendo a fines de justicia y solidaridad. Se pretende introducir al ejercicio de derechos y prerrogativas, una causa, un motivo y una justificación para concluir que él sólo es legítimo si se ajusta a los límites que lleva insito el derecho en cuestión.

Al decir del profesor emérito del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*la admisión del abuso del derecho refleja, también, una vivencia más intensa, un arraigo mayor en la vida social, respecto del supremo valor de la solidaridad*"². Asimismo sostiene Manuel María ZORRILLA RUIZ la importancia de mantener invulnerado el principio de colimitación y coordinación funcional de los derechos, pues cuando se incumple la función social que cada uno contiene se afecta a la preservación de la "*integridad y supervivencia de bienes y derechos cuya continuidad depende de su ejercicio en el marco de libertad que se les otorga*"³.

2 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Abuso del derecho", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p 3.

3 ZORRILLA RUIZ, Manuel María, "Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del

Mientras que gran parte de la doctrina tanto nacional como internacional impulsó el florecimiento del abuso de derecho en cuanto teoría de trascendencia propia y autónoma, otra parte no apostó a tal renovación de ideas y llegó a negar su existencia o bien renegar de su utilidad y eficiencia. Como principal exponente de esta última línea de pensamiento muchos autores han sido contestes en citar al maestro francés Marcel PLANIOL, quien inicia su argumentación desde el siguiente hecho: existe una contradicción innegable en la denominación de la teoría, puesto que si nos atrevemos a afirmar que se presenta un “abuso” entonces no puede haber nunca “derecho”. Es lógico que desde una óptica individualista se note dicha contradicción en los términos, dado que quien es titular de un derecho, nunca podría, a través de su ejercicio violar o realizar una infracción al derecho.

No obstante, las ideas propulsoras de la solidaridad social abrieron paso en el desarrollo de tales lineamientos dejando sentada la posibilidad en la mente de los juristas, de que aun ejerciendo un derecho del que se es titular, pueda causarse un daño. Podríamos decir entonces que se “socializan” los derechos, tomando una connotación menos egoísta y más encaminada a concretar el orden jurídico para lograr su evolución en función de las nuevas realidades sociales. La teoría del abuso de derecho permite realizar una interpretación funcional de las normas, dejando de lado el apego a la letra de la ley y así superar el formalismo positivista. Lo hace dándole una justificación al ejercicio de los derechos, indagando en su espíritu y en sus fines, atendiendo a su función social bajo la luz de los valores de justicia y solidaridad. Así como determina JOSSEERAND, “*el abuso se configura cuando existe una actuación del derecho subjetivo fuera de su naturaleza, de su clima, de su jurisdicción*”⁴; mientras que, contra la antigua máxima “*qui iure utitur neminem laedit*” (“el que ejerce su derecho no daña a nadie”), COVIELLO establece como justa la que proclama “*qui iure suo utitur neminem laedere debet*”, esto es, “el ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho”, y cuando ello no pueda evitarse, debe resarcirse la lesión inferida. Si bien dicho expositor no comparte la teoría del abuso del derecho por considerarla imprecisa, recuerda que el abuso de derecho es lo que se conocía en la teoría medieval como acto emulativo -entonces prohibido- y que consistía en el ejercicio de un derecho que, en tanto producía un daño material a otro, no beneficiaba a su autor, siendo exclusivamente determinado por la intención de dañar a otro.⁵

En el ordenamiento jurídico vernáculo, el punto de mira se ubica en el artículo 1321 del Código Civil: “El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.” La regla es entonces: el daño causado por el regular o normal ejercicio de un derecho no es resarcible. Nuestra normativa deja sentado el uso del derecho como una causa de justificación. Ellas son, según el criterio de Jorge Luis GAMARRA, “*aquellas causas que exoneran de responsabilidad porque la conducta del ofensor está legitimada por el ordenamiento positivo, y en consecuencia su comportamiento no puede ser calificado como ilícito.*”⁶

derecho”, 2ª. Edición, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2005, p. 228

4 Cita extraída de Sentencia N° 9/1990, SCJ Uruguay.

5 COVIELLO, Nicolás, “Doctrina general del derecho civil”, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1938, pp. 526 y 530.

6 GAMARRA, Jorge Luis, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo de Jorge Gamarra, versión abreviada y actualizada, Tomo III Responsabilidad Extracontractual”, Editorial FCU, 1ª. Edición, Montevideo, setiembre 2012, p. 57

Sin embargo, el abuso de derecho no se ubica dentro de la categoría anterior, sino que constituye una excepción a la misma. No puede decirse que el ordenamiento jurídico tutela o legitima a quien abusa de su derecho, sino a quien usa de él dentro de ciertos parámetros de regularidad. Compartimos con GAMARRA⁷ para quien la cuestión esta imperfectamente consagrada en el artículo 1321 al expresar que “quien usa de su derecho no daña a otro”. La realidad nos muestra que el daño sí existe, lo que no opera es la resarcibilidad del mismo, es decir no hay daño resarcible puesto que no se configura el elemento ilicitud, como consecuencia, el daño no le es imputable a quien hizo uso de su derecho. Empero, como ya dijimos, cuando ese uso es abusivo, la causa de justificación no tiene lugar y lo que existe es un acto ilícito.

Desde la perspectiva del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1^{er} turno, “la teoría del abuso de derecho opera en sede de ilicitud, mientras el ejercicio normal del derecho elimina la ilicitud del daño causado actuando como causa de justificación, el ejercicio abusivo o excesivo elimina la causa de justificación abriendo las puertas de la ilicitud”⁸. El artículo 1321, a criterio de VENTURINI, puede entenderse que, si se lee en consonancia con otras normas del ordenamiento, deja en evidencia los siguientes puntos: (a) todos los derechos son causados o justificados, no existen los derechos meramente discrecionales o incausados, lo que el texto afirma es la teoría de la relatividad de los derechos; y (b) todos ellos están sujetos a límites y por ende son susceptibles de control y examen jurisdiccional. El derecho fundamental a informar del que goza el comunicador, así como la libertad de expresión de la que es titular, se inscriben sin miramientos en dicha nómina, y sus límites deben ser analizados con determinada sensibilidad -diría BARBAGELATA una sensibilidad de yema de dedo- porque no estamos -y ya sería bastante- ante una libertad esencial sino ante una libertad que además es garantía y garantía eficaz -lo ha probado la historia- del resto de las libertades⁹.

La doctrina y jurisprudencia consideran que el abuso de derecho es un principio general del derecho que “obliga a ejercer los derechos con sujeción a los límites que les fija la noción de abuso”¹⁰. Compartiendo la misma línea de pensamiento se expresa VENTURINI para quien a pesar de estar regulado en sede de responsabilidad aquiliana, el abuso de derecho como principio general debería incluirse en el Título Preliminar del Código Civil Uruguayo como lo hacen los Códigos alemán y suizo. A nuestro modo de ver, la *ratio legis* del precepto es la que conduce a preconizar lo antedicho; la teoría del abuso del derecho trasciende las fronteras de la responsabilidad para postularse como un principio rector del ordenamiento jurídico, llegando a operar como un criterio de interpretación normativo. La teoría de marras ha tenido éxito al lograr flexibilizar el Derecho, tornándolo más evolutivo, más humano y armonioso, haciendo recaer en responsabilidad y por ende imponiendo una sanción a quien ha usado de su derecho de manera antifuncional, atropellando los límites que en él se reconocen.

7 Ob. cit., p. 57

8 Sentencia N° 311/2007, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, extraída de B.J.N

9 Cita extraída de: ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia en Uruguay”, Revista Semestral de Estudios Constitucionales de Chile, Año 6, N°1, 2008, Universidad de Talca, Santiago de Chile, p. 20

10 GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t.XIX”, Editorial FCU, Montevideo, 2000, p.203

III. Presupuestos del abuso de derecho y su aplicación

Actualmente existe acuerdo jurisprudencial en subsumir la problemática de la responsabilidad de los medios de comunicación masiva en la teoría de abuso de derecho, para así procurar conciliar el haz de intereses confluyentes en una misma situación de una manera contemplativa de las garantías que el ordenamiento pretende dar a la libertad de expresión, sin atropello de las demás prerrogativas de la vida en sociedad.

Consideramos esta solución adecuada a los principios generales que la doctrina ha determinado para el discernimiento de los casos de abuso de derecho, puesto que se cumplen los presupuestos necesarios para su configuración: se trata del ejercicio de un derecho que no es absoluto, en cumplimiento de sus límites objetivos, con daño a intereses ajenos¹¹. A continuación, analizaremos la procedencia de cada uno de los requisitos.

1. *Ejercicio de un derecho subjetivo, que no es absoluto*: Existen determinados bienes jurídicos que, por su trascendencia central al sistema, son otorgados por el legislador de forma incondicional a los sujetos. Como el propio fundamento de la noción de abuso de derecho es que exista una objeción de índole sustancial al ejercicio de un derecho, resulta lógicamente evidente que estos derechos ilimitables quedan excluidos de la aplicación de la teoría. Resta por considerar qué derechos están incluidos en esta categoría en el ordenamiento uruguayo, y si el derecho a informar es uno de ellos.

Desde la propia Constitución, existe una norma que es el eje central de toda argumentación en torno a la consagración de derechos subjetivos en el ordenamiento vernáculo, de cuya consideración no podemos prescindir: el artículo 7, que dispone que “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.” Para el análisis de esta disposición, tomaremos prestado un razonamiento desarrollado en el ámbito del Derecho Público, por CASSINELLI¹²: el derecho a los bienes jurídicos enunciados en el artículo precitado es un dato “supraconstitucional” y absoluto, pero no así el derecho a “ser protegido en el goce de” estos bienes, que resulta limitable en consideración del interés general. Es decir, mientras que los derechos genéricos a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad son absolutos y se reputan preconstitucionales, de manera que a ningún individuo se le puede negar la titularidad de los mismos, se admite que las prerrogativas específicas que éstos puedan tener en la práctica sí son susceptibles de limitación.

Como ya hemos considerado, la protección del derecho a la información, en sus fases activa y pasiva, resulta una de las preocupaciones centrales de un sistema que pretende consolidarse de forma democrática. Sin embargo, no es más que una de las formas de goce del derecho a la libertad; por ende, tiene límites, y es susceptible de abuso.

En la doctrina argentina, este razonamiento ha sido articulado por ALTERINI y

11 LAYERLE, Carlos. “Responsabilidad por abuso de derecho”. Revista de la Facultad de Derecho. V. XVI, n.1 y 2, 1965. p.35-124

12 CASSINELLI, Horacio. “Derecho Público”. Fundación de Cultura Universitaria. 2009. p. 100

LÓPEZ CABANA citados por ORDOQUI¹³, quienes excluyen del ámbito de aplicación de la teoría a las “libertades esenciales del individuo”, que se corresponden con la titularidad de los bienes jurídicos máximos enunciados por el artículo 7. Para los autores, sólo se puede incurrir en abuso los derechos subjetivos precisos y determinados, como es en este caso el derecho a informar de los medios de comunicación masiva, regulado especialmente por la Ley 16.099. Como ejemplifican, no podría considerarse que la situación de un conductor que atropella a un peatón pueda ser considerada abuso del derecho a la libre circulación, por ser éste demasiado abarcativo y de límites desdibujados.

En opinión de LAYERLE¹⁴, no sería razonable que un derecho amplio e indefinido sea una causa de justificación suficiente para exonerar de responsabilidad a quien ha causado un daño.

Nótese que el propio artículo 29 de la Constitución es conteste con esta interpretación: si bien ofrece una garantía absoluta al derecho de expresión de la prensa, en cuanto éste no puede ser limitado de forma previa a la divulgación, contempla la posibilidad de la configuración de responsabilidad por abusos cometidos. En palabras de ORDOQUI¹⁵: “Sin censura previa no quiere decir que el periodista pueda decir lo que se le ocurra sin responsabilidad.” La propia jurisprudencia ha abordado este tema de forma concluyente; por ejemplo, en Sentencia No. 18 del 18 de marzo de 1992, del Dr. Nelson GARCÍA OTERO, se expresa que “La libertad de prensa no es irresponsabilidad de prensa. Lo así prohibido es la previa censura, pero la actividad del comunicador está necesariamente sometida a la responsabilidad por abuso.”¹⁶

2. *Cumplimiento de límites objetivos*: Una de las críticas más incisivas que las teorías negatorias del abuso de derecho han formulado es que sólo es posible actuar con derecho, cuando se obra dentro de lo permitido por la ley, o sin él, cuando se sobrepasan los límites establecidos; dicho por PLANIOL: “si uso de mi derecho mi acto es lícito, y, cuando es ilícito, es porque sobrepaso mi derecho y actúo sin derecho.”.

Esta crítica no resulta de recibo por los ordenamientos que se afilian a la tesis del abuso de derecho, por el requerimiento de que se configure este segundo presupuesto: es necesaria una apariencia de juridicidad en el ejercicio del derecho, que ha de hacerse en consonancia con los límites objetivamente prescriptos por la ley. En los casos en que estos límites no se cumplan, existirán otras formas de responsabilidad por haber actuado sin derecho o de forma irregular, pero la teoría de abuso de derecho habilita la imputación de responsabilidad aun habiendo cumplido con los mismos.

Las situaciones de controversias por ejercicio del derecho de información cumplirán con este requisito siempre y cuando se atenga a los límites objetivos impuestos por la ley. Ejemplo de estos son los previstos por la ley 16.099, cuyo artículo 4 impone determinadas formalidades para la regular constitución de un medio de comunicación: la presentación ante el Ministerio de Educación y Cultura de una declaración jurada que incluya

13 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Abuso de derecho”, Editorial Ediciones del Foro, Montevideo, 2009, p. 344

14 Ob. cit., p. 56

15 Ob. cit., p. 344

16 ORDOQUI, ob. cit., pg. 347

ciertos datos del medio, como su nombre y objeto y datos de su redactor, propietario, imprenta, forma de financiación, etc.¹⁷ Los casos de incumplimiento de esta disposición quedan excluidos de la aplicación de la teoría de abuso de derecho, pero no así el resto de las situaciones en las que el ejercicio del derecho cumple con los requisitos legales.

Para ORDOQUI, este requisito se reduce a la inexistencia de regulación expresa de la materia de abuso; según el autor, en tanto exista una norma que concretamente defina el límite a tener en cuenta, no se configura una situación de abuso de derecho, sino que se está ante la presencia de límites directos, de índole objetiva. En el caso del derecho a informar, es notorio que no hay norma alguna dedicada a detallar el alcance la libertad concedida, puesto que el ordenamiento no reglamenta la investigación periodística, ni limita el material que puede publicarse.

3. *Lesión de un interés*: El abuso de derecho es una especie de responsabilidad extracontractual, cuya norma general es el artículo 1319 del Código Civil. Por lo tanto, la existencia de un daño es menester para siquiera considerar la naturaleza concreta del abuso. Coincidimos con lo sostenido por el Prof. ORDOQUI¹⁸, en coincidencia con FERNANDEZ SESSAREGO¹⁹ en cuanto a que basta con que el objeto del daño sea un interés patrimonial, sin ser necesaria la afectación de otro derecho subjetivo.

Este extremo también se ha configurado en las controversias que la jurisprudencia ha tenido a bien tipificar como de abuso de derecho a informar, en las que los daños considerados suelen ser de naturaleza patrimonial, relacionados con derechos de la personalidad, como ser el derecho a la intimidad, el honor y la imagen.

17 Artículo 4º: (De las formalidades previas). Sin perjuicio de lo que establece el Capítulo I, todo impresor o editor de cualesquiera publicaciones impresas o titular de agencias de noticias en cuanto le pudiera corresponder, queda obligado previamente a toda publicación o difusión, a efectuar ante el Ministerio de Educación y Cultura una declaración jurada escrita que comprenda: Para los impresores o editores de diarios, semanarios, revistas, murales u otras publicaciones periódicas:

- A) Nombre del diario, semanario, revista, mural o publicación periódica.
- B) Nombre completo del redactor responsable, documento de identidad y domicilio.
- C) Nombre, apellido y domicilio del propietario, o de la razón social y el domicilio de la persona jurídica propietaria.
- D) Nombre y domicilio de la imprenta donde se imprimirá.
- E) Nombres completos de los integrantes del Cuerpo Permanente de Redacción.
- F) Objeto de la publicación.

G) Medios de financiación inicial y previsión de la forma de financiación permanente.

Para los impresores o editores de las demás publicaciones impresas.

- A) Nombre completo del director o gerente responsable.
- B) Nombre y ubicación de la imprenta.
- C) Nombre, apellido y domicilio del propietario o de la razón social y el domicilio de la persona jurídica propietaria.

El Poder Ejecutivo requerirá los asesoramientos pertinentes y dentro de los siete días hábiles posteriores a la recepción de la declaración jurada deberá notificar por telegrama colacionado la aceptación o no aceptación de la misma en los casos previstos en los artículos 6º y 28.

Si el Poder Ejecutivo no diera cumplimiento al requisito precedente en la forma y dentro de los plazos establecidos, la declaración se considerará hecha y aceptada pasados que fueren siete días hábiles, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren corresponder en caso de comprobarse la falsedad de la declaración jurada.

Los impresores o editores se hallan igualmente obligados a renovar dentro del tercer día hábil, su declaración para el caso de cualquier modificación que altere lo declarado anteriormente.

La no aceptación de la declaración podrá ser recurrida, en la forma y dentro del término preceptuado por la ley 15.524, de 9 de enero de 1984.

18 Ob. cit., p. 100

19 Ob. cit., p. 144

IV. Límites internos del derecho a informar en la jurisprudencia

La teoría del abuso de derecho, y su particular aplicación al derecho a informar, han sido objeto de profundas críticas por sectores de la doctrina, por presentar dificultades que bien se deducen de lo antes expuesto: un estrecho vínculo con nociones desdibujadas de “exceso”, “abuso” e “interés general”, así como la extrema parquedad del legislador, tanto en el artículo 1321, como en la fijación de límites concretos para el ejercicio del derecho a informar en otras normas. Estas circunstancias resultan en dos consecuencias que suelen mirarse con recelo: un **aumento en la discrecionalidad de los magistrados** a la hora de decidir, así como la **preponderancia de criterios materiales** para la fijación de límites (internos).

La amplitud de la discrecionalidad judicial en situaciones de abuso de derecho es un corolario necesario de la vocación de la teoría de dar respuestas a situaciones concretas de conflictividad. Ello a tal extremo, que *“se debe reconocer al juez, al menos excepcionalmente, una función verdaderamente creativa del derecho en sentido material.”* (ORDOQUI²⁰). En este sentido, el artículo 1321 es una habilitación legal para que los magistrados se aparten del texto rígido de la norma en atención a garantizar la realización del valor justicia.

Como bien explica la Suprema Corte de Justicia en sentencia 253/99, 13/10/1999: *“Lo importante es establecer si esos derechos se han ejercido dentro de los límites internos que le otorgan esa preferente posición, lo que de ser así les confiere un estatuto de imposición sobre cualquier otro derecho que entre en conflicto o colisión con ellos.”*²¹ Para la dilucidación de estos límites, y ante la falta de criterios precisos de fuente legal, se recurre a criterios materiales, que contemplan al propio fin con el que un derecho fue consagrado como un parámetro de licitud de su ejercicio. Una vez verificado que la conducta analizada se halla comprendida por estos límites, la preferencia del derecho de información sobre otros justifica el daño causado; de lo contrario, se entiende que existe abuso de derecho. Este razonamiento permite resolver los frecuentes conflictos que el abuso de derecho tiene con los derechos de la personalidad que el sistema también confiere; particularmente en lo atinente al derecho al honor, la intimidad y la imagen.

*“La cuestión difícilmente pueda ser solucionada a través de la aplicación de cánones generales y abstractos, sino que más bien constituye un conflicto para dilucidarse a través de los jueces caso por caso, en atención a que se trata de una cuestión que varía de acuerdo a las ideas dominantes en cada sociedad y en cada período histórico”*²². Por estos motivos consideramos que la recopilación de criterios jurisprudenciales para la imputación de abuso de derecho es de utilidad: en la búsqueda de patrones decisorios, se puede hacer frente con mayor seguridad a la incertidumbre planteada por la teoría general. A través de la observación de distintas resoluciones judiciales, buscaremos salvar la brecha que puede existir entre la teoría y la realidad práctica del abuso de derecho de información.

En la sentencia de marras, la Suprema Corte de Justicia ha identificado dos criterios fundamentales a estos efectos: la verdad y el interés público. Ellos se manifiestan en

²⁰ Ob. cit., p. XV

²¹ Sentencia N° 253/99, SCJ, 13.10.1999

²² HOWARD, Walter, “Derecho de la persona, Volumen I”, Editorial Universidad de Montevideo, p. 214

observaciones más detalladas, que abarcan distintos aspectos de la conducta del medio y del interés general en la publicación de la información, que presentaremos a continuación.

Parámetros de análisis de la conducta del medio

Falta de diligencia en la investigación: el deber de veracidad. Sabemos que las obligaciones, dentro de otros criterios de clasificación, pueden distinguirse según sean de medios o de resultados. El deber de veracidad que subyace en la actividad periodística, no es otra cosa que una obligación de medios por lo que a continuación se dirá. GAMARRA cita a MAZEAUD-TUNC, MENGONI y DEVOTO, quienes señalan que la naturaleza de las obligaciones de medios es su “fin intermediario o de etapas hacia el objetivo”; “en la obligación de medios pasa a primer plano el comportamiento del deudor, su accionar diligente, en contraposición al resultado (o fin) al que apunta esa actividad; por ello algunos autores prefieren llamarlas “obligaciones de prudencia y diligencia” (MAZEAUD-TUNC), “obligaciones de pura diligencia” (TUNC), o de “simple comportamiento” (MENGONI)”²³.

La importancia de la distinción de ambas categorías -de medios y de resultado- es indiscutible; en la primera de ellas operan supuestos de responsabilidad subjetiva, como es el caso de los medios de comunicación, donde, para juzgar la conducta del comunicador y decidir sobre el abuso de derecho en el deber de veracidad se atiende a un estándar, el del buen padre de familia, apreciándose la conducta del demandado a la luz de un modelo abstracto, que el ordenamiento vernáculo ha llamado en su Código Civil “buen padre de familia”. El deber de no-mendacidad de la información en lo que concierne a la libertad de informar por parte de los medios de comunicación es de tal insoslayable importancia que la discordia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° turno ha advertido: “Las publicaciones en cuestión no son mendaces, sino veraces en lo sustancial, por lo que, en la especie, no hubo abuso del derecho a informar por la prensa en las notas periodísticas cuestionadas.”²⁴ El abuso de derecho no se ve configurado dado que el contenido de las publicaciones se encuentra revestido de veracidad, lo que lógicamente se logró a través de un obrar diligente y cauteloso al momento de la recaudación de la información. Siempre que existe un deber, como contrapartida del mismo existe un derecho, que genera un deber correlativo para su salvaguarda, y respecto a ello es posible notar una nítida tendencia en los ordenamientos constitucionales más modernos a reconocer un derecho fundamental de todas las personas a conocer la verdad, al menos en torno a ciertos hechos de características particulares. Este derecho se ve protegido entonces por el ya mencionado deber de veracidad. Sin perjuicio de lo antes expuesto, para cierta parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia, la difusión por parte de un medio de comunicación, de un comunicado oficial de la policía exime de ilicitud, pues la práctica periodística lleva a “considerar como objetivamente confiable la veracidad del contenido de esa noticia”²⁵. Esto es, cuando la información difundida sea aparentemente digna de crédito,

23 GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XX, vol. 2”, Editorial FCU, 2a. edición, Montevideo, abril 2012, p. 72

24 Sentencia 151/2000 del TAC de 6° turno, 23.08.2000, extraída de MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, “Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009, p. 1166

25 VENTURINI, Beatriz, “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, Revista de Judicatura N° 39, p.187, comentario de Sentencia N° 111/1996 de la SCJ, 13.3.1996

credibilidad y veracidad no es exigible la actuación diligente por parte de los comunicadores. En el mismo sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º turno dispuso: *“La declaración de testigos, respaldada por el contenido de una demanda, hace que no se halle necesario chequear exhaustivamente la veracidad de la información. (...) la publicación cuestionada recoge en lo fundamental la versión de los entrevistados, entre ellos y principalmente la del letrado defensor del procesado que aportó la denuncia presentada ante la SCJ en forma contemporánea lo que señala, puntualmente, la inducción en error al periodista y que no se hallara necesario “chequear” exhaustivamente la veracidad de la información a pesar de que ello se intentara, porque la denuncia administrativa simultánea ratificaba la veracidad de las informaciones recogidas por el funcionario.”*²⁶ Conforme a esta última tesis, no se requiere de una investigación especial motivada por la prudencia de los periodistas cuando la información sea proporcionada por la policía o surja de una denuncia administrativa o bien emane de una prueba testimonial en el marco de un proceso judicial.

No obstante las afirmaciones precedentes, *“para el periodista es imperativo contrastar y recabar cuantas fuentes sean relevantes para los casos que entren en su campo de investigación —dentro de las consabidas limitaciones temporales que impone la actividad periodística— a fin, precisamente, de ofrecer la información más veraz posible”*²⁷.

Por su parte, y siguiendo los lineamientos de la cita que antecede, la sentencia 165/2012 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno preconizó: *“En suma, la prueba recibida en el decurso del proceso lleva sin dudas a sostener que parte de las afirmaciones efectuadas por la demandada eran falsas. Y siendo así, aun cuando dicha cualidad no abarque todo el contenido de sus declaraciones a la prensa, aquellas cuya falsedad sí ha sido establecida, revisten entidad suficiente para configurar el hecho ilícito alegado. (...) En efecto, partiendo de los desarrollos formulados ut supra, cabe concluir que la demandada ha efectuado un ejercicio ilegítimo del derecho de expresión del pensamiento al suministrar información que según ha sido probado, es parcialmente falsa, lo que constituye una hipótesis de abuso de derecho.”*²⁸

El autor argentino Eduardo A. ZANONI, citado por la Dra. VENTURINI²⁹, ha sostenido que *“...si de noticias inexactas se trata, la responsabilidad ha de ser siempre de orden subjetivo basada en el actuar culposo en sentido amplio del medio que difunde la especie inexacta sobre la base de un juicio de imputabilidad basado en la no observación del límite interno que reconoce la libertad de información...”*.

Veremos de inmediato la insistencia que hace la jurisprudencia uruguaya en el ajuste de la conducta del comunicador al estándar que requiere un comportamiento prudente, de cautela: *“La falta de diligencia de la demandada por tanto fue notoria ya que publicó la noticia sin haber efectuado de ningún control y/o ratificación de rigor, lo que indudablemente se tradujo en un abuso del derecho de informar.”*³⁰

26 Sentencia 56/2008 del T.A.C. de 4º Turno, 9.04.2008; extraída de B.J.N

27 AUSÍN, Txetxu; y PEÑA, Lorenzo, “El deber de veracidad”, Editorial Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 2 y 3

28 Sentencia 165/2012 del T.A en lo Civil de 4º Turno, 31.9.2012

29 Ob. cit., nota n° 8 de p. 181

30 Sentencia N° 157 del Tribunal de Apelaciones de 6º Turno, 4.8.1999, extraída de ADCU, t. XXX, pp. 11 y 12

Particularmente en el año 1964, el entonces Papa, Pablo VI, en su discurso a los participantes de un Seminario de las Naciones Unidas sobre la libertad de información sostuvo que *“la información debe responder a la verdad, (pero no obstante) no basta que la información sea objetiva. Es preciso que sepa imponer también los límites exigidos por un bien superior. Por ejemplo, ha de saber respetar el derecho de los demás a su buena reputación y no transgredir el secreto legítimo de la vida privada”*³¹ Por su parte, Alejandro FUENMAYOR, en un análisis jurídico sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, plasma la existencia de un *“código deontológico del periodista donde su único compromiso tiene que ser con la verdad y no con las presiones gubernamentales y particulares que pretenden imponer la intolerancia”*³²

Para dejar sentado su punto de vista respecto al tema en cuestión, la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1º Turno, transcribe una sentencia de la SCJ en un caso por el cual la Sala confirmó la absolución de un periodista: *“La verdad es un dato constitutivo esencial de toda información (...) es impensable que el derecho -libertad de información- se extienda hasta incluir la mentira. Una información es verdadera cuando después de una adecuada comparación se pueda deducir que los hechos transmitidos a través de ella están sucediendo en realidad o han sucedido. Es un concepto de verdad objetiva, osea, una fiel adecuación de la información a la realidad.”*³³ Este debe complementarse con un requisito subjetivo, y para ello la Sala cita la perspectiva de José MUÑOZ LORENTE para quien, aquel *“viene dado por la creencia o convicción en la veracidad de lo informado.”* En la misma línea se ha manifestado Walter HOWARD³⁴, para quien *“el requisito de veracidad de la información no está destinado a exigir una concordancia absoluta entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, (...) sino que más bien está encaminada a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida de forma de que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o fuentes informativas de solvencia”*. Se entiende entonces, que el requisito objetivo de veracidad en la información recaudada y divulgada no es por sí mismo suficiente para generar responsabilidad en el comunicador, ya que aun cuando la información sea inexacta por llevar en lo sustancial ciertos errores o imprecisiones, el periodista informativo no caerá en responsabilidad si su conducta fue diligente, comportándose con la prudencia y cuidado que se ajustan al modelo abstracto del buen padre de familia que subyace en el concepto mismo de culpa. Un fundamento de peso para lo dicho en las líneas precedentes lo constituye la siguiente manifestación del Tribunal español: *“de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”*³⁵ Por consiguiente, sí se protege la información rectamente obtenida y difundida *“aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente”*³⁶.

31 SÁNCHEZ FERRIS, Remedio, “El derecho a la información”, Editorial Cosmos, Valencia, 1974, p. 120.

32 FUENMAYOR, Alejandro, “El derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública”, UNESCO, San José, p. 136

33 Sentencia N° 1/013-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal 1º Turno, 1.2.2013, extraída de CADE

34 Ob. cit., p. 218

35 Sentencia N° 28/1996 del Tribunal Constitucional español del 26 de febrero de 1996

36 Sentencia N° 178/1993 del Tribunal Constitucional español del 31 de mayo de 1993

La Juez Letrado Nilza SALVO, en su sentencia N° 45/1992 construye una prolija estructura fundamentada en el hecho de que la determinación de la procedencia de la acción resarcitoria por parte del actor requiere el análisis de todos los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual, y específicamente bajo el título "La culpa" expresa que: *"existe culpa cuando se actúa sin la diligencia del buen padre de familia a fin de evitar un daño a otros sujetos; y, analizada la conducta de la demandada a la luz de lo expuesto, resulta claro que incurrió en culpa. Así cuando se incluyó el nombre del actor por primera vez en el listado, no adoptó las previsiones necesarias ni realizó una investigación seria para determinar si el comportamiento del Escribano se adecuaba a la conducta descrita en el rótulo. (...) Se actuó a la ligera, y lo que es más grave, a sabiendas de la repercusión que tenía el hecho en la lista y el alto grado de credibilidad."*³⁷

Corresponde traer al texto una expresión que emana de la mente creativa del escritor colombiano Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ, quien en un discurso pronunciado ante la 52ª Asamblea de la Sociedad Interamericana de Prensa, celebrada en Los Angeles -Estados Unidos-, el 7 de octubre de 1996 se manifiesta: *"El empleo desafortunado de comillas en declaraciones falsas o ciertas permite manipulaciones malignas y tergiversaciones venenosas que le dan a la noticia la magnitud de un arma mortal"*.

Por su parte, en la jurisprudencia uruguaya encontramos citado un fragmento de "El Caso Sullivan y la Primera Enmienda" donde el redactor de la sentencia explica lo trascendental del elemento verdad en el ámbito de la libertad de información: *"el empleo consciente de la mentira como instrumento está reñido con las premisas del gobierno democrático (...). Las falsedades calculadas caen en esa categoría de expresión que no forman parte esencial de ninguna exposición de ideas y son de tal escaso valor social como paso hacia la verdad (...)"*³⁸.

Falta de diligencia en la divulgación de la información

a. *El riesgo en los titulares de las noticias.* Una cuestión que a menudo surge en los asuntos de responsabilidad de los medios de comunicación es la referida a los titulares de las noticias, es decir, lo que a primera vista capta la atención de los destinatarios y puede, si éstos -los titulares- no han sido ideados y vertidos al canal de información con un mínimo de prudencia, perturbar el derecho al honor y reputación de las personas implicadas en la publicación. Luego de aclarada la cuestión, es pertinente citar el siguiente fragmento de sentencia: *"Aquí el medio de prensa obtuvo una información bastante exacta de lo que estaba sucediendo, a la cual agregó una calificación y titulación errónea, no justificada y objetivamente capaz de causar daño al honor del implicado. Esta conducta configuró una culpa grave por lo que parece totalmente razonable que se tenga por existente el hecho ilícito y la consecuente obligación de responder civilmente del daño causado, aplicando los artículos 1319 y 1321 del CC referentes al abuso de derecho."* Más adelante, el Tribunal se expresó: *"la configuración del ilícito estuvo esencialmente dada por la utilización de los vocablos: "allanamiento" y "secuestro" -en el asunto en cuestión un Magistrado del Poder Judicial accionó contra un diario a raíz de que el mismo publicara que se había procedido en su Juzgado a realizar un "allanamiento y secuestro de expedientes"- (...) en la titulación y en muy significativo tamaño, lisa y llanamente se difundió*

37 Sentencia N° 45/1992, Juzgado Letrado en lo Civil de 14º Turno

38 LEWIS, Anthony, "El Caso Sullivan y la Primer Enmienda", Editorial Sociedad Interamericana de Prensa, Estados Unidos, 2000, p. 135

*un allanamiento en el despacho de un Juez Penal de la Capital (...) que conlleva necesariamente a cualquier lector medio, a la suposición de la existencia de delito y/o gravísima infracción (...) lo que en el caso era absolutamente falso*³⁹.

La titulación de las noticias es la puerta de acceso a su lectura, es lo que invita al lector a acercarse a la publicación y profundizar en su contenido, de ahí que muchas veces los periodistas se vean tentados de utilizar expresiones extravagantes, ampliamente descriptivas, que corren el riesgo de alejarse desmedidamente de la realidad, y causar daños a quienes tienen participación o cierto grado -aunque sea mínimo- de implicancia en la noticia. Asimismo, es necesario que el titular se corresponda con la noticia en lo sustancial, al decir de Lorenzo GOMIS, *“el titular es la substancia de la noticia. (...) Sólo cuando se tiene el titular se tiene la noticia. O, más exactamente, el titular es la noticia”*; por ende las titulaciones no pueden plasmar un contenido determinado, y la noticia diferir en dicha representación. Así se ha logrado probar la falta de diligencia en la construcción de los titulares a través de la comparación entre ellos y el contenido de la publicación: *“La culpa surge configurada de la confrontación de los titulares y del contenido de las notas periodísticas pertinentes (...). Entonces, si tanto el contenido de las notas en cuestión como el testimonio de los periodistas involucrados descartan toda supuesta vinculación de Nicolini con la droga transportada en el avión secuestrado, la culpa de la demandada queda en evidencia al haber titulado la noticia en términos tales que podían, razonablemente, llevar al lector a creer que Leonardo Nicolini estaba involucrado en el narcotráfico. Ello importa una distorsión de la noticia en los titulares (...)*⁴⁰.

Respondiendo a la función apelativa del titular es que los comunicadores se inclinan por utilizar un léxico particular y propio, a veces recurriendo a términos “brillantes” y ostentosos, con el fin último de atraer la atención del público y captar su interés, dado que es innegable la calidad de elemento estratégico que posee el titular de la noticia. Es así que la jurisprudencia nacional ha sancionado las prácticas que reúnen términos pasibles de producir menoscabos o cualquier clase de ofensas a las personas. Un ejemplo de ello lo constituye lo siguiente: *“El obrar culposo de los responsables del diario surge, no por el hecho de haber publicado una noticia inexacta, sino por la forma y los términos de la publicación. Así en la tapa de la edición del 3.6.2001 en grandes caracteres se estampó: “¡Criminal!” y más abajo se señaló: “Aduaneros se complotaron para introducir la aftosa”, indicándose a posteriori los nombres y los apodos de los actores. No cabe duda entonces que aun cuando esa noticia tuviera su fuente en un informe de la Jefatura de Policía de Salto no había razón alguna para publicarla, bajo un titular de tal naturaleza. (...) Como se expresó: “Los periodistas profesionales y los medios de comunicación social deben extremar los recaudos para ejercer regularmente su derecho de informar sin agraviar a terceros.” (VENTURINI, ob. cit., p. 181). Por último, y en suma, la jueza de la causa vierte su razonamiento y se expide: “En el sub-lite, el punto a analizar es si el diario (...) pudo ejercer adecuadamente su derecho a informar, sin mencionar el nombre completo del actor; la conclusión no puede ser otra que afirmativa. No existe ninguna razón, ningún fundamento para publicar el nombre de la persona imputada”*⁴¹.

39 Sentencia N° 185/98 del TAC de 2° Turno, 19.12.995, extraída de LJU, t.113, 13.025

40 Sentencia N° 151/2000 del TAC de 6° Turno, 23.08.2000, extraída de MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, “Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009, p. 1166

41 Sentencia N° 5/1991, 11.3.1991, Juzgado Letrado en lo Civil de 24° turno. Cita extraída de: VENTURINI, Beatriz, “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, Revista de Judicatura N° 39, julio 1998, p.188

b. *El problema del estilo y el lenguaje periodístico.* Huelga decir que, aun cuando la información logre reunir los requisitos de veracidad o no-mendacidad a los que nos referimos previamente, igualmente puede ser susceptible de causar un daño; dado que, a través de la utilización de términos gratuitamente denostantes pueden rebosarse los límites internos en el ejercicio del derecho a informar cayendo en la antijuricidad de la conducta y provocando, consecuentemente un abuso de derecho. Es así como la Suprema Corte de Justicia uruguaya ha entendido que: *“Una acusación o la presentación de una denuncia -por sí sola o en sí misma- no configura delito o ilicitud, sea penal, administrativa o de cualquier orden. Lo que aquí se trata es que en la misma se implican connotaciones, adjetivos, que comportan injurias, insultos, denuestos. Y allí está el abuso del derecho. El derecho existe, pero el abuso coexiste, precisamente, en utilizar las facultades legales para denunciar a cualquier Juez por haber cometido presunto ilícito para injurarlo, utilizando expresiones e innúmeros adjetivos de demérito. Términos agraviantes que están presentes en las denuncias cuestionadas.”*⁴² De la misma manera en que hablamos de un supuesto subjetivo de responsabilidad cuando hicimos alusión al deber de veracidad de los medios de comunicación, hablamos aquí también, en lo que concierne al empleo del lenguaje periodístico.

No puede ignorarse que, cuando de estilo y forma de la noticia se trate, estemos ante una evaluación del comportamiento del comunicador, quien, como se ha reiterado en innumerables ocasiones, debe actuar con diligencia, respetando los parámetros de prudencia y dentro de los límites que impone la cautela. Consecuentemente es de aplicación el fragmento que se cita a continuación: *“(…) de lo que se trata no refiere a otra cosa que determinar cuál es la diligencia exigible en el ejercicio de ciertos derechos de una persona, diligencia que no puede ser otra que la del “buen padre de familia”, modelo ideal abstracto que al decir de CATTÁNEO (en cita de Gamarra, Tratado..., t.XIX, p.126) encierra un “criterio deontológico”, que no tiene en cuenta lo que el hombre medio hace, sino “lo que debe hacer” y ciertamente la demanda de autos no procedió en la emergencia juzgada en consonancia con ese prototipo que es el hombre medio, normal, prudente, precavido, atento, razonable, cuidadoso.”*⁴³

El Tribunal llega a la siguiente conclusión: *“Se lesiona profundamente el honor y la dignidad de los magistrados, atribuyéndoles una conducta delictiva de manera totalmente infundada, y, no sólo por la simple difusión de la noticia, sino que se utilizan para ello, improprios, denuestos, calificaciones despectivas.”* Todo lo anterior puede resumirse, o mejor dicho, plasmarse en la expresión dada por María Leticia RUFFINI, para quien *“la protección de la opinión debe extenderse aún más allá de sus contenidos para cubrir el propio “modo” de expresión que, no solo en el debate netamente político, sino también en la discusión de problemas de interés general puede, según la corte, ser formulado en términos particularmente fuertes y severos”*⁴⁴. Es compartible la formulación de la autora citada, puesto que, la diligencia en el comportamiento del periodista, o en términos generales, del comunicador, debe trascender del ámbito del deber de veracidad, expandiéndose más allá de las fronteras de lo sustancial de la nota, para contemplar asimismo la modalidad en la utilización de las expresiones, cui-

42 Sentencia N° 112, TAC de 7° Turno, 30.5.2003, extraída de ADCU t. XXXIV, p. 15.

43 Sentencia N° 112, TAC de 7° Turno, 30.5.2003, que cita la Sentencia N° 119/02 extraída de ADCU t. XXXIV, p. 15

44 RUFFINI GANDOLFI, María Leticia, “Génesis jurisprudencial y sucesivos desarrollos de la defensa de la persona contra la divulgación de hechos concernientes a su esfera privada”, Estudios Jurídicos N° 6, 2009, pp. 259 y 260

dando los calificativos que puedan resultar maliciosos o excesivos y consecuentemente constitutivos de daño moral.

Es de especial mención para brindar un ejemplo emblemático de la trascendencia del estilo en cuanto criterio empleado por los magistrados a la hora de decretar o descartar el uso abusivo de derechos o prerrogativas, la Sentencia pronunciada por la Suprema Corte de Justicia N° 366/2009, a través de la cual se desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados -Canal 10- en virtud de la condena al pago de U\$S 5.000 en forma solidaria y por motivo de daño moral, a la que se vieron sometidos. El origen de la controversia tiene lugar cuando los periodistas -parte demandada- manifestaron en el programa "Zona urbana" emitido el 18 de mayo de 2005 -cuyo tema central fue: "La otra cara del abuso infantil"- que en Uruguay "...hay unos personajes que actúan también en este asunto, que son muy peligrosos, que son los militantes de la causa porque a veces están vestidos de jueces (...) y ven todo por el tamiz de su radicalismo", cuando a su vez agregaron una advertencia: "ojo con la militancia", y posteriormente mencionaron una "tríada" integrada por una jueza y una psicóloga "ambas sancionadas". Pese a que en el programa citado se hizo mención a procesos tramitados ante la Justicia de Familia, la única magistrada -en realidad, en ese momento, ex magistrada- que se identificó con nombre y apellido y con su imagen, fue la actora. A criterio de la Sala, las expresiones utilizadas por los periodistas en el programa televisivo hicieron aparecer a la actora "como una especie de fanática (no de corrupta) que se servía de la función pública para perseguir los fines de la "causa" y le imputaron, además, haber sido objeto de sanción cuando nunca se le instruyó sumario y cuando se la trasladó a un juzgado de idéntica jerarquía por razones de mejor servicio, usando un verbo (remover) (...) que para el común de las personas tiene un tinte peyorativo, máxime cuando sólo se dijo que había sido removida."⁴⁵ El Tribunal, y luego la Suprema Corte de Justicia delimitan correctamente la cuestión remitiendo a la inadecuación de los términos utilizados por los informantes periodísticos, concluyendo que las expresiones citadas en líneas anteriores importan lesión del honor y desmedro de la investidura de la magistrada. La observación hecha por el Tribunal a la que la Corte adhiere, tiene como pilar fundamental no sólo el contenido sino la forma en que se brindó la información, "efectuando calificativos que en puridad no se relacionaban con el tema de fondo (abuso infantil), lo que comporta abuso de derecho en tanto lesiona el honor y opera en definitiva en desmedro de la investidura que tenía la actora al momento del proceso penal que se menciona en el programa..."⁴⁶. Resulta casi imprescindible aludir a la discordia del fallo encabezada por el magistrado Leslie VAN ROMPAEY, para quien "la información periodística de marras, aunque no se comparta su estilo ni la severidad de sus términos, en lo esencial, no se apartó de los límites internos de la libertad de prensa o expresión de pensamiento, esto es, la verdad y el interés público." No logramos adherir a la discordia citada, puesto que como hemos apuntado hasta el momento, los límites internos de los derechos deben su existencia a la finalidad y espíritu de los mismos, que, en materia de libertad de información no es otra cosa que informar la verdad, lo cierto. Sin embargo, y he aquí el problema del estilo, el hecho de que determinada información sea veraz, exacta y completa, no debe emplearse como "patente de corso" para brindar datos informativos de cualquier manera, bajo cualesquiera formas, sin respetar la calidad del lenguaje y la prudencia en la utilización de los términos.

⁴⁵ Sentencia 366/2009, SCJ, Uruguay

⁴⁶ Ídem nota anterior

*“La ilicitud de la nota periodística en examen emana (...) de dos aspectos que sobrepasaron los límites que se estudiaran en el Considerando III: en primer lugar la **forma de expresión** de la misma involucra sutilmente al reclamante en actividades vinculadas al contrabando...”⁴⁷. Así se ha entendido la no necesidad de la utilización de términos excesivos, descalificativos o de demérito aun cuando la noticia se enmarque dentro del ejercicio no abusivo del derecho a informar por haberse cumplido con el deber de veracidad: la Corporación en su sentencia N° 146/2006 consideró que “(...) los medios o frases utilizados por el denunciado son gratuitamente injuriosas; si entendía que los hechos eran graves, pudo informar a la población en otros términos y no en la forma ofensiva que lo hizo.”⁴⁸*

c. Oportunidad de la publicación. Asimismo, otro criterio que ha considerado la jurisprudencia en cuanto a la publicación de la información ha sido la oportunidad en que ésta se realiza, con relación al tiempo de los hechos.

En Sentencia 15/1991, del Juzgado Letrado en lo Civil de 24o. Turno, la Dra. Selva KLETT hizo aplicación de este criterio al resolver considerando responsable al medio que publicara una noticia que establecía un vínculo entre la conducta de un individuo al momento de la publicación y las indagatorias realizadas sobre su persona por un Tribunal de Honor de forma anterior e independiente: *“La ilicitud de la nota periodística en examen (...) emana de dos aspectos que sobrepasaron los límites que se estudiaran en el Considerando III: (...) tiene el poder de que se asocie su conducta actual con hechos anteriores que motivaron el sometimiento a un Tribunal de Honor y la posterior baja”.*

Hallamos que este razonamiento es adecuado desde un punto de vista de abuso de derecho, porque tiende a fortalecer el derecho a informar en su vocación originaria, cual fuera el motivo del legislador al contemplarla: un interés general en el conocimiento de ciertos hechos que afectan, directa o indirectamente, a la sociedad toda.

Otro sustento de esta lógica es que constituye una manifestación del llamado “derecho al olvido”, surgido en el ámbito del Derecho Informático europeo ante la preocupación suscitada por el almacenamiento indefinido de datos personales, con el fin de *“asegurar a los individuos que determinados actos, manifestaciones u opiniones, no van a suponer un elemento universal y eterno, que condicione de manera permanente y coarte sus posibilidades de evolución personal y social.”⁴⁹*

Parámetros de análisis según el carácter de la información

a. El interés general. La interpretación que surge de los criterios ya señalados se complementa con otros parámetros judiciales que son tendientes a realizar un juicio sobre el mérito de la noticia, más allá de la exactitud de su contenido y presentación. El quid de la cuestión que pretenden resolver es si se persigue un interés general en su publicación o, por el contrario, consiste en una intromisión a la esfera privada de un individuo sin

47 Sentencia N° 15/1991, 10.5.1991, Juzgado Letrado en lo Civil de 24° turno, extraída de: VENTURINI, Beatriz, “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, Revista de Judicatura N° 39, julio 1998, p.188

48 Sentencia N° 146/2006 de la SCJ, extraída de la B.J.N uruguaya

49 SANCHEZ BRAVO, Alvaro. “La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea”. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1998. p.86

justificación alguna.

En este sentido, cita VENTURINI a ZANNONI⁵⁰: *“Creemos que si de noticias inexactas se trata, la responsabilidad ha de ser siempre de orden subjetivo, basada en el actuar culposo, en sentido amplio (...). Pero cabe que noticias aún exactas, generen responsabilidad si, como en el caso de las intrusiones a la intimidad, la difusión de hechos, (...) no responden a los fines para los cuales la libertad de información ha sido reconocida (...)”*. Nos encontramos en la presencia de situaciones en las que se recorta la esfera de la intimidad del individuo, en pos de un bien que se considera superior, que es el bienestar de la sociedad en su conjunto. Coincidimos con lo expresado en la sentencia 87/1995 del TAC de 4º Turno, de forma tan elocuente: *“Esto significa que la ley ha preferido el interés del Estado sobre el interés de la tutela del bien jurídico honor; el interés del saber por parte del público cuál es la verdad sobre determinada situación, (...)”*

Pensar en el interés general que pueda tener la publicación de cierta información invita a recordar el fundamento primigenio del derecho a informar, que consiste en el rol de vital importancia que desempeña al asegurar el efectivo ejercicio de una ciudadanía democrática, a través del fortalecimiento del poder de decisión de la sociedad civil. En otras palabras, prima facie podría sostenerse que el contenido que típicamente se adecua al interés general es de índole político. Siguiendo esta línea, la Sentencia N° 18 de la SCJ, 18.4.1992, toma en consideración las afirmaciones doctrinales que hace el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º turno en el sentido que *“el ejercicio por la prensa del derecho a informar tiene un contenido de crítica política y es de una utilidad social que excluye la anti-juricidad, por implicar un verdadero servicio público, salvo el propósito específico de agraviar”*. En armonía con el razonamiento aplicado, consideramos adecuado adjudicar un sentido amplio a la expresión *“crítica política”*, comprensivo tanto de la información avalorativa, como de valoraciones positivas y negativas del actuar político.

También se expresa que la información ha de revestir el carácter de necesidad, existiendo responsabilidad por agregados meramente calificativos e irrelevantes. Es el caso de la Sentencia 17/1997 del TAC de 7º Turno, que expresa que *“para que exista abuso en la materia, como en el ejercicio de un derecho frente a otro derecho coexistente, se requiere que la publicación propia y realmente exceda el propósito, tan común, de informar a los lectores, aportando agregados o inclusive comentarios de estirpe innecesaria (...)”*⁵¹. Similar contenido tiene la Sentencia 269/2007 del TAC de 2º Turno, donde se establece que *“En casos como el que nos ocupa, en que se hace por medio de la publicación un juicio de valor, no se brinda una información que revista interés público (...)”*⁵².

Como bien se arguye en la Sentencia N° 107 del Juzgado Letrado de la Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. turno, 27.10.1997⁵³, comentada por el Dr. Luis

⁵⁰ Ob. cit., p. 181

⁵¹ Sentencia N° 17/1997 del TAC de 7º Turno, 22.02.1997, extraída de MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, “Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009, p. 1168

⁵² Sentencia 269/2007 del TAC de 2º Turno, 5.09.2007, extraída de MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, “Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009, p. 1171

⁵³ Sentencia N° 107 del Juzgado Letrado de la Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. turno, 27.10.1997 ex-

LARRAÑAGA⁵⁴; de forma subsiguiente, estos parámetros aplican aún con mayor rigor a las imágenes de particulares que acompañan publicaciones de prensa. El autor cita a RAVANAS, quien sostiene que el carácter público de la información en sí no se comunica a la imagen que lo acompaña; ésta participará de la licitud del motivo de la publicación siempre que sea complementaria a la información y no principal, en cuyo caso debería contar con una justificación autónoma⁵⁵. En el caso en cuestión, se declara abusiva la publicación conjunta de la información de un homicidio con una imagen de un hombre detenido por otra causa, por considerarse que no resulta complementaria, sino de trascendencia principal y carente de relación con la información central.

Las dificultades que pueden existir en cuanto a la determinación precisa de la presencia del "interés general" en la actuación de un medio no han pasado de forma desapercibida por los magistrados, como el TAC 4, en Sentencia 87/1995, quienes permiten que esto se demuestre suficientemente en grado de razonabilidad, sin requerir una certeza de mayor rigor⁵⁶. Si las exigencias jurisprudenciales fueran mayores, dada la complejidad de demostrar con precisión el contenido de ciertos criterios, el abuso de derecho prácticamente no tendría relevancia práctica.

b. El hombre público. También en atención de la finalidad e instrumentalidad del derecho a informar en un régimen democrático, resulta razonable distinguir la situación del "hombre público" de la del ciudadano ordinario en lo que concierne al alcance del derecho a la intimidad. En Sentencia 1/013-01, de febrero de 2013, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno adhirió a esta tesitura, haciendo referencia a que éste es el criterio que también ha adoptado la jurisprudencia europea, norteamericana, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias y opiniones consultivas en materia de comunicaciones e informaciones tienen plena vigencia en el territorio nacional por vía del artículo 1 de la Ley 16.099, con texto otorgado por la Ley 18.515⁵⁷. Dichos órganos "*han consagrado un muy amplio estándar de protección de libertad de expresión cuando de criticar a funcionarios públicos se trata (...), según el cual en una sociedad democrática, la libertad, para sobrevivir, requiere un cierto margen de tolerancia cuando de censurar a miembros del gobierno se trata.*"

traída de ADCU, t. XXVIII, Montevideo, 1998, pp. 747-757

54 LARRAÑAGA, Luis, "Límites del derecho a informar y desnaturalización de la imagen", ADCU, t. XXVIII, Montevideo, 1998, p. 756

55 RAVANAS, J., "La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image", París, 1978, p. 145

56 Sentencia N° 87/1995 TAC de 4° Turno, 19.7.1995, AJU, t.IV, n.3

"La afirmación de que toda información se legitima cuando es verdadera es opinable, salvo que se trate de garantizar un interés público prevaleciente, concepto que tiene carácter contingente y variable. (...)

Para dar una noticia es necesario que se demuestre en forma razonable la existencia de un interés público en que se descubra y aclare la verdad en forma clara, evidente y precisa."

57 Artículo 3°.- Agrégase al artículo 1° de la Ley N° 16.099, de 3 de noviembre de 1989, el siguiente inciso:

"Constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Americana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional".

Por inferencia lógica, consideramos que este criterio es aplicable tanto a funcionarios públicos estricto sensu, como a quienes ejercen funciones políticas en un sentido más amplio, ya sean líderes de organizaciones sindicales, organizaciones no gubernamentales, movimientos de derechos humanos, etc.

Resulta pertinente hacer constar una salvedad respecto el alcance del término “hombre público” a los efectos del presente estudio: consideramos que ha de abarcar a quienes ejercen una actividad vinculada al interés general, ya sea por tener la condición de funcionario público, o participar de actividad política. Quedan excluidos de este criterio quienes, por algún otro motivo, han hecho de su intimidad un asunto público; piénsese en el caso de las llamadas “celebridades”, quienes con frecuencia brindan información de su vida íntima a los medios masivos de comunicación. El estudio de esta última situación ha de realizarse desde los criterios utilizados para evaluar los casos de hecho de la víctima, porque con su propia conducta contribuyen a la producción del daño.

V. Conclusiones

Resulta indiscutible que así como el legislador ha deseado y consagrado una regulación amplia y abarcativa del derecho a la información, la libertad de prensa y la libertad de expresión en general, también la jurisprudencia ha sabido, con el mismo fervor, reprobar y patentizar aquellos casos en los cuales, a partir del ejercicio de tales derechos, atinentes a la libertad de la información y comunicación, se han derivado prácticas que implican un avasallo a los límites de que cada derecho está impregnado, abriendo paso a un uso abusivo, contra espíritu y antifuncional de los mismos. No es posible asegurar una construcción autónoma y homogénea del abuso de derecho en sede de medios de comunicación, dado que tanto la doctrina como la jurisprudencia se enriquecen a diario a través de la incorporación de nuevos criterios para la fijación de los límites internos de derechos y prerrogativas. Sin embargo, la inspección de decisiones jurisprudenciales efectuada, permite descartar que lo expuesto implique la arbitrariedad y la falta de certeza en la jurisdicción; por el contrario, existen ciertos patrones en la delimitación de la existencia del abuso del derecho a informar que se propagan coherentemente por la amplísima mayoría de las sentencias: exigir diligencia en la elaboración y publicación de una noticia que sea mayoritariamente verdadera, sin titulación tendiente a confundir al público, calificativos innecesarios, o un estilo abstruso, y que responda a un interés general en consonancia con los principios generales que rigen el sistema jurídico todo.

Por lo tanto, consideramos que se ha logrado una tendencia, si consideramos –como lo hicimos– al abuso del derecho en cuanto principio general de Derecho, a excederse de la interpretación por mero apego del texto normativo y así arribar, con talante armónico a una interpretación más teleológica o finalista de las normas. Esto permite considerar con menor escepticismo aquello que señala la doctrina con frecuencia, esta vez en palabras de GÓMEZ ROBLEDOS: *“Podríase tal vez, para prevenir desmanes, configurar el abuso de derecho con toda la precisión posible en la ley pertinente, pero habrá siempre inevitablemente un margen de indeterminación que solo podrá llenar, en cada caso concreto, la prudencia del juez.”*⁵⁸ Tras el estudio realizado, arribamos al entendido de que esta

⁵⁸ GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio, “El abuso del derecho en Derecho Internacional”, Revistas Jurídicas UNAM, p.289

“prudencia del juez” se encuentra alejada de la temida arbitrariedad, que socavaría la seguridad jurídica de la solución.

Bibliografía

AUSÍN, Txetxu; y PEÑA, Lorenzo, “El deber de veracidad”, Editorial Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

CASSINELLI, Horacio, “Derecho Público”, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

COVIELLO, Nicolás, “Doctrina general del derecho civil”, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1938.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia en Uruguay”, Revista Semestral de Estudios Constitucionales de Chile, Año 6 N°1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2008.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Abuso del derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

FUENMAYOR, Alejandro, “El derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública”, UNESCO San José.

GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t.XIX”, Editorial FCU, Montevideo, 2000.

GAMARRA, Jorge Luis, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo de Jorge Gamarra, versión abreviada y actualizada, Tomo III Responsabilidad Extracontractual”, Editorial FCU, 1ª. Edición, Montevideo, setiembre 2012.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, “El abuso del derecho en Derecho Internacional”, Revistas Jurídicas UNAM, p.289.

HOWARD, Walter, “Derecho de la persona, Volumen I”, Editorial Universidad de Montevideo.

LARRAÑAGA, Luis, “Límites del derecho a informar y desnaturalización de la imagen”, ADCU, t. XXVIII, Montevideo, 1998.

LAYERLE, Carlos. “Responsabilidad por abuso de derecho”. Revista de la Facultad de Derecho. V. XVI, n.1 y 2, 1965, ps. 35-124l

LEWIS, Anthony, “El Caso Sullivan y la Primer Enmienda”, Editorial Sociedad Interamericana de Prensa, Estados Unidos, 2000.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, "Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación", Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Abuso de derecho", Editorial Ediciones del Foro, Montevideo, 2009.

RUFFINI GANDOLFI, María Leticia, "Génesis jurisprudencial y sucesivos desarrollos de la defensa de la persona contra la divulgación de hechos concernientes a su esfera privada", Estudios Jurídicos N° 6, 2009.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. "La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea", Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

SÁNCHEZ FERRIS, Remedio, "El derecho a la información", Editorial Cosmos, Valencia, 1974.

VENTURINI, Beatriz, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", Revista de Judicatura N° 39, Montevideo, julio 1998.

ZORRILLA RUIZ, Manuel María, "Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del derecho", 2ª. Edición, Editorial Dykinson S.L, Madrid, 2005.

Páginas de internet

<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

www.poderjudicial.es

www.cade.com.uy

Normas jurídicas citadas

-Constitución de la República Oriental del Uruguay.

-Código Civil Uruguayo.

-Decreto Ley 15.672 del 9 de noviembre de 1984, "Ley de Prensa, se aprueba y se deroga la Ley 9.480, y sus Modificativas y Concordantes".

-Ley 9.480 del 28 de junio de 1935.

-Ley 16.099, "Ley de prensa", de 3 de noviembre de 1989.

-Ley 18.515 del 16 de junio del 2009, sobre medios de comunicación.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Manual de Contratos
de Coord. Beatriz Venturni

MANUAL DE CONTRATOS – COORD. BEATRIZ VENTURNI

(p. Aída Kemelmajer de Carlucci, extraído del prólogo del libro)

Se trata de un manual de los contratos especiales; o sea, no se aborda la teoría general del contrato. En la Argentina, el maestro Guillermo Borda tampoco incorporó la teoría general del contrato en su Manual de Contratos, y la incluyó en el de Obligaciones.

Este libro se abre, como no podía ser de otro modo, con el contrato de compraventa. Portalis sostenía que “el contrato de compraventa es el alma de todas las relaciones comerciales, y constituye una de las vías mayores de la creación y circulación de la riqueza”. Según la opinión doctrinal mayoritaria, es el contrato más difundido entre los destinados a intercambiar bienes en la práctica actual de los negocios. No debe extrañar, pues, que más de un quinto de las páginas de este libro se dedique a los diversos tipos de compraventa, incluida la internacional de mercaderías.



Posteriormente, se analizan los contratos de permuta, cesión de créditos (capítulo en el que también trata la cesión de derechos hereditarios), donación (abordándose los principales problemas prácticos que las donaciones inoficiosas generan en el mercado), arrendamiento, contratos de actividad (servicios, obra y construcción), mandato (distinguiéndose adecuadamente de la representación y del acto de apoderamiento; también de los contratos de agencia, distribución y mediación. Se analiza, además, la ley de voluntades anticipadas). De allí en más se zambulle en las aguas de figuras menos tradicionales, como las del contrato de publicidad (visto como fenómeno del derecho de los consumidores y con buenos aportes del derecho comunitario europeo), depósito (que cuando es en hoteles, las viejas normas requieren ser recreadas a la luz del nuevo derecho del turismo) garaje, cajas de seguridad, fideicomiso –antes y después de la ley que regula los negocios fiduciarios– leasing, sin olvidar los contratos clásicos de comodato, mutuo, juego y apuesta (y las consiguientes normas sobre control estatal), renta vitalicia, y seguros (un tema que, normalmente, no incluyen los manuales de contratos, siendo necesario recurrir a obras específicas, especialmente, tratándose del seguro más común, cual es el previsto por la ley contra la responsabilidad civil). Siguen los contratos de garantía (fianza), con la particularidad de analizar las convenciones que dan lugar a derechos reales de garantía, como la prenda (con y sin desplazamiento) y la hipoteca (a diferencia de lo que se sostiene mayoritariamente en la Argentina, se afirma que la inscripción registral es constitutiva del derecho real. También se analiza el rango del privilegio del acreedor y los posibles conflictos con otros acreedores, como los laborales). El

libro concluye con el tratamiento del contrato de sociedad civil y el de transacción. Respecto de este último, recuerdo que el código civil argentino lo regula entre los medios extintivos de las obligaciones pero que, con el mismo criterio de este manual, el proyecto de código civil y comercial de 2012 lo incluye entre los contratos.

Un proverbio hindú dice: “Un libro abierto es un cerebro que habla; cerrado, un amigo que espera; olvidado, un alma que perdona; destruido, un corazón que llora”. Creo, sinceramente, que los destinatarios de este libro deben abrirlo, porque las palabras contenidas en él servirán para que puedan alcanzar criterios jurídicamente correctos; no deben cerrarlo, porque harán esperar a quienes lo han escrito con tanta amistad y generosidad y, por supuesto, deben conservarlo, para que la actividad universitaria, no siempre bien retribuida, continúe siendo para sus autores un motivo de gran alegría.



Junio, 2014. Depósito Legal N°. 362.522 / 13
www.tradinco.com.uy