



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

25 Años de la Universidad de Montevideo

DOCTRINA

BARRERA, Jorge; HESSDÖRFER, Andrés

El engaño como conducta típica en la defraudación tributaria: puntos de contacto y asimetrías entre el régimen infraccional y penal

CASCIOTTI VIGNOLO, Silvana; NAHABETIÁN BRUNET, Laura

Cloud Computing & Walled Gardens

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

Los procesos de integración latinoamericanos en la actualidad

LANGÓN, Miguel

Aspectos del dolo, la culpa y la ultraintención en el código penal uruguayo

MARTÍNEZ BLANCO, Camilo

Actuaciones concursales con relevancia para el derecho de la competencia

SIMON, Jan-Michael; GALAIN PALERMO, Pablo

Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad

SOTO KLOSS, Eduardo

Adversus haereses

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ANIDO BONILLA, Raúl

En el día del Escribano

DELPIAZZO, Carlos E.

Bien común, sociedad y estado

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno N° 20/2008 13 de febrero de 2008.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno N° 37/2010 4 de marzo del 2010

ALGORTA MORALES, Paula

Tendencias jurisprudenciales en materia de excepción de prescripción de los títulos valores

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías y postgrados
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

FERRER, Pablo; LIROLA, Virginia

La actividad forestal en Uruguay: beneficios fiscales y su control

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

HOWARD ZULUAGA, Martín Aparicio

Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Dominio de las aguas

(de Gonzalo Navarro por Graciela Soler)

Modernización de la Justicia Civil

(de Santiago Pereira Campos [Coordinador] por Maximiliano Cal)

Estudios y documentos de Derecho Internacional

(Grupo de trabajo de estudios e investigación de fundamentos del derecho internacional público Universidad de Montevideo por Yael Ribco)

Comentarios a la Ley de Participación Pública Privada

(de Carlos E. Delpiazzo [Coordinador] por Ximena Barbozal)

Bonos de carbono. Oportunidades y desafíos para América Latina

(de Jacqueline Schwartz por Álvaro Carrau Lussich)

ÍNDICES DE TOMOS VI a X (Nros. 11 a 20)

Índice de autores
Índice de materias
Índice de secciones



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

25 Años de la Universidad de Montevideo

DOCTRINA

BARRERA, Jorge; HESSDÖRFER, Andrés

El engaño como conducta típica en la defraudación tributaria: puntos de contacto y asimetrías entre el régimen infraccional y penal

CASCIOTTI VIGNOLO, Silvana; NAHABETIÁN BRUNET, Laura

Cloud Computing & Walled Gardens

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

Los procesos de integración latinoamericanos en la actualidad

LANGÓN, Miguel

Aspectos del dolo, la culpa y la ultraintención en el código penal uruguayo

MARTÍNEZ BLANCO, Camilo

Actuaciones concursales con relevancia para el derecho de la competencia

SIMON, Jan-Michael; GALAIN PALERMO, Pablo

Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad

SOTO KLOSS, Eduardo

Adversus haereses

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ANIDO BONILLA, Raúl

En el día del Escribano

DELPIAZZO, Carlos E.

Bien común, sociedad y estado

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno N° 20/2008 13 de febrero de 2008.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno N° 37/2010 4 de marzo del 2010

ALGORTA MORALES, Paula

Tendencias jurisprudenciales en materia de excepción de prescripción de los títulos valores

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías y postgrados
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

FERRER, Pablo; LIROLA, Virginia

La actividad forestal en Uruguay: beneficios fiscales y su control

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

HOWARD ZULUAGA, Martín Aparicio

Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Dominio de las aguas

(de Gonzalo Navarro por Graciela Soler)

Modernización de la Justicia Civil

(de Santiago Pereira Campos [Coordinador] por Maximiliano Cal)

Estudios y documentos de Derecho Internacional

(Grupo de trabajo de estudios e investigación de fundamentos del derecho internacional público Universidad de Montevideo por Yael Ribco)

Comentarios a la Ley de

Participación Pública Privada

(de Carlos E. Delpiazzo [Coordinador] por Ximena Barbozal)

Bonos de carbono. Oportunidades y desafíos para América Latina

(de Jacqueline Schwartz por Álvaro Carrau Lussich)

ÍNDICES DE TOMOS VI A X (NROS. 11 A 20)

Índice de autores
Índice de materias
Índice de secciones



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

25 Años de la Universidad de Montevideo..... 7

DOCTRINA

BARRERA, Jorge; HESSDÖRFER, Andrés

El engaño como conducta típica en la defraudación tributaria: puntos de contacto y asimetrías entre el régimen infraccional y penal 11

**CASCIOTTI VIGNOLO, Silvana;
NAHABETIÁN BRUNET, Laura**

Cloud Computing & Walled Gardens..... 21

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

Los procesos de integración latinoamericanos en la actualidad..... 31

LANGÓN, Miguel

Aspectos del dolo, la culpa y la ultraintención en el código penal uruguayo 45

MARTÍNEZ BLANCO, Camilo

Actuaciones concursales con relevancia para el derecho de la competencia..... 55

SIMON, Jan-Michael; GALAIN PALERMO, Pablo

Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad 61

SOTO KLOSS, Eduardo

Adversus haereses..... 71

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ANIDO BONILLA, Raúl

En el día del Escribano 79

DELPIAZZO, Carlos E.

Bien común, sociedad y estado..... 81

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno N° 20/2008 13 de febrero de 2008..... 89

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno N° 37/2010 4 de marzo del 2010 93

ALGORTA MORALES, Paula

Tendencias jurisprudenciales en materia de excepción de prescripción de los títulos valores..... 89

INFORMACIONES

Carreras de grado 109

Maestrías y postgrados..... 112

Otras noticias de interés 113

TESINAS DE MASTERS

FERRER, Pablo; LIROLA, Virginia

La actividad forestal en Uruguay: beneficios fiscales y su control..... 117

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

HOWARD ZULUAGA, Martín Aparicio

Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona 171

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Dominio de las aguas 197
(de Gonzalo Navarro por Graciela Soler)

Modernización de la Justicia Civil 199
(de Santiago Pereira Campos [Coordinador] por Maximiliano Cal)

Estudios y documentos de Derecho Internacional..... 201
(Grupo de trabajo de estudios e investigación de fundamentos del derecho internacional público Universidad de Montevideo por Yael Ribco)

Comentarios a la Ley de Participación Pública Privada 202
(de Carlos E. Delpiazzo [Coordinador] por Ximena Barbozal)

Bonos de carbono. Oportunidades y desafíos para América Latina 204
(de Jacqueline Schwartz por Álvaro Carrau Lussich)

ÍNDICES DE TOMOS VI A X (NROS. 11 A 20)

Índice de autores 209

Índice de materias 214

Índice de secciones 219

MENSAJE DEL DECANO

25 Años de la Universidad de Montevideo

Soñar cosas buenas, grandes y nobles es un privilegio que tienen pocos. Poder concretar esos sueños en realizaciones palpables al cabo de muchos años, privilegio de menos. Y poder ver esas concreciones en vida de los que las soñaron, es algo reservado para poquísimos.

Entre estos últimos podemos incluir a los soñadores que unos años antes de estos veinticinco que ahora estamos festejando, pusieron los cimientos mentales y comenzaron a construir la infraestructura cultural para que la Universidad de Montevideo un día fuese realidad. Ese grupo de jóvenes vinculados al área de la abogacía y la economía, con mucha audacia, perseverancia, paciencia y enorme ilusión fueron colocando uno a uno los ladrillos jurídicos, éticos, espirituales y culturales que irían construyendo la Universidad. Fueron Jorge Peirano, Ricardo Olivera, Santiago Pérez del castillo, Carlos Delpiazzo, Alberto Faget y Juan Antonio Pérez Pérez quienes conformaron el primer grupo de promotores de esta Casa de Estudios, organizando y realizando sus primeras actividades en el edificio de la Bolsa de Valores ubicado como hasta hoy, en Rincón y Misiones.

A ese primer grupo le siguió otro que se sumó al desafío de sacar adelante la UM desde los primeros tiempos y que comenzó a colaborar generosamente con los proyectos que se fueron dando. Mujeres y hombres que se volcaron de lleno a brindar sus capacidades y sus talentos al servicio de la educación integral y de la misión que la Universidad planteaba. No puedo mencionarlos a todos por el riesgo de cometer omisiones e injusticias. Sólo me referiré a dos: a) al Dr. Mariano Brito, Rector Emérito de la UM, quien ya ha recibido varios y muy merecidos homenajes por sus invalorables aportes a la vida universitaria en general y al Derecho Administrativo en particular y b) al Dr. Juan Manuel Gutiérrez, hoy reintegrado a la Facultad de Derecho luego de unos años de volcarse por completo a la labor profesional. Gutiérrez fue uno de los impulsores, organizadores y ejecutores del Programa de US Law de la Facultad de Derecho, que cuenta con un prestigio institucional indiscutible dentro y fuera de fronteras, y que tan buenos resultados le ha dado a los alumnos que lo han cursado tanto a nivel de su desempeño laboral, como a nivel de las competencias jurídicas universitarias internacionales en las que han participado.

Como todo lo que crece sin ritmo pero sin pausa, el comienzo fue arduo, lento y casi desapercibido. No fue espectacular ni grandioso y quizás ello fue lo más positivo que esa génesis tuvo. Pues como la semilla sembrada que va germinando y creciendo de a poco, su desarrollo fue minúsculo y paulatino, pero firme y sostenido. Se apoyó en la determinación, espíritu emprendedor y creativo de sus fundadores. Y tuvo otro gran fundamento: la humildad y sentido de servicio que esas mismas personas tuvieron. Todos ellos tuvieron claro desde el inicio, que muy probablemente, la cosecha de su siembra no la verían ni ellos ni los que le siguieran en la próxima generación. En parte acertaron. Pues es impensable lo que puede ser y crecer esta Universidad de aquí a cincuenta o cien años. Pero en parte se equivocaron. Pues de vez en cuando la vida da sorpresas a los que menos las esperan, y esto es lo que ha ocurrido luego de estos



Revista de DERECHO

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

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

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

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Juan Manuel Gutiérrez
Dr. Pablo Labandera

Secretaría Técnica

Dra. Natalia Veloso

*

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho
Universidad de Montevideo
Prudencia de Pena 2440
11600 Montevideo - Uruguay

Impresión

Tradinco S.A.
Minas 1367
Telefax: 2409 44 63 - 2409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal 359.092 / 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 XI (2012), Nº 21

primeros veinticinco años de vida de esta Universidad. Sus fundadores y colaboradores han tenido (y siguen teniendo) el privilegio de poder ver, oír y palpar los frutos de su siembra. Unos como directores de Programas de Maestría o Posgrados, otros como decanos o rectores y todos como profesores, comenzaron a percibir y a recoger los resultados de lo que años antes habían puesto en marcha. No es frecuente tener respuestas de la historia tan veloces, pero cuando suceden hay que aprovecharlas. El rápido prestigio que la UM adquirió en estos veinticinco años, pueden constatarlo y disfrutarlo los seis soñadores que pusieron en marcha esta Universidad. En todo esto puede haber factores adicionales e imponderables entre los cuales la casualidad y la suerte juegan un rol muy importante. Fue lo que le ocurrió por ejemplo a quien esto escribe cuando un mes atrás se encontraba en un Congreso sobre educación en las Américas organizado en Washington por la Universidad de Georgetown. Esta universidad no es exactamente pequeña, pues además de los miles de estudiantes, docentes y administrativos que se mueven por sus aulas y corredores día a día, el congreso en sí reunió a más de trescientas personas de todas partes del mundo durante dos jornadas y media.

¿Cómo llamar entonces al hecho de que en determinado momento del Congreso quien esto escribe saliera a tomar un café y se encontrara con el Dr. Alberto Faget, profesor de la UM y uno de sus primeros referentes, quien se encontraba por ahí sólo para visitarla un rato, pues incluso había dejado mal estacionado su automóvil? Por supuesto ambos comprendieron que esas oportunidades que da la vida hay que aprovecharlas y —joven estudiante mediante— lograron sacarse una fotografía en memoria de tan casual y fortuito encuentro.

Estos son sin duda frutos de la suerte y casualidad. Pero sean resultado del factor suerte, o sean consecuencia de lo que con tenacidad, talento y humildad sembraron los primeros, una cosa es segura: las raíces que se enterraron y fueron generando estos frutos son muy profundas y muy fuertes. Son raíces que permiten augurar un largo, fecundo y promisorio futuro a la Universidad de Montevideo.

Si la vida es un proyecto y es proyectarse, ¡vaya que estos soñadores lo han hecho!

Por eso esta vez las palabras del decano que coyunturalmente ocupa esta función en la Facultad de Derecho no pueden terminar de otra forma que no sea con un sincero y enorme agradecimiento a esos soñadores y - en el caso de los casados - a sus pacientes y generosos cónyuges. Por lo que ellos soñaron y por lo que hoy, gracias a aquellos proyectos cumplidos, sus magnánimos sueños nos permiten ahora soñar.

Nicolás Etcheverry Estrázulas
Abril, 2012.



DOCTRINA

BARRERA, Jorge y HESSDÖRFER, Andrés

El engaño como conducta típica en la defraudación tributaria: puntos de contacto y asimetrías entre el régimen infraccional y penal

CASCIOTTI VIGNOLO, Silvana y NAHABETIÁN BRUNET, Laura
Cloud Computing & Walled Gardens

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

Los procesos de integración latinoamericanos en la actualidad

LANGÓN, Miguel

Aspectos del dolo, la culpa y la ultraintención en el Código Penal uruguayo

MARTÍNEZ BLANCO, Camilo

Actuaciones concursales con relevancia para el derecho de la competencia

SIMON, Jan-Michael y GALAIN PALERMO, Pablo

Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad

SOTO KLOSS, Eduardo

Adversus Haereses

EL ENGAÑO COMO CONDUCTA TÍPICA EN LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA: PUNTOS DE CONTACTO Y ASIMETRÍAS ENTRE EL REGIMEN INFRACCIONAL Y PENAL

JORGE BARRERA (*)
ANDRÉS HESSDÖRFER (**)

1. INTRODUCCIÓN

Las notorias similitudes que existen entre la regulación de la infracción de defraudación prevista en el artículo 96 del Código Tributario ("CT"), y el delito de defraudación regulado por el artículo 110 del mismo cuerpo normativo, resultan palmarias e incuestionables. No obstante, mientras que la primera impone como sanción penas de carácter pecuniario (de una a quince veces el tributo defraudado o pretendido defraudar), la segunda prevé sanciones privativas de libertad (seis meses de prisión a seis años de penitenciaría). Esta diferencia en las sanciones a aplicar no obstan a afirmar que ambas normas forman parte del ámbito del derecho penal (o punitivo) desde un punto de vista de la naturaleza del contenido de sus disposiciones. Conforme sostiene VALDÉS COSTA, "*todas las penas deben responder a los mismos principios, cualquiera sea el órgano que las aplique y cualquiera que sea el orden jurídico violado*"¹. En otras palabras, es posible afirmar que existe una predominante opinión respecto a la naturaleza punitiva de las infracciones administrativas, así como que éstas no tienen significativas diferencias cualitativas y cuantitativas con las penales, debiendo estar sujetas ambas a los mismos principios o límites, considerando que en los dos casos se trata de una manifestación del poder punitivo del Estado².

Si bien se trata de normas cuya sanción difiere, el precepto normativo resulta de tal semejanza que ha llevado a la más distinguida doctrina tributarista nacional a sostener en forma sostenida que nos encontramos ante la presencia de un caso de violación del principio de *non bis in idem*³, esto es, de no ser juzgado más de una vez por la misma conducta, particularmente tomando en consideración el hecho de que la aplicación de una sanción no inhibe a ser castigado por la otra, y que a diferencia de la antigua redacción del artículo 110 del CT⁴, actualmente el delito de defraudación no se encuentra limitado a circunstancias en las cuales se aprecie una conducta de mayor gravedad que las que motivan la aplicación de las sanciones pecuniarias.

El hecho de coincidir con la citada doctrina en cuanto a sus afirmaciones relativas a que se trata de dos ilícitos prácticamente idénticos, y que la violación del principio de castigar dos veces por la misma conducta

1 (*) Docente de Derecho Penal en la Universidad de Montevideo.

(**) Docente de Derecho Financiero en la Universidad de Montevideo.

VALDÉS COSTA, Ramón: "Instituciones de Derecho Tributario", Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 22.

2 Cfr. SILVA FORNÉ, Diego: "Infracción fiscal, Infracción administrativa y Derecho Penal", en obra coordinada por MALET VÁZQUEZ, Mariana y SILVA FORNÉ, Diego: "Derecho Penal, Hacienda y Administración Pública", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, pág. 35.

3 Así por ejemplo, VALDÉS COSTA, Ramón, VALDÉS DE BLENGIO, Nelly, y SAYAGUÉS ARECO, Eduardo: "Código Tributario de la República Oriental del Uruguay Comentado y Concordado", 5ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pág. 529; y BERRO, Federico: "Los ilícitos tributarios y sus sanciones", 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, pág. 32 y 76. En el citado trabajo, BERRO cita también en este mismo sentido, como una temprana crítica a la doble punición de la defraudación a lo expuesto por OSSI y SHAW en las VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.

4 Téngase presente que la redacción original del artículo 110 del CT exigía que se diera alguna de las siguientes circunstancias: A) La existencia de maniobras concertadas para evadir tributos; B) Cuando el monto de lo defraudado sea superior al 50% (cincuenta por ciento) del mínimo no imponible individual del Impuesto al Patrimonio; y C) En los casos de reincidencia o reiteración. Estas previsiones fueron eliminadas en el año 1982 con la aprobación del artículo 23 del decreto-Ley Nro. 15. 924.

es por de más reprobable, ello no debe obstaculizar el análisis conceptual y práctico respecto de las eventuales diferencias que existen entre ambos ilícitos, considerando especialmente que la redacción del artículo 96 no coincide en forma íntegra con la del artículo 110.

Entre los elementos que se encuentran presentes en ambas normas, aunque regulado de distinta manera, está el “engaño” como conducta típica que motiva la aplicación de sanciones, y será este elemento en el cual se centrará el análisis del presente trabajo, procurando determinar las distintas situaciones alcanzadas por los artículos a estudio, así como señalar las diferencias y similitudes existentes en sus respectivas regulaciones, en aras de encontrar un fundamento normativo que justifique tal disidencia puesto que a priori no existen argumentos para considerarlos sustancialmente idénticos, ni entender que rigen con el mismo alcance las mismas conductas⁵.

En consecuencia, en primer lugar desarrollaremos algunos conceptos teóricos que entendemos trascendentes para el análisis en ambas figuras, como son el fraude y el engaño en términos generales y abstractos, para luego concentrarnos en cómo opera el engaño en tanto conducta punible en la infracción y el delito de defraudación tributaria.

2. CONCEPTOS PREVIOS Y COMUNES A AMBAS FIGURAS

Las reseñadas diferencias entre los preceptos normativos de los artículos 96 y 110 del CT no impiden en forma alguna sostener que existe un núcleo central compartido por la infracción y el delito de defraudación. En particular, entendemos que los conceptos de “fraude” y “engaño”, que revisten una trascendencia incuestionable por cuanto se trata de cuestiones vinculadas directamente a la conducta punible, pueden ser conceptualizados en forma muy similar para la infracción y el delito, sin perjuicio de las diferencias que se referirán, y que surgen del tenor literal del texto positivo vigente. Por su parte, debemos señalar que el bien jurídico tutelado por ambas disposiciones es el mismo: el legítimo derecho del Estado a la percepción de los tributos.

En consecuencia, como análisis preliminar se estudiará el concepto de fraude, para luego entrar en una de sus especies cual es el engaño, y finalizar con el objeto tutelado por los artículos 96 y 110 del CT.

2.1. Fraude-engaño

El concepto de fraude, entendido como acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete, se encuentra indudablemente presente tanto en la infracción como en el delito de defraudación, aún cuando la referencia a texto expreso surja únicamente en el artículo 96 del CT (“*todo acto fraudulento*”), y no del artículo 110. En particular, si bien la norma castiga al que “*procediera con engaño*”, en su texto subyace el reproche a aquellos actos que revisten la naturaleza de fraudulentos en los términos que se expondrán, por lo que las conclusiones arribadas en este sentido también le serán aplicables en forma indistinta a la infracción y al delito de defraudación.

Como primera aproximación conceptual al fraude en la acepción correspondiente al Derecho punitivo tributario, adherimos a la definición que brinda BLANCO, cuando sostiene que se trata de “*la creación de una ‘idea falsa’ en el receptor de la misma, (...) algo así como una simulación o disimulación de la realidad a través de la adopción de diversas recubiertas o apariencias*”, y asemeja, en valoración que compartimos, el concepto de “fraude engaño” con el de la simulación consagrada en el Derecho Civil⁶. Recordemos, en palabras de GAMARRA, que cuando hacemos referencia a actos simulatorios nos referimos a situaciones en las cuales existe “*un acuerdo o entendimiento entre los simulantes, para producir un acto aparente, ficticio (no real), el negocio simulado, con el propósito de engañar a los terceros (...)*”⁷.

5 Cfr. BARRERA, Jorge y PEREIRA GARMENDIA, Mario: “La defraudación tributaria. Un enfoque garantista y normativista del delito del artículo 110 del Código Tributario”, 2da. edición, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2008, pág. 144.

6 BLANCO, Andrés: “Fraude e ilícitos tributarios en el derecho uruguayo actual”, en obra coordinada por MALET VÁZQUEZ, Mariana y SILVA FORNÉ, Diego: “Derecho Penal, Hacienda y Administración Pública”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, págs. 43 y 44.

7 GAMARRA, Jorge: “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, Tomo XIII, 3ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1979, pág. 16.

Por su parte BERRO, en referencia expresa a la infracción prevista en el artículo 96 del CT, afirma que el *“fraude constituye un elemento objetivo, una conducta, una acción o maniobra, realizada con engaño u ocultación. El fraude es un elemento de la figura, es un hecho de la vida que se manifiesta por acciones u omisiones. Es el medio material por el cual se realiza la conducta ilícita. Por ello el fraude es definido tipológicamente en la ley (...)”*⁸.

Corresponde adicionar, para evitar eventuales confusiones por similitudes terminológicas, que *a priori* descartamos del ámbito de análisis respecto a la defraudación tributaria el fraude entendido como *“fraude a la ley”*. Esta figura ha sido definida por DE CASTRO como *“el intento de amparar el resultado contrario a una ley en otra disposición dada en verdad con una finalidad diferente. El negocio en fraude a la ley consiste en utilizar un tipo de negocio o un procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular otro negocio: aquel, precisamente, cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica”*⁹.

Nuestro descarte de la figura responde a que, al decir de BLANCO, *“en el fraude a la ley parecería que, en principio no hay engaño, o sea, no hay una disimulación o una simulación de la realidad, sino que hay una colocación deliberada en una posición que no es falsa”*¹⁰.

En definitiva, es posible concluir que el concepto de fraude, en términos generales y sin perjuicio del análisis que seguidamente se realizará, refiere a la realización de maniobras de distinta índole tendientes a engañar respecto a una realidad subyacente, con la intención de que ésta última no sea efectivamente conocida, siendo esto aplicable tanto al ámbito infraccional como penal.

Por su parte, y tal como hemos ya expresado, el término engaño se encuentra presente en la infracción de defraudación (*“Se considera fraude todo engaño u ocultación (...)”*), así como en el delito (*“El que [...] procediera con engaño”*), aunque sin contar con una definición normativa expresa. En consecuencia, entendemos pertinente recurrir a *“su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”*¹¹ recurriendo para ello a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española, que expresa que engaño es *“dar a la mentira apariencia de verdad”*, definición que entendemos se identifica plenamente con la conducta punible y con el género fraude anteriormente reseñado en este capítulo.

BERRO sostiene que el engaño *“implica artificio, mentira, afirmación de elementos sabidamente discrepantes con la verdad”*, asimismo precisa que el engaño es una conducta materialmente perceptible, que presupone o implica en todos los casos conciencia y voluntad por parte de quien los ejecuta¹². Esto, debido a que difícilmente pueda concertarse una maniobra defraudatoria a título de culpa. La propia naturaleza del aspecto material u objetivo de la infracción y el delito hace que sea imposible la verificación del tipo por mera negligencia del sujeto pasivo. No obstante, es debido destacar, como ya lo ha hecho con énfasis la doctrina, que éste dolo no debe confundirse con la intencionalidad requerida por el aspecto subjetivo de la infracción y el delito; en otras palabras, no sólo debe verificarse una maniobra intencional, sino además la conciencia y voluntad alineadas en busca de un provecho ilícito¹³.

8 BERRO, Federico: *“Los ilícitos tributarios y sus sanciones”*, 2da edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, pág. 77.

9 DE CASTRO, Federico, citado por TARSITANO, Alberto: *“Presupuestos, límites y consecuencias de la recaracterización tributaria de actos jurídicos”*, en *“Interpretación económica de las normas tributarias”*, obra coordinada por CASÁS, José Osvaldo, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2004, págs. 94 y 95.

10 BLANCO, Andrés, op. cit., pág. 44.

11 Artículo 18 del Código Civil. Téngase presente que de acuerdo al artículo 4 del CT, *“En la interpretación de las normas tributarias podrán utilizarse todos los métodos reconocidos por la ciencia jurídica (...)”*.

12 Cfr. BERRO, Federico, op. cit., pág. 77 y 79.

13 Cfr. BERRO, Federico, op. cit., págs. 77 y 78.

2.2. Naturaleza del ilícito

La lectura de los artículos que regulan el tema bajo análisis conduce ineludiblemente a afirmar que la defraudación tributaria en nuestro derecho positivo es un ilícito de peligro¹⁴, tanto en la infracción como en el delito. Cuando hablamos de ilícitos de peligro, hacemos referencia al tipo penal que “no comporta la destrucción, sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca”¹⁵. Tal como sostienen los juristas españoles RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, “(...) la naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración ex ante, porque el peligro existe en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción o la omisión del sujeto, con aquello quod plerumque accidit. Un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula ex post. El peligro pasado ya no es peligro, pues, presupuesto lo que realmente ha ocurrido, nunca “pudo” pasar otra cosa que lo efectivamente ha sucedido”¹⁶.

Como bien resume ROXIN, en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción¹⁷.

Por el lado de la infracción, es posible extraer del tenor literal que el hecho punible se verifica en forma independiente a un efectivo desmedro en las arcas del Estado, puesto que se verifica con el acto fraudulento idóneo para que el receptor de la conducta pueda dar por válido la falsa idea que se pretende transmitir con la intención de evadir tributos. En este sentido, BERRO expresa con claridad que el verbo nuclear en la infracción de defraudación es “realizar el acto” y no “obtener el enriquecimiento”¹⁸.

En cuanto a la figura delictiva, también es pacíficamente admitido que la norma produce un adelanto del momento consumativo, puesto que se sanciona el “proceder con engaño”, y no la efectiva obtención de un provecho económico indebido, lo cual lo asemeja a la regulación de la infracción, y lo distancia de la redacción original del artículo 110, que punía la obtención del enriquecimiento¹⁹. En suma, la conducta típica penal consiste en poner en peligro concreto al Erario Público²⁰.

2.3. Bien jurídico tutelado

No caben dudas, por cuanto surge con toda claridad de los artículos 96 y 110 del CT que el bien jurídico que se pretende tutelar es la Hacienda Pública, manifestada a través del derecho del Estado a la percepción de los tributos. Han existido distintas posiciones, en concreto respecto del delito de defraudación, con relación a cuáles son los tributos tutelados por la norma penal. Por nuestra parte, nos afiliamos a lo expuesto por VALDÉS COSTA²¹, quien con apoyo en el inciso final del artículo 1° del CT²², entendió que la norma aplica a todos los tributos nacionales y departamentales, quedando fuera del alcance de la norma únicamente los tributos aduaneros, esto es, “aquellos cuyo hecho generador es una operación de importación, exportación o tránsito ante las aduanas nacionales”²³.

Complementariamente, debe tenerse en cuenta que el acto fraudulento debe ejecutarse en procura de obtener un beneficio en perjuicio del derecho del Estado a la percepción de tributos, y no de otras obligaciones pecuniarias para con éste. En consecuencia, no existirá defraudación en el caso que la obligación que se pretenda evadir sea de una diversa a aquellas prestaciones pecuniarias que el Estado exige en ejercicio

14 VALDÉS COSTA, Ramón, VALDÉS DE BLENGIO, Nelly, y SAYAGUÉS ARECO, Eduardo, op. cit., pág. 561; y BERRO, Federico, op. cit., pág. 80.

15 RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso: “Delitos de lesión y delitos de peligro. Derecho Penal Español”, DYKINSON, Madrid 1994, págs. 427 y ss.

16 *Ibidem*.

17 ROXIN, Claus: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Thomson Civitas, Madrid, 1997, pág. 335.

18 BERRO, Federico, op. cit., pág. 79.

19 Cfr. BERRO, Federico, op. cit., pág. 87.

20 Cfr. BARRERA, Jorge y PEREIRA GARMENDIA, Mario, op. cit., págs. 128 y 129.

21 VALDÉS COSTA, Ramón, VALDÉS DE BLENGIO, Nelly, y SAYAGUÉS ARECO, Eduardo, op. cit., pág. 617.

22 El inciso final del artículo 1° dispone: “Son tributos departamentales aquellos cuyo sujeto activo es una administración departamental”, cualquiera fuere el órgano competente para su creación, modificación o derogación. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, se aplicarán a estos tributos las normas de competencia legal en materia punitiva y jurisdiccional”.

23 Definición brindada por el artículo 1° del CT.

de su poder de imperio²⁴. Por ello, la ejecución de actos fraudulentos tendientes a evadir el pago de precios públicos, por citar un ejemplo, no será pasible de ser tipificada como una conducta defraudatoria. Tampoco lo será en aquellos casos en que la maniobra recaiga en figuras similares a los tributos, como ser las prestaciones pecuniarias exigidas en forma obligatoria por ley cuyo sujeto activo son personas de derecho público no estatal (denominados paratributos), por cuanto la defraudación tributaria pune únicamente situaciones en que se vulneran los derechos del Estado.

2.4. Intención del sujeto

Tanto el artículo 96 del CT como el 110, establecen que el acto fraudulento debe estar dirigido a procurar obtener un *“enriquecimiento indebido”*, a expensas de los derechos del Estado a la percepción de los tributos. En definitiva, y en palabras de BERRO, el acto debe ser realizado en procura de obtener un *“aumento patrimonial no justificado por el sistema jurídico”*²⁵.

En mérito a lo anterior, debe descartarse de plano la inclusión en la figura de la infracción de defraudación las conductas engañosas que no tengan por propósito la obtención de un provecho pecuniario ilícito, aún cuando producto de las mismas se pusiera en riesgo la recaudación de tributos por parte del Estado. En este sentido, el citado autor ejemplifica planteando como caso no punible la realización de actos fraudulentos en procura de poner en evidencia las fallas en el sistema de control, o con fines de lograr publicidad política²⁶.

3. EL ENGAÑO EN LOS ARTÍCULOS 96 Y 110 DEL CT

Analizados los conceptos generales aplicables tanto a la infracción como al delito de defraudación tributaria, continuaremos con el estudio de los distintos requerimientos normativos que existen para que un engaño califique como tal a los efectos de la defraudación. Ello, por cuanto desde ya corresponde descartar de plano que cualquier conducta engañosa pueda considerarse como fraude en los términos exigidos por el CT.

3.1. Engaño en sede infraccional

La lectura del artículo 96 del CT nos permite rápidamente advertir que existen elementos adyacentes al acto fraudulento que la normativa exige para que la conducta sea pasible de sanciones, y que sin su verificación no estaremos frente a un caso de defraudación. Algunos de ellos ya fueron mencionados y analizados previamente; como ser que se trate de un engaño tendiente al no pago de tributos, pasible de vulnerar los derechos del Estado, y que la intención del sujeto esté dirigida a obtener un provecho pecuniario indebido producto de tal vulneración.

En cuanto a los aspectos particulares que surgen de la regulación de la infracción de defraudación, debe tenerse especialmente presente la idoneidad que exige el artículo 96 del CT, en mérito de la cual debe afirmarse sin vacilaciones que a la luz del texto vigente no toda conducta engañosa podrá tipificarse como defraudación.

En concreto, existen circunstancias en las cuales aun pudiendo constatarse la existencia de un engaño en conjunto con la intención de obtener un beneficio indebido a expensas del derecho del Estado a la percepción de los tributos, la conducta no encuadrará dentro del tipo infraccional de defraudación tributaria. Entendemos que la norma parte del supuesto que existen determinados engaños pasibles de ser llevados a cabo por los sujetos pasivos que, por su naturaleza, podrían no calificar en lo preceptuado por el artículo 96 del CT y que por ende no ameritarían la aplicación de sanciones de tal entidad como las previstas en dicho artículo.

Estas consideraciones se apoyan en el inciso segundo del artículo 96 del CT, que establece que se considerará engaño a los efectos de la infracción a aquél *“que induzca o sea susceptible de inducir a los funcionarios de la Administración Fiscal (...)”* (el subrayado nos pertenece). Como puede apreciarse, la normativa exige

²⁴ Conforme al artículo 10 del CT.

²⁵ BERRO, Federico, op. cit., pág. 80.

²⁶ Vé. BERRO, Federico, op. cit., pág. 79.

expresamente que se trate de un engaño calificado, esto es, que exista una aptitud natural del medio escogido para poder, en un plano ideal, conseguir inducir en error a la Administración o, en palabras de BERRO, que la conducta ejecutada por el sujeto revista "*cierta trascendencia o virtualidad*"²⁷.

Por otra parte, dicha habilidad del engaño no debe valorarse en términos abstractos, sino teniendo especialmente presente que el sujeto que está en frente al eventual defraudador es un funcionario de la Administración Fiscal, que mal podría considerarse como un tercero cualquiera. No es posible soslayar que se trata de un sujeto capacitado y especializado en las funciones que ejerce, quien no sólo cuenta con una formación específica para cumplir sus cometidos, sino con todo un elenco de amplias facultades inspectivas y fiscalizadoras que le permiten acceder a información relevante vinculada a la verdad material de los hechos que pretende inspeccionar. En este sentido, corresponde recordar que entre las amplias facultades de investigación y fiscalización, la Administración puede exigir la exhibición de los libros, documentos y correspondencia comerciales propios y ajenos; intervenir los documentos inspeccionados; incautar libros; practicar inspecciones en bienes muebles o inmuebles detentados u ocupados a cualquier título por los contribuyentes y responsables; requerir informaciones a terceros, pudiendo intimarles su comparecencia ante la autoridad administrativa, entre otros²⁸.

A nuestro criterio, este tipo de previsiones son las que justifican, al decir de RETA, que la norma no contemple "*la inducción en error producto de una simple mentira y sólo castiga la conducta que significa emplear un procedimiento destinado a superar la normal previsión del agente tributario*"²⁹ (el subrayado nos pertenece). Es por ello que la idoneidad del engaño no debe medirse únicamente en tanto conducta fraudulenta sino también en consideración del sujeto destinatario de ésta. Tratándose en este caso de un tercero calificado, los niveles de exigencia para considerar que un engaño sea susceptible de inducir en error deben ser razonablemente superiores a un estándar medio, atendiendo a la preparación y herramientas legales con la que cuentan los funcionarios de la Administración Fiscal para franquear una "primera línea" de actos engañosos, a la cual otro tercero no podría acceder.

Es posible afirmar que la norma, encuadrada dentro del derecho punitivo, recoge en forma apropiada el principio de trascendencia que rige la materia, y por el cual solamente se consideran pasibles de sanción las conductas que, además de encartar en el tipo previsto en la ley, significan una real lesión a quien padece tal incumplimiento. Tal como afirma LANGÓN CUÑARRO, "*tanto la ley como la pena deben ser racionales, adecuadas, y vinculadas estrictamente a postulados de justicia*", concluyendo que "*una pena desproporcionada es una pena injusta, aunque sea legítima*"³⁰. Entendemos que es este principio rector el que llevó a dejar fuera del ámbito de aplicación del artículo 96 del CT los engaños nimios, que por su entidad no ponen en un riesgo efectivo los legítimos derechos del Estado a la percepción de los tributos. En igual sentido, BERRO entiende que el derecho penal sanciona un mínimo ético, lo cual "*hace criticable la penalización de conductas que no configuran una grave trasgresión a los bienes jurídicos que la sociedad aprecia*"³¹.

Bajo esta línea argumental, no podrían catalogarse como conductas pasibles de ser castigadas con multa por defraudación aquellas situaciones en que la Administración Tributaria puede conocer sin mayores obstáculos la presencia de tributos impagos o que se pretendieron no pagar.

Como ejemplo de lo anteriormente expresado, vale citar el caso de contribuyentes que facturan todas sus ventas pero luego no las declaran en forma correcta y veraz al presentar las correspondientes declaraciones juradas. Suponiendo que el hipotético caso tratara de una inspección correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, es de prever que los funcionarios actuantes, en el marco de sus deberes básicos de inspección, solicitarán al contribuyente las facturas emitidas, o al menos una muestra representativa de éstas correspondiente al período objeto de inspección. Bastará en este caso con hacer una simple suma (si no fue hecha ya por el inspeccionado), para constatar tanto el engaño como las efectivas sumas adeudadas, por lo que mal podría considerarse un engaño susceptible de inducir en error. Similares consideraciones pueden realizarse si, por

27 BERRO, Federico, op. cit., pág. 79.

28 Todas ellas previstas en el artículo 68 del CT.

29 RETA, Adela. "El delito de defraudación tributaria en la ley 15.294.", Revista de Derecho Penal n° 6°, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984. Pág. 51.

30 LANGÓN CUÑARRO, Miguel, "Curso de Derecho Penal y Procesal Penal. Teoría de la Ley Penal, del Delito, y de la Pena", Ediciones Del Foro, Montevideo, 2003, pág. 25.

31 BERRO, Federico, op. cit., pág. 30.

ejemplo, un contribuyente omitiera documentar sus ventas en facturas o facturara importes menores a los reales, pero efectuara todas sus operaciones mediante tarjeta de crédito. En este caso, bastará con requerir al contribuyente, o a la empresa administradora de crédito si el primero se negara, el detalle de las operaciones del período que se pretenda cuestionar³², pudiendo conocer sin más trámite el fondo de la cuestión. Por otra parte, tampoco podría encuadrarse en el artículo 96 del CT por sí solo el caso de un contribuyente que se encontrara omiso de cumplimiento de sus deberes formales y sustanciales frente a la Administración, como el de inscripción, presentación de declaraciones juradas y pago. Esta postura ha sido sostenida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo³³, quien citando al Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (quien a su vez citaba un fallo de la Justicia Penal³⁴) afirmó, en primer lugar, que respecto de “*las omisiones formales de denunciar el hecho generador, presentar declaraciones juradas y demás cabe precisar que las mismas fueron castigadas al tipificarse la contravención pero no necesariamente implican la existencia de defraudación*”, y agregó que quedan excluidas del ámbito de la defraudación tributaria “*las conductas omisivas, como por ej: omisión de inscribirse como contribuyente, omisión de pago, omisión de formular las declaraciones a que se estuviera obligado*”.

Lo anterior, encuentra incluso su respaldo en el propio CT, el cual se ocupa de distinguir la defraudación de los comportamientos meramente omisos. Así, el artículo 38 del CT, al enumerar los casos de ampliación a diez años del plazo de prescripción de los tributos, prevé como causales diferentes la defraudación respecto de otras circunstancias como la “omisión de inscripción”, la de “denunciar el acaecimiento del hecho generador” y la de “presentar las declaraciones”.

En consecuencia, no existe una identificación necesaria entre la defraudación y la omisión de cumplimiento de los citados deberes, por lo que no pueden considerarse engaño, ni tampoco ocultación.

Respecto a ésta última modalidad de conducta fraudulenta (la ocultación), y si bien excede el objeto de análisis del presente trabajo, corresponde recordar que para su configuración no basta con un “*olvido de mostrar sino la acción de esconder, tapar o disfrazar una situación*”, siendo necesaria para su verificación la presencia de una suerte de “omisión activa” por parte del sujeto³⁵. En adición a ello, y al igual que en materia de engaño, dicha ocultación deberá ser susceptible de inducir en error a los funcionarios de la Administración Fiscal.

En mérito a lo expuesto en este capítulo, consideramos que la mentada potencialidad de inducción en error debe valorarse no en forma estática sino apelando a una conceptualización evolutiva que atienda, entre otros factores, a la mejora continua de los mecanismos de control a cargo del Fisco dada mediante la adjudicación de más facultades o prerrogativas de inspección, mediante el advenimiento y suministro de nuevas herramientas tecnológicas, o mediante el incremento del capital humano. Ésta sostenida mejora en los mecanismos de fiscalización genera una relación inversamente proporcional respecto de los casos que admitirían valorarse como susceptibles de inducir en error a los funcionarios de la Administración Fiscal. En otras palabras, en la actualidad engañar al Fisco resulta cada vez más difícil.

3.2. Engaño en sede penal

Como ya expresáramos, la redacción actual del artículo 110 del CT ha llevado a varios autores a concluir que la punición de la defraudación tributaria en nuestro derecho viola el principio de *non bis in idem*. No obstante, y sin perjuicio de coincidir plenamente con dicha postura, entendemos que merecen mencionarse las particularidades derivadas de la diferente redacción de la norma respecto del artículo 96 del CT, brindando un comentario apegado al tenor literal del texto vigente.

En primer lugar, debe destacarse que el artículo 110 del CT sanciona al que, por sí o por interpuesta persona, “*procediera con engaño*” lo cual permite realizar una primera delimitación. Con esta redacción, ha quedado fuera de los límites de la defraudación los casos en que el contribuyente procede a ocultar la exis-

32 Corresponde recordar el artículo 504 de la Ley Nro. 16.320, interpretó que no rige el secreto profesional consagrado en el artículo 25 del decreto-Ley Nro. 15.322 para éste tipo de entidades, respecto de la Dirección General Impositiva.

33 Cfr. Sentencia TCA Nro. 154/2004 de 12 de abril de 2004, publicada en Revista Tributaria, Tomo XXXI, Nro. 181 (Julio-Agosto de 2004) págs. 622 y ss.

34 Resolución Nro. 91, de 20 de marzo de 1998, dictada por el Juez Letrado de 1ª Instancia en lo Penal de 13º Turno.

35 Cfr. BERRO, Federico, op. cit., pág. 79.

tencia del hecho imponible, puesto que ha quedado fuera del tipo dicho comportamiento³⁶. Téngase presente que la propia norma, a diferencia del artículo 96 del CT, omite hacer referencias a la modalidad de ocultación, exigiendo que exista un proceder, y que éste sea engañoso. Tal como sostiene BERRO, ha habido un cambio consciente en la redacción del artículo 110 del CT, eliminándose la acción de ocultar, por lo que concluye que *“las ocultaciones sólo estarán penadas cuando también sean un engaño”*³⁷.

En segundo lugar, y trasladándonos ya a la naturaleza del engaño al que refiere el artículo 110 del CT, varios autores han sostenido que es posible trazar un paralelismo entre el delito de defraudación tributaria y el delito de estafa, regulado en el artículo 347 del Código Penal³⁸.

En dicho sentido, PREZA ha señalado que la redacción actual del artículo 110 del CT ha aproximado a la defraudación al delito de estafa, sosteniendo que *“la estafa es el género y como especie la defraudación”*. Destaca asimismo que en ocasión de la discusión del Código Tributario, el Consejero VIANA REYES sostuvo que *“hubiera bastado añadir un calificante al delito de estafa, sin necesidad de crear una figura especial”*.³⁹

El paralelismo cobra fuerza cuando se aprecia que ambas figuras delictivas reposan en la presencia de un engaño por parte de quien las ejecuta, y por el hecho de tratarse en ambos casos de delitos “de peligro”, en el entendido que ninguno de los dos tipos exige que se obtenga efectivamente un provecho injusto, anticipándose el momento consumativo al de la ejecución de la maniobra. No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que el bien jurídico tutelado en ambos casos es diverso.

Lo que caracteriza a la mentira típica en la estafa es la de su naturaleza de inveracidad instrumentalizadora, esto es, un acto apto para producir un error en el receptor de la conducta, quien a su vez efectuará un acto de disposición en perjuicio de sí mismo. Por ello, no habrá sanción cuando la inveracidad hubiera podido ser descubierta sin especiales dificultades por el destinatario de la maniobra; cuando los deberes de diligencia de éste, derivados de su posición ocupada en el tráfico privado, los que le exigían –y era posible– disipar la apariencia de veracidad y salir con ello de su error⁴⁰.

En el caso de la defraudación tributaria, y si perjuicio de compartir las valoraciones antes reseñadas, es posible sostener que existe una particularidad, derivada de la regla general bajo la cual se pagan los tributos en nuestro país.

Como bien es sabido, en el Uruguay rige como criterio general que el propio sujeto pasivo es quien debe de comunicar a la Administración que se ha configurado el presupuesto de hecho o hecho generador del tributo, así como quien procede a la confección de la liquidación de dicho tributo y su posterior pago. En consecuencia, en los casos que es el sujeto pasivo quien debe denunciar el acaecimiento del hecho generador y su incidencia económica, la Administración Tributaria se coloca en una situación de desconocimiento, a la espera que el sujeto pasivo, en cumplimiento de sus obligaciones formales establecidas en el CT, la saque de dicho estado. En otras palabras, no se puede engañar a la Administración Tributaria en aquellos casos en que ésta se halla en ignorancia respecto de los elementos esenciales de la obligación tributaria: lo que se hace es mantenerla en tal estado.

Como consecuencia de lo anterior, y sin perjuicio de lo que seguidamente se expondrá, entendemos que no tendría sentido exigir en los casos en que el propio sujeto pasivo liquida sus tributos *una mise en scène*, cuando le bastaría con un burdo engaño para afectar o potencialmente afectar el Erario Público. No obstante, la naturaleza de la conducta engañosa, que adelantamos requerirá el carácter de “calificado” como se exige en la infracción, deberá medirse en una ulterior instancia (la de Fiscalización), por lo que de ninguna manera puede afirmarse que el delito de defraudación pueda ser cometido por la comisión de cualquier tipo de engaño.

36 PREZA RESTUCCIA, Dardo: “Los delitos tributarios.”, Revista INUDEP. Año VII. N° 9, AMF, Montevideo, 1988, pág. 68.

37 BERRO, Federico, op. cit., pág. 87.

38 “Artículo 347. (Estafa): El que con estratagemas o engaños artificiosos, indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría”.

39 PREZA RESTUCCIA, Dardo, op. cit.

40 Cfr. BARRERA, Jorge y PEREIRA GARMENDIA, Mario, op. cit., pág. 132.

Adicionalmente, debe descartarse de plano que la mera omisión del sujeto pasivo en informar debidamente a la Administración Tributaria (cuando la misma sea factible de causar una puesta en peligro concreto al bien jurídico inmediatamente tutelado) pueda configurar el medio típico “engaño” del artículo 110 del CT. Ello, en virtud de que el verbo nuclear de la norma (“proceder”) requiere que exista una acción efectiva por parte del sujeto. Si bien no existirían razones teleológicas ni político-criminales a los efectos de justificar que el artículo 110 del CT exija la constatación de un engaño de las características del medio típico de la estafa; ello no implica que la presencia del verbo “proceder” sea intrascendente; mas por el contrario, éste cumple la misión de declarar que el disvalor de acción del delito de defraudación tributaria consiste en algo más que en la simple infracción del deber extra penal⁴¹.

Debe tenerse presente que el engaño solamente será pasible de colocar al Erario Público en concreto peligro cuando la Administración Tributaria, acorde a su normal proceder, no pudiese constatar la verdadera capacidad contributiva del contribuyente. De allí que, en todos aquellos casos en que se cometa un engaño en la declaración jurada presentada por el sujeto pasivo o bien se mintiese a la Administración Tributaria (sin contar para ello con una estratagema o artificio); y el Fisco contase con elementos, indicios, documentos, en general medios suficientes para poder determinar la falacia del sujeto (aunque en el caso particular no los emplee); en tales casos no se configurará el juicio de tipicidad, y por ende no estaremos frente a un caso de defraudación. Ello debido a que no existe en tal conducta un juicio positivo de peligrosidad, y menos aún de peligro. De allí se desprende forzosamente una atipicidad conglobante penal por carecer tal conducta de lesividad. En concreto, para este caso, una puesta en peligro concreto al bien jurídico inmediatamente tutelado: el Erario Público⁴².

Toda vez que la Administración Tributaria cuente con medios suficientes para poder determinar *per se stante* (y sin perjuicio de la Declaración jurada) la capacidad contributiva del sujeto pasivo, tal medio (aunque típico) no será pasible de lesividad alguna respecto al bien jurídico inmediato. En tales casos, la existencia de una lesión al patrimonio del Estado no se deberá al proceder del sujeto pasivo, sino a la falta de diligencia por parte de la Administración Tributaria. Es decir, no cabe hacer un análisis de corte naturalista en donde se verifique si, en los hechos la Administración se equivocó debido a que el sujeto pasivo le ocultó información, o no colaboró como le era debido acorde a la legislación tributaria; sino que debe de determinarse en base a un análisis de tipo normativo, en donde se coteje qué informaciones incumbía averiguar a la víctima y cuáles debían ser proporcionadas por el autor. Y entonces, en todos aquellos casos en que –acorde al normal funcionamiento del sistema- la Administración cuente con información suficiente como para salir de tal estado de ignorancia acerca de la verdadera capacidad contributiva del contribuyente, y no la utilice, o la emplee en forma inapropiada, habrá actuado en detrimento de sus deberes de diligencia, y a ella se deberá imputar (desde un punto de vista penal) el resultado lesivo. Lo que se postula, pues, es una suerte de “instrumentalización” de los deberes de colaboración expuestos por la legislación tributaria vernácula; mas no con ello se propone punir las omisiones al deber de informar por parte de los sujetos pasivos, elevando tales deberes al rango de objetividad jurídica tutelada por este delito⁴³. En el sentido de lo expuesto, entendemos aplicable la conclusión final del capítulo 3.1. anterior al ámbito penal, debiéndose ponderar la efectiva eficacia del engaño en función del amplio elenco de facultades con las que cuenta la Administración Fiscal para acceder a la realidad subyacente.

4. CONCLUSIONES

En primer lugar, debe extraerse como principal conclusión del presente trabajo que el engaño, tanto en la infracción como en el delito de defraudación tributaria, debe revestir una magnitud tal que sea susceptible de inducir en error a los funcionarios de la Administración Fiscal, idoneidad que debe valorarse tanto en función del sujeto receptor del engaño (el funcionario) como de las crecientes facultades legales con las que éste cuenta para el mejor ejercicio de sus funciones de control y fiscalización. Este perfeccionamiento tecnológico y técnico no debe considerarse en absoluto ajeno al proceso de calificación de un determinado acto como defraudatorio, sino por el contrario, debe ser ponderado en forma apropiada procurando discernir si dicho acto efectivamente reviste la sofisticación exigida por la normativa vigente.

41 Cfr. BARRERA, Jorge y PEREIRA GARMENDIA, Mario, op. cit., pág. 145.

42 Cfr. BARRERA, Jorge y PEREIRA GARMENDIA, Mario, op. cit., pág. 136.

43 Cfr. BARRERA, Jorge y PEREIRA GARMENDIA, Mario, op. cit., pág. 140.

En segundo lugar, y como ya expusieramos, entendemos que la distinta redacción de los artículos 96 y 110 del CT no nos inhibe de afirmar que en numerosos casos la aplicación de dichas normas vulnerarán el principio de non bis in idem, en virtud de que en sustancia, la redacción actual de los multicitados artículos punen conductas sustancialmente similares (aunque con menor extensión en el delito, como fuera explicitado).

Por otra parte, concluimos que por la redacción de las normas bajo estudio podrán existir casos en que se verifique solamente el tipo infraccional, pero en ningún caso tal situación podría darse a la inversa. Ello, debido a que las conductas del artículo 110 están previstas en el artículo 96 del CT, pero no así a la inversa (como por ejemplo la ocultación). Asimismo, debe tenerse especialmente presente el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, el cual se constituye como un último escudo defensivo del Estado tendiente a proteger un mínimo ético exigible. Repara en tal sentido SILVA SÁNCHEZ quien sostiene que *“la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización supone una expansión ad absurdum de la otrora ultima ratio. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar”*, y agrega que existen problemas socio-políticos cuyo carácter macroscópico estructural o sistémico determina que, aun cuando pudiera predicarse de ellos una naturaleza globalmente «criminal», el Derecho penal no constituya —ya conceptualmente— el mecanismo adecuado para una gestión razonable de los mismos. Finalmente, el destacado penalista español concluye que *“se trata de desviar al Derecho penal las grandes cuestiones del funcionamiento de la comunidad como tal, cuestiones que hoy por hoy ni las instituciones políticas ni los grupos sociales son capaces de resolver”*.⁴⁴

En consecuencia, y refiriéndonos al objeto de nuestro estudio, entendemos que una situación que puede ser reprimida eficazmente con penas pecuniarias, no debería en ningún caso sustituirse con sanciones privativas de libertad. Ello se refuerza más aún si consideramos que existen otro tipo de sanciones no privativas de libertad, extra CT, que pueden ser aplicadas en casos de defraudación⁴⁵.

Por último, y en virtud de lo anterior, creemos conveniente rever la normativa vigente en materia de defraudación tributaria, y procurar evitar la situación de doble punición existente al momento. Entendemos que debe estipularse que la aplicación de la sanción privativa de libertad queda reservada para casos de determinada entidad (procurando objetivar dicha situación), o para casos en que el sujeto ya hubiere sido sancionado con infracciones de defraudación en el pasado. Esto es, reintroducir algunos aspectos que entendíamos positivos del derogado artículo 110 de CT, adecuándolos y manteniendo las virtudes que puedan atribuirse a la normativa vigente. Asimismo, y como corolario de lo anterior, entendemos conveniente que se estipule en forma expresa que la aplicación de la infracción veda la imputación en sede penal por el delito cuando se tratare de un mismo hecho que se pretende juzgar.

44 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, 2da edición (Revisada y Ampliada), Editorial Civitas, Madrid, 2001.

45 Como la clausura de establecimiento (artículo 69 de la Ley Nro. 16.134, en la redacción dada por las Leyes Nros. 16.170 y 17.930), o la publicación del caso por parte de la Dirección General Impositiva (artículo 460 de la Ley Nro. 17.930).

CLOUD COMPUTING & WALLED GARDENS

SILVANA CASCIOTTI VIGNOLO¹

LAURA NAHABETIÁN BRUNET²

1. INTRODUCCIÓN

Se escucha habitualmente con una algarabía de consideración, la afirmación “Que nuestros datos y relaciones no estén en nuestros equipos ni dependan del sistema operativo de nuestros equipos, sino que se encuentren “in the cloud”.” ¿Qué significa? ¿Por qué ahora? ¿Para qué sirve? ¿Qué beneficios o acaso perjuicios puede producir? ¿Cuál es su vínculo con la sociedad de la información? En definitiva, desentrañar si se está o no inmerso “in the cloud” es parte de lo que quienes participan de la sociedad red se preguntan con habitualidad y en muchos casos no saben cómo responder.

Como contrapartida se verifican los “walled gardens” con los no pocos cuestionamientos que provocan y se reproducen. ¿Redes sociales abiertas y distribuidas? ¿Contraposición en la red? ¿Volver a los inicios?

Avanzar en estas respuestas y en la eventualidad de su criticidad es fundamental para los desenvolvimientos presentes y futuros en una realidad que se impuso y es necesario conocer, interactuar y ... ¿compartir?

2. CONCEPTUALIZACIÓN

Cloud Computing o Computación en la nube refiere a un concepto reciente y que despierta interés en muchos operadores tales como abogados, ingenieros, empresas, en la medida de que es un nuevo paradigma que involucra cambios en la manera de operar de los individuos a través de internet.

Obtener una única y consistente definición de Cloud Computing parece ser una misión imposible. Muchos proveedores, fuentes de Información y expertos en tecnología citan de manera distinta lo que ellos entienden que Cloud Computing significa o representa para una organización. Lo que sí resulta ser algo común entre todas esas fuentes de consulta son los beneficios que le puede aportar al negocio, los elementos tecnológicos que la componen; y la casi ineludible verdad sobre que Cloud Computing será un punto de inflexión que cambiará la forma de proveer o utilizar los servicios de IT.

En función de lo anterior, y sin ánimo de crear nuevas definiciones llenas de palabras y términos complejos que carecen de un sentido práctico, se dedicarán las siguientes líneas a repasar cómo se llega a lo que hoy se conoce bajo el nombre de Cloud Computing, sus componentes y potenciales beneficios.

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo de la República Oriental del Uruguay.

Aspirante a Profesora Adscripta en Informática Jurídica en la Universidad de Montevideo.

Especializada en Tecnologías de la Información y Protección de Datos.

Autora de artículos sobre temas de su especialidad.

Dirección electrónica: silvanacasciottiv@gmail.com

2 Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay.

Magister en Ciencias de la Legislación y Gobernanza Política por la Universidad de Pisa.

Especialista en Gobierno y Administración Digital.

Docente Universitaria en la Cátedras de Informática Jurídica de la Universidad Mayor de la República y Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Uruguay e integrante del Instituto de Derecho Informático y del Área de Derecho Constitucional de las respectivas universidades.

Asesora en el Parlamento Nacional de la República.

Autora de libros y artículos sobre temas de su especialidad.

Dirección electrónica: lnahabetian@gmail.com

Cloud computing implica que los datos y relaciones de una persona no se encuentran en su equipo ni depende del sistema operativo de sus equipos sino que se encuentran en la Red (The cloud, las nubes).

Cloud computing consiste en mover la computación del simple computador personal o centro de datos convencional hacia Internet.

Se refiere a la tendencia cada vez más arraigada en los usuarios, de utilizar las aplicaciones que se ofrecen “on line” (correo electrónico, procesador de textos, calendarios y agendas, envío de newsletter, almacenamiento y edición de fotografías e imágenes, entre otras tantas aplicaciones) sin necesidad de tenerlas en sus computadoras o poseer grandes conocimientos técnicos.

No existe una definición estándar aceptada universalmente; sin embargo, existen organismos internacionales cuyos objetivos son la estandarización de Tecnologías de la Información y, en particular, de Cloud Computing. El más reconocido de ellos es el National Institute of Standards and Technology (NIST)³ y su Information Technology Laboratory, que define la computación en la nube como:

“Un modelo para habilitar el acceso a un conjunto de servicios computacionales (ej. redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) de manera conveniente y por demanda, que pueden ser rápidamente aprovisionados y liberados con un esfuerzo administrativo y una interacción con el proveedor del servicio mínimos”.

El crecimiento del cloud computing parece muy difícil de frenar. Según un estudio elaborado por la consultora alemana Roland Berger y la empresa de software de ese mismo país SAP AG, la inversión en esa área pasará de 21.500 millones de dólares en 2010 a 79.900 en 2015, lo que convierte a este sector en el de crecimiento más rápido dentro de las tecnologías de la información; y generaría hasta 800.000 puestos de trabajo.

El modelo cloud computing está compuesto por cinco características esenciales:

- Auto-servicio por demanda. Los servicios pueden utilizarse por el usuario a través de Internet directamente. El cliente paga únicamente por el tiempo de uso del servicio.
- Acceso ubicuo a la red. Los servicios se encuentran desplegados en la nube y son accesibles desde cualquier medio con acceso a la red (Internet, Intranet o Extranet).
- Fondo común de recursos. Los servicios se encuentran en la Nube para ser utilizados por múltiples usuarios bajo un modelo multi-arrendatario en diferentes lugares del mundo. Esto genera una independencia de la ubicación de los recursos aprovechando la naturaleza de Internet (Internet, Intranet, Extranet).
- Rápida elasticidad. La cantidad o calidad de los servicios ofrecidos en la Nube puede aumentar o disminuir rápidamente dependiendo de las necesidades cambiantes de los usuarios.
- Servicio medido. Cada recurso que consume el usuario y que es facturable debe ser medido, no sólo para fines de tarificación sino también de control. Este servicio puede ser vendido al mismo usuario dentro de su contexto y/o ambiente.

Walled gardens es la expresión sajona utilizada para referir en una traducción literal a “jardines enrejados” o “jardines amurallados”. Es precisamente esa imagen, - trasladada a la tecnología - la que se pretende advertir cuando se hace referencia al fenómeno en relación con el cual las posibilidades de movilidad y adopción de decisión en determinado espacio de la red no es posible de asumir.

En efecto, desde el punto de vista conceptual walled gardens implica un espacio privativo, un conjunto cerrado o exclusivo de servicios de información para los usuarios, lo que contrasta con las opciones de entregar a los consumidores acceso abierto e irrestricto a las aplicaciones y contenido.

Desde el punto de vista de los dispositivos móviles, puede señalarse que los walled gardens, fueron creados para dificultar la navegación libre en éstos en beneficio de los sitios propios oficiales. Esto choca de manera frontal con las tendencias del mercado hacia el long tail, en mérito a que la enorme variedad y diversificación

3 El NIST es una Agencia del Departamento de Comercio de los Estados Unidos. Dentro del NIST, el Computer Security Resource Center (CSRC) se encarga de los estándares de las Tecnologías de la Información y, en concreto, de Cloud Computing.

de servicios demandados hacen imposible la oferta de todos ellos en los portales de los operadores, y por supuesto impide los contralores acordados. Así, los sitios Web 2.0 funcionan en este momento como aceleradores de la evolución de las operadoras hacia la apertura, al menos parcial, de sus walled gardens.

Los jardines amurallados se caracterizan por la inexistencia de una URL de la información, por lo que sin perjuicio que es viable ingresar desde el navegador a una página de un jardín amurallado y de esta forma acceder a la información que en éste se hospeda, no será posible compartirla con usuarios externos a la comunidad de pertenencia. Esto significa que la información se encuentra en internet, sin embargo no estará accesible.

Otra característica sustantiva determina la utilización de protocolos privativos limitantes de la universalidad de conexiones entre servidores y entre terminales, esto es, en palabras de Berners-Lee: "El sistema de iTunes de Apple, por ejemplo, identifica las canciones y vídeos a través de URLs que están abiertos. Pero en lugar de "http:" las direcciones comienzan con "iTunes:", que es propietario. Usted puede acceder a un "iTunes:" pero solamente podrá hacerlo mediante el programa de propiedad de Apple "iTunes"."

Finalmente, las apps y gadgets son pequeños programas que buscan y procesan información a petición de un interés determinado y específico del usuario. Esto significa que ciertamente existen apps que corren sobre la web pero también hay apps que no necesitan de la interface web, se conectan en forma directa con el terminal del usuario con el servidor mediante nuevos programas y protocolos que desconsideran al universal http. Un ejemplo de esto son las aplicaciones privativas de las Ipad o de los conocidos iPhones.

Ahora bien, es preciso tener presente que la universalidad es fundamental para la difusión de la información y es en ella donde se verifica la plusvalía económica que podría implicar llegar a millones de usuarios, lo que se realiza a partir de la facilitación del acceso. En efecto, "muchas empresas invierten dinero para desarrollar aplicaciones extraordinarias precisamente porque confían en que la aplicación funcionará para cualquier persona, independientemente del hardware, sistema operativo o el proveedor de servicios Internet (ISP) que están utilizando, todo lo cual es posible por los estándares abiertos de la Web."⁴

Sin embargo, las apps tienen un potencial muy interesante. En efecto, David Cuen, establece que "las apps son un paraíso para las empresas. Son plataformas cerradas, no se puede bloquear la publicidad y los editores deciden qué información comparten y cuál no".⁵

3. ORÍGENES

Algunos relatos colocan su nacimiento en 2006, año en el que grandes empresas como Amazon y Google empezaron a usar 'computación en la nube' para describir en nuevo paradigma en el que la gente accede cada vez con mayor frecuencia al software, los archivos y la potencia computacional a través de la web en vez de mediante sus ordenadores personales.

Technology Review indica que la aparición del término surgió una década antes, en 1996, en un parque empresarial en las afueras de Houston. En las oficinas de Compaq Computer, un pequeño grupo de ejecutivos vinculados a la tecnología planeaba el futuro del negocio en Internet y lo denominaba "computación en la nube".

La computación en nube se está extendiendo rápidamente porque recoge un cambio histórico en la industria de la informática, en el que cada vez más memoria de computación, potencia de procesado y aplicaciones se alojan en centros de datos remotos, en "la nube".

⁴ Berners-Lee, Tim.- "Long Live the Web: A Call for Continued Open Standards and Neutrality" en Scientific American Magazine. Nueva York, 2010.

⁵ Cuen, David.- Las apps son el futuro (ríen o lloren), en versión digital de BBC Mundo. Disponible en: http://www.bbc.co.uk/blogs/mundo/un_mundo_feliz/2010/06/las_apps_son_el_futuro_rian_o.html Verificado el 29 de marzo de 2012.

Igual que Web 2.0, la computación en la nube se ha convertido en una jerga omnipresente que parece molestar a muchos ejecutivos informáticos, pero que también es complicado de evitar. “Yo la odiaba, pero acabé por rendirme”, afirma Carl Bass, presidente y director general de Autodesk.

En Cloud Camp (curso para programadores), parte del debate es quién debería llevarse la atribución de haber inventado la idea. La noción de computación basada en redes es de la década de 1960, pero muchos creen que el primer uso de computación en la nube en su contexto moderno tuvo lugar el 9 de agosto de 2006, cuando el entonces director de Google, Eric Schmidt introdujo el término en una conferencia del sector. “No creo que la gente haya comprendido realmente lo grande que es esta oportunidad. Empieza por la premisa de que los servicios de datos y la arquitectura deben estar alojados en servidores. Lo llamamos computación en nube, deberían estar en una “nube” en alguna parte”.

El año siguiente, el término empezó a utilizarse más, cuando empresas entre las que se incluían Amazon, IBM y Microsoft empezaron a promocionar también su computación en nube. También fue entonces cuando apareció por primera vez en artículos de prensa, como el reportaje de The New York Times del 15 de noviembre de 2007 titulado: “IBM venderá “computación en nube” usando datos alojados en servidores lejanos”.

A partir del 2010, comienza el despegue y la llegada al gran público de esta nueva arquitectura informática y de sus tecnologías asociadas. Business Week (4 de agosto de 2008) y The Economist (25 de octubre, 2008) ya preveían en 2008 el pronto advenimiento de esta arquitectura y dedicaron sendos suplementos a analizar con detalle el fenómeno de computación en la nube y su impacto en las corporaciones y empresas. En el año 2010, The Economist volvió a insistir en el impacto de la nube y Forbes, publicó un número especial dedicado al Cloud Computing, sin contar el sin fin de publicaciones económicas y tecnológicas de Europa, América del Norte, Asia, América Latina, y el Caribe que continuamente publican noticias sobre este nuevo paradigma.

4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

En cualquiera de las dos tendencias es posible hablar de ventajas y desventajas, motivo por el cual parece interesante tener una aproximación a cuáles de éstas se verifican existentes en cada situación.

4.1 Cloud computing

Cloud Computing es una tecnología que permite obtener servicios computacionales por Internet, y no comprar una carga de costos complejos que lo sacan del foco de su negocio. Es por eso que Cloud Computing ha sido adoptado tanto por usuarios individuales como grandes compañías tales como IBM, General Electric, L’Oreal, Protector & Gamble, entre otros.

Teniendo en cuenta el modelo de despliegue, se puede definir una lista de beneficios del modelo y que han sido aceptados de manera unánime por todos los usuarios de la nube.

A continuación, se identifican las ventajas que identifican los impulsores del Cloud Computing.

Ventajas

- Fácil. Los internautas están acostumbrados a la nube.
- Tercerización (Outsourcing). Las organizaciones acostumbradas al outsourcing como una manera de llevar a cabo los procesos de su negocio desean cada vez más expandir su campo para incluir computación por parte de terceros, por lo menos para ciertas aplicaciones.
- Las Empresas cuentan con mayor facilidad de escalabilidad. la Escalabilidad es la propiedad deseable de un sistema, una red o un proceso, que indica su habilidad para extender el margen de operaciones sin perder calidad, o bien manejar el crecimiento continuo de trabajo de manera fluida, o bien para estar preparado para hacerse más grande sin perder calidad en los servicios ofrecidos.
- Económico. Oportunidad de recortar costos mediante el uso y nivelación de facilidades compartidas.

- No saturación del uso del disco duro del ordenador o aplicación que se usa, debido a que sólo se necesita un navegador web e internet.
- Útil. Se puede trabajar desde cualquier parte y desde diversos dispositivos.
- Las empresas se olvidan de los problemas relacionados con el mantenimiento, soporte y actualización de infraestructura.
- Disponibilidad del servicio y/o aplicación web 24 hs/7 días/365 días.
- Accesibilidad mediante diferentes tecnologías compatibles. Tales como celulares, blackberrys, netbooks, entre otras.

Desventajas

Las ventajas del **cloud computing** son muy buenas respecto a otros servicios de alojamiento, sin embargo esto no los ha dejado exentos de sus notables desventajas, estas desventajas pueden ser cruciales a la hora de elegir este tipo de servicio para una organización, o un individual con un proyecto serio.

- En ocasiones puede ocurrir que debido a una catástrofe natural o error humano, la nube quede fuera de servicio, con las malas repercusiones a los clientes.
- Percepción acerca de la conformidad con la regulación. Bajo el modelo de Cloud Computing, los datos de los usuarios pueden estar en cualquier parte del mundo. Esto compromete al usuario a conocer y cumplir con la normativa existente sobre temas como el almacenamiento y la difusión de los datos, impuestos en transacciones comerciales, entre otros. Del mismo modo, compromete al proveedor de Cloud Computing a hacerse responsable por el cumplimiento de la normativa, lo cual implica procesos de auditoría y seguimientos periódicos.
- Por otra parte se formula la pregunta acerca de la conveniencia de guardar datos privados, fotos, videos, o información mucho más privada en estos servicios. Al día de hoy, ¿realmente hay acuerdo y tranquilidad entre todos los usuarios dejando tantos datos a terceras personas?. Richard Stallman afirma que el Cloud Computing pone en peligro las libertades de los usuarios, porque éstos dejan su privacidad y datos personales en manos de terceros. Afirma también que este esquema obliga a los usuarios a adquirir servicios que son de uso limitado y que aumentarán su costo con el transcurso del tiempo.
- Existe el riesgo de descontrol del manejo, almacenamiento y uso de la información.
- Existe también una mayor dependencia de proveedores de internet, y de la velocidad de adsl, cable, fibra óptica u otras tecnologías.
- Surge la posibilidad que delincuentes cibernéticos vulneren la seguridad del servicio y se hagan de datos privados.

4.2 Walled gardens

Ventajas

En el caso de los walled gardens, es posible señalar como ventajas las siguientes, algunas de las cuales son las que se consideraron al momento de su aparición y que en determinados casos sus detractores proyectan como los elementos que harán factible su desaparición.

- Se trata de plataformas semicerradas o cerradas que permiten un mejor funcionamiento en términos de performance y que utilizan internet para el transporte de la información mas no utilizan el navegador para su visualización. De esta forma no es tan fácil el rastreo de lo que se busca y lo que se consulta en la web.
- La utilización intensiva facilita a las empresas su trabajo de marketing y colabora en la consolidación de tendencias permitiendo los incrementos de ganancias.
- Los usuarios sienten que “la pantalla viene a ellos y que ellos no tiene que ir a la pantalla”.
- Provee ventajas para la seguridad de la información, para la protección de los datos de las personas involucradas en los mismos en mérito a que se establecen determinadas restricciones de seguridad, así como se asocian criterios vinculados con la fiabilidad de la información dado que los controladores son centrales.

Desventajas

Ahora bien, si la referencia es a desventajas, éstas se suman, debiendo determinarse, sin ánimo de exhaustividad, al menos las siguientes:

- Rompen con la neutralidad de la red y con los estándares de programación. Para que la infraestructura de comunicaciones públicas obtenga la maximización de su potencial y de esta forma beneficie a la sociedad, es imprescindible que por un lado no se verifique discriminación entre usuarios, aplicaciones o contenidos, y por otro lado, es fundamental que sea diseñada con foco en la satisfacción de las necesidades generales y no aquéllas concretas de aplicaciones determinadas.
- Deterioran fuertemente la premisa sustancial de distribución libre de los contenidos. Internet se ha constituido como una infraestructura fundamental de la sociedad moderna, siendo de sustancia que uno de sus efectos indirectos importantes se vincula con los beneficios asociados a la economía y la conciencia social colectiva que provoca. Admitida como válida esta afirmación – a estas alturas irrefutable – se comprenderá que el contraste con la visión de cierre, clausura y limitación que aportan los walled gardens es de una magnitud de dificultosa cuantificación, ya que notoriamente no es posible afiliarse a los mecanismos y posturas que señalan que internet se agota en el propio acto de consumo.
- Bloqueo y degradación de contenidos. Es posible que se verifique lo que ha dado en llamarse “balcanización” del acceso a Internet, esto es, la reducción de éste a lo que los operadores de red consideren apropiado o redituable mostrar precisamente a través de los jardines amurallados, lo que al limitar la libertad podría implicar una disminución importante de los contenidos que se presenten, direccionados y sin mayores posibilidades de elección para los usuarios. Esto a su vez, determinaría que los usuarios deberían ser capaces de darse cuenta por sí solos qué contenidos y qué aplicaciones no están disponibles y cuál es la razón. Asimismo, podría dificultarse e incluso prohibirse que los usuarios puedan conectar a sus redes algunos dispositivos.
- Cobro por transmisión de datos con prioridad. La generación de nuevos contenidos en marcos cerrados puede implicar que para su visualización se requiera el pago de costos adicionales, al igual que para la descarga de éstos con mayor velocidad, la facilitación de servicios de tipo priorizado o con calidad de servicio superiores. Indudablemente esto podría redundar en la degradación y bloqueo de contenidos.

5. CAPAS DEL CLOUD COMPUTING

Las Capas de Servicios son básicamente tres y tienen funciones bien diferenciadas unas de otras. En las siguientes líneas se explora cada una de ellas para entenderlas a cabalidad.

- **SaaS (Software as a Service – Software como Servicio)**
Esta capa de la nube probablemente es la más conocida por los usuarios ya que refiere al uso del software que se realiza mediante el navegador de Internet. Los usuarios o empresas que utilizan SaaS lo hacen para dar soporte a los procesos de su negocio. A continuación se brindan ejemplos de servicios provistos en la capa de **SaaS**:
- **Salesforce.com**: provee servicios de la nube para dar soporte a los procesos de CRM (Customer Relationship Management).
- **Google App**: algunos de los servicios que provee Google en la nube son correo, calendario, editor de documentos, de planillas de cálculo, de presentaciones, entre otros.
- **Zoho**: similar a lo provisto por Google App y además incorpora la provisión de CRM, reportes, Marketplace, entre otros.
- **PaaS (Platform as a Service – Plataforma como Servicio)**
Esta capa es utilizada por usuarios avanzados de informática y desarrolladores. Básicamente, se compone de la provisión de la plataforma requerida por una organización para desarrollar, ejecutar y probar procesos/ aplicaciones de sistemas con base on demand. Se compone de servidores de

aplicaciones y, en muchos casos, también de las bases de datos requeridas para la ejecución de los desarrollos. Algunos ejemplos de servicios provistos en la capa de **PaaS** son:

- **Google App Engine:** <http://code.google.com/intl/es-AR/appengine/>
- **BungeeConnect:** <http://www.bungeeconnect.com/>
- **Velneo:** <http://velneo.es/>
- **RadMaker:** <http://www.radmaker.com/>

- **IaaS (Infrastructure as a Service – Infraestructura como Servicio)**

Esta capa en particular es la parte más baja en el modelo de capas, ya que refiere la provisión específica de elementos de una infraestructura IT, como ser: almacenamiento relacional (bases de datos), no relacional (espacio en disco), servicios de procesamiento escalable, clustering, redundancia, instancias de servicios web, hosting, entre otros. Para dar un soporte más escalable y efectivo en términos de costo, la virtualización y clusterización son piezas fundamentales de la tecnología utilizada en IaaS. Algunos ejemplos de servicios provistos en la capa de **IaaS** son:

- **Amazon:** <http://aws.amazon.com/>
- **GoGrid:** <http://www.gogrid.com/>
- **RackSpace:** <http://www.rackspace.com/index.php>

6. WALLED GARDENS: ¿EL FIN DE LA LIBERTAD “IN THE CLOUD”?

Google y Facebook mantienen una conocida disputa que puede resumirse estableciendo simplificada-mente que la pretensión es la misma para ambas, “obtener que la mayor cantidad de usuarios se mantenga fiel por más tiempo”.⁶

Se trata de uno de los mejores ejemplos de jardines amurallados en la medida que se verifica un reforzamiento de las rutinas de forma de ofrecer mayor automatización facilitando que todos los anuncios comerciales se consuman por parte de los usuarios.

Al mismo tiempo obtienen infinidad de información sobre los contactos, aspiraciones y hábitos de los usuarios, interfiriendo en una parte muy importante de la privacidad de quienes integran su círculo cerrado.

Lo que sucede es que más allá de las consideraciones de índole técnica, toda esta temática nos enfrenta a una realidad que es insoslayable y que tal vez en sus orígenes fuera de dificultosa imaginación inmediata. En efecto, la situación revela un componente de tipo político en la medida que la parte más importante de la ecuación que se encuentra imbricada en el tema está constituida por los millones de usuarios de internet.

De esta forma, cada una de las rutinas, gustos, intereses, decisiones de los usuarios se convierten en mercancía que es necesario atraer porque implicará ganancias y el poder que reviste la tenencia de capital.

Por otra parte, en este momento tal vez como nunca antes, la información es parte central de la actuación en las áreas del quehacer socio-económico mundial. Así, y en forma quizás imperceptible, los usuarios terminan por ser, posiblemente en forma inconsciente, trabajadores al servicio de las empresas que se dedican a crear estos jardines amurallados. El tiempo que los usuarios utilizan para subir su información a estos jardines amurallados, indudablemente implica ganancias inmensas para quienes están por detrás de su constitución.

A lo dicho debe sumarse que estos walled gardens continuarán ocupados en brindarles servicios, contenidos, entretenimientos y un sinfín de ofertas, siempre direccionadas, induciendo comportamientos y limitando el ejercicio de la libertad mediante la alienación que implica la pérdida elegida de la privacidad en forma inconsciente.

6 Gaudin, Sharon: “The big picture is that both companies are looking for the same thing: lots of users who stick around for longer times”.

Berners-Lee establece que “cuando se es joven se tiene más tiempo que dinero; cuando se es mayor generalmente se tiene más dinero que tiempo” siendo su pretensión implicar que con el tiempo los usuarios tan cansados de la multiplicidad de opciones, en general en forma también inconsciente avanzan hacia la “comodidad” informática esperando que sus apps realicen el trabajo en su nombre.

Hoy día el espacio electrónico es un espacio muy importante de acumulación de capital y por tanto y en función de las relaciones que se efectivizan por su intermedio es un espacio de mucho poder. “La globalización de los sectores económicos corporativos están en la red y son propietarios de ella y así como hay concentración de la economía global lo hay en las ciudades globalizadas. Esta hiperconcentración del espacio electrónico ha llevado a la segmentación entre el espacio electrónico público y el privado. El espacio público no está en condiciones de enfrentar al espacio privado y es por ello que resulta cooptado. Con las desregulaciones y la industrialización del sector electrónico, los sistemas de comunicaciones nacionales están integrados a redes globales y los gobiernos nacionales pierden control.”⁷

De esta forma, en la lógica de los derechos todos pierden: se termina con la diversidad de la información, se abandona la autonomía, se elimina la creación y la innovación independiente, se deterioran la privacidad y la intimidad y, en definitiva, la gran perdedora es la libertad.

Entonces, la pregunta debiera ser cuál es el papel que debería tener la tecnología en la vida diaria. Así, es pertinente considerar qué es lo que está por detrás de la web, las redes electrónicas y la tecnología. Reconsiderar y en su caso, recobrar los sueños de recuperación de la solidaridad, frente a la exclusión y la superación de la infinidad de restricciones a la libertad es sin lugar a dudas un elemento central. Así “sueños de libertad, sueños de democracia, sueños de oportunidades, sueños de equidad, sueños de dignificación para los ciudadanos de nuestros países. Ésta debe ser la apuesta en perspectiva política; sin embargo, es importante que no nos olvidemos de Máximo Halty Carrère que decía que “en el mundo moderno los sueños políticos sólo son alcanzables a través de la ciencia y la tecnología.”⁸ Pues bien, tenemos ante nosotros la posibilidad de la utilización de la tecnología para facilitar la vida de los ciudadanos, hacer su tiempo más útil, más rentable, incorporar eficiencia, efectividad y transparencia al accionar gubernamental, descongestionar su actividad, ahorrar tiempos, facilitar opciones, evitar clientelismo y generar más capacidad de participación ciudadana. Como nunca el reclamo de más y mejor democracia puede concretarse a través de la tecnología con sólo asumir responsabilidades, compromisos y establecer acciones proactivas de los gobernantes y también de la sociedad civil, la que como pocas veces antes tiene en sus manos ser un actor más que activo en la construcción de las nuevas sociedades.”⁹

Internet con total apertura ha facilitado que las personas generen sus propios encuentros y compartan sus conocimientos, exigiendo autonomías, reconsiderar viejas y nuevas situaciones, luchar contra la indiferencia y la inclusión excluyente, en definitiva, implicará la adopción de una nueva situación de vida.

Por tanto frente al cierre de los espacios virtuales, es imprescindible la creación de nuevos espacios que impliquen exilios diferentes, que faciliten lejos de centralizar, jerarquizar y cerrar, abrir, desjerarquizar y descentralizar, de forma tal que la libertad virtual pueda traducirse, y así, se vivencie como libertad real.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La computación en la nube viene creciendo muy rápidamente y desde el punto de vista legal surgen un importante número de temas y de interrogantes que es necesario comenzar a analizar y debatir, con la finalidad de determinar si el entorno regulatorio en nuestro país es suficiente para permitir el desarrollo de este paradigma.

No se pretende dar posiciones sobre los temas tratados, la pretensión es simplemente generar conciencia sobre ellos, particularmente sobre los efectos que puedan tener sobre los usuarios.

7 De Saskia, Sassen.- Los espectros de la globalización. Buenos Aires, 2003.

8 Long, Ruperto.- Discurso inaugural de la VI Conferencia Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Empresa. Montevideo, 2007.

9 Nahabetián Brunet, Laura.- Gobernanza electrónica y Gobierno electrónico. Montevideo, 2009.

A continuación, se exponen algunos de los riesgos que conlleva este nuevo modelo de informática y que se resumen a continuación:

- Privacidad de los datos. El peligro aumenta cuando los datos se encuentran alojados en “la nube”; los datos pueden residir en cualquier lugar o centro de datos. Esto puede suponer hasta un problema legal ya que las legislaciones de muchos países obligan a que determinados datos deben encontrarse en territorio nacional.

Quizás una de las más importantes amenazas que enfrentamos a medida que avanzan las nuevas tecnologías, es la pérdida del derecho a la intimidad. Las personas están cada vez más preocupadas en mantener su vida privada y esto se debe al creciente uso y tráfico no autorizado de información personal.

Si el manejo de la información personal representa un desafío para los individuos mientras los tienen bajo su control, cuando se utilizan servicios prestados por terceros desde la nube, el reto es aún mayor. Razón por la cual resulta muy importante que en quien se confía información personal cuente con políticas de privacidad fuertes que garanticen a los usuarios contar con un manejo adecuado de la información.

En los países más avanzados tecnológicamente, existen buenas prácticas que obligan a los proveedores de bienes y servicios en Internet a dar un tratamiento reservado a toda información que reciban de sus clientes al momento de adquirir los bienes o servicios, resultando obligatorio informarles en forma expresa los usos que darán a dicha información, así como obtener el consentimiento de éstos para poder divulgar cierta información a terceros.

- Seguridad. Es imprescindible contar con la mayor seguridad ante amenazas externas y corrupción de datos. Es fundamental que los proveedores de servicios garanticen transparencia, confianza y la realización de auditorías a los sistemas de información. Esto cobra mayor importancia cuando se trata de información confidencial y sensible propiedad del usuario o cuando se decide entregar a terceros el manejo o custodia de información reservada de clientes que pueda a estar sujeta a estrictas normas de confidencialidad y seguridad de la información.
- Interoperabilidad. Es preciso que se encuentre garantizada la interoperabilidad entre todos los servicios. Esto es, para que exista una sana competencia y un acceso adecuado a una variedad de opciones, los proveedores de servicios en la nube deben velar por que existan condiciones que faciliten la movilidad de los consumidores que demandan tales servicios entre distintos oferentes, sin quedar sujetos a un único proveedor, por la imposibilidad que implicaría para éste migrar su información a cualquier otro proveedor.

Para llegar a ello, es importante lograr consensos en relación con la formulación de principios de interoperabilidad que rijan a la industria

- SLA (Services Level Agreement). Es preciso el cumplimiento de acuerdos a nivel de servicio (SLA) antes de confiar a una empresa las aplicaciones de la misma.
- Flujo Internacional de Información – Jurisdicción. La sencillez con la que los datos pueden moverse de un lugar a otro pueden dar lugar a problemas en materia de jurisdicción, no sólo por lo que refiere a las leyes aplicables al uso y manejo de tal información, sino por las restricciones que puedan existir para el manejo de la información en una determinada jurisdicción. Determinar la ley aplicable a un problema originado con la información entregada a una entidad prestadora de servicios de computación en la nube puede resultar un trabajo arduo cuando el usuario, proveedor y ubicación de los datos, se encuentren en jurisdicciones diferentes.

En diversos países la protección a la privacidad y la confidencialidad ha cobrado tanta importancia, que han limitado la circulación o transferencia de información hacia terceros países, cuando dichos países no ofrezcan las garantías suficientes de un manejo adecuado de la privacidad y confidencialidad de la información.

La actualidad de la modernidad implica la necesidad de ubicar las estrategias y las políticas públicas acordes que faciliten el aprovechamiento de las posibilidades que la revolución tecnológica incorpora así como minimizar al máximo sus perjuicios.

En definitiva, las opiniones a favor y en contra de uno y otro paradigma de manejo de la información se cuentan por decenas, existiendo opciones positivas en ambos sentidos y que ciertamente informan de calidad, mejoramiento de las prestaciones y en definitiva tienden al mejoramiento de la calidad de vida de quienes participan de la sociedad tecnologizada.

Ahora bien, la capacidad de aprender y aprehender en términos teóricos y prácticos de las buenas y malas prácticas que en materia de instrumentación es factible encontrar a lo largo y ancho del mundo, es sin dudas un capital y base de trabajo sustanciales para el éxito de la pretensión.

Nuevamente avanzar en la concreción de los correspondientes contralores y resguardos necesarios, es indispensable a los efectos de garantizar y facilitar que los marcos adecuados se verifiquen presentes para que los derechos fundamentales de las personas que pueden verse vulnerados se mantengan a resguardo.

LOS PROCESOS DE INTEGRACION LATINOAMERICANOS EN LA ACTUALIDAD

JORGE E. FERNÁNDEZ REYES¹

I INTRODUCCION

En ocasión de la celebración de los 20 años de la firma del Tratado de Asunción, documento constitutivo de uno de los “procesos de integración” de mayor relevancia en América del Sur (MERCOSUR), consideramos interesante realizar un análisis de las características o principales tendencias de los procesos de integración contemporáneos (en Latinoamérica), con la finalidad de proyectar el futuro de estas modalidades de integración, y en especial del Mercado Común del Sur (su sigla - MERCOSUR).

II ASPECTOS GENERALES

Los mecanismos de integración (entre pueblos, Estados, Naciones, etc.) han existido en prácticamente todas las épocas del humanidad, no obstante lo cual, los objetivos y características de los mismos, han variado en cada tiempo y lugar de forma significativa, lo que determina que nuestra visión se circunscriba a los tiempos modernos o contemporáneos, en Latinoamérica y en aquellos de origen comercial y/o económico.

Como primera aproximación al tema, en sus aspectos generales, en forma resumida nos permitimos señalar – siguiendo la clasificación realizada por el Prof. Arbuet – que la individualización de los procesos se puede centrar válidamente en: (i) el grado de profundidad de las relaciones entre dos o más Estados (soberanos e independientes); (ii) que ingresan (voluntariamente) a un proceso, lo que a su vez es vinculado por el autor con; (iii) la estructura institucional del esquema; y (iv) el conjunto de normas que regula el relacionamiento entre dichos Estados. (2)

Así es que – siguiendo al citado autor – se podrían ordenar los esquemas de integración, en: (a) los que se realizan entre los heterogéneos; (b) los que son esencialmente de bajo perfil en cuanto a su institucionalidad, compromisos asumidos, etc.; (c) aquellos que en sus aspectos básicos demuestran una mediana intensidad; y (d) aquellos de integración comunitaria o supranacional.

El elemento diferenciador o característico de las modalidades propuestas, según manifestaciones del referido autor, se encuentra en “*el mayor o menor compromiso del vínculo asumido y su grado efectivo de aca-
tamiento*”, lo que en síntesis se puede decir que guarda relación con el nivel de profundidad del esquema integracionista.

La integración estuvo tradicionalmente ligada a los aspectos económicos y comerciales. (3)

Empero, es claro que cualquier fenómeno integracionista, reconoce otros aspectos, que sin perjuicio de su génesis económica y comercial, no son ajenos a la dinámica de la integración, y en ese sentido nos estamos refiriendo a los significados políticos, sociales, culturales, y todos aquellos vinculados indirectamente a la lógica comercial y económica y aún aquellos que rebasan ostensiblemente la referida lógica.

1 Director del Master en Integración y Comercio Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

Prof. de la Cátedra de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo
Ex Director de la Secretaría del MERCOSUR

2 Arbuet Vignali, Heber – MERCOSUR y el Nuevo Orden Mundial en La Integración hacia el Siglo XXI – Editorial UCPEL - Brasil.

3 En el marco de las excepciones al Principio de No Discriminación contempladas en Acuerdo del año 1947 – GATT, a saber, Áreas de Preferencias Arancelarias, Zonas de Libre Comercio y Uniones Aduaneras, y posteriormente con la inclusión en el ámbito de las negociaciones del Comercio de Servicios, el Mercado Común y la Unión Económica.

De hecho, un proceso de integración es un proceso de naturaleza política, con claras connotaciones políticas, donde importa desde la decisión de un Estado de asociarse voluntariamente con otros Estados con propósitos y objetivos comunes hasta la voluntad de acompañar el esquema de integración en sus distintas etapas.

No es exclusivamente desde la voluntad política de los Estados Partes o Miembros al conformar su voluntad integracionista y optar por el camino de la integración, que se manifiesta la dimensión política de la "Integración".

Según veremos más adelante, y que catalogaremos como una tendencia moderna de los esquemas de integración, la existencia de constantes manifestaciones o expresiones políticas, hacen al decurso del proceso, al igual que el presupuesto básico de cualquier proceso (i.e. la democracia de los Estados Partes); o el involucramiento de los temas nuevos que surgen en el nuevo orden mundial (los derechos humanos, etc.) determina una permanente atención política por parte de los Estados.

Desde nuestra óptica, el análisis que se realiza en este trabajo, se vincula en forma directa con aquellos procesos de integración de contenido comercial y económico, sin perjuicio de las diversas dimensiones que se van desarrollando en el marco del Acuerdo Regional en cuestión, y que en ocasiones superan o desbordan el o los objetivos iniciales o fundacionales del esquema de integración. (4)

En consecuencia, y según ya adelantamos, el marco jurídico para la creación de los procesos de integración de contenido comercial y económico, ha sido la excepción a uno de los principios básicos y medulares que signan a las relaciones comerciales a nivel internacional en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en su sigla en inglés GATT) y en la actualidad desde la Organización Mundial de Comercio (en su sigla en inglés WTO). (5)

Nos estamos refiriendo al "Principio de No Discriminación", que se representa a través de la aplicación "a" o "en" los países miembros del GATT/OMC, de la "Cláusula de la Nación Más Favorecida" y de la "Cláusula del Trato Nacional".

La aplicación de estas dos Cláusulas, garantizan el libre comercio entre los países miembros del GATT/OMC (actualmente el Sistema Multilateral del Comercio), y se encuentran expresamente consagradas, para la Cláusula de la Nación más Favorecida y la de Trato Nacional respectivamente, en los artículos 1 y 3 del "Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio sobre Mercancías" (GATT), en los artículos 2 y 17 del "Acuerdo General sobre Comercio de Servicios", y en los artículos 4 y 3 del "Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio" (ADPIC). (6)

No obstante el variado régimen de excepciones que por distintas circunstancias y fundamentos, se ha venido manteniendo, ampliando y en ocasiones suprimiendo en el marco del GATT/OMC, no menos cierto es que, los "esquemas de integración" en las diversas modalidades admitidas por el GATT/OMC, aparecen como el régimen de excepción más importante del punto de vista cuantitativo y cualitativo en el Sistema Multilateral de Comercio. (7)

Tal es así, que si bien – a nivel institucional y doctrinario – existe la convicción de su pertinencia y conveniencia, no menos cierto es que ha sido objeto de reiterados cuestionamientos.

Por una parte, existe una preocupación – a nivel institucional – por la proliferación de los Acuerdos Regionales y ello en base que existe una contradicción insita en la medida que los Acuerdos Regionales son "asociaciones discriminatorias" y ajenas a los Principios Generales del GATT/OMC (i.e. comercio libre y competitivo), mientras que por otra parte se consideran plenamente compatibles en el Sistema Multilateral de

4 Similar consideración se puede realizar de la evolución del GATT/OMC y el impacto de los temas sociales en el comercio a nivel internacional, a vía de ejemplo se encuentra (i) la ayuda mediante el tratamiento diferencial a los países más pobres, (ii) la defensa de los derechos laborales, el trabajo infantil, la esclavitud; (iii) el tema ambiental.

5 Antecedentes del GATT – Conferencia sobre Comercio y Empleo – La Habana – 1947 – Comité preparatorio en Ginebra – 1947 – Protocolo de Aplicación Provisional – Vigencia a partir de 1.1.1948.

6 A título simplemente ilustrativo y para el comercio de servicios, la "Cláusula de la Nación Más Favorecida" se expresa de la siguiente forma: En materia de comercio de mercancías, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad, que un país miembro otorgue a otro país miembro, será concedido inmediata e incondicionalmente a los restantes miembros de la organización (GATT/OMC).

7 A vía de ejemplo de otras situaciones de excepcionamiento, se señalan las siguientes: (i) Políticas nacionales de protección al medio ambiente, siempre que no se adopten con la intención de discriminar arbitrariamente entre los productos extranjeros y los productos semejantes producidos en el país, o entre productos semejantes importados de distintos socios Estados; (ii) Artículo XX – inciso "b" – cuando adopten o apliquen medidas necesarias para proteger la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales – "inciso g" – cuando sean relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o el consumo nacional. Se encuentran tanto en el GATT, como en el AGCS), en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio como en el Acuerdo sobre aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Comercio, en base a la “teoría de la complementariedad”, y de las “estrategias sustitutivas” (y en el entendido que se respetan los principios del GATT/OMC y se promueve el desarrollo y la reforma económica).

En forma sucinta, a partir del planteo del multilateralismo y el regionalismo (abierto), la tendencia ha sido la conformación de grupos de países de distinto desarrollo (“bloques comerciales”), en la búsqueda de una mayor liberalización del comercio entre sí. Para los PDR (Países de Desarrollo Relativo) se ha considerado que se trata de: (i) una estrategia defensiva de las economías líderes frente a la lentitud de las negociaciones comerciales; (ii) una alternativa de desarrollo económico; o (iii) un instrumento de desarrollo e inserción a nivel mundial.

El GATT/OMC ha considerado que son una “senda o camino o experiencia” a una mayor liberalización en las relaciones comerciales internacionales, y en ese sentido, los ha permitido y en cierto sentido los ha promovido siempre que mantengan los principios básicos de no discriminación, de liberalismo, estabilidad, transparencia y reciprocidad. (8)

A esos efectos, en el marco del GATT y OMC, se han aprobado una serie de normas que regulan a estos fenómenos integracionistas, que se pueden ordenar o categorizar de varias formas, según el criterio que se utilice a esos fines.

En primer término, se puede ordenar la normativa de los Acuerdos Regionales, en cuanto al alcance del Acuerdo Preferencial, en función del régimen aplicable, y en ese sentido, se encuentra por un lado: (a) el sistema del GATT 94 (Artículo XXIV) y el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (Artículo V) y el Entendimiento sobre la interpretación del Artículo XXIV del GATT 94, en los acuerdos entre países desarrollados y en desarrollo; y por otro lado; (b) la Cláusula de Habilitación que habilita preferencias entre países en desarrollo.

En segundo término, se puede desarrollar el punto, desde el contenido de los Acuerdos Regionales, que se vincula de alguna forma, con la clasificación anterior, en: (a) Normas y disciplinas que se refieren a las uniones aduaneras y a las zonas de libre comercio – *Artículo XXIV - Establece las bases y el procedimiento para hacer lugar a los nuevos fenómenos de integración regional y cooperación*. En ese sentido, se señala que debe asegurarse que facilite el comercio sin erigir barreras al comercio con los miembros del GATT/OMC que no son partes de ese Acuerdo y que se reduzca al mínimo los efectos adversos de esos Acuerdos para los otros miembros del GATT/OMC (en suma que el Acuerdo represente la creación de comercio en forma superior a la desviación de comercio). A partir de estos supuestos, se regula la prueba de la compatibilidad y el ejercicio de la transparencia. Entendimiento sobre la interpretación del Artículo XXIV del GATT; (b) Normas y disciplinas para los países en desarrollo - *Cláusula de Habilitación* – Regula el régimen jurídico para los Acuerdos Preferenciales entre los países en vías de desarrollo, siendo los requisitos tanto de fondo como de procedimiento más flexibles que los previstos en el Artículo XXIV. En efecto, como requisitos de fondo, se exige que la finalidad sea la facilitación y promoción del comercio recíproco, y no el establecimiento de barreras comerciales o la creación de dificultades indebidas, al igual que estos Acuerdos no sean un impedimento a la reducción o eliminación de aranceles y otras restricciones al comercio en base a la Cláusula de la Nación más Favorecida. Por su parte, como requisitos de procedimiento se exige la notificación del Acuerdo Regional y sus modificaciones (al CCD – Comité de Comercio y Desarrollo), la presentación de información y la consulta con los miembros de la OMC; (c) Normas para la integración económica en las áreas de servicios - *Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios* –

La cláusula de habilitación se refiere a disposiciones jurídicas para los acuerdos preferenciales entre los países en desarrollo – son más flexibles que las disposiciones del Artículo XXIV y el Entendimiento – Comprende (i) requisitos de fondo – facilitar y promover el comercio – no para establecer barreras o crear dificultades indebidas // no son impedimento a la reducción o eliminación de aranceles u otras restricciones al comercio en base a la nación más favorecida (en suma liberalización del comercio interno) (ii) requisitos de procedimiento – notificación del Acuerdo y modificaciones (Comité de Acuerdo Comerciales), presentación de información y consulta con los miembros de la OMC.

Es entonces, desde el GATT y la OMC, que se viabiliza la existencia, aún sin un reconocimiento formal del punto de vista institucional (acto de reconocimiento expreso), y se reconocen normativamente “modalidades de la integración”, esto es, esquemas de integración, con determinadas características que lo singularizan y lo diferencian de otras modalidades integracionistas (en base a sus aspectos netamente comerciales y económicos).

En ese sentido, hasta la incorporación a la agenda de las negociaciones y de las regulaciones normativas el “Comercio de Servicios”, se reconocían como modalidades de la integración a: (i) las “Áreas de Preferencias

8 El número de Acuerdos Regionales se ha venido incrementando en los últimos tiempos. Al finalizar el primer semestre del año 2010, se habían notificado a la OMC alrededor de 450 Acuerdos, y según datos de la OMC, el 90 % de estos Acuerdos son de Libre Comercio mientras que el 10 % restante corresponden a uniones aduaneras.

Arancelarias" (APA); (ii) las "Zonas de Libre Comercio" (ZLC) y (iii) las "Uniones Aduaneras" (UA), incorporándose posteriormente, (iv) el "Mercado Común" (MC) y (v) la "Unión Económica y la Unión Económica y Monetaria" (UE).⁹

En Latinoamérica (y en el mundo) han habido innumerables experiencias integracionistas a lo largo del tiempo, desde la suscripción del Acuerdo General de Tarifas y Aranceles (GATT) en el año 1947 hasta la actualidad, y con resultados diversos.

El contexto internacional, regional y nacional de cada país involucrado en el o los esquemas de integración ("Acuerdos Regionales"), imponía su impronta en cuanto a las características del proceso de integración, principalmente en cuanto a sus objetivos o fines.

De hecho, las diferencias entre "procesos de integración" de la década del 60 y de la década del 80, son ilustrativos en cuanto a sus diferencias instrumentales, aunque el o los objetivos finales guardan estricta similitud al amparo del marco jurídico mundial que los regula (proteccionismo vs. regionalismo abierto).

No obstante ello, una de las tendencias contemporáneas que con mayor claridad se observa a nivel mundial en el Siglo pasado y en el actual, se encuentra en la "integración" de los países en el marco de esquemas comerciales y económicos.

III

LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS ESQUEMAS DE INTEGRACION CONTEMPORANEOS

(1) Modalidades de integración "intermedias o en proceso"

La primera característica, deviene de la propia condición de estos Acuerdos Regionales, es decir, se trata de "procesos", constituidos con determinados objetivos y fines, y que paulatinamente, por medio de diversos instrumentos de política comercial, etc., los Estados Parte o Miembros procuran alcanzarlos, ya sea en forma parcial o total.

Por lo tanto, o como consecuencia de lo afirmado anteriormente, los esquemas de integración, en un análisis temporal fijo, no se ajustan estrictamente a los modelos o modalidades (según las características consagradas normativamente) que resultan de la normativa GATT/OMC.

Surge claramente de los distintos procesos de integración actuales, que los mismos no responden estrictamente a las características "clásicas" o "de orden" de los previstos en la Normativa GATT/OMC, es decir en forma total y completa, sin perjuicio de que pueda manifestarse a nivel constitutivo o en las distintas etapas en el tiempo, ser un objetivo a lograr o que sirva de parámetro tanto para los negociadores como para los terceros, alcanzar el "status" previsto en la Normativa GATT/OMC.

Ha existido una clara evolución en cuanto al contenido de los Acuerdos Regionales, observado este fenómeno desde la óptica comercial y económica (sin ingresar a otras dimensiones de la "Integración" según se verá mas adelante), y ello en función de la agenda negociadora en las respectivas Rondas celebradas en el marco del GATT, y como consecuencia de la inclusión de aspectos que fueron más allá del simple comercio

9 APA – Dos o más territorios aduaneros se conceden entre sí una serie de ventajas aduaneras, no extensibles a terceros, no existen compromisos para tener la misma política comercial en general (ALADI – TM 1980 – art. 4); (ii) ZLC – Dos o más territorios aduaneros eliminan sus tarifas arancelarias y trabas no arancelarias para lo sustancial de su comercio recíproco, pero mantienen cada uno su propio arancel de aduanas, y la política comercial frente a terceros países no integrantes de la ZLC – (EFTA – Asociación Europea de Libre Comercio – 1960 – NAFTA – Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte – 1994 más tratamiento de inversiones y propiedad intelectual); (iii) UA – Además de la supresión inmediata o gradual de las barreras arancelarias y no arancelarias a la circulación de bienes y servicios entre los Estados que la integran, implica la adopción de un Arancel Externo Común (AEC), con lo cual las mercaderías originarias y procedentes de terceros países, pagarán lo mismo sea cual sea el punto de ingreso a la UA, y la fijación de una política comercial común (Unión Europea – Julio 1968); (iv) MC – Además de suprimir las restricciones al comercio de bienes y servicios, suprime también las restricciones a la circulación de los factores productivos, es decir la mano de obra y el capital, implica la coordinación de las políticas macroeconómicas, la armonización de las políticas sectoriales, y presupone el funcionamiento de órganos supranacionales (UE – Tratado de Maastrich – 1993); (v) UE – Combina las 4 libertades con una unión de las políticas macroeconómicas (cambiarias, fiscales y monetarias), y sectoriales (agropecuaria, industrial, de servicios) y con órganos comunitarios que dictan normas sobre estas materias con autoridad supranacional. Monetario – existe un único emisor de una única moneda para todos los Estados Miembros, y de que todos se rijan por una política económica común (UE – a partir de 1999).

de bienes o mercancías y las rebajas arancelarias en los orígenes del GATT (que tampoco incluía a todo el universo de bienes – ejemplo la Agricultura o los productos agrícolas cuya consideración recién es objeto de tratamiento en la Ronda Uruguay del GATT del año 1986 que concluye con los Acuerdos de Marrakesh en el año 1994), vale decir, la negociación sobre el comercio de los servicios, la regulación de la propiedad intelectual, las medidas y restricciones no arancelarias, el “dumping”, etc.

Ello lleva a que la normativa del GATT/OMC se adecue, en función de la ampliación de la Agenda de Negociaciones Multilaterales, y consecuentemente de los Acuerdos logrados por los países integrantes de la Organización.

Como consecuencia de ello, y en el ámbito de las excepciones al Principio de No Discriminación por la existencia de Acuerdos Regionales, las modalidades de integración también se amplían (v.g. las iniciales Áreas de Preferencias Arancelarias, Zonas de Libre Comercio y Uniones Aduaneras en materia de comercio de bienes o mercancías, y luego con la incorporación del comercio de servicios el Mercado Común, y posteriormente la reciente Unión Económica y Monetaria).

Lo cierto es que, asistimos a *modalidades intermedias*, no solamente en cuanto pudiera observarse como “procesos de integración” en tránsito, vale decir, de un esquema a otro (tanto en progresión como en regresión), sino en cuanto en los propios Acuerdos Regionales, donde no se encuentran contempladas todas las “características indicadas” en algunas de las “modalidades de integración” contempladas normativamente en el GATT/OMC.

Dicha particularidad, se da con mayor énfasis, en los Acuerdos Regionales contemporáneos, producto de la dinámica del comercio a nivel mundial, y el impacto de determinados acontecimientos producto de la globalización (nadie puede desconocer los ajustes – de carácter netamente proteccionista de sus economías - que necesariamente han tenido que realizar los países internamente y en su participación integracionista a partir de la crisis mundial del año 2008, aún hoy sin superarse).

A vía de ejemplo de las modalidades de integración intermedias, el propio MERCOSUR es uno de ellos, donde asistimos a un itinerario muy particular desde su constitución en el año 1991, en cuanto al Acuerdo Regional en su contenido inicial y las distintas etapas que se sucedieron en el tiempo hasta la actualidad, a los que se añade un severo análisis político que los Estados Partes hicieron en el año 2000 en cuanto al destino del bloque comercial (i.e. retorno a una Zona de Libre Comercio; Perfeccionamiento de la Unión Aduanera; o continuar el proceso hasta la conformación del Mercado Común).

En efecto, de la letra del Tratado de Asunción, surge nítidamente definido el objetivo, esto es, la constitución de un Mercado Común (en un tiempo determinado), con las particularidades y características de dicha modalidad de integración, y los Estados fundadores fueron conscientes de que se trataba de un proceso de negociación que en última instancia se pretendía la conformación definitiva de un Mercado Común.

Sin embargo, en oportunidad de cumplirse la fecha indicada en el artículo 1 del Tratado de Asunción, para dar por constituido el Mercado Común (31 de diciembre de 1994), los Estados Parte asumen, no solamente la imposibilidad de su conformación, sino que tampoco pueden considerar que se encuentran en la etapa anterior (en profundidad) de los esquemas de integración, es decir, la Unión Aduanera.

No obstante ello, en aras de revalidar los objetivos plasmados en el Tratado de Asunción, el Consejo del Mercado Común (CMC) aprueba varias Decisiones que en sustancia consagran – fictamente – que el MERCOSUR ingresa a una Unión Aduanera (que la doctrina ha categorizado como “incompleta” o “imperfecta”), y como consecuencia de ello, se busca impulsar dicho estadio de la integración y lograr mas adelante, la conformación definitiva de un Mercado Común.

Otra etapa importante de este proceso, se encuentra en el año 1999 y a principios del año 2000, cuando a partir de la devaluación del real por parte de la República Federativa del Brasil, se produjo una alteración sustantiva en los términos del comercio recíproco entre los cuatro Estados Parte, y se inicia una instancia de cuestionamiento de la pertinencia del objetivo planteado en el Tratado constitutivo, que se resuelve favorablemente en el llamado “Relanzamiento del MERCOSUR”, no prosperando la tendencia a la consolidación tanto de una Zona de Libre Comercio (i.e regresión) o en su defecto de Unión Aduanera plena (i.e. completar lo existente).

Como consecuencia de ello, y ejemplificando esta primera característica de los procesos de integración contemporáneos, el MERCOSUR, es un Acuerdo Regional que, sin perjuicio de mantener el objetivo de conformar un Mercado Común (en proceso), no contempla todas las características de una Zona de Libre Comercio, ni tampoco conforma una Unión Aduanera.

(2) Ampliación de su contenido con nuevas “dimensiones”

La segunda característica de los esquemas de integración contemporáneos, es que si bien han surgido y encuentran su fundamento en el contexto jurídico del GATT/OMC, como “modalidades de integración comercial y/o económica”, y ese es su ámbito de regulación normativa, modernamente reconocen lo que la doctrina especializada ha denominado “Nuevas Dimensiones”, que abarcan otros aspectos que superan los propios de los esquemas comerciales y/o económicos, aún los vinculados indirectamente.

Como decíamos, si bien, el origen y fundamento de los esquemas de integración a que nos referimos, surgen como una excepción a la aplicación del Principio de No Discriminación en el GATT y luego al amparo de la OMC en el ámbito comercial y/o económico, no menos cierto es que modernamente, aprovechando las instancias de negociación, y basados en la cooperación, colaboración y coordinación de los actores en la “integración” (gobierno, funcionarios, técnicos, sociedad civil, etc.), se han incorporado a la Agenda de Negociaciones (y como corolario de ello en aspectos resolutivos), “temas o asuntos” que en ocasiones guardan relación aún indirecta con el fenómeno comercial o económico, pero que en otros son ajenos en su tratamiento.

En una primera reflexión sobre esta característica de los “esquemas de integración” contemporáneos, estamos obligados a delimitar con claridad la dimensión política que puede tener un proceso de integración, porque la “integración” en sí misma, es un fenómeno político, tanto en su origen como en su desarrollo.

La voluntad de los Gobiernos de los Estados Parte o Miembros (consecuentemente con la ratificación en sede legislativa) de participar en un esquema de integración (cualquiera sea la modalidad y sin perjuicio de las previsiones constitucionales en cada país), es un hecho político, al igual que lo es, el mantenimiento de la participación de un Estado en un proceso de integración a través del tiempo, de sucesivas administraciones gubernamentales.

Vale realizar esta reflexión, ya que cuando la doctrina habla de la dimensión política (como una de las nuevas dimensiones de la “integración”), no se está refiriendo a este aspecto, por lo que la distinción es procedente.

La dimensión política a que se hace referencia en este contexto, tiene relación directa con las manifestaciones políticas que realizan los Gobiernos de turno, en el marco del Acuerdo Regional, y las decisiones con contenido estrictamente político que los Estados partícipes de dicho Acuerdo adoptan en común.

A los fines ilustrativos, y como ejemplo de la situación descrita, podemos referirnos en el ámbito del MERCOSUR, a nivel declarativo y entre otros, la Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR aprobado en San Luis, Argentina en el año 1992, y la Declaración sobre la situación de las Islas Malvinas donde se respaldan los derechos de la República Argentina sobre la soberanía de dichas Islas con relación al Reino Unido de Gran Bretaña; y en términos resolutivos, se encuentra – también entre otros - la aprobación del Protocolo de Ushuaia en el año 1998, sobre el Compromiso Democrático de los Estados Partes del MERCOSUR, y la República de Bolivia y la República de Chile (en su condición de Estados Asociados), cuya suscripción es obligatorio para los restantes Estados Asociados (y obviamente futuros Estados Parte) de dicho Acuerdo Regional.

Otra de las dimensiones incorporadas al ámbito de las negociaciones, es la vinculada con los aspectos sociales en general.

Nuevamente, se puede señalar que todo proceso de integración es social por sí mismo, porque involucra a la sociedad civil en su conjunto, y su participación – en las distintas instancias del proceso – es relevante, no solamente porque la sociedad civil es la destinataria – en primer y último término – del esquema de integración, sino también, porque el entramado social es el que le concede la eficacia y eficiencia de los resultados de las negociaciones, y a nuestro criterio, en último término es quién valida o no la integración.

La atención de los aspectos sociales, mas allá de los términos comerciales y económicos de la negociación, ya sea aquellos que indirectamente se vinculan con los últimos (i.e. en sede de las relaciones laborales es en dónde con mayor énfasis se observa este fenómeno); como los que refieren a las condiciones de vida, salud y bienestar social, que no aparecen directamente relacionados con el comercio.

La materia educativa, es otra de las dimensiones que surgen reiteradamente en los procesos de integración contemporáneos, principalmente en términos de reconocimiento de títulos universitarios para la prosecución de estudios de posgrado, diplomas, certificados de estudios de nivel técnico.

En suma, es imposible desconocer este fenómeno característico de los esquemas de integración modernos, es más aún, existen algunos procesos de integración cuyo fundamentos y objetivos se centran en los aspectos sociales (justicia social, derechos humanos, pobreza, marginalidad, derechos de las comunidades indígenas, etc.), siendo el fenómeno comercial o económico, estructurado como instrumental a los fines sociales (a vía de ejemplo, ALBA).

(3) Superposición e interrelación de los Acuerdos Regionales

En un análisis somero de las manifestaciones integracionistas de la segunda mitad del siglo pasado y lo que transcurre del presente siglo, se puede apreciar, un cúmulo de ellas, y la particularidad es que, aún con objetivos similares, tienen fundamentos o explicaciones diversas.

Correlativamente, sus cometidos y atribuciones, mantienen cierta similitud, atendiendo a que se trata – según afirmamos – de objetivos o finalidades (totales o parciales) que tienen un mismo sustento conceptual, esto es, la “integración”, como un fenómeno de cooperación, colaboración y coordinación entre Estados a distintos niveles, principalmente comerciales y/o económicos, pero sin descartar otras “dimensiones”.

Lo primero a destacar es la “superposición” (integración vertical) que se va dando con el transcurso del tiempo, en virtud de que los “intentos integracionistas” que – por usar un concepto genérico - han perdido su razón de ser (cualquiera sea el grado de su evolución o profundidad) no desaparecen fácilmente, es más aún, podríamos decir que en contadas oportunidades se disuelven o liquidan, y en esas situaciones, asistimos más a una fusión o absorción que a una desaparición total y absoluta, tanto por haber cumplido su objetivo, por no poder cumplirlo, o por haberse creado un nuevo “esquema de integración” que tiene los mismos objetivos, etc.

No se trata de una crítica, aunque podría perfectamente serlo, pero al desconocer en profundidad las razones de los gobernantes de turno para ingresar a la consolidación de una suerte de capas erarias de “esquemas de integración”, es imposible formular una apreciación crítica con cierta generalidad, y rigor técnico, por lo que optamos simplemente por describir una realidad que se da en la actualidad.

Los ejemplos abundan en ese sentido, tanto en América del Sur, como en Centroamérica, al igual que en Latinoamérica o hasta en los fenómenos de integración hemisférico a que hemos asistido históricamente (v.g. Alianza para el Progreso o la Iniciativa para las Américas) y recientemente (v.g. Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA).

Desarrollando un poco este concepto, y en la historia reciente (que hemos situado anteriormente en la segunda mitad del siglo pasado y en la que va del presente), en Latinoamérica, encontramos – entre otros - como esquemas de integración regional de contenido comercial y económico que se encuentran en funcionamiento, los siguientes:

- (i) la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) cuyo objetivo era la conformación de una Zona de Libre Comercio en un plazo de 12 años (Tratado de Montevideo de 1960) al que se agregaron 8 años a través del Protocolo de Caracas de 1969, y su sucesora la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración) cuya es la formación de un Mercado Común Latinoamericano (Tratado de Montevideo de 1980) ((la Resolución No. 59 amplió las “dimensiones” de actuación de esta organización internacional);
- (ii) la SICA (Sistema de la Integración Centroamericano) a través de la SIECA (Secretaría de Integración Económica Centroamericana) cuya función consiste en asistir técnica y administrativamente al proceso de integración económica centroamericano;
- (iii) el MCC (Mercado Común Centroamericano) cuyos objetivos eran acelerar la integración económica; establecer un mercado común y una unión aduanera y perfeccionar una zona centroamericana de libre comercio, adoptando un arancel centroamericano uniforme;
- (iv) el ALBA (Alianza Bolivariana para los Pueblos de nuestra América) como proyecto de colaboración y complementación política, social y económica entre los países de América Latina y el Caribe;
- (v) el CARICOM (Comunidad Económica del Caribe) siendo sus objetivos, la promoción de la coordinación de la política exterior de los Estados signatarios; el desarrollo de áreas de cooperación funcional; alcanzar la integración económica por medio de un Mercado Común;
- (vi) el MERCOSUR, cuyo objetivo es la constitución de un Mercado Común con las características propias de dicha modalidad de integración; y sin que la enumeración sea completa,
- (vii) la CAN (Comunidad Andina de Naciones) cuya finalidad es la armonización de las políticas macroeconómicas y la coordinación de un proceso industrial; la eliminación de los gravámenes y restricciones de todo orden sobre las importaciones de productos de cualquiera de los países miembros; y la aprobación de un arancel externo común.

Pues bien, la simple enunciación de sus objetivos, nos permite corroborar lo afirmado, esto es, la similitud de los mismos, mientras que la indicación de los Países integrantes de cada “Acuerdo Regional, confirma a su vez, la “superposición” denunciada.⁽¹⁰⁾

10 ALADI (constituida por las Repúblicas de Bolivia, Ecuador, Paraguay, Colombia, Cuba, Chile, Perú, Uruguay, Venezuela, Argentina, Brasil y México) - SICA (creada y conformada por los Estados de Costa Rica, El Salvador, Guatemala,

Por su parte, en términos de “interrelación” (integración horizontal), dos ejemplos recientes son suficientes para explicar y corroborar esta tendencia, ya que si bien tienen una explicación – a nuestro criterio – principalmente política (integración fuera de la OEA, esto es, sin Estados Unidos de Norteamérica), ello no significa que no contemplen los otros aspectos o dimensiones a que hemos hecho referencia (i.e. comerciales, económicos, sociales, culturales, etc.)

La creación de la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR), es el primero de los ejemplos a ser tenidos en cuenta, y que nos permite corroborar la afirmación realizada.

La Unión de Naciones Suramericanas, se encuentra integrada por 12 miembros (el Estado Plurinacional de Bolivia; la República de Colombia; la República del Ecuador; la República del Perú; la República Argentina; la República Federativa del Brasil; la República del Paraguay; la República Oriental del Uruguay; la República Bolivariana de Venezuela; la República de Chile; la República Cooperativa de Guyana; la República de Surinam; los Estados Unidos Mexicanos; y la República de Panamá), que a su vez participan activamente de otras instancias de integración a nivel regional y continental, teniendo objetivos similares a los contemplados en las otras instancias regionales, extremo que fue el fundamento de quienes consideraban innecesario la creación de “otra organización internacional más”.

El artículo 2 del Tratado constitutivo señala como objetivos de la Organización, los siguientes: “construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”.

Si cotejáramos la enumeración de estos objetivos, con los plasmados en los distintos procesos de integración – en forma total o parcial - en que participan cualquiera de los 12 países miembros entre sí – bilateral, plurilateral o multilateralmente – podríamos comprobar la “interrelación” mencionada y hasta la “superposición” aludida anteriormente.

El otro de los ejemplos que nos interesa destacar es la reciente creación (2011) de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), cuya finalidad es promover la Integración y el Desarrollo de los países latinoamericanos.

Se trata de 33 Jefes de Gobierno (representativos de 33 “Naciones”) que decidieron constituir un espacio regional propio que una a todos los Estados, manteniendo las instancias de participación que le dieron origen (Grupo de Río y la CALC) hasta su efectiva conformación.

Veamos entonces, a vía de ejemplo de la superposición e interrelación – del punto de vista de la integración económica (objetivos y países participantes) - a que hacíamos alusión anteriormente, a través de esta organización internacional creada recientemente (i.e. CELAC), en función de algunos de los países que participan en ella, y sus vínculos de integración (i.e. bloques comerciales) en la región. ⁽¹¹⁾

En primer término tenemos dentro de la CELAC, como bloque comercial más importante a la UNASUR (integrada por: los miembros de la Comunidad Andina - CAN; los miembros del MERCOSUR; dos de los miembros del CARICOM, es decir Guyana y Surinam; y la República de Chile).

En segundo término, se encuentra a su vez integrado por otros dos espacios comerciales de importancia, esto es, el MERCOSUR (integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay - Venezuela se encuentra en

Honduras, Panamá y Belice) - MCC (integrado por Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala) - ALBA (Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Nicaragua, S. Vicente y Granadinas, y Venezuela) - CARICOM (integrada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Cristóbal, Granada, Guyana, Dominica, Jamaica, Montserrat, San Vicente, Santa Lucía, y Trinidad y Tobago) - MERCOSUR (integrado por las Repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay - Venezuela se encuentra en proceso de incorporación al MERCOSUR y desvinculación de la CAN) - CAN (integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) - México forma parte a su vez del NAFTA (Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y Canadá) – Por su parte, las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Dominicana tienen vigente un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica (DR-CAFTA), y otros Tratados con Canadá y México a través del CARICOM.

11 Integran la CELAC: Antigua y Barbuda; República Argentina; Mancomunidad de las Bahamas; Barbados; Belice; Estado Plurinacional de Bolivia; República Federativa de Brasil; República de Chile; República de Colombia; República de Costa Rica; República de Cuba; Mancomunidad de Dominica; República del Ecuador; República de El Salvador; Grenada; República de Guatemala; República Cooperativa de Guyana; República de Haití; República de Honduras; Jamaica; Estados Unidos Mexicanos; República de Nicaragua; República de Panamá; República del Paraguay; República del Perú; Santa Lucía; Federación de San Cristóbal y Nieves; San Vicente y las Granadinas; República de Surinam; República de Trinidad y Tobago; República Oriental del Uruguay; y República Bolivariana de Venezuela.

proceso de incorporación al MERCOSUR y desvinculación de la CAN); y la CAN (integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú).

A su vez la integración económica y comercial de esta organización, se promueve a través de la ALADI (constituida por Bolivia, Ecuador, Paraguay, Colombia, Cuba, Chile, Perú, Uruguay, Venezuela, Argentina, Brasil y México); mientras que México forma parte del NAFTA (Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y Canadá); y Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y República Dominicana tienen vigente un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica (DR-CAFTA), y otros Tratados con Canadá y México a través del CARICOM, mientras que Bolivia, Cuba, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, participan del ALBA, y así podríamos seguir ejemplificando la característica descrita de los procesos de integración contemporáneos.

(4) Carácter evolutivo y gradual

Los esquemas de integración contemporáneos, tienen un marcado sesgo evolutivo y gradual dirigidos – habitualmente - a la obtención de un(os) objetivo(s) ambicioso(s), siendo su institucionalidad acorde al tipo de Acuerdo Regional y a su evolución, al igual que el orden jurídico que lo regula, según veremos como otra característica.

Partiendo del supuesto, de que no estamos – actualmente – ante esquemas de integración, que responden estrictamente a los lineamientos establecidos en el GATT/OMC cuando los conceptualiza, inevitablemente los mismos requieren de una suerte de evolución, derivada de una situación inicial de los Estados partícipes (que tradicionalmente no es uniforme) hasta alcanzar los objetivos planteados en su Tratado constitutivo, sin perjuicio de las variantes al respecto, que se pueden haber suscitado en la evolución del proceso en el tiempo. ⁽¹²⁾

Decimos entonces, que se trata de esquemas de integración, con un marcado sesgo evolutivo y gradual, consagrado éstos - en ocasiones - como principios rectores del Acuerdo Regional.

A vía de ejemplo, la conformación de una Unión Aduanera, que se encuentra caracterizada, por: (i) la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias en lo sustancial del intercambio comercial entre los países, y a su vez: (ii) en la fijación de derechos de aduana idénticos ante terceros países, implica una serie de medidas instrumentales para poder dar cumplimiento a los requisitos que la normativa GATT/OMC impone a los Estados firmantes de un Acuerdo Regional que aspira a constituirse en una Unión Aduanera. ⁽¹³⁾

El cumplimiento de lo indicado en el literal (i) anterior, nunca es realizado en forma automática, sino que por el contrario, se asiste habitualmente, a la aprobación de un Programa (denominado de Liberación Comercial), donde se establecen las características del proceso para llegar a un arancel cero (intrazona), es decir, plazos, porcentajes de desgravación, nómina de productos, excepciones, etc.

Tradicionalmente, los esquemas de integración derivados de Acuerdos Regionales reconocen una historia anterior entre los países participantes (o la mayoría de los mismos), y ello colabora en poder lograr lo “esencial” de los intercambios (según la terminología del GATT/OMC) propios de una zona de libre comercio, que según vimos (ver nota 12) tiene variadas interpretaciones en cuanto a su alcance.

De manera similar, es el tratamiento de las restricciones no arancelarias, ya que requiere una identificación previa por los Estados involucrados de las mismas, la aceptación de la condición de restricción y/o medida restrictiva no arancelaria por parte de cada Estado, y luego la forma de desarticular su aplicación en el tiempo, etc.

12 El Artículo XXIV del GATT/47, en el numeral 8 literal a) decía: “Se entenderá por unión aduanera, la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero a saber: (i) que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas sean eliminadas con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo que concierne a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de dichos territorios; y (ii) que cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en sustancia, sean idénticos. Por otra en el literal b) del mismo numeral se decía: “Se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas ... con respecto a los esenciales de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio.”

13 En ese sentido, también es interesante observar las dificultades que surgen en la determinación de los términos empleados por la normativa GATT/OMC, ya que el “comercio sustantivo”, puede interpretarse como el 80 % o el 90%, del comercio entre las Partes durante los últimos 3 años, o del universo arancelario de las Partes, lo que es sustantivamente distinto.

Esto significa – a título ilustrativo – la necesidad de ir instrumentando o implementando las medidas y acciones necesarias para por cumplir con el lineamiento establecido normativamente, extremo que naturalmente insume tiempo.

Iguales consideraciones se pueden realizar, respecto al segundo de los ítems requeridos por la normativa vigente en materia de conformación de una Unión Aduanera.

La terminología empleada, obliga a la existencia un Arancel Externo Común, es decir que los Estados Partes, tengan un mismo tratamiento arancelario ante terceros países en sus importaciones, y esto a su vez implica del punto de vista instrumental la existencia de un Código Aduanero Común (para que unifique las nociones aplicables, requisitos, procedimientos, infracciones, sanciones, etc.); así como la existencia de un mecanismo de distribución del arancel externo común entre los países integrantes del Acuerdo, evitando el doble cobro del Arancel externo común, pero estos mecanismos requieren un proceso de ajuste y por lo tanto de elaboración, que nuevamente demanda intensas negociaciones, que requieren tiempo.

Del punto de vista práctico, y siguiendo la línea de razonamiento y metodología utilizada hasta el momento, un ejemplo claro es el MERCOSUR, tanto en lo que respecta a las “modalidades intermedias” como a la consagración de la evolución del proceso, asociada a la flexibilidad.

En el Preámbulo del Tratado de Asunción, se dice en forma expresa: “*Que ese objetivo debe ser alcanzado mediante, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;*”

El MERCOSUR no tiene la condición de Zona de Libre Comercio ni de Unión Aduanera conforme a la normativa GATT/OMC, y ha sido definido o conceptualizado – actualmente - por la doctrina especializada como una “Unión Aduanera incompleta o imperfecta”, y sigue aspirando a constituir un Mercado Común, lo que demuestra no solamente lo expresado respecto a las modalidades intermedias, sino también la “evolutividad” del proceso.

En este último sentido, se encuentran en el MERCOSUR, innumerables expresiones, que también acudiendo a la doctrina especializada, se han individualizado como las “Etapas del MERCOSUR”, tanto en lo político, como en lo instrumental (i.e. Arancel Externo Común, Requisitos de Origen, etc.), como en lo institucional (i.e. Protocolo de Ouro Preto); como en los mecanismos de solución de controversias (i.e. Sistema Inicial, Protocolo de Brasilia, Protocolo de Olivos, y aún no se ha llegado al Sistema Definitivo), etc.

(5) Flexibilidad en lo instrumental

Los distintos esquemas de integración contemporáneos, reconocen formalmente, la flexibilidad en lo instrumental, principalmente porque, en primer lugar no hay modalidades de integración absolutas (numeral 1), y en segundo lugar, dado el carácter naturalmente evolutivo de los esquemas de integración (numeral 4).

Naturalmente, al tratarse de esquemas de integración que van evolucionando (esto no significa que no pueda existir una involución en cuanto al desarrollo del proceso, sin que por ello signifique el abandono de la obtención de los objetivos iniciales o en su defecto la reformulación de los mismos), requieren necesariamente un ajuste en los “instrumentos” principalmente institucionales, comerciales y económicos, y secundariamente en aquellos útiles a la implementación de los objetivos planteados en el marco de las dimensiones adicionales o complementarias al esquema regional de carácter comercial y/o económico.

A vía de ejemplo, en lo que respecta a la estructura jurídico institucional del esquema de integración, y sin perjuicio de la validación constitucional en cada país para su ingreso a uno u otro tipo de proceso de integración, lo cierto es que desde una Zona de Libre Comercio a un Mercado Común, la estructura orgánica debe irse adecuando, porque en sustancia existe un proceso de profundización de la institucionalidad orgánica (de los órganos intergubernamentales a los organismos supranacionales o comunitarios) y también de la institucionalidad normativa (desde las normas que requieren de un proceso de incorporación a la legislación de cada Estado parte, a las normas comunitarias o supranacionales emanadas de órganos comunitarios cuyas características son la supremacía sobre el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, su aplicabilidad inmediata y el efecto directo).

Por su parte, si el fenómeno lo observamos en sede de los instrumentos de política comercial, encontramos la misma tendencia a la flexibilidad instrumental, por similares razones a las vistas anteriormente.

En el marco de una Zona de Libre Comercio, la existencia de un “régimen de origen” claro y preciso, se transforma en un instrumento vital para asegurar la igualdad de los Estados Parte en el comercio recíproco (“liberado”), habida cuenta de la existencia de aranceles externos propios de cada Estado parte en la importación de terceros países que puede ser incorporados a las mercancías del país que exporta a la región

integrada, y ello también aunado a la existencia de una política comercial independiente de cada Estado participante del proceso de integración.

Si ingresamos a una Unión Aduanera, al existir un Arancel Externo Común entre los Estados miembros ante las importaciones provenientes de terceros países (fuera de la región integrada), sumado a que no existe el doble cobro del Arancel Externo dentro de la región y que rige un Código Aduanero Único entre los Estados Partes, éstos serían los instrumentos aplicables, quedando sin efecto el régimen de origen.

Los ejemplos en uno u otro sentido, son innumerables, y los mismos son demostrativos de esta tendencia de los procesos de integración contemporáneos, que en buen romance, significa que en el Tratado constitutivo del esquema de integración no se encuentran plasmados ni todos los instrumentos de política comercial, ni la estructura orgánica definitiva del esquema, ni los mecanismos de solución de controversias que regirán toda la vida del proceso, etc., sino que por el contrario se reconoce la flexibilidad instrumental en consonancia con los objetivos planteados a largo plazo, en función de los objetivos del fenómeno integracionista.

Vale la pena recordar que también incide en esta tendencia, el condicionamiento jurídico en cada país respecto a las modalidades de integración y los requerimientos institucionales, al igual que el posicionamiento político de cada Gobierno con relación al proceso de integración.

Para el caso del MERCOSUR, y sin perjuicio de que el artículo 1 del Tratado de Asunción plantea la conformación de un Mercado Común, si nos atenemos a la necesaria existencia de órganos comunitarios y normas comunitarias (i.e. proceso comunitario) para dicha instancia de la integración, tanto la República Oriental del Uruguay como la República Federativa del Brasil no tienen habilitación constitucional para ingresar a dicho estadio de la integración.

En cuanto al condicionamiento político, y para no reiterarnos en el MERCOSUR, la aprobación del Tratado de Maastrich en la Unión Europea, demostró la variedad de posiciones respecto a la necesidad de aprobación por medio de un plebiscito o simplemente el tratamiento en sede legislativa.

(6) Institucionalidad débil

En general, los procesos de integración contemporáneos, han sido objeto de permanentes cuestionamientos y también de críticas, en cuanto a la naturaleza de los procesos, que prácticamente en su totalidad son de carácter intergubernamental (con algunos escasos ámbitos de supranacionalidad), así como a la falta de coercibilidad de los mecanismos de solución de controversias.⁽¹⁴⁾

Como corolario de estas apreciaciones, se ha afirmado que estamos ante una institucionalidad tanto orgánica como normativa, débil, y ello parece representar una deficiencia del o de los esquemas de integración.

Realmente, y sin perjuicio de que se trata de una característica de los procesos de integración contemporáneos en Latinoamérica (con excepciones que confirman la regla), no compartimos el corolario antes señalado.

En efecto, lo que sí es claro, es que la institucionalidad (orgánica y normativa) existente, responde pura y exclusivamente al grado de profundidad del esquema de integración, esto es, de acuerdo al estadio de la integración, serán los mecanismos institucionales, normativos y de solución de controversias aplicables.

Obvio es pensar que no existe un acompañamiento lineal entre una cosa y la otra, pero si se puede apreciar, en esa característica marcada de lo evolutivo de los procesos, la adecuación permanente de lo "orgánico", lo "instrumental" y lo "normativo", todo ello, en aras del cumplimiento de los objetivos trazados en oportunidad del Tratado constitutivo del esquema de integración y/o de sus adecuaciones en el devenir del tiempo.

Por lo tanto, no es válido, afirmar la existencia de una institucionalidad débil, de por sí, sino que la misma se adecua, a las características del esquema de integración, independientemente de la matriz constitucional de cada Estado parte, que es la que en definitiva determina el alcance del compromiso que pueden asumir los Estados participantes en un proceso de integración.

14 Decimos en general, porque existen experiencias a nivel sudamericano de "supranacionalidad" tanto a nivel institucional como en el marco de los mecanismos de solución de controversias. A título de ejemplo, la Comunidad Andina de Naciones mediante el Protocolo de Trujillo de mayo de 1996 (modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina" establece en su artículo 2 que las Decisiones(del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina), obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por dicho Consejo o la Comisión y en su artículo 3 que las Decisiones al igual que las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior, y requerirán incorporación al derecho interno, cuando el texto de las citadas así lo disponga.

Lo que parece resaltar en los distintos esquemas de integración regional, es una institucionalidad orgánica y normativa – en ocasiones – insuficiente para lograr los objetivos plasmados por los negociadores en los documentos constitutivos del esquema de integración y sus modificaciones en el transcurso del tiempo, al igual que la efectividad (i.e. coercibilidad) de los laudos arbitrales en el ámbito de los mecanismos de solución de controversias. ⁽¹⁵⁾

A título ilustrativo, parece claro, que la necesidad de órganos comunitarios o supranacionales, surge en el estadio de la integración vinculada con el Mercado Común, dadas las características de esta modalidad integracionista, según vimos anteriormente.

Las dificultades derivadas de los procesos de incorporación en cada Estado Parte de las normas aprobadas en el seno de los órganos intergubernamentales en un proceso de naturaleza intergubernamental, conlleva dificultades para el desarrollo de un Mercado Común, sin perjuicio de que esta circunstancia no tiene tanta relevancia cuando estamos ante una Zona de Libre Comercio, y hasta se podría decir en una Unión Aduanera.

Lo expresado, nos permite señalar que analizando los procesos de integración vigentes, si bien se trata de las mismas estructuras jurídicas amparadas en un régimen jurídico similar, los objetivos de los Acuerdos Regionales – aún con la finalidad de su inserción en el libre comercio o sistema multilateral de comercio – varían en sus objetivos e instrumentación.

Por ello, se puede hablar de procesos de integración de una primera época o etapa y de una segunda etapa. En Latinoamérica - Ej. CEPAL – Modelo de Sustitución de Importaciones – Zonas de Libre Comercio – Mercados Comunes, etc.

En suma, y antes de hablar de institucionalidad débil, se puede reiterar que corresponde referirnos a una institucionalidad insuficiente en ocasiones, para avanzar en los distintos estadios de la integración, cuando el mismo se encuentra conformado por distintas etapas.

(7) Condicionamiento político

El condicionamiento político, es otra de las características propias de los “esquemas de integración temporáneos”, y también se aprecia que ha tomado demasiada relevancia en las decisiones vinculadas al desarrollo económico y comercial en estos Acuerdos Regionales.

Cuando nos referimos al condicionamiento político, no aludimos exclusivamente a aquellos aspectos políticos (o de gestión o conducción política) de los Estados integrantes del bloque comercial, que indudablemente existen, tanto a favor como en contra del progreso en el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo Regional.

No es posible desconocer, que aún en tiempos donde las ideologías o las corrientes ideológicas, no reconocen raíces profundas (salvo excepcionalmente en algunos países) y aparecen más como justificaciones propias de un accionar determinado por el régimen de gobierno de turno, las “afinidades ideológicas” sumadas a las identidades regionales, inciden en las decisiones de los países que conforman un Acuerdo Regional.

Sin embargo, los intereses comerciales y económicos, propios de los “bloques comerciales” son los que signan el accionar político, y es entonces desde esa óptica que surge esta característica.

En efecto, independientemente de esa condición “ideológica” que pudiese permitir una suerte de “plus” en el lineal o acordado relacionamiento entre dos o más países integrantes de un Acuerdo Regional, lo cierto es que, en términos comerciales o económicos, la mentada “afinidad” desaparece casi por completo.

Descartada entonces, a nuestro criterio al menos, la trascendencia de las ideologías afines entre los Estados que conforman un bloque comercial, surge las políticas nacionales como rectoras de las decisiones comunes en los ámbitos de resolución regional.

Los procesos de integración de naturaleza intergubernamental, rápidamente sufren estos vaivenes (hasta emocionales) de los gobernantes de turno en cada Estado Parte, y las decisiones a nivel “comunitario” se tiñen de un contenido político que puede no condecir con los intereses en común del bloque regional.

Por el contrario, los procesos de integración de naturaleza comunitaria, se alejan – aún sin desprenderse totalmente – del contenido político de sus decisiones, en base a una tecnocracia, que le concede una impronta técnica a las decisiones adoptadas en el seno del bloque.

Cualquier proceso de integración que se analice detenidamente ha sufrido las peripecias propias de las políticas nacionales de los Estados Partes o Miembros, lo importante es que este aspecto no adquiera tal

trascendencia que desvirtúe el proceso en sí mismo, y le haga perder credibilidad a nivel interno e internacional. ⁽¹⁶⁾

IV RESUMEN FINAL

La tendencia a la proliferación de “bloques comerciales” en Latinoamérica, tanto de carácter bilateral (principalmente) y plurilateral, a nuestro criterio, se mantiene en estos últimos años, mas producto de la superposición e interrelación entre bloques preexistentes, que en la creación de nuevas manifestaciones integracionistas.

Los Acuerdos preferenciales de carácter comercial y/o económico en el ámbito del GATT/OMC, son el instrumento utilizado a esos fines, y lo que hemos pretendido realizar en este documento, es un breve relatorio de las principales características que éstos presentan en la actualidad.

Asimismo, y aún cuando no es posible afirmar con cierto rigor técnico, la existencia de una suerte de revisión del regionalismo abierto enlazado un proteccionismo incipiente ante el ingreso de productos o servicios provenientes de mercados “invasivos” donde no se respetan derechos fundamentales (mano de obra infantil, etc.), o de “socios” que vulneran el origen regional, o desarrollan prácticas comerciales desleales, etc., que nos hacen recordar las orientaciones de la integración sesentista.

Ello no significa, que no existan otros aspectos resaltables o dignos de ser analizados en profundidad, simplemente se trata de una breve revisión de aquellos que consideramos más relevantes.

Lo importancia de estas reflexiones, a nuestro juicio, se encuentra en que estos “Acuerdos Preferenciales” se regulan por la Normativa GATT/OMC cuya última manifestación surge de los resultados de la Ronda Uruguay (lanzada en el año 1986) y culminada en los Acuerdos de Marrakesh (en el año 1994), y ante el estancamiento de las negociaciones de la Ronda Doha, la necesidad de realizar ajustes en las políticas de negociaciones comerciales entre los países – a nivel de los Acuerdos Regionales - adquiere mayor relevancia en el desarrollo económico, asumiendo la inevitable fragmentación del Sistema Multilateral de Comercio.

16 Varios son los ejemplos que se podrían desarrollar extensamente, no obstante lo cual, y dado el alcance y los destinatarios de este trabajo, la relación Argentina – Uruguay en el ámbito del MERCOSUR, es un claro ejemplo, donde una supuesta “afinidad ideológica” no es óbice para aplicar medidas proteccionistas y de otra índole, pese a los compromisos asumidos en el bloque regional – MERCOSUR.

ASPECTOS DEL DOLO, LA CULPA Y LA ULTRAIINTENCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL URUGUAYO

MIGUEL LANGÓN ¹(*)

A veces, precisamente ante los casos más aberrantes de crímenes gravísimos, que atentan no solo contra las personas sino contra la humanidad como tal, se presenta una buena ocasión, justamente por ello, de hacer un repaso de nuestras convicciones jurídicas para que, superando el rechazo que provoca el caso, podamos observarlo desapasionadamente y estudiarlo a la luz del derecho positivo del país que corresponda, para dar una respuesta científica, clara, transparente y objetiva, que provea a los operadores de instrumentos para hacer justicia, garantizando la certeza y la seguridad jurídicas, sin las cuales el sistema cae en la anarquía y el voluntarismo.

Es así que en el desempeño de mis tareas como abogado defensor me he encontrado frente al problema que planteo con toda su crudeza a continuación:

¿Qué delito comete el que con intención de obtener información somete a torturas a un sujeto que fallece a consecuencia de un paro cardíaco producido durante las aberrantes sesiones?

Se descarta, por hipótesis, que hubiera querido matar torturando, haciendo sufrir, lo que sería homicidio doloso muy especialmente agravado por las graves sevicias (art. 312.1 C.P.)².

La respuesta podría encontrarse entre:

- a) homicidio a dolo eventual porque se trata de un resultado que no se quiso “pero que se previó”, el cual por mandato de la ley “se considera intencional” (art. 18 C.P.)³;
- b) homicidio culpable porque “el daño” “que se previó como imposible se considera culpable” (*idem*)⁴; o
- c) homicidio ultraintencional porque el resultado que es previsible (“que pudo ser previsto”), excede la intención (*idem*)⁵, porque en el caso, del “hecho” de torturar, se deriva la muerte (no querida), del agredido (art. 319 C.P.)⁶.

No vamos a considerar ahora,

- a) cómo es que puede un tercero (el juez) adentrarse en la cabeza del agente para determinar que cosa es lo que previó éste,
- b) ni en el problema de establecer en qué consiste la previsibilidad: en sí misma (u ontológicamente), y si ella (fuere lo que fuere), es la del sujeto concreto objeto de estudio, la del hombre

1 (*) Catedrático de Derecho Penal en las Universidades de la República y de Montevideo.

2 Artículo 312. “(Circunstancias agravantes muy especiales). Se aplicará la pena de penitenciaría de quince a treinta años, cuando el homicidio fuera cometido: 1...con grave sevicia”.

3 Artículo 18. “(Régimen de la culpabilidad)...El resultado que no se quiso pero que se previó, se considera intencional”.

4 Artículo 18;...El hecho se considera culpable...cuando, con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos”.

5 Artículo 18. El hecho se considera ultraintencional cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto”.

6 Artículo 319. “(Lesión o muerte ultraintencional...) Si del hecho se derivare la muerte de la persona agredida o una lesión más grave que la que se pretendía inferir, la pena será la del homicidio o la lesión disminuida de un tercio a la mitad”.

medio u otra determinación de ese estilo, aunque esta cuestión estará presente de algún modo en toda esta ponencia,

- c) ni si es posible tipificar agravantes especiales o muy especiales de un homicidio cometido a dolo eventual.

Estos problemas no derivan, en el Perú del Código Penal, que probablemente con acierto, solo reconoce, sin definirlos, el dolo y la culpa⁷, sino del C.P. uruguayo, que, como se ve, optó por hacer definiciones doctrinarias en su viejo texto, que son las que tratamos de analizar en este aporte.

Trataremos de llamar la atención, a la luz del derecho positivo nacional uruguayo, no de la teoría abstracta, ni conforme a leyes o doctrinas extranjeras, sobre dos asuntos específicos y concretos:

- a) delimitación entre dolo eventual y culpa con previsión en el derecho objetivo, y
- b) la cuestión de la imputación ultraintencional.

La tesis que proponemos a discusión, fundamentalmente se centra en afirmar con ánimo de polemizar, discutir y eventualmente concluir que: en el sistema nacional, que opta por tipificar el grado ultraintencional para el delito de homicidio y también el de lesiones (artículos 198 y 319 C.P.), no tiene cabida ni el dolo eventual, ni la culpa con previsión.

Cuando el resultado muerte (o de lesiones graves o gravísimas), no se quiso, es previsible y excede la intención, hay muerte (u homicidio) ultraintencional, no pudiendo funcionar aquí la división tradicional (porque es una norma especial que regula un caso muy singular a texto expreso fijado por la ley), de que hay dolo eventual si lo previó y culpa si no lo previó por imprudencia, porque la ley no hace esta distinción al regular la ultraintención, sino que exige simplemente un resultado que exceda la intención, esto es, que vaya más allá del dolo directo que rige la conducta del agente, de la intención de lesionar que se halla en la base de la figura ultraintencional, que exige en el inicio la existencia de una "agresión personal".

Para arribar a dicha conclusión provisional partimos de la base que: como todo es naturalmente "previsible", este término legal debe ser tomado en consideración desde una óptica no naturalística (o filosóficamente correcta), sino normativa, valorativa, y por lo tanto de apreciación subjetiva por parte del intérprete.

Nos preguntamos una vez más que es prever para el derecho penal, porque prácticamente, cuando uno sale a la calle conduciendo un automóvil "prevé", todos los días, que puede con el mismo lesionar o matar a un peatón o chocar con otro vehículo con resultado fatal.

Tanto lo prevé que se asegura contra esos riesgos y el mismo legislador, que también sabe que eso puede ocurrir y que ocurre, legisla sobre el seguro obligatorio.

¿Qué nivel de previsión es éste?

Es el de la posibilidad, es decir que el resultado no es un imposible, se trata de un resultado no querido, pero que obviamente puede suceder y que se ha previsto, con lo que se ve que la construcción de la culpa sin previsión incluso es de orden normativo, de creación legislativa y no de la realidad ontológica, porque no se puede afirmar, como hacemos habitualmente que culpa es falta de previsión de un resultado previsible, porque, como se ve, allí hay previsión, aunque no actualizada, no en el momento del hecho, sino en forma genérica.

En este tipo de culpa, afinando más el concepto, lo que hay es una certeza, pero ¿certeza de qué?: de que lo previsto puede ocurrir, que puede llegar a pasar.

⁷ Artículo 12 DL., N° 635 de 3 de abril de 1991.

⁸ Artículo 129: "(Punibilidad de la ultraintención y de la culpa). El hecho ultraintencional y el culpable solo son punibles en los casos determinados por la ley".

Todos “sabemos” que conduciendo un vehículo, que cargando un arma de fuego, se puede llegar a lesionar o matar a otro.

Por ende la diferencia entre culpa y dolo eventual no está en que en el primero no se previó y en el segundo sí, sino en el grado de la previsión.

Dado que tanto en uno como en otra hay previsión del resultado, es en la naturaleza de este juicio de anticipación donde debe encontrarse la diferencia entre estos tipos: en el primero se prevé como posible y en el segundo como probable.

Ni en la culpa ni en el dolo eventual hay certeza de que se matará o lesionará (eso sería dolo directo), sino certeza en dolo eventual de que es probable que ello ocurra, mientras que en la culpa es certeza de que es meramente posible que suceda el evento.

En la culpa el evento, posible y previsto, difícilmente puede producirse, estadísticamente es poco probable que ocurra el resultado que no es imposible, por la congrua razón de que está allí, ha ocurrido, de modo que el juicio humano anticipado de previsión es a grado de posibilidad abstracta, el sujeto no quiere el resultado, lo prevé como remotamente probable (como posible), sabiendo no obstante que en ocasiones el mismo puede ocurrir: el que conduce en estado de ebriedad, aunque lo haya hecho toda la vida sin consecuencias, “sabe” que puede matar a otro a consecuencia de su estado defectuoso, y eventualmente tanto lo sabe que conduce despacio, junto a la acera, deteniéndose en todas las esquinas, lo que no privará al juez de procesarlo y eventualmente condenarlo si, en tal estado, produce el resultado fatal del ejemplo.

En la culpa con previsión⁹, hay un juicio de imposibilidad que por definición es errado, porque aquello que se considera como de bajísima posibilidad de producirse, ha ocurrido, de donde resulta que la ley nacional prevé por lo menos tres formas de previsión: como probable (dolo eventual), como posible (culpa inconciente) y como muy poco posible (culpa “con” previsión).

Y ello tomando en cuenta que, el límite de la responsabilidad penal está en el hecho subjetivo culposo, conforme a la reforma de 1995, que incluyó el último inciso del multi citado artículo 18, que establece esta regla inamovible de un derecho penal de culpabilidad, liberal y democrático¹⁰.

Por debajo de la culpa no hay imputación subjetiva posible, pues es ese el reino del azar, de la mala suerte, del acaso, el accidente, el fortuito o la desgracia: la imputación penal requiere un mínimo de involucramiento subjetivo que se halla precisamente en la imprudencia, en aquella conducta que, al menos, crea un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico objeto de la protección.

En el dolo eventual hay intencionalidad, por mandato de la ley, porque el resultado es probable; en la culpa inconciente se considera que no hay previsión del resultado, porque la previsión genérica que, como vimos, en realidad existe, está en grado de mera posibilidad y sin actualización en el momento del hecho (que es producto mas bien del azar); y en la culpa conciente hay una previsión concreta, pero de tan baja probabilidad, que la ley la conceptúa como “imposible”, y por ello la imputa como delito imprudente.

De donde se puede prever como probable y esto es dolo eventual.

Como “imposible” y es culpa con previsión y se castiga como si fuera culposo.

Como posible, en un actuar riesgoso o imprudente y es culpa.

Si el hecho base es indiferente (base objetiva de la culpa en derecho uruguayo) y sobreviene un resultado dañoso, se responde por culpa, pero si el hecho base es ilícito, si se trata de una “agresión personal”, y el resultado es de lesiones más graves o de muerte, se imputa la ultraintención.

⁹ Artículo 18. “el daño que se previó como imposible se considera culpable”.

¹⁰ Artículo 18: “En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente”.

El resultado que excede la intención es previsible y si fue previsto lo fue en grado de mera posibilidad, pero no de imposibilidad, sino como algo que puede ocurrir pero con baja probabilidad.

La ley uruguaya no castiga la mera conducta, sino la conducta productora de un resultado (de daño o de peligro), de modo que si éste no existe, el hecho previsto por la ley como delito no se puede castigar, porque del resultado, consecuencia de la conducta humana “depende la existencia del delito” (artículo 3 C.P.)¹¹.

Se castiga pues el resultado al punto de que, si el mismo no ha podido ser previsto por el agente, resulta impune (artículo 18.4 C.P.).

Es tan importante el resultado que la tentativa (que en sí misma supone una alta probabilidad de llegar al resultado, porque hubo, por definición un “comienzo de ejecución”), se castiga de regla con menos pena que la consumación (art. 87 C.P.)¹², de modo que no le vale al delincuente no producir un resultado material, como tampoco le vale producir un resultado menos grave que el querido, porque, aunque con pena morigerada, de todos modos responderá, sea que la víctima quede incólume, sea que resulte apenas lesionada, pues en todo caso responderá por homicidio en tentativa.

Ahora bien, ese resultado de daño o de peligro debe ser consecuencia de la conducta activa u omisiva del autor.

Hay en nuestro sistema una cláusula de equivalencia o de correspondencia, que establece que no impedir un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo (artículo 3 C.P.), algo similar a lo que prevé el Código peruano en su artículo 12, que, con acierto, establece las condiciones de la imputación por omisión impropia, en la posición de garante derivada de un deber, en la creación de un peligro inminente apto para producir el resultado y en la correspondencia de la omisión a la realización de un tipo mediante un hacer.

Por lo tanto, en la construcción uruguaya, el resultado o es la consecuencia de la conducta (causalidad “directa”, delitos de acción), o es el producto de una no evitación del mismo, a cargo del que está obligado, porque tiene el deber, de evitarlo (delitos de omisión).

Se pune pues el resultado: a) consecuencial o, b) no evitado, o sea que se castiga tanto por producirlo como por no evitarlo, pero en ninguno de los casos se responde si opera una concausa, esos factores “anormales”, independientes e imprevisibles (artículo 4 C.P.)¹³, que interrumpen la causalidad, lo que es una consecuencia del principio de culpabilidad o, dicho de otro modo, del rechazo sistémico a todo tipo de responsabilidad meramente objetiva.

En este importante artículo 4 se establece que si ese resultado se pudo prever y no se hizo, por imprudencia, impericia o negligencia (que es el formulismo utilizado en el artículo 18 al definir la culpa inconsciente), se reputa culposo lo que conlleva una “rebaja de la pena”.

Ya se va viendo cómo la ley refiere permanentemente a la previsibilidad, pues quiere vincular el castigo a un hecho subjetivo, al estado espiritual, a la intención del actor, conforme a lo que hubiera querido (teoría de la voluntad) o previsto (teoría de la representación), obligando a una ardua tarea de interpretación y de reconstrucción normativa del sistema.

La conducta típica productora de un resultado lesivo solo se puede castigar si es intencional, culposa o ultraintencional (art. 18 C.P.).

11 Artículo 3. “(Relación de causalidad). Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo”.

12 Artículo 87. “(Penalidades del delito tentado, Individualización). El delito tentado será castigado con la tercera parte de la pena que corresponda por el delito consumado, pudiendo ser elevada hasta la mitad, a arbitrio del Juez, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente”.

13 Artículo 4. “(De la concausa). No se responde de la concausa preexistente, superviniente o simultánea, independiente del hecho, que no se ha podido prever, La que se ha podido prever y no se ha previsto, será tenida en cuenta por el Juez para rebajar la pena, según su criterio, de acuerdo con a las circunstancias del caso, y lo dispuesto en el artículo 18”.

En dolo directo el sujeto prevé y quiere el resultado¹⁴, en dolo eventual no quiere pero lo prevé, en culpa ni quiere ni prevé, en culpa conciente prevé como imposible y en ultraintención, sobre base ilícita, hay un resultado previsible que excede a la intención original y que sin embargo ocurre¹⁵.

La tesis que propugnamos parte de la base de que todos estos conceptos son de orden estrictamente normativo, es decir, que no se pueden explicar ni siquiera lingüísticamente, sino que requieren una re-construcción valorativa, conforme al sentido de la ley, ya que estrictamente los criterios legales no se pueden reconducir lógicamente a un orden natural objetivo, sino a convencionalismos de imputación, que es lo que tratamos de poner de manifiesto en esta presentación.

Porque partimos de la base de que absolutamente todo es previsible por un lado y que, en estricta lógica, todo ha sido previsto ya con anticipación por el actor.

No hay una línea divisoria clara entre prever y no prever o prever como imposible, lo que hace necesario intensificar el análisis para desentrañar el sentido de la ley y ofrecer pautas de conductas seguras y confiables, que permitan arribar a cierto grado de certeza jurídica, conforme se verá.

Para el exponente habrá dolo eventual cuando el resultado previsible (dentro de la experiencia normal humana), lo sea, precisamente, en grado de probabilidad, es decir, en términos de posibilidad “cercana a la certeza”, donde estadísticamente es altamente probable que se produzca el resultado no querido, que fue sin embargo efectivamente previsto (debe darse por probado que efectivamente “lo previó”), como de producción no segura, pero de acaecimiento “muy” posible.

El Código uruguayo exige para el dolo eventual una doble condición:

a) **que el resultado sea probable** en el sentido que yo le doy al término previsibilidad que exige la ley, entendiendo por tal la “previsibilidad cercana a la certeza”), y

b) **que haya sido efectivamente previsto** por el agente de la conducta (el famoso resultado “que se previó” que exige la ley).

Como en realidad no se castiga el resultado no querido (el que es “distinto o más grave que el querido”), en cuanto no pudo ser previsto por el agente, es decir, como no se castiga el resultado imprevisible en ninguna hipótesis, **para que haya dolo eventual se exige**, como particularidad, **una sola condición: que el resultado haya sido previsto**, como manda la ley, **en grado de probabilidad**, según mi interpretación, que no resulta expresamente del texto de la ley, pero que es indispensable para diferenciar el dolo indirecto de la mera imprudencia.

Va de suyo que en dolo eventual, para nuestro derecho, se exige que esta previsión sea concreta y que exista “en la cabeza del actor”, en el momento de actuar, lo que se debe probar y dar por acreditado en juicio.

Por tanto no hay un dolo presunto conforme a lo que “debió de haber previsto”, o a lo que “no pudo no prever” o al hecho de haber actuado “con ignorancia intencional”, sino que, como digo, debe de haber habido una concreta previsión por parte del concernido, porque se trata de un resultado “que se previó” por el actor.

Estamos discutiendo también, la interpretación tradicional que supone que para que haya dolo eventual el resultado debe haber sido previsto “como probable o como posible”, lo que nosotros venimos a restringir solo a la previsión en grado de probabilidad, pero previsión real, concreta, actual, en el momento de la acción.

Como la previsibilidad del resultado, como vimos, es un requisito común a todas las formas de imputación subjetiva previstas por la ley (art. 18.4 C.P.), es evidente que la norma establece casi idénticos requisitos

14 Artículo 18. “(Régimen de la culpabilidad). Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional cuando el resultado se ajusta a la intención”...

15 Todas estas definiciones han sido ya transcritas en notas en este trabajo. Vide supra.

para el dolo eventual que para la ultra intención, toda vez que este último grado se imputa al que produce un resultado de muerte, que es previsible, pero que excede la intención, porque el sujeto no quiso matar, no obstante lo cual del hecho de torturar, en el ejemplo, derivó la muerte del agredido.

La ultraintención es en el fondo un caso de aberración, es decir, que hay una discordancia entre lo previsto y querido y lo realmente ocurrido: el sujeto quiere una cosa directamente, pero se produce sin embargo, un resultado diferente, excesivo.

Quiere lesionar y produce o una lesión más grave o la muerte (ar. 319 C.P.).

¿Cuál es la diferencia entre dolo eventual y delito ultraintencional, entonces?

Simplemente, en teoría, en que, el que actúa con dolo eventual “previó” el resultado previsible, mientras que la **“muerte” ultraintencional no requiere la previsión efectiva del actor**, de modo que ese resultado no previsto, ni como probable, ni como posible, se imputa por la imprudencia, por la falta del debido cuidado que pone de manifiesto su accionar previo antijurídico, que se patentiza en el hecho de la agresión personal que lleva adelante contra la víctima

Hay una persona “agredida” (art. 319 C.P.), que, sin que exista intención de matar por parte del actor o de inferir un daño de la magnitud acaecida, resulta no obstante muerta o lesionada grave o gravísimamente, no siendo filosóficamente posible considerar que ese resultado “no se previó”, pues todo el que agrede a otro “sabe”, “le consta”, que del hecho puede resultar un daño mayor al previsto, que es lo que, efectivamente ocurrió en el caso concreto a analizar.

Se afirma comúnmente que la ultraintención plasma en la cúspide un caso de culpa sin previsión, toda vez que se produce un resultado que pudiendo ser previsto no lo fue, por imprudencia al actuar ilícitamente, agrediendo a una persona, de cuya violencia material puede resultar, sin que lo haya ni previsto ni querido el agente, o una lesión más grave o la muerte de la víctima.

La ultraintención no sería otra cosa que el castigo de una muerte (no de un homicidio propiamente dicho, sino una “muerte ultraintencional”, que tal es el título de esta figura estrictamente hablando), causada por imprudencia sobre una base ilícita. Un problema propio del Uruguay, donde la culpa requiere, necesariamente, un “arranque lícito” o “jurídicamente indiferente”, cuando en realidad prácticamente nada lo es desde el punto de vista del derecho.

Lo que hubiera podido castigarse, quizás con mejor criterio, como un concurso de lesión intencional y muerte culposa, la figura de la ultraintención (que se aplica como es sabido exclusivamente para muertes y lesiones más graves que las queridas), imputa unitariamente el resultado fatal imprudente, donde queda englobado el delito intencional antecedente de lesión, o de tortura, si fuera el caso, como en el ejemplo propuesto al comenzar esta exposición.

Pero esta construcción es enteramente normativa por cuanto no existe en realidad un hecho previsible no previsto, pues, como vimos, todo individuo que sale con su auto y se introduce en el tránsito prevé (en realidad está seguro, tiene certeza), que puede causar daños, matar o lesionar a alguien con su vehículo, así como todo individuo que maneja una sierra de carnicería sabe que puede con ella lesionar a un tercero, todo armero sabe que sus pistolas pueden dispararse, y todo arquitecto que pone a un obrero en un balancín a trabajar a cincuenta metros de altura prevé y sabe que puede caer, por lo que esa no previsión es en todo caso, para que haya culpa, no absoluta sino actual, concreta, en el caso específico, y debida a una imprudencia, lo que trasunta la artificiosidad de la construcción o de significado de la “falta de previsión”, desde el punto de vista de la realidad.

Hay sin embargo una forma de previsión del resultado, previsión efectiva, en la cabeza del actor, que no plasma dolo eventual, sino culpa, cuando esa previsión es a grado de “imposibilidad” o, creo yo, que es lo mismo, a grado de mera previsibilidad o, mejor aún, de remotísima posibilidad.

De donde la previsión expresa del resultado como probable es dolo eventual, y como difícilmente probable o “imposible” es culposo.

Esta asimilación de lo difícilmente probable (o de lo previsible) a lo previsto como imposible deriva del hecho de que, así como no hay nada estrictamente imprevisible, tampoco hay nada que pueda ser considerado “imposible” rigurosamente hablando, por lo cual también aquí vale un criterio normativo o de valoración que en el fondo deja un campo, imposible de eliminar totalmente, pero sí capaz de ser acotado, a la subjetividad.

Exposiciones, como la que estoy haciendo, tal como trata de hacer la dogmática en general, no son otra cosa que un intento de objetivar de algún modo los conceptos, para dar seguridad y certeza a los operadores, y garantizar la mayor uniformidad posible en la aplicación de la ley, para así llevar paz social y no caos y arbitrio en los asuntos jurisdiccionales.

La ley no exige, está muy claro, ni un “egoísta indiferente” en dolo eventual, ni un “sujeto solidario y esforzado” en culpa con previsión, sino que la distinción radica simplemente en que, exigiéndose en ambos casos que el sujeto haya previsto efectivamente el resultado (o el daño), **en dolo eventual se prevé como probable y en culpa con previsión se prevé como imposible** (o improbable o, lo que es lo mismo, como de difícil posibilidad), sin ningún aditamento moral o de cualquier otro tipo, que no exige la ley.

La “imposibilidad” en culpa con previsión es normativa, debe ser objeto de una valoración, pues de otro modo desaparecería la culpa conciente del Código ya que nada es “imposible” materialmente hablando.

El que prevé como imposible, está previendo (hay allí una *contradictio in terminis*), lo que llevaba a BAYARDO BENGOA a decir, paradójicamente, que prever como imposible equivale a no prever.

La ley “soluciona” el punto equiparando la previsión en grado de imposibilidad a la no previsión del resultado, haciendo responder al autor por imprudencia en ambos casos

La imputación por imprudencia o culpa inconciente ocurre cuando el actor no previó el resultado (que, como en todos los demás casos, debe ser previsible).

Prever un resultado como meramente posible (o como “imposible”), es culpa, con lo que venimos a sostener que la definición tradicional de la culpa, como falta de previsión de un resultado previsible, debe ser vista en términos concretos, de falta de previsión actual, que es provocada, y esto es esencial por la imprudencia que ha causado ese resultado sin cuyo concurso no se puede imputar al sujeto, sea porque no causó un riesgo, sea porque ese riesgo no se plasmó en el resultado.

El resultado estrictamente siempre se previó, porque se está cierto de que es en realidad de posible producción, y ello se concreta, por ejemplo, en el hecho de que los automovilistas aseguran sus vehículos y se aseguran contra terceros, porque, precisamente, han previsto la posibilidad abstracta de la producción del evento dañoso del que emergería la responsabilidad civil.

La previsibilidad teórica o abstracta es entonces el límite inferior de la imputación subjetiva: no se responde a ningún título de lo imprevisible, del azar, de la desgracia, del fortuito, de la fatalidad, o, dicho de otro modo, no se responde de lo que no se ha podido prever (art. 4 C.P.).

El criterio normativo también se puede apreciar en la disposición que prevé la extensión de la responsabilidad a los copartícipes por delitos distintos de los concertados (artículo 63 C.P.)¹⁶, donde se advierte el criterio de extensión, “de acuerdo con los principios generales”, en cuanto el resultado distinto del concertado “hubiera podido ser previsto”.

16 Artículo 63.” (Responsabilidad por delitos distintos de los concertados). Si el delito cometido fuere mas grave que el concertado o de igual gravedad, pero de distinta naturaleza, o complicado por otros delitos, los partícipes extraños al hecho, responderán por el delito concertado y cometido, y solo por el cometido sin concierto, en canto hubiere podido ser previsto, de acuerdo con los principios generales. Si el delito cometido fuere menos grave que el concertado, responden solo por el primero”.

¿Y que es lo que puede ser previsto?: lo previsible, que es todo, de modo que se debe dar una interpretación de racionalidad, “en la cabeza del juez”, para apreciar cuando ese resultado no querido, pero previsible, se puede imputar además de al autor, a los otros concurrentes al hecho común objeto de la concertación.

¿Puede decirse que la muerte del torturado con intención de obtener de él información, fue prevista como probable por el torturador?

O bien ¿puede sostenerse que fue prevista como “imposible”?

O ¿puede decirse que no fue prevista en absoluto por el actor?

Es francamente imposible, creo yo, dar una respuesta concreta y objetiva a estas preguntas, más allá de lo que resulte del caso específico y su prueba, porque el intérprete, con iguales válidos argumentos en todos los casos, prácticamente puede afirmar una cosa u otra, dado que en realidad lo que hace (salvo excepcionales casos), es una reconstrucción de lo que él piensa que previó o dejó de prever el actor, y en su caso, es él que determina con que grado de aproximación a la certeza previó lo que previó, dado que no hay modo científico de entrar en la interioridad de la mente del agente, para poder saber exactamente cual fue su estado espiritual al momento de los hechos, cual fue en concreto su subjetividad personal e intransferible.

En lugar de todo eso, especialmente ante la imposibilidad material de poder llegar a afirmar cualquiera de las dos formas de previsión referidas ¿prima la imputación de muerte ultraintencional o la del dolo eventual?

Porque entendámonos: solo en la academia se podrá tener un corte neto de distinción, porque en la vida real es muy improbable (vean el término que utilizo), que alguien admita que previó un resultado, y mucho menos que lo hizo con carácter de probabilidad o de previsión con posibilidad de acaecimiento cercano a la certeza.

La teoría del dolo eventual en nuestro código penal sigue la línea de las intelectivas o cognitivas, en concreto la teoría de la representación del resultado a nivel, decimos nosotros, de probabilidad.

Ya es bastante dificultoso admitir la ficción de intencionalidad del dolo eventual en casos en que, por definición, no hay volición del resultado, lo que plasma de algún modo una presunción de ella, un dolo presunto, que se atribuye porque el azar quiso que el resultado no querido, se haya producido a consecuencia de la acción del actor que no lo quiso pero que lo previó.

El dolo llamado eventual entre nosotros es una verdadera ficción jurídica, lo que resulta del propio texto de la ley que en esos casos, dice que el resultado “se considera intencional”, no afirmando que lo sea en realidad, sino que la ley lo toma por tal.

No hay voluntad de matar, no hay intención directa del resultado, sino que como se previó por el actor, la ley lo toma como si fuera intencional, cuando no lo es, a lo que la doctrina suele agregar el asentimiento o la indiferencia, cabiendo preguntarse si la ley uruguaya exige la asunción del riesgo por parte del actor, a lo que, a mi criterio corresponde contestar negativamente, porque nada dice al respecto el texto legal, que solo exige, sin calificarla, la previsión del mismo.

Es vano pretender probar que el agente contaba “seriamente” con el resultado, o que “se conformaba” con él (MIR PUIG), porque en verdad esto no es exigido por la ley uruguaya y resulta por lo tanto no de ella, sino de la especulación doctrinaria.

Cuando el sujeto actúa teniendo la certeza de la producción del resultado, aunque el mismo no haya sido directamente querido, hay dolo directo, hay intención como se ve claramente en los casos denominados de “consecuencias necesarias”, debiendo ser objeto de prueba en juicio tal hecho, como en el conocido caso de la bomba colocada en un avión en vuelo para matar a uno de los pasajeros, resultado que para producirse involucra necesariamente la muerte de todos los que se encuentren en la nave, muertes por las que debe responder ya que no es ni posible ni probable el evento, sino claramente cierto.

Hay dolo directo porque previó el resultado plural como seguro, como cierto, porque no puede llegar al resultado querido (muerte del enemigo), sin considerar como inevitable los resultados que, aunque no sean directamente queridos, son el producto inevitable de su acción.

Al punto que, si sobrevive un tripulante, por ejemplo, el hecho debe imputarse en grado de tentativa de homicidio (obviamente intencional), mientras que el dolo eventual no admite el conato: quien cruza con luz roja a alta velocidad una avenida muy transitada, y no provoca la muerte, ni la lesión de nadie, no responderá nunca por homicidio a dolo eventual en grado de tentativa, porque al no haber intención no hay mecanismo amplificador capaz de atrapar al imprudente (pese al riesgo real y concreto que pudieran haber corrido automovilistas y peatones que por allí estaban).

Prever como probable, como posible, como imposible o no prever en absoluto, es algo que escapa en la realidad de los hechos, a la apreciación objetiva de los intérpretes y particularmente del juez, por lo cual creo que en un sistema como el nuestro, que admite la forma ultraintencional para toda muerte que excede la intención, toda vez que ello ocurra, como en el ejemplo de la tortura, donde claramente no se quiere matar, si se produce el fallecimiento del agredido, habrá efectivamente “muerte (o si se quiere homicidio) ultraintencional”, sin que sea necesario determinar si hubo o no cualquier grado de previsión del resultado, porque basta que el mismo sea excesivo, para que corresponda imputar por ese grado excepcional.

El principio de especialidad hace que la ultraintención prime sobre el dolo eventual y aún sobre la culpa con previsión, a lo que coadyuva también el principio *pro hominie* y el de benignidad, que rigen en el linde entre lo adjetivo y lo sustantivo, con idéntico fin de preservar la regla de humanidad y de interpretación *favores rei*.

El tipo ultraintencional no exige que el resultado fatal esté desvinculado o alejado del hecho, de forma de resultar de excepcional o rara producción, como en el caso académico del sujeto que empuja a otro que cae y se quiebra el cráneo contra el borde de una silla, sino que escuetamente exige solamente, que el daño exceda a la intención.

El ejemplo anterior, aunque está en el límite, no podría verse como un caso de concausa (porque estrictamente no es “independiente” del hecho, ni fue “imprevisible”), lo que excluiría toda responsabilidad, aunque es difícil suponer que un sujeto que empuja a otro haya podido prever que la caída lo mate, y en todo caso lo más probable es que no haya previsto en el momento de la actuación ese resultado, en cuya hipótesis se le castigará conforme al artículo 18 (ver art. 4 C.P.), o sea por ultraintención dado la imprudencia que subyace al hecho ilícito de agredir a otro.

Entonces un resultado excesivo de muerte a causa de una agresión personal, se debe imputar siempre, conforme a la ley nacional, a título ultraintencional.

A esta “muerte ultraintencional”, no querida, se le aplicará la pena del delito de homicidio disminuida de un tercio a la mitad, no pudiendo hacerse el cálculo sobre otra base que la del homicidio simple del artículo 310 C.P., salvo el caso de homicidas múltiples en cuyos caso, por ser objetiva la agravante, corresponderá aplicar el art. 311.4 o 312.6 C.P., según corresponda (¹⁷ y ¹⁸).

Entender otra cosa puede hacer del dolo eventual, un delito fuera de la intención, especialmente en los casos de homicidios o lesiones, una especie de agujero negro que todo lo trague, y lo que es peor, que dependa absolutamente de la voluntad del intérprete y no de la del concernido, como manda la ley.

17 Artículo 311.4: “(Circunstancias agravantes especiales). El hecho previsto en el artículo anterior (homicidio) será castigado con diez a veinticuatro años de penitenciaría, en los siguientes casos:...4. Si el sujeto fuera responsable de un homicidio anterior ejecutado con circunstancias atenuantes”.

18 Artículo 312.6. “(Circunstancias agravantes muy especiales). Se aplicará la pena de penitenciaría de quince a treinta años, cuando el homicidio fuere cometido:...6. La habitualidad, el concurso y la reincidencia, en estos dos últimos casos, cuando el homicidio anterior se hubiera ejecutado sin las circunstancias previstas en el numeral 4° del artículo precedente”.

ACTUACIONES CONCURSALES CON RELEVANCIA PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

CAMILO MARTÍNEZ BLANCO¹

1.-ENTRE ESCILA Y CARIBDIS

En el reciente VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, celebrado en Franca (San Pablo-Brasil), nos tocó en suerte desarrollar el tema del título. Por obvias razones, el tiempo de la conferencia nos limitó en cuanto a la extensión de la misma quedando en la mesa *mucha tela para cortar*. Por eso, aprovechando la buena voluntad de la Revista de la Facultad de Derecho y abusando de la paciencia del sufrido lector, intentaremos ahondar más en las reflexiones que un tema tan vasto amerita.

Cuando abordamos estos temas siempre corremos el riesgo de encontrarnos entre Escila y Caribdis. Con esa expresión nos referimos a dos peligrosos obstáculos náuticos presentes en el estrecho de Mesina (separa Sicilia de la punta de la bota italiana), pero que también nombran en la mitología griega a dos ninfas hijas de Poseidón. Una, Escila, de gran belleza, causó la envidia de la hechicera Circe que la convirtió en monstruo condenándola a morar en una cueva marina de la costa siciliana. La otra ninfa, Caribdis, hija de Poseidón y de Tierra, por el robo de unos bueyes a Herakles, fue sancionada por Zeus a la pena de beber el agua del estrecho (con navíos y tripulaciones tres veces al día). Los peligros de la navegación entre esos obstáculos fueron tales, que Homero relata las múltiples peripecias padecidas por Odiseo para poder sortearlas.

En el lenguaje bien hablado (y mejor escrito), la expresión “*hallarse entre Escila y Caribdis*” se utiliza para simbolizar situaciones, en que parece imposible no caer atrapado por uno de ambos peligros.

2.-NUESTRO MODERNO DILEMA

El tema que intentamos abordar, gira en torno a un dilema similar al mitológico: *Un agente con PODER DE MERCADO, entra en dificultades y recurre al amparo concursal.* Dada la posición que ocupa en el mercado ese agente, la intervención del orden jurídico, tendrá relevancia en dos ámbitos bien delimitados: *en el sistema concursal y en el Derecho de la Competencia.*

Apreciemos que con esa actuación, un orden jurídico interviene en las relaciones de mercado, *prestando su auxilio a un importante agente en desmedro de los demás competidores que continúan “sin muletas” transitando por el mismo sector de la economía.*

Precisión ineludible:

Para que esa operación de amparo concursal, contenga relevancia en el ámbito del Derecho de la Competencia, es condición *sine qua non* que el agente concursado posea PODER DE MERCADO en un mercado relevante. En caso contrario la incidencia en la economía de un operador de pequeño porte que recurra a la solución concursal será sencillamente, irrelevante.

Para escándalo de los liberales clásicos, es ya un dato de la realidad que el Estado, en su expresión “ordenamiento jurídico”, *siempre interviene* en las relaciones del mercado. A esta altura del siglo XXI, resulta por cierto superfluo insistir en que la superestructura debe limitarse a crear condiciones para que los agentes interactúen, o sólo a generar el “*clima de negocios*” que los clásicos reclaman.

Por supuesto que el tratamiento de este tema nos lleva de la mano a plantearnos el viejo dilema entre “*Intervencionismo vs. prescindencia*”. Y enfrentados a la **crisis global iniciada en 2008** parece innecesario interrogarnos con honestidad sobre si es razonable que el ordenamiento jurídico sea prescindente. No lo puede ser (aunque quisiera) pues las urgencias de la economía, claman por su intervención.

Aunque en el fondo también es oportuno interrogarnos acerca de si es razonable intervenir siempre que un agente individualmente demande el auxilio del orden jurídico. Conste que no sólo se interviene en el

1 Cátedra de Derecho Concursal

mercado, con auxilios monetarios o subsidios concretos a un agente, sino fundamentalmente también con procedimientos excepcionales que toleran incumplimientos, que permiten propuestas abusivas de pago.....

3.-¿CUÁNDO UN CONCURSO PRESENTA REALES RIESGOS ANTICOMPETITIVOS?

Si bien el **derecho concursal cumple varias funciones en la economía**, al empalidecerse el rol de los acreedores y ponerse el foco en la continuidad empresarial a toda costa (aún en la etapa pre-concursal, mediante el intervencionismo extrajurisdiccional o ayudas a empresas en crisis) *se corre un serio riesgo: Dañar el libre juego de la competencia y sus reglas.*

Insistimos en que ese riesgo siempre dependerá del poder de mercado del agente que demanda el auxilio concursal. Por eso pocas veces esas intervenciones de recomposición de las obligaciones de los agentes, tienen relevancia en lo que a incidir en el mercado se refiere.

Dejando de lado la cuestión del formato **corresponde otra precisión. No vamos a considerar a aquellos concursados**, que incurrn en conductas anticompetitivas (*acuerdos colusorios, reparto de zonas, cartelización de actividades, coordinación en licitaciones, etc.*) al igual que cualquier otro agente que actúa en mercados concentrados con escasa competencia. **Porque lo que nos interesan son aquellas prácticas anticompetitivas, emanadas del concurso mismo o a resultas de su promoción. Es que en el escenario concursal, asistimos casi siempre a conatos de decisiones anticompetitivas. O al menos es muy grande la tentación de acometerlas para una empresa en dificultades y también para sus competidores.**

4.-CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DURANTE (O A RESULTAS) DEL CONCURSO

A.- Las políticas de precios predatorios que casi siempre acompañan a la venta de stocks para rotar inventarios y dotar de la liquidez (*cash flow*) necesaria para sostener los planes de viabilidad de la empresa concursada. **No es una novedad, sostener que muchas veces los concursados venden** a precios bajo el costo, porque necesitan alimentar sus flujos de fondos proyectados, y posiblemente con ello distorsionen el mercado, afecten a la competencia y a sus competidores.

Reiteramos que para tener esos efectos, dependerá:

- del poder de mercado que la concursada detenta,
- del mercado relevante tomado como base y
- *de la duración de la práctica anticompetitiva.*

Esto nos conduce a una **primera reflexión**: los acreedores en el concurso terminan admitiendo un nuevo comienzo (*Fresh Start o New Start*), pero ¿los competidores del concursado, deben siempre tolerarlo y padecerlo?

Es que puestos por un momento en la piel de los competidores del concursado, apreciamos que aquellos durante años lucharon para desplazar del mercado a quienes utilizan "*ars non sanctas*" para quedarse con una porción del mismo. Y ahora ese "mal actor" se "*fundió*", pero.... aparece un inversor intentando rescatar a LA EMPRESA caída.

O peor aún: un Síndico (devenido por arte de birlibirloque "*empresario*") continúa con una explotación causando graves perjuicios a la plaza, pues la empresa concursada tiene costos menores, liquida stocks, intenta enajenar en bloque inventarios a precios de liquidación, etc. De acuerdo al formato empresarial y a la duración de estas prácticas, no puede negarse que estas situaciones causan distorsiones en mercados pequeños.

B.- Intentos de acuerdos colusorios (reparto de zonas, de licitaciones, acuerdos de precios, etc.), tienen el atractivo de aportar recursos allí donde no existían. El *estado de necesidad concursal* hace que un concursado cuando tiene poder de mercado, sea fácilmente atraído por la ganancia segura que dimana de los pactos colusorios.

Y esto nos merece una **segunda reflexión**: cuando un concursado actúa en un mercado muy concentrado y es un actor importante del mismo (líder o con cuotas de mercado altas), siempre estará tentado a obtener el **plus monopolístico que necesita para mejorar su capacidad de pagar el adeudo concursal**. Lo que antes no hacía, hoy se siente inducido a practicarlo y sus competidores también se le suman pues ven una oportunidad para mejorar su rentabilidad en forma segura.

C.- El abuso de posición dominante, es un ejercicio frecuente en la negociación concursal y tal actitud no la asume solo el concursado, sino ambas partes negociadoras:

- Los proveedores-acreedores:

Si cuentan con poder de mercado procurarán introducir en el acuerdo concursal cláusulas restrictivas de la competencia (compras atadas, precios de venta sugeridos, etc.). O incluso imponer condiciones comerciales discriminatorias. Es frecuente asistir a escenarios ,donde los proveedores sancionan al deudor concursado, vedándole el acceso a novedades comerciales y/o innovaciones tecnológicas necesarias para “seguir en carrera”.

- El concursado:

Si el concursado cuenta con *buyer power* (posee buenas vidrieras de exhibición o *góndolas* demandantes, es una *boca de salida* necesaria, o un interesante canal de comercialización para determinados productos) procurará obtener condiciones de salida más beneficiosas. Las “Propuestas concursales abusivas como expresión del abuso de posición dominante del concursado” son en realidad ejercicios de “*buyer power*” o poder de compra , a través del cual un concursado de gran formato (y gran endeudamiento), se planta frente a sus proveedores con ofertas que apuntan incorrectamente, a *licuar* su pasivo, más allá de lo razonable.

Va de suyo pues una **tercera reflexión: no olvidar que las leyes de promoción y defensa de la competencia son leyes de orden público .Por eso su conocimiento y APLICACIÓN** no queda limitada al órgano de aplicación de la competencia ,en nuestro caso (arts.21 y 27 de la ley 18.159) la *Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia* y los *Órganos Reguladores Especializados*.

Si bien el **órgano de aplicación tiene competencia exclusiva en materia sancionatoria**, lo cierto es que las normas de la competencia deben aplicarlas *todos los órganos jurisdiccionales (incluido el Tribunal del Concurso)* y además se aplica a *todos los agentes (incluido el concursado)*

D.-Admitida la gestión concursal, nos surgen otras interrogantes,sobre sus EFECTOS ,pues acaso ¿no ataca las reglas del mercado y de la librecompetencia , la obligatoriedad de vender o de continuar suministrando insumos comprometidos a deudores en concurso? Lo mismo ocurre con la *supervivencia de contratos*, que obligan a seguir manteniendo un representante o agente que se presentó en concurso y que mantiene importantes saldos pendientes

Y esto nos conduce a una cuarta reflexión: se perdió la confianza en el agente concursado, pero no puede deshacerse el vínculo proveedor-distribuidor que los ata, por mor de afectar la capacidad de pago para con TODOS los acreedores. Ello,por supuesto que además genera un grave precedente para las políticas de comercialización con otros distribuidores, representantes, clientes.

E.- ¿Deben o no incluirse en el concurso entre los acreedores con derecho a voto, a competidores directos del concursado? Se trata de competidores del concursado que por distintas circunstancias ingresaron al concurso y luego se erigen en decisivos votos para posibilitar la salida concursal.

Deviene natural aquí, una **quinta reflexión:** “*Un fraile menos, una ración más para repartir*”. Tal era la máxima murmurada en tiempos de escasez en los refectorios conventuales, que servía para aliviar la pena por la muerte de un monje hermano. Por eso cabe preguntarse si ¿ los competidores-acreedores, van a tolerar pacíficamente que otro *player* siga en el campo de juego? En Argentina, **Vítolo** catalogó de “*desafortunado*”, el comentado fallo del concurso de Equipos y Controles S.A. que no excluía del voto al competidor del concursado (**Guillermo Cabanellas** “*Efectos de la ley de defensa de la competencia, sobre los procesos concursales*”).

Acertadamente las modernas normativas, excluyen del derecho al voto a “*los acreedores en conflicto de intereses*”, modificando la base de cálculo de las mayorías e imposibilitando que los competidores se erijan en decisores de la continuidad de vida del concursado. **Tal es el caso de nuestro art.126 de la ley 18.387.**

5.-MORBILIDAD O SUPERVIVENCIA EMPRESARIAL

Otro abordaje conflictivo entre Derecho de la Competencia y Derecho Concursal, son la existencia de los “highlanders” o matusalenes empresariales y sus riesgos.

No está de más recordar que el Derecho de la Competencia entre otros cometidos, procura garantizar la libertad de los agentes económicos para concurrir al mercado y desarrollar una actividad competitiva. El riesgo insito (contrapeso del lucro) en la actividad mercantil es el fracaso empresarial. En su intento por obtener una rentabilidad, el agente puede triunfar, empatar ,pero también puede perder. Y esa pérdida debe reflejarse en un incremento de los índices de morbilidad empresarial.

Pero sucede que mientras tanto el concurso intenta dotar de capacidad de *sobrevivida* a actores ya agotados. La existencia de *highlanders* o *matusalenes del capitalismo* (en acertada terminología de Arie de Geus en “*The Living Company*”) dificultan la innovación en el mercado e impiden que soplen vientos nuevos.

En esa lucha entre quienes predicán la necesidad de recambios, asistimos a la irrupción de *sanadores* que pregonan la vida eterna para las empresas operando milagros a nivel de prolongación de modelos ya agotados. Y por el otro lado, están quienes predicán la *eutanasia empresarial*, como forma de terminar ordenadamente con la vida de los agentes. Es decir la lucha entre quienes venden *píldoras milagrosas* y quienes propician “*entierros de lujo*” con lápidas al tono.

Por eso muchos **reclaman que el Derecho Concursal funcione como un sistema de reasignación de los recursos patrimoniales de las empresas en crisis terminal**. Se considera al concurso un medio idóneo para terminar regladamente con las empresas deficitarias, cuyos modelos de gestión se agotaron. Las empresas son obra humana y como todo lo humano, son perecederas, no siendo correcto exigirles un boleto a la eternidad, aunque hay algunos que parecen haberlo comprado, si observamos los sorprendentes ejemplos de www.henokiens.com. La consecuencia de sostener aquella actitud, es que *la empresa inviable debería desaparecer del mercado o producirse cambios significativos en su titularidad y/o estructura organizativa*.

Por eso en el “*tapa del libro*” de la teoría económica está que el “*riesgo de bancarrota*” es inherente a la economía de mercado, y es imprescindible mantener un cierto grado de inseguridad y vulnerabilidad de los agentes, que obligue a una dinámica competitiva en el sistema. El *siempre seguro salvataje de las empresas en crisis* por cierto que favorece actuaciones irresponsables, afecta la competencia leal y en todos los países existen malos ejemplos de este proceder.

6.-Compatibilizando ambos sistemas jurídicos:

En mercados muy concentrados, con pocos *players*, la política concursal respecto de la supervivencia de un agente **NUNCA ES NEUTRA. Si bien es cierto que la “conservación de la empresa” evita la pérdida de riqueza que significa la canibalización de los activos empresariales, la solución concursal no debería pasar por el mantenimiento artificial de empresas ineficientes.**

El derecho concursal tiene que ser funcional a la competencia, dando de baja a los empresarios menos aptos y eliminando las empresas agotadas en su objeto. Los gurús del *marketing* siempre recurren al ejemplo de Ted Levitt sobre la *inviabilidad empresarial del fabricante de látigos para diligencias, con el advenimiento del automóvil. Independientemente de su gran eficiencia productiva, solvencia técnica y rentabilidad, en un momento dado, ese fabricante de Chicago, se quedó sin mercado que demandara su producto*.

El nuevo dilema de Escila y Caribdis se traduce en una serie continua de interrogantes acerca de la disputa entre órdenes legales. Enfrentados al “interés general” de cada sistema ¿cuál debe primar? ¿El qué procura la continuidad de la empresa en crisis? o ¿El qué postula que todos los mercados se rijan por los “principios y reglas de la libre competencia”? ¿Deberá ceder uno de esos “intereses generales” ante el otro? ¿No es acaso más “general” la promoción y defensa de la competencia (como estado de la economía) que el salvataje de una singular empresa en crisis, sobre todo cuando el costo de su continuidad es alto y no se vislumbra la reactivación en tiempo razonable? ¿No es cierto que nuestra propia ley de la Competencia (art.8 de la ley 18.159) contempla la excepción de la “concentración de salvamento”, considerando un mal menor y tolerando al oligopolio frente a la “empresa en dificultades”?

En un intento conciliador, personalmente consideramos que no debe descuidar el Derecho de la Competencia, su labor de vigilancia sobre los mercados, **pues desde la crisis global de setiembre del 2008:**

a.- Están en la picota el rol de las ayudas estatales (*subsidios, reperfilamientos de deudas, apalancamientos, auxilios de última instancia*) para mantener o alargar la vida de ciertas empresas en dificultades.

b.- Hoy por hoy, todas las economías (incluso las más desarrolladas) intentan detener los procesos de la desindustrialización (combatiendo el “*Offshoring o outsourcing internacional*”, y poniendo trabas a la invasión de productos de las *economías asiáticas, aunque también de sus competidores regionales*).

Lógico es señalar, que esas actuaciones (incluso aquellas meramente indicativas) del Estado, rechinan a quienes reclaman que el funcionamiento de la economía quede librado a la actuación de la mano invisible del mercado. Aunque sabido es que la actuación competitiva en los sectores considerados *estratégicos* nunca se rige por el aforismo darwinista de la supervivencia de los más fuertes, aptos y mejores de la especie mercantil. Y esos sectores “*estratégicos*” son tan cambiantes como mutables son los intereses, las necesidades y los momentos históricos de los estados. Para unos hoy serán los altos hornos siderúrgicos, para otros el comercio interno, para aquellos la producción de galletitas y para estos otros la artesanía tradicional.

6.-A MODO DE CONCLUSIONES

- ✓ Lo primero es no confundir la opción por el “reemprendedor” (*new start, fresh start, segunda oportunidad*), por la que nos inclinamos, con la supervivencia de empresas obsoletas, ineficientes, agotadas en su modelo y *sin soportes humanos dispuestos al sacrificio*. Ponerse la empresa en dificultades al hombro, requiere una *endurance* que no es para todos. Ni todos lo quieren (pueden) afrontar.
- ✓ Es que cuando se trata de reflotar una empresa concursada, no alcanza el mero *VOLUNTARISMO*. Y en principio *solo son viables aquellas empresas en las que hay interés en su adquisición por parte de inversores genuinos. Es que si alguien está dispuesto a adquirirla, entonces esa empresa tiene un valor de mercado y vale la pena intentar su reflotamiento.*
- ✓ Intentando navegar entre *Escila y Caribdis* (aunque en realidad si de un “ordenamiento jurídico” se trata, no debería existir exclusión entre sistemas), **se deberá siempre atender a la excepcionalidad del derecho concursal, pero....**
- ✓ **Ni el derecho concursal puede** prohijar prácticas anticompetitivas extendidas en el tiempo más allá de lo conveniente por parte de agentes con poder de mercado.
- ✓ **Ni el derecho de la competencia** puede permitir que se formen ***barreras a la salida*** tan altas, que dificulten el egreso de los agentes insolventes y desestimulen el ingreso de nuevos actores dotados de aires de innovación.

LAS FRONTERAS ENTRE EL HONOR DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE DIFAMACIÓN, SEGÚN LOS LÍMITES QUE IMPONE EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

JAN-MICHAEL SIMON
PABLO GALAIN PALERMO¹

A. INTRODUCCIÓN

1. Este informe en derecho se presentó en una causa judicial en la República del Perú en 2010 como un *amicus curiae* en un tema que atañe a la esencia misma del Estado de Derecho, relacionado con el ejercicio de las libertades y la protección de los derechos individuales.

2. El objeto de este *amicus curiae* es contribuir por medio de un informe técnico en derecho al debate jurídico que tiene lugar en el Perú en un caso jurídico-penal. El objetivo es explicar someramente los tipos penales que protegen el bien jurídico "honor" en el código penal alemán y con relación a los mismos, analizar -según el sistema jurídico alemán- si la conducta del ex Procurador Público ad hoc para la República de Perú, Antonio Maldonado Paredes, que es motivo de un juicio penal que lo encuentra como imputado ante este tribunal, tiene la potencialidad suficiente para lesionar aquel bien jurídico.

3. La pertinencia y legitimación de este informe técnico en derecho reside en el interés público que tiene este caso jurídico-penal, que refiere a un problema jurídico fundamental en relación a los principios constitucionales más elementales y a las bases mismas del sistema democrático republicano, del cual tanto la República del Perú como la República Federal de Alemania son parte.

4. Tenemos como académicos con estrechos vínculos a la ciencia penal latinoamericana interés en ofrecer este aporte a la discusión doctrinaria peruana y colaborar con los Señores Magistrados en la búsqueda de los mejores argumentos para la resolución del caso.

5. El informe técnico en derecho que se ofrece es un medio técnico que se pone a disposición del juez de la causa. La imparcialidad del juez no sufre menoscabo alguno por la presentación de un informe de estas características, sino que en todo caso se beneficia con el aporte de argumentos de derecho comparado de la solución del caso en otro Estado del sistema democrático republicano para fundamentar su decisión.

6. La decisión final de este caso penal tiene un interés general que afecta no solo a la sociedad peruana sino también a la comunidad internacional, en tanto se trata de sentar las bases de un derecho fundamental reconocido por la Constitución peruana como por todas las Constituciones basadas en el sistema democrático republicano y en la mayoría de las Convenciones y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

7. El *amicus curiae* se refiere a la problemática del derecho a la libertad de expresión en relación con la protección del bien jurídico honor en un sistema liberal-democrático, tomando como base explicativa al sistema penal alemán. En ese sentido se hacen las siguientes proposiciones:

- A. Los actos lesivos del honor (como sucede con cualquier bien jurídico) son los que se dirigen hacia la honra ajena, no aquellos que la reciben. En caso contrario se vulneran principios fundamentales del Derecho penal como son el principio de lesividad y el principio de culpabilidad.

¹ Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. Los autores agradecen los comentarios de Gastón Chaves Hontou.

- B. Cuando el derecho al honor se opone a una opinión sobre una pregunta esencial para el debate público, ante la trascendencia constitutiva del derecho a la libertad de opinión para el orden fundamental liberal-democrático, se aplica el principio *in dubio pro libertate* de opinión.
- C. Un ataque al honor de una persona está justificado en términos penales cuando forma parte de una disputa pública y se realiza como respuesta a un ataque previo.

8. Esto significa que, en el Derecho penal alemán, el condenado tendría que ser absuelto de cualquier delito que se le imputa relacionado con su entrevista del cuatro de octubre del dos mil seis, publicada el cinco de octubre del dos mil seis en la página A-diez del Diario "El Comercio" edición nacional.

B. HECHOS

9. El 12 marzo de 2010 el 14 Juzgado Penal de Lima condenó al ex Procurador Público ad hoc para la defensa del Estado peruano en los casos vinculados a Fujimori y Montesinos (Antonio Maldonado, diciembre 2004-agosto 2006) por haber cometido un delito de difamación en perjuicio del vicepresidente peruano vicealmirante (r) Luis Giampettri. Los hechos que preceden a esta condena tienen su origen en una entrevista realizada a Maldonado por un diario de circulación nacional, una vez que abandonó la función pública, en la que se hace referencia (y se contesta) a unas críticas formuladas por Giampettri contra la Procuraduría Anticorrupción y, en particular, contra el ex Procurador ad hoc.² Es relevante mencionar que entre las funciones atribuidas al ex Procurador se encontraba la investigación de presuntos actos de corrupción de los distintos funcionarios durante la época de 1990 a 2000, con el objetivo de presentar denuncias al Ministerio Público cuando hubiese indicios de actos de corrupción, para que se iniciara una investigación penal. Dentro de ese marco funcional, se consideró que existían unos presuntos actos de corrupción en compras de armamento de la Marina de Guerra del Perú, que podrían involucrar al actual vicepresidente peruano, que cumplía anteriormente funciones en aquella repartición pública. Concluido el mandato del ex Procurador ofrece una entrevista en un Diario de circulación nacional, en donde se reproduce lo siguiente: Pregunta: "Este si el Vicepresidente señor Giampettri ha tenido palabras fuertes también sobre su papel, denostando un poco el trabajo sobre estas investigaciones, ¿qué diría usted sobre lo mismo?"³ Respuesta de Maldonado: "¿Qué esperaban que hiciera? ¿Qué porque una de las personas respecto de las cuales la Procuraduría había solicitado la investigación era un alto dignatario de la nación no se le investigara. Es decir, si es que es así por qué no ponemos las cosas en claro, expidan una norma que diga que a ciertas personas nunca se les investigará por que tienen poder político, porque tienen poder económico, porque es un funcionario del Estado, yo hice lo que debía hacer y además frente a personas o del personaje en cuestión yo mantuve corto silencio. No salí a responder a las innumerables afirmaciones que esta persona hizo de mí. Si yo no hacía esto, además era pasible de ser procesado por omisión de denuncia, entonces ¿Fue mi actuación frívola? ¿Careció de sustento? Fue un pedido de investigación preliminar, ni siquiera una denuncia penal, ni siquiera pedí detención para esta persona, solo le pedí al Ministerio Público obrase con arreglo legal a sus atribuciones. Le pedí que investigara lo que la Contraloría entendía como una serie de hechos graves que podían ser y estos solamente los calificara el Fiscal y lo asumirá el Juez en su momento oportuno, podían ser actos de corrupción, lo hice con toda corrección. Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables. Entonces por eso señalo que, si esa es la situación, que expidan una norma que diga que tales y cuales personajes no podrán ser investigados nunca por actos de corrupción o violación de Derechos humanos, y así todos los peruanos tendremos un mensaje claro, no ocurrirá lo que ocurrió conmigo".⁴

2 El vicepresidente de la República de Perú (Giampettri) realizó declaraciones públicas en las que criticó el funcionamiento de la Procuraduría Anticorrupción, una "sobreactuación" del Procurador ad hoc (Maldonado) y una persecución contra la Marina de Guerra.

3 Pregunta extraída de la diligencia de la reproducción de audio. Vide Caro John, José, Informe jurídico-penal sobre las declaraciones emitidas por el Ex – Procurador Público ad hoc Antonio Maldonado Paredes, en el marco de una entrevista brindada al diario "El Comercio" y que ha sido objeto de sentencia de culpabilidad expedida por el 14 Juzgado Penal de Lima con fecha marzo de 2010. Caro John, José, Informe jurídico-penal, cit.

4 Respuesta obtenida de la diligencia de reproducción de audio. En el Diario "El Comercio, sin embargo, se publicó el siguiente extracto, que motivó la denuncia penal contra Maldonado: "¿Qué esperaban que hiciera? ¿Qué porque una de las personas señaladas es un alto dignatario, no se le investigará? Si eso es así, mejor que expidan una norma que diga a ciertas personas nunca se les investigará, porque tienen poder político. Parece que algunos personajes se sienten intocables".

10. El 27 de octubre de 2006 el vicealmirante (r) Luis Giampietri, interpone una querrela en contra del Sr. Antonio Maldonado al considerar que las expresiones públicas antes señaladas habrían lesionado su honor. Esta denuncia de parte dio inicio a un proceso penal contra Maldonado por la presunta comisión de los delitos de calumnia (atribución de un hecho delictivo), y difamación calumniosa (al haberse difundido la atribuida calumnia a través de un medio de prensa). El querrellado fue condenado en primera instancia por un delito de difamación⁵ y, finalmente, absuelto por un tribunal superior.⁶

C. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN DELITOS CONTRA EL HONOR

11. La doctrina alemana entiende que el concepto de honor deriva de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad en el seno social.⁷ El principio de igualdad obliga a considerar el concepto de honor según las relaciones sociales porque él prohíbe una consideración de desigualdad per se entre los miembros de una sociedad (léase mayor dignidad, más honor, etc) de algunos individuos respecto a otros. De este modo, será la participación del individuo en la vida social la que permita delinear y conmensurar este concepto abstracto e igualitario de honor en relación a un individuo en concreto. Desde este punto de vista, el derecho tiene que proteger las relaciones sociales por medio del resguardo del libre desarrollo de la personalidad; y por ello, la dignidad, la intimidad y el merecido “buen nombre” de las personas no pueden ser sometidos al desprestigio o desprecio de los demás. Esta protección que se exige al derecho, en Alemania es realizada por el derecho constitucional, por los tribunales civiles que ofrecen una amplia de derechos de resarcimiento (*Schadenersatzanspruch*)⁸ y, en *ultima ratio* por medio del derecho penal.⁹

12. El derecho al honor va más allá de la protección de la intimidad y se relaciona con valoraciones que pueden lesionar la dignidad de la persona. Aquello que se considera una lesión al honor no puede quedar librado a la determinación de la autoestima del “ofendido” (criterio subjetivo). Del mismo modo, tampoco se determina por un criterio objetivo que no pueda ser comprobado fehacientemente, por ejemplo, por estar basado en un dato de la realidad como el valor social que una sociedad otorga a la condición de “honorable” o “reputable” de un individuo (criterio objetivo).¹⁰ Es decir, el honor no se desprende de la pertenencia a una clase social, por el ejercicio de una profesión o por el desempeño de una función pública. El honor depende de las “relaciones de reconocimiento” (*Anerkennungsverhältnis*), de modo que su construcción como bien jurídico también está ligado al comportamiento individual de su titular en el seno social.¹¹

Desde un punto de vista teleológico el concepto de honor necesita de una valoración jurídica que pueda ser trasladada al sistema penal conformando un bien jurídico cuya lesión pueda ser medida (concepto normativo).¹² Este concepto normativo diferencia entre los aspectos meramente subjetivos (morales, éticos) y aspectos objetivos que guardan relación con la valoración social de la persona.¹³ Es decir, considerando que el concepto de honor deriva de la dignidad de la persona, el no puede desaparecer en un caso concreto (por el

5 En realidad la sentencia absuelve al querrellado del delito de calumnia, al considerar que las afirmaciones hechas por su persona no constituyen imputación alguna de una comisión de un hecho delictivo; pero, al mismo tiempo, decretó la reserva del fallo condenatorio por el delito de difamación con una serie de reglas de conducta, imponiéndole el pago de una reparación civil de dos mil nuevos soles. Vide Caro John, José, Informe jurídico-penal, cit. En los hechos, Maldonado es declarado culpable del delito de difamación y por ello tiene que cumplir con la reparación civil.

6 La Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Especializada en lo Penal-Reos Libres, Resolución 739 de 2010, sostuvo que en la conducta del querrellado “no se aprecian los elementos descriptivos del tipo penal imputado en su contra; al no haber emitido alguna expresión calificativa en contra del querellante que atente el honor del mismo”.

7 Wolf, *Ehre und Beleidigung. Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buches von H.J. Hirsch*, ZStW 1969, pp. 895 y ss; *Amelung*, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 38 y ss.

8 *Karpf*, *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre. Durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 86 y s.

9 *Arzt*, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre. Vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus betrachtet*, Mohr, Tübingen, 1970, pp. 4 y ss.

10 *Karpf*, *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre*, cit., pp. 26 y s.

11 *Wolf*, *Ehre und Beleidigung*, cit, pp. 893 y ss. *Amelung* critica que el concepto de honor no se puede derivar únicamente de una imagen ideal del hombre libre prototipo del idealismo alemán que actúa según pautas morales o éticas, *Amelung*, *Die Ehre*, cit, p. 11.

12 *Hilgendorf* en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12a edición, De Gruyter, Berlin, vor § 185, nro. 4 y ss.

13 *Winter*, *Deutschland*, en: *Tellenbach (Hrsg.), Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker&Humblot, Berlin, 2007, p. 103.

“mal comportamiento” del individuo) pero si puede ser disminuido en tanto el concepto normativo vincula el valor personal (dignidad humana) con el comportamiento personal desde un punto de vista ético-social¹⁴ o según el rol que el sujeto desempeña en la sociedad.¹⁵

13. Un tema de suma relevancia son los parámetros de valoración del bien jurídico honor, que solo pueden provenir de la norma (constitucional, civil y, en último caso, penal) y guardar relación con derechos o valores a modo de enunciados generales o principios de determinación de aquello que se considere en todos los casos como contenido jurídico del bien objeto de protección. Una concepción normativa (o jurídica) del honor en sentido penal (*ultima ratio*) limita enormemente el alcance del bien jurídico a aquellas afectaciones que directamente se relacionan con la dignidad humana (Art. 1 Constitución alemana). De este modo la materia de protección que recoge el derecho penal es aquella relacionada con aspectos básicos de la personalidad del individuo (raza, género, orientación sexual, creencia religiosa, etc), es decir, aquellos segmentos de la personalidad del hombre cuya lesión puedan determinar algún tipo de discriminación (individual o social); junto al comportamiento personal en sus relaciones sociales desde un punto de vista ético-social.¹⁶ Esta sumatoria de aspectos esenciales y otros derivados de la conducta en sociedad permiten graduar o mensurar al propio concepto de honor (y el grado de lesión) de quien dice verse afectado en su honor. Para la doctrina alemana se trata de los valores ideales y morales que porta la persona humana per se, junto al prestigio y su buena fama en el seno social. El núcleo del honor es la invariable dignidad humana (siempre presente) sumada al aleatorio concepto de prestigio social (que se puede tener o carecer de él).¹⁷ Esta conjunción otorga al sujeto el derecho de protección relativo a su dignidad como persona y la valoración social de su persona, frente a los comportamientos ajenos que pretenden lesionar este bien jurídico (derecho al honor).¹⁸ De este modo se puede hablar de una concepción compleja de bien jurídico honor compuesta por una base irrenunciable (dignidad humana) y una base social o de consideración que debe ser merecida por el individuo según su intervención en las relaciones sociales (comportamiento ético-social).¹⁹

14. Lo que mantiene abierta la controversia en la doctrina alemana es la forma en que se mide o cuantifica el honor y su lesión en tanto concepto abstracto (valor de la persona). Las lesiones al honor son lesiones de un valor personal que el portador del bien jurídico colabora en su construcción con su comportamiento en el seno de una sociedad determinada.²⁰ La doctrina se divide en este punto, para algunos las disminuciones en el “valor” (cantidad de honor) se deben medir sobre la base de los deberes éticos-sociales y para otros, sobre la base del libre desarrollo de la personalidad.²¹

En conclusión, en un sentido normativo el honor tiene un componente invariable derivado de la dignidad humana y uno aleatorio, producto de la valoración social que deriva del comportamiento de la persona en las relaciones sociales. Esto ha llevado a un sector de la doctrina penal a exigir que la protección penal del honor se limite al “honor merecido”, en tanto no se puede utilizar la amenaza de la pena para proteger un honor aparente o inmerecido.²² Desde un punto de vista estrictamente político criminal, el derecho penal estaría legitimado para intervenir en la protección del bien jurídico honor, en *ultima ratio*, cuando ello sea imprescindible para facilitar la autonomía de las relaciones de reconocimiento en la sociedad.

14 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 10a edición, De Gruyter, Berlin, 1967, p. 292; Hirsch, *Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, Mueller, Karlsruhe, 1967, p. 30.

15 BGHSt, 1, 288; 11, 67.

16 Reiner, *Die Ehre. Kritische Sichtung einer abendländischen Lebens –und Sittlichkeitsform*, Mittler, Dortmund, 1956, pp. 34 y ss.

17 Wolff, *Ehre und Beleidigung*, cit, pp. 899 y ss.

18 Hirsch, *Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, Mueller, Karlsruhe, 1967, pp. 29 y ss.

19 De similar opinión en la doctrina española, Alonso Álamo, “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, ADPCP, 1983, pp. 150 y s; Berdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 56 y ss.

20 Wolff, *Ehre und Beleidigung*, cit, pp. 901 y ss.

21 Hilgendorf en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., vor § 185, nro. 10 y ss.

22 Lenckner en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27a edición, Beck, München, 2006, Vorbem §§ 185ff, nro. 1.

D. TIPOS OBJETIVOS QUE PROTEGEN EL HONOR

15. El Código Penal Alemán (StGB) protege el honor en los parágrafos 185 a 200. En esa sección decimocuarta del código se ubican los parágrafos 185, 186 y 187 StGB que tipifican la injuria, la difamación y la calumnia, que podemos considerar las formas más comunes de protección penal del honor. Téngase en cuenta que a diferencia de la tradición hispana, en Alemania la veracidad de las afirmaciones ha operado históricamente como una causa de justificación general de las conductas que pudieran ser interpretadas por el titular del bien jurídico honor que se siente afectado. Esto guarda relación con una vieja concepción que dice que lo que es veraz no puede lesionar el ordenamiento jurídico.²³ Hoy en día, la verdad no está siempre justificada si ella se utilizara para lesionar un derecho a la intimidad estrechamente ligado con la dignidad humana. Según el sistema penal alemán, un ataque al honor podría verse justificado por otro tipo de intereses legítimos que van más allá de la verdad de una afirmación pública (§ 193 StGB).²⁴ Esto indica que los tipos penales relacionados con el honor no se resuelven desde un punto de vista que solo incluye los intereses de los involucrados (autor y víctima) sino que se interpretan según intereses colectivos. La verdad sigue siendo relevante ya no tanto como una justificación del comportamiento individual (que elimina la antijuridicidad de la conducta) sino que podría ser exigida como un elemento del tipo penal, en tanto la falsedad puede convertirse en algún tipo penal en una condición objetiva de punibilidad.

16. La injuria (*Beleidigung*) esta tipificada en el parágrafo 185 StGB²⁵ y concentra el núcleo del injusto en la forma en que se realiza la mera declaración que puede lesionar la esfera íntima (dignidad) de una víctima concreta.²⁶ Aunque su tipo penal no lo indica, se entiende que es una manifestación de irreverencia o menosprecio dirigido al prestigio de la víctima.²⁷ Objetivamente una opinión puede revestir este carácter si ella niega al afectado su valor humano (individual o social). El delito de injuria se puede cometer frente a la víctima, frente a una tercera persona haciendo referencia a la víctima o afirmando un hecho difamatorio frente a la víctima. Se entiende que la falsedad de la manifestación es un elemento del tipo no escrito,²⁸ en tanto la veracidad de una manifestación no puede causar un desprestigio porque la protección penal del honor se limita al “honor merecido”. El hecho a resaltar a efectos de este informe es que este delito solo puede ser cometido en presencia de la víctima.

17. En Alemania la difamación (*Üble Nachrede*) está tipificada en el parágrafo 186 StGB²⁹ y concentra el núcleo del injusto en una afectación de la “reputación” (*Reputation*) de la víctima concreta. Este tipo penal contiene la afirmación o difusión (divulgación) de un hecho injurioso relativo a un tercero. En este tipo penal el injusto se centra en la posibilidad de divulgación del hecho injurioso. Es exigencia del tipo la presencia de terceros (a diferencia del § 185 StGB) de modo que este delito no solo lesiona la dignidad (intimidad) de la víctima sino su reputación social, en tanto se pretende protegerla del desprecio público. La falsedad del hecho sería una condición objetiva de punibilidad (no un elemento del tipo). Es decir, en este tipo penal la demostración de la verdad suprime la punibilidad.³⁰ Lo cierto es que para lesionar el honor hay que referir o atribuir un hecho a una persona concreta (así fuera en su calidad de miembro de una colectividad de per-

23 Roeder, „Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt nach deutschem und österreichischen Strafgesetzentwurf“, Schroeder et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 347 y ss.

24 § 193. Defensa de legítimos intereses: “Juicios de reproche sobre desempeños científicos, artísticos o industriales y expresiones que se hagan para la ejecución o defensa de derechos o para la salvaguardia de legítimos intereses así como reproches o amonestaciones de un superior contra sus subalternos, denuncias oficiales u opiniones por parte de un empleado y casos parecidos, son sólo punibles en la medida en que la existencia de un injuria resulte de la forma de la declaración o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria”. Téngase en cuenta que la justificación del § 193 solo procede cuando ha fallado la prueba de la verdad y en caso que el autor demuestre que ha actuado con diligencia en la demostración de la verdad.

25 § 185. Injuria: “La injuria será castigada con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando la injuria sea cometida por medio de un acto de violencia, será castigada con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa”. Vide la traducción del StGB de López Díaz, Código penal alemán, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

26 *Amelung*, Die Ehre, cit, p. 78.

27 *Lenckner* en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, cit., § 185, nro. 2.

28 *Id.*, nro. 6.

29 § 186. Difamación: “Quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública, cuando éste hecho no se prueba como cierto, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando el hecho haya sido cometido públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3), será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años, o con multa”.

30 *Lenckner* en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, cit., § 186, nro. 13.

sonas), en tanto para la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán no cabe duda que la difamación (§ 186 StGB) tiene que tener como destinatario a una víctima concreta.³¹

18. El tipo penal de la calumnia (*Verleumdung*) esta tipificado en el párrafo 187 StGB³² y concentra el injusto en la manifestación de un hecho falso de mala fe. En este tipo penal lo importante es la falsedad del hecho, que se conforma como un elemento del tipo. En ese sentido, una opinión que solo exagera un hecho insignificante o una discrepancia con otra opinión no lesiva de la personalidad (por ejemplo, una reacción) no son aptas para cumplir con el tipo penal. Es notorio que la prueba de la verdad de una manifestación excluye totalmente la tipicidad.³³

19. También existe un tipo penal para la protección del honor de las personas dedicadas a la vida política.³⁴

20. En Alemania no existe un tipo penal que proteja la intimidad de conductas indiscretas, es decir, un tipo penal que castigue intromisiones en la vida privada. Aunque ello fue motivo de discusión en la última gran reforma alemana del sistema penal, el tema quedó en el plano teórico.³⁵

E. TIPO SUBJETIVO DE DIFAMACIÓN E INJURIAS SEGÚN EL DERECHO PENAL ALEMÁN

21. Para la confirmación del tipo subjetivo basta con la existencia de dolo, lo que abarca también al dolo eventual. En ese sentido no es necesaria la constatación de ningún ánimo específico con independencia del conocimiento del tipo objetivo y la voluntaria realización del mismo. Esto incluye también tener conocimiento (y consciencia) de que la manifestación que afecta al honor puede tener esa potencialidad lesiva en relación al descrédito puede provocar en el titular del bien jurídico.³⁶ En el delito del § 186 la falta de veracidad de la opinión manifestada no integra el concepto de dolo, que no puede ser eliminado demostrando el autor su diligencia en la obtención de la información que divulga, ni demostrando su total convencimiento sobre la veracidad de sus dichos.³⁷ La doctrina dominante entiende que el hecho tiene que ser objetivamente falso, interpretando que estamos frente a un delito de peligro abstracto.³⁸ Una parte de la doctrina es crítica respecto a este delito porque puede lesionar el principio de culpabilidad, que en este caso debería ceñirse a los criterios de la debida diligencia o del dolo para afirmar la ausencia de veracidad de los dichos.³⁹ En ese sentido, la demostración de haber actuado diligentemente en la averiguación de la verdad eliminaría la tipicidad de la conducta.

31 BGHSt 36, 83, 87.

32 § 187. Calumnia: "Quien a sabiendas, afirme o difunda un hecho no verdadero en relación con otro para hacerlo despreciable o para desprestigiarlo ante la opinión pública, o para poner en peligro su credibilidad, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años, o con multa y cuando el hecho haya sido cometido públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3), el castigo será pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa".

33 Salvo que se realice el tipo objetivo del §192 denominado injuria formal: § 192: Injuria a pesar de la demostración de la verdad: "La demostración de la verdad del hecho afirmado o divulgado no excluye el castigo de acuerdo con el § 185 cuando la existencia de un injuria resulta de la forma de la afirmación o divulgación de o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria".

34 § 188. Difamación y calumnia contra personas de la vida política: "(1) Si contra una persona de la vida política del pueblo se comete un difamación públicamente en un reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3) por móviles que se relacionen con la posición del ofendido en la vida pública, y si el hecho es apropiado para dificultar considerablemente su actuar público entonces el castigo será pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. (2) Una calumnia (§ 187), bajo las mismas condiciones, será castigada con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años".

35 Schmidt, Zur Problematik des Indiskretionsdelikts, ZStW 1967, pp. 742 y ss.

36 Lenckner en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, cit., § 185, nro. 14.

37 Esto es solo una causa objetiva de punibilidad, BGHSt 11, 273, 274.

38 Amelung, Die Ehre, cit, p. 61.

39 Hirsch, Ehre und Beleidigung, cit., p. 168; Amelung, Die Ehre, cit, p. 62.

22. Para completar el tipo subjetivo de los delitos contra el honor, tampoco se exige que quien expresa públicamente su pensamiento esté convencido de ello. La doctrina alemana entiende, que por ejemplo, quien dice a la cara de una persona "Tú has robado esta cosa", independientemente de que quien lo diga esté convencido o no de ello, mientras exista la posibilidad de rebatir ese punto (de discusión al respecto), esa afirmación no tiene carácter de lesión al honor.⁴⁰ Es decir, ni siquiera es relevante un convencimiento subjetivo sino que habría que buscar parámetros objetivos para constatar el dolo (aspecto cognoscitivo). Para constatar el dolo basta con la conciencia y voluntad de realizar el tipo penal respectivo, no se requiere "querer injuriar" como un ánimo ajeno al dolo sino que sería suficiente con saber que se está lesionando el honor de un tercero al momento de expresarse públicamente.

F. LA CONDUCTA QUE ES OBJETO DE ESTE PROCESO PENAL

23. El imputado (Antonio Maldonado) ocupó la función de Procurador Público ad hoc entre diciembre de 2004 hasta agosto de 2006 con el objetivo de investigar presuntos actos de corrupción cometidos por las más altas esferas de la gobernabilidad de la República del Perú durante el mandato de Alberto Fujimori (1990-2000).⁴¹ La función de Maldonado exigía recoger pruebas de la existencia de posibles actos de corrupción de altos funcionarios del gobierno o de otras instituciones públicas de Perú. En su caso, Maldonado y su equipo tenían que recolectar pruebas incriminatorias de la participación de distintos funcionarios en delitos concretos (tráfico de influencias, corrupción, soborno, cohecho, etc), para entregarlas al órgano encargado de la función de investigar y perseguir los delitos. Las investigaciones llevadas a cabo por Maldonado dependieron en muchas ocasiones de informes de órganos de contralor públicos, como es la Contraloría General de la República. Uno de esos informes señalaba que existían firmes sospechas de actos de corrupción en la compra de armamento de la Marina de Guerra de Perú.⁴² Con base en este informe y según sus atribuciones funcionariales expresas, la Procuraduría Pública ad hoc solicitó el 08 de Junio de 2006 el inicio de una investigación penal al Ministerio Público, para determinar la posible existencia de actos de corrupción en la compra de armas para la Marina de Perú que pudieran haber cumplido con alguno de los tipos penales contenidos en el ordenamiento jurídico peruano.

24. En fecha posterior al desempeño de la función pública, el 05 de octubre de 2006 Maldonado concedió una entrevista al periodista David Hidalgo publicada en el Diario "El Comercio", en la que realizó un balance de su gestión pública. En un pasaje de la entrevista, Maldonado es preguntado directamente sobre ataques personales que el ahora denunciante realizó mediante la prensa. Semanas atrás, el vicepresidente peruano Vicealmirante Luis Giampietri (que ocupó un alto cargo en la Marina durante el tiempo en que se produjeron los presuntos actos de corrupción que se investigaban relacionados con la compra de armamento para esa institución) se había referido en duros términos a la gestión de Maldonado como ex Procurador ad hoc.⁴³ Entre otras cosas Giampietri dijo que Maldonado pretendió "enlodarlo con denuncias maléficas" y denuncia un movimiento de la Procuraduría ad hoc contra la institución Fuerzas Armadas, acusando directamente a Maldonado por haber firmado la "denuncia" en su contra. Seguidamente Giampietri dijo que Maldonado había montado "una campaña con denuncias en contra de la Marina de Guerra".⁴⁴ A su vez, indicó una posible infracción del deber de Maldonado en el ejercicio del cargo en tanto dice hubo "una sobreactuación del Procurador Maldonado. Él se ha arrogado un derecho que no le corresponde. Ha hecho una denuncia ilegal".⁴⁵

25. Dice Maldonado en la entrevista de en el Diario El Comercio del 05.10.2006: "solo le pedí al Ministerio Público obrase con arreglo legal a sus atribuciones. Le pedí que investigara lo que la Contraloría entendía como una serie de hechos graves que podían ser y estos solamente los calificaría el Fiscal y lo asumiré el Juez

40 Wolff, *Ehre und Beleidigung*, cit., p. 909.

41 Maldonado fue nombrado mediante Resolución Suprema N° 267-2004-JUS; en representación de la defensa e intereses del Estado peruano.

42 Informe N° 054-2005-CG/SDR (fs. 01 a 34), que comprende: Anexo N° 2 (fs.35 a 227), Anexo N° 03 (fs.228 a 607), Anexo N° 35 (fs. 608 a 912), Anexo N° 67 (fs. 913 a 1271), Anexo N° 88 (fs. 1272 a1 677) y Anexo N° 119 (fs.1678 a 1791).

43 Diario La Primera, edición de 13.09.2006, p. 5

44 Diario Correo, edición 12.09.2006, p. 4.

45 Diario El Comercio, edición 13.09.2006, sección A 7.

en su momento oportuno, podían ser actos de corrupción, lo hice con toda corrección”.⁴⁶ Más adelante sostiene: “Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables”. Esta es la opinión o juicio de valor de Maldonado en la que se sustenta una denuncia penal por difamación e injurias y una condena penal por el delito de difamación.

G. VALORACIÓN DE LA CONDUCTA

26. La sentencia penal de condena se basa en una deducción a partir del contexto de las declaraciones públicas de Maldonado. Allí se establece que existe “evidencia que es de la persona del querellante de quien se ha ocupado y ha sostenido que por su investidura no se le investigará”. Véase que en el supuesto caso de que la deducción contextual con valor de evidencia probatoria del Tribunal de Sentencia fuera correcta, es decir, en caso de que estuviera permitido por el principio de inocencia deducir del contexto que Maldonado hubiera atribuido su libre expresión “a una persona”, esto es, *directamente contra* Giampetri, en Alemania los dichos de Maldonado, sucesivos a las declaraciones de Giampetri, estarían justificados.⁴⁷ Esta justificación se fundamenta en lo que se denomina “defensa de legítimos intereses” (“Wahrnehmung berechtigter Interessen”, § 193 StGB),⁴⁸ que admite que una persona se defienda de un ataque público previo.⁴⁹ Según el § 193 StGB se justifican palabras enérgicas, comparaciones y valoraciones, a menos que ellas no contengan ningún exceso ni sirvan exclusivamente a la ofensa del otro y cuyo comportamiento mesurado, es considerado aun como una reacción adecuada.⁵⁰ Solo entonces, cuando existen o se presentan críticas insultantes, es decir, cuando ya no se trata de la cuestión debatida sino de difamar y desprestigiar a la persona con la que se debate, es cuando se sobrepasa el límite de lo permitido.⁵¹ En el caso concreto, Maldonado hubiera estado en su derecho incluso de utilizar expresiones más graves o duras contra Giampetri.

27. Maldonado no hace alusión en ningún momento a Giampetri y se limita a realizar expresiones genéricas sobre un modélico sistema democrático asentado sobre el principio de igualdad en cuanto al sometimiento de todos los ciudadanos peruanos al imperio de la ley. Por ello, *favoris rei* e *in dubio pro reo* no puede deducirse del contexto que Maldonado pretende atribuir “a una persona” concreta lo dicho en la entrevista. Las manifestaciones de Maldonado y el contexto de la entrevista sugieren que estamos frente a un comportamiento atípico.

Ahora bien, en el supuesto caso de que la deducción contextual del Tribunal de Sentencia superara el test del principio de inocencia, precisamente, con relación a la tipicidad de una conducta, es decisivo para afirmarla (y por exigencia del principio de lesividad) que ésta cause lesión (o peligro de lesión) a un bien

46 Dice en la solicitud de investigación preliminar de 08.06.2006, p. 8: “A partir de las conclusiones del Informe de Contraloría General de la República N° 054-2005-CG/SDR, como resultado de la acción de control realizada en la Unidad Ejecutora de la Marina de Guerra del Perú, que comprendió la revisión selectiva de actividades y operaciones referidas al proceso de adquisición de bienes y servicios entre 1994 a 1997, se presume que los procesos de selección de proveedores, tanto en las licitaciones privadas como en las adjudicaciones directas, materia del referido Informe, habrían estado manipulados a fin de favorecer a los proveedores seleccionados, adjudicándoseles indebidamente la buena pro en perjuicio del Estado. Para tal efecto, se habrían realizado una serie de actos tendientes a tal propósito, presumiéndose en dicho sentido que existió concertación entre estos funcionarios públicos y los terceros interesados. Esta presunción se fundamenta en las múltiples irregularidades detectadas en dichos procesos de selección y en los ajustes y fijación de precios que se plasmaron en los respectivos contratos”. Finalmente: “Solicito a Ud., señor Fiscal Provincial Penal Especializado, se sirva evaluar el Informe de Contraloría General de la República N° 054-2005 CG/SDR y disponga el inicio de una investigación”.

47 BVerfGE 12, 113, 125; 24, 278, 285; BGHSt 12, 287, 293; 18, 182, 184; sobre la clasificación como causa de justificación, Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 5a edición, pp. 400 y ss.

48 Ver nota de pie 23.

49 Sobre los fundamentos constitucionales, Degenhart en: Bonner Kommentar Grundgesetz, 122a y 123 a actualización, CF Müller, Heidelberg, Art. 5 Abs. 1 und 2, nro. 568 y ss

50 BVerfGE, 24, 278, 286 y ss; 42, 163, 169 y ss.; 43, 130, 137 y ss.

51 BVerfG NJW 2004, 589, 590.

jurídico, en el caso, el honor. Una conducta no lesiva en ningún caso puede constituir una conducta típica, dado que el tipo penal es el instrumento legal mediante el cual se protegen bienes jurídicos de conductas tendentes a vulnerarlos. El principio de lesividad de la conducta lleva implícito el de direccionalidad: será lesiva aquella conducta que se dirija a la vulneración del bien jurídico; por el contrario, no lo será aquella situación en que el bien jurídico va hacia la conducta. Por ejemplo, la lesión penalmente relevante se produce cuando el puño golpea el rostro, no cuando sucede el fenómeno inverso. *Mutatis mutandi*, lo que se aprecia es que la expresión de Maldonado en examen no contiene una imputación directa a nadie sino la afirmación de que “parece haber todavía escenarios donde hay personajes que se sienten intocables”. No hay una atribución o señalamiento concretos de conducta a nadie, sino la crítica a la actitud de quien en un orden democrático se siente por encima de las reglas del derecho. En tales circunstancias, la querrela del denunciante es una auto atribución, la concreción en su propia persona, de una imputación que estaba dirigida al reproche de un comportamiento no individualizado en nadie, pero que, sin duda, contraviene la regla democrática de la igualdad. Darle a esta auto atribución el valor de una lesión al honor del querellante en términos penales, invierte el principio de lesividad, de modo que sería el honor de aquél quien colisionaría con la expresión que se considera ultrajante, en lugar de ser ésta la que lesionara a aquél. En menos palabras: los actos lesivos del honor (como los de cualquier bien jurídico) son los que van hacia la honra ajena, no aquellos que la reciben, caso contrario, se vulneran los principios de lesividad y de culpabilidad.

28. Finalmente, tomando en cuenta que en el concepto constitucional alemán los derechos fundamentales no solo son derechos del ciudadano contra el Estado sino también son “orden de valores objetivo” (“Objektive Wertordnung”), “sistema de valores” (“Wertsystem”), “escala de valores” (“Wertmaßstab”), “normas fundamentales de decisión valorativas” (“wertentscheidende Grundsatznormen”), “decisiones constitucionales fundamentales” (“verfassungsrechtliche Grundentscheidungen”),⁵² sería en última instancia la Constitución la que brinde los parámetros para resolver el caso.⁵³ En Alemania la libertad de opinión (un derecho fundamental reconocido internacionalmente)⁵⁴ puede consistir en la manifestación de juicios de valor o de simples hechos, que tengan connotación política o no política, asuntos públicos o privados, racionales o irracionales, valiosos o carentes de valor.⁵⁵ Según el Tribunal Constitucional Alemán esta manifestación de hechos (“Tatsachenbehauptung”) no puede ser neutral sino tiene que apoyar la expresión de un juicio de valor para caer dentro del ámbito constitucional de protección (Art. 5 I Constitución).⁵⁶ En este sentido, las declaraciones de Maldonado no se refieren a datos de la realidad que apoyan que en Perú algunos personajes están fuera de la ley sino que ellas consisten en una libre expresión o un juicio de valor, en tanto parecería que algunos personajes se sienten por fuera de la ley. Para decirlo en sus palabras: “Parece ser que todavía estamos en escenarios frente a los cuales algunos personajes se dicen intocables”. Esta expresión en Alemania estaría dentro del ámbito de protección constitucional.⁵⁷

Según el Tribunal Constitucional Alemán cuando se habla de libertad de expresión, en el contexto de una democracia libre,⁵⁸ se hace referencia a las opiniones en un sentido amplio,⁵⁹ cuyo concepto engloba el derecho a manifestar las ideas, las convicciones, los juicios de valor, estimaciones o declaraciones expresadas sobre objetos, personas y acontecimientos.⁶⁰ Este concepto amplio se basa en que el sistema democrático tiene el

52 BVerfGE 7, 198 y ss.

53 Sobre la relación entre el Artículo 5 de la Constitución alemana y el § 193 StGB vide *Hilgendorf* en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., § 193, nro. 4; *Lenckner* en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 193, nro. 1; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck, München 2004, nro. 1; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, München, 2010, nro. 17.

54 Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; Art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

55 *Askaryar*, *Die strafrechtsdogmatische Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu Art. 5 Abs. 1 GG*, Kovac, Hamburg, 2010, p. 26 y s.

56 BVerfGE, 65, 1, 41.

57 Artículo 5 Constitución Alemana: Libertad de opinión “(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura. (2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal”.

58 BVerfGE 5, 85/134f.; 7, 198/208; 12, 113/125; 20, 56/97.

59 BVerfGE 61, 1, 9; 71, 162, 179.

60 *Degenhart* en: *Bonner Kommentar Grundgesetz*, cit., Abs. 1 und 2, nro. 99 y ss.

deber de brindar la protección del derecho, particularmente a las opiniones divergentes.⁶¹ En este sentido, la protección del honor solo se justifica contra manifestaciones deliberadas y maliciosas⁶² contra la persona que no pretenden rebatir un aspecto de una confrontación o intercambio de ideas sino buscan una crítica lesiva que no se refiere al objeto de discusión sino a la persona.⁶³ En el escenario que nos ocupa, sin embargo, se desprende del contexto de sus declaraciones que la opinión expresada por Maldonado se refería al hecho concreto que un Estado de Derecho no puede permitir (ni se puede permitir) la impunidad de determinadas personas en razón de su cargo funcional. Por ello, la expresión de Maldonado en Alemania no solo estaría dentro del ámbito de protección constitucional sino que en el caso concreto no habría un conflicto entre el derecho fundamental de la libre expresión de Maldonado y el derecho al honor de Giampetri. En el hipotético caso que Maldonado se hubiera referido directa e inequívocamente a Giampetri, por tratarse de una opinión sobre una pregunta esencial para el debate público y ante la trascendencia constitutiva del derecho a la libertad de opinión para el orden fundamental liberal-democrático (“*freiheitliche demokratische Grundordnung*”), se aplica el principio *in dubio pro libertad de opinión* (“*Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede*”).⁶⁴ Por ello, en Alemania este caso ni siquiera prosperaría en la rama civil.⁶⁵

H. CONCLUSIÓN

29. Considerando las especiales características del caso penal que se sigue en la República del Perú, corresponde concluir que en la República Federal de Alemania un caso similar no constituye delito alguno.

30. Las expresiones públicas de Maldonado no lesionan ningún bien jurídico tutelado por el Derecho penal. La denuncia penal se basa en una auto atribución del querellante en tanto Maldonado no se dirige en sus expresiones contra el honor de Giampetri. En términos penales, atribuir a un comportamiento no individualizado el valor de una lesión al honor es una inversión del *principio de lesividad* y una vulneración del *principio de culpabilidad*.

31. Asimismo en el hipotético escenario que Maldonado también se hubiera referido a Giampetri, se aplica el principio *in dubio pro libertad de opinión*, tanto si el caso se ventilara en la rama penal como en el caso que se llevara a cabo en la rama civil.

32. En el supuesto caso de que la deducción contextual con valor de evidencia probatoria del Tribunal de Sentencia pudiera superar el test del *principio de inocencia*, en Alemania los dichos de Maldonado, sucesivos a las declaraciones de Giampetri, estarían cuando menos justificados.

61 BVerfGE 33, 1/15.

62 BGHZ 45, 296, 310.

63 BVerfGE 82, 272, 284; BVerfGE 66, 116, 151; 62, 1, 12.

64 Vide la famosa sentencia del Tribunal Constitucional alemán “Lüth” en BVerfGE 7, 198, 212.

65 *Id.*

ADVERSUS HAERESSES (1)

EDUARDO SOTO KLOSS¹

INTRODUCCIÓN

De tiempo no tan antiguo, al comienzo del despertar del pensamiento iluminista (para colocar algún hito temporal, siempre impreciso), nos viene la idea de la pretendida unidad del Derecho, quien sabe si por un mal

entendimiento del llamado *ius commune* (que incluía lo público y lo privado) frente al denominado *ius proprium*.

Hoy por una soberbia acometida iusprivatista se pretende por civilistas que ciertas instituciones del Estado se rijan por el derecho privado, sin dejar de mencionar que tal vez –insisto, tal vez- tal pretensión pueda tener ciertos visos de intencionalidad política de tipo liberal o, más bien, individualista, hablando con más propiedad, que olvida que el Estado, lo público (lo que corresponde al “populus”) y al bien común (no lo privado, sino lo común, comunidad) tienen un contenido y una finalidad diversa, dado lo necesario que es ocuparse del todo para que sus miembros puedan compartir una “vida buena”, virtuosa, como enseñaba el sabio estagirita (2).

I. UN ERROR DE FUNDAMENTO

Un error en el principio lleva finalmente a una conclusión errada. Este principio de la lógica clásica lo vemos con claridad en el planteamiento de algunos que pretenden aplicar soluciones civilistas, normas del código civil, a problemas y asuntos que son típicamente de Derecho Público, que inciden no en el bien particular de los individuos, sino en el bien de la comunidad toda.

¿Es posible aplicar al Estado y a los organismos que lo componen normas que son propias de los particulares en sus relaciones entre sí?

Hace exactamente 34 años planteaba esto mismo en una exposición en un Congreso Internacional de Derecho Administrativo realizado en Argentina (3) sobre la “Contratación Administrativa”, y en dicho ámbito concluía que tal pretensión de aplicar el código civil era “una puñalada en el corazón del Derecho”, puesto que ello llevaba a hacer primar el interés particular por sobre los de la comunidad (4).

¿Por qué digo esto? ¿Es algo que nace de una meditación puramente académica, surgida en la tranquilidad y sosiego de un cubículo universitario?

No precisamente, y rotundamente no. Hace 50 años tomé contacto con el Derecho Administrativo como ciencia en el curso del 5° año de Derecho en la Universidad de Chile, en la cátedra del profesor don Enrique Silva Cimma, que era a la sazón subcontralor de la Contraloría General de la República. Y desde esa época ha sido la disciplina a la que me he dedicado en la cátedra (5), en el ejercicio profesional (6), en la judicatura (7) y con numerosas publicaciones referentes a esta rama y al derecho público en general, tanto de doctrina como comentarios de jurisprudencia (8).

Cuanto digo es, pues, fruto de estudio y práctica, desde que el Derecho es una ciencia práctica dirigida al obrar justo de las personas y autoridades, además de un arte de decir el Derecho, esto es decir lo que es justo en cada caso concreto.

El error que se advierte en la postura que hemos referido parte de desconocer que *el Derecho es justicia*, que es el instrumento o medio más perfeccionado que los hombres han ideado para tener entre ellos una

1 Profesor de derecho administrativo Facultad de Derecho – Universidad Católica de Chile

convivencia en paz. Dada la naturaleza social del hombre es propio de él vivir en comunidad, con otros, ya en la familia, en la escuela, en el vecindario, en la ciudad, en el país, etc. Es ineludible e insoslayable esta condición social y sociable, que está dada por su propia naturaleza humana.

Si es así –como ocurre realmente en la vida de todo hombre y desde los tiempos más remotos- los hombres se necesitan unos a otros para satisfacer las necesidades, desde las más básicas hasta las más inmateriales, y en ello habrá, obviamente, intercambios de bienes y servicios, los cuales han de tener por base la justicia, esa armónica relación de igualdad entre lo que uno da y lo que uno recibe. Y es que sin justicia es imposible que haya paz, puesto que la paz es obra de la justicia, al menos la paz social en la comunidad política (9). Y es así por cuanto lo justo significa lo que se ajusta, lo que se iguala, lo que equivale, lo que armoniza una cosa con otra. De allí que al contemplar la vida de los hombres es posible advertir que tienen relaciones unos con otros y relaciones con quienes constituyen autoridad en la comunidad, con aquellos que la rigen, la gobiernan, la administran, y juzgan las disputas que se promuevan en la vida de la ciudad.

Y en esta diversidad de relaciones humanas es necesario sólo abrir los ojos para ver que en las relaciones entre los hombres entre sí se dan relaciones entre personas que están en el mismo pie de igualdad, puesto que ninguna se encuentra en una posición supraordenadora y al ser todas iguales, esos intercambios de bienes y servicios son de equivalencia, de una igualdad de conmutación –“aritmética”, diría Aristóteles- justicia conmutativa, regulación entre iguales, derecho civil, *ius privatum* –como dice la sentencia de Ulpiano que se refiere al inicio del Digesto- el cual mira a la utilidad privada, particular, propia de los individuos que como tales conforman la comunidad.

Pero también los miembros de la comunidad política tienen relaciones con la autoridad que la gobierna, que rige los destinos de ella como un todo y, dado que la misión de la autoridad es el bien de ella, el “bien común”, este bien ha de ser atribuido, repartido, distribuido, en la comunidad por esa autoridad. Es para ello, entonces, que a la autoridad se le atribuye, se le confiere, poderes de supraordenación a fin de poder realizar esa misión de distribución o reparto, sin los cuales difícilmente podría cumplir su misión. Pues bien, esa relación distributiva, de reparto, también ha de ser regida por el Derecho, por lo que es justo, pero ya no hay allí una relación entre iguales, desde que la autoridad está dotada de poderes de supraordenación respecto de los miembros de la comunidad, por lo cual no será la justicia conmutativa la que regirá esa relación (igualdad de equivalencia) sino la llamada justicia distributiva, que es la propia que ha de regir a la autoridad respecto a su misión de atribuir, repartir o distribuir ese “bien común”, justicia/igualdad que será no aritmética sino de “proporción”, según sean la calidad, la situación, el lugar, etc., de los miembros de esa comunidad.

Y esto de lo “justo distributivo” es lo que la sentencia de Ulpiano llama “*ius publicum*”, esto es aquel Derecho que mira a la “utilidad común”, la utilidad de la comunidad, del conjunto de personas que la configuran y forman, que le dan vida, y en la cual ellas han de alcanzar su mayor perfección en cuanto personas, a través de esa vida buena o virtuosa de que hablaba el filósofo (10).

El jurisprudente romano que, al parecer..., algo sabía de Derecho, advertía lúcidamente –no sólo porque eran herederos de la filosofía griega sino por su gran sentido práctico al atender a la realidad de las cosas y a la naturaleza de las personas- que si el Derecho es lo justo (*ius suum cuique tribuere/ius sive iustum*) hay un “lo justo”/Derecho para regir la utilidad privada de los particulares y otro “lo justo”/Derecho para regir la “utilidad común”, desde que hay relaciones de naturaleza distinta y de finalidades diferentes. Saber es distinguir, diferenciar y el Derecho, de suyo, es distinción, diferencias, clasificación, a fin de dar a cada uno lo que le corresponde, lo suyo (el *suum*), según su propia situación (*status*).

Y los romanos “sabían”, por lo cual lo que ha transmitido el Digesto según lo refiere Ulpiano, en una tradición (*tradere*) varias veces secular, es reflejo de la realidad: uno es el Derecho/Justicia que rige las relaciones equiordenadas entre personas que están en igual posición jurídica, que son iguales en sus posiciones ante el Derecho, y es el derecho de los “cives”, de los ciudadanos, en aquella terminología romana, de las personas privadas diríamos hoy, es decir el derecho privado, sobre la base del llamado derecho civil, derecho común de los privados. Pero otro, distinto y bien diferente, por su origen y finalidad, es el que regula las relaciones que existen y se dan cotidianamente entre las personas privadas o particulares “con” la autoridad que rige la comunidad en el ejercicio por parte de ésta de su función de bien común, de distribuirlo, repartirlo o

atribuirlo para el bien de los miembros de dicha comunidad en tanto miembros de ella, y este es el derecho público, Derecho/Justicia del “publicum”, del “populus”, de la “comunidad”.

De allí que las instituciones que se han ido configurando a través del tiempo tanto en uno como en otro Derecho –basado en la justicia (sin la cual el Derecho se transforma en pura fuerza o dominación de unos sobre otros)- han tenido como finalidad atender a esta diversa naturaleza de las relaciones, y aun cuando en el propio código civil aparezcan algunas normas que pretenden ser aplicadas al Estado y a la autoridad pública, ellas no encajan ni tienden a ser obra de justicia, ya que la naturaleza de la autoridad con poderes supraordenadores y con una misión intrínseca de bien común/servicialidad (art. 1º inciso 4º de la Constitución) se resisten a tal aplicación, por su incoherencia e inadaptación a la propia naturaleza de la autoridad en razón de su misión de servicio.

No en vano Ulpiano señalaba que en el ius/Derecho hay dos “*positiones*”, dos perspectivas, dos pivotes o pilares –si pudiera así traducirse-, dos pies; se asienta él sobre dos pies o bases, ambos fundamentales para poder caminar en forma normal y airosa, pero distintos, diferentes y con finalidades diversas, a saber el *ius privatum*/utilidad de los particulares, y el *ius publicum*/utilidad común, como lo indica el propio vocablo *publicum* (*publicus, poplicum, populusque, populus*), que se refiere a pueblo, a comunidad, y a comunidad política.

Este recorrido por las fuentes y orígenes, con referencia a los fundamentos, resulta básico en el Derecho, por cuanto nos conduce a las fuentes de donde surgen, nacen y desarrollan las ideas e instituciones que hoy nos rigen. El olvidar esto es la causa del por qué se incurre en errores que suelen siempre incidir en el avasallamiento de los derechos de las personas, como también pasar por alto los deberes que a éstas cumple observar para el bien común.

El derecho privado no es apto para regir a los entes públicos, a la autoridad pública, cuya misión –dada su naturaleza y función consecencial de autoridad- resulta incompatible con ellas, porque tal derecho privado no está hecho para regir relaciones de distribución de un bien que favorece y pertenece al todo, a la comunidad y a cada uno de sus integrantes en cuanto miembros de ella. Sus normas y las instituciones que se han ido configurando a su alero responden a otros objetivos, a otras finalidades, desde que su misión en hacer posible lo justo conmutativo, lo justo en igualdad de equivalencia, ya que se trata de relaciones entre iguales y dirigido “a la utilidad de esos particulares” en sus intercambios para satisfacción de sus propias necesidades como particulares.

II. UNAS MUESTRAS DE ELLO

Lo dicho, sin embargo, no parece estar muy asentado en las coordenadas jurídicas de ciertos jueces, al menos cuando –quien sabe si más bien por intereses fiscalistas o financieros que propiamente jurídicos- adoptan soluciones privatistas a temas que son intrínsecamente públicos, como la nulidad de los actos de la Administración del Estado, sea la general, de origen constitucional (art. 7º de la Constitución), sean las específicas de origen legal que abundan en nuestro ordenamiento. Ciertamente es que después de algunas muestras de servilismo al código civil, la Corte Suprema se alineó de modo definitivo en su carácter publicístico, especialmente en su carácter de nulidad de derecho público imprescriptible, que fue el aspecto más duro que vencer (11).

Sin embargo, para no dar su brazo a torcer enteramente, sacó la Corte Suprema (*Aedo Torres*) (12) la peregrina teoría de que el daño producido por la dictación y ejecución de actos administrativos nulos (nulidad de derecho público) se rige por el derecho privado, por tratarse de derechos patrimoniales y éstos tienen su regulación en el código civil (sic) y, por ende, están sujetos a prescripción. Se advierte muy claramente la incoherencia de tal postura ya que según ésta la causa está regulada por el derecho público (la nulidad del acto administrativo), pero el efecto jurídico de esta nulidad judicialmente declarada, en cuanto al daño producido por dicho acto de la autoridad estatal, estaría regulado por el derecho privado y, en consecuencia, sujeta a prescripción; de este modo, se olvida, o más bien no se quiere reconocer, que la propiedad está primeramente regida por la Constitución, y es en conformidad a ella que se regulará con posterioridad ciertos aspectos de la propiedad de los privados (13)

Más recientemente, si bien esporádicamente, la Corte Suprema ha decidido aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado y nada menos que en casos de daños producidos por el Ejército en su actividad de formación castrense a los reclutas que hacen su servicio militar, esto es a una actividad que jamás podría ser en nuestro ordenamiento realizada por los particulares, ni regida por el código civil, pues compete a una atribución específica, exclusiva y propia del Estado/Fuerzas Armadas. En igual sentido se ha pretendido aplicar el código civil a la responsabilidad del Estado/Fisco por daños producidos por personal de Gendarmería de Chile, cuya actividad es también propísima del Estado y no de los particulares (14).

Así es como se comprueba una vez más aquello que los clásicos enseñaban: “un error en el principio corrompe toda conclusión”. Ciertamente “errar es humano”, pero persistir en el error es diabólico.

Notas

1 Tomo el título de la célebre obra de San Ireneo de Lyon, teólogo insigne del siglo II, que estuvo en contacto directo con los llamados Padres Apostólicos (con San Policarpo, discípulo del evangelista San Juan); nacido en Asia Menor (tal vez en Esmirna) entre los años 140 y 160 después de Cristo, se radicó en las Galias y fue obispo de Lyon, dedicando su obra (*Adversus haereses*, en la traducción latina) a combatir las herejías gnósticas. En realidad, el título original en griego de esta famosa obra es “Desenmascarando y derrotando la pretendida falsa gnosis”. La frase del epígrafe es una respetuosa paráfrasis de aquella hermosa sentencia suya: *Gloria Dei homo vivens*, que se encuentra en dicha obra IV, 20,7 (en *Sources chrétiennes*. Du Cerf, vol 100/1965, II, 180, p.648).

2 Aristóteles, *Política*, I.1.

3 “Contratos de la Administración. Características y diferencias”, en *Contratos Públicos*. Universidades Nacional de Cuyo y de Mendoza. Mendoza 1980, 55-65. la cita en 65; ahora en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (2a.ed.). LegalPublishing-Abeledo. Santiago de Chile. 2010, 485-497, la cita en 497.

Ciertamente no me refiero a aquellos preceptos que “están” en el código civil pero que son principios generales del Derecho, como diríamos hoy; pienso,

v.gr., aquello de “todo daño deber ser indemnizado por aquel que lo ha producido” (art. 2314), el cual es copia de un texto de los “Prolegomena” de su *De iure belli*, que a su vez viene del derecho romano, del “*damnum iniuria datum*” y que se encuentra en todos los pueblos, también en el *Deuteronomio*, la segunda ley, esa verdadera “constitución” del pueblo hebreo del Antiguo Testamento.

4 No digo del “Estado” sino de la “comunidad” que el Estado representa, claro está que en la medida que de verdad la represente y no sea que represente sólo los de la coalición o concertación gobernante... como tan a menudo, por desgracia, sucede en la realidad.

5 Como Ayudante ad honores desde abril 1962 en el Seminario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Ayudante rentado desde septiembre 1968, Profesor Auxiliar suplente en 1970, Profesor Agregado 1971(segundo semestre), y Profesor titular por evaluación académica en 1985 en dicha Universidad; y Profesor titular por concurso público en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile desde agosto 1973.

6 A través de informes en Derecho.

7 Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago (1989) y abogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2003).

8 Un listado hasta mediados de l año 2009 puede verse en *La primacía de la persona* (Editores J. L. Martínez Estay-J. Arancibia Mattar). LegalPublishing-Abeledo. Santiago de Chile, 2009, 9-34.

9 La afirmación es ya del siglo octavo antes de Cristo; vid. *Isaías*, 33, 17, y sin que –tal vez- Aristóteles haya conocido al gran profeta de Israel, lo afirma en su *Ética a Nicómaco* V, 1.

10 Vid. nota 2 supra. Valga recordar que ya las *Instituciones* de Justiniano (1.1.4) señalaba que el derecho público es el derecho que “conciene al estado de la cosa pública” / “*quod ad statum rei romana spectat*”.

11 Vid. sobre el tema y su evolución mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (nota 3 supra), 469-483. Es reconfortante saber que nuestra Corte Suprema tenía una visión mucho más acertada al respecto si se recuerda el fallo *Portales y otros con Fisco* (RDJ t.6/1908) 2. 1, 74, de 3.1.1907, en el cual se sostiene expresa y muy claramente que la responsabilidad del Estado –incluso por los daños producidos a los particulares por los beligerantes de la guerra civil de 1891- es imprescriptible.

12 *Aedo Torres c/Fisco* en Gaceta Jurídica (en adelante GJ)245/2000, 17-27 y 248/2001, 250-253; comentario nuestro en La Semana Jurídica 7 (25.12.2000/1º.1.2001), 13-15.

13 Valga señalar que la Constitución de 1833 contenía en su artículo 12 N° 5 el principio fundamental de su inviolabilidad, y el código civil vendría a regir recién en 1856, más de dos décadas después.

14 Vid. para el primer caso, entre otros, *Caro Silva c/Fisco*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia (en adelante RDJ) t.102/2005, 2.5, 1081-1084, en GJ 304/2005, 70-83; *Bustos Riquelme c/Fisco*, Corte Suprema/4a. Sala, 26.1.2005, rol 3354-03, en Ius Publicum 25/2010, 108-111, con comentario nuestro; *Seguel Cares c/Fisco*, Corte Suprema/3a.Sala, 30.7.2009,rol 371-08, comentario en Ius Publicum 25 cit.,111-112, nota 27 y en Revista de Derecho Público 71/2009, comentarios de J. M. Valdivia y C. Román.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ANIDO BONILLA, Raúl

En el día del Escribano

DELPIAZZO, Carlos E.

Bien comun, sociedad y estado

EN EL DÍA DEL ESCRIBANO ^{1(*)}

RAÚL ANIDO BONILLA ^{2(**)}

Hablaré por aquellos compañeros de generación, obviamente, no todos, que me designaran para hablar con y por ellos. Creer otra cosa sería una utopía; habiendo visto nuestra generación cómo se transitó desde la desconfianza al desencanto en las unanimidades, del halago al repudio de las unanimidades. Por lo cual lo que diga deberá entenderse desde la relatividad impuesta por mis vivencias, la de un escribano que ejerce la profesión libremente en el interior del país.

Hace 25 años jurábamos desempeñar bien y fielmente la profesión de escribano público, respetar y cumplir la Constitución y las leyes, y jamás desmerecer de la confianza debida al carácter de nuestra profesión.

Comenzábamos, así, el ejercicio de la profesión de escribano público, que GONZÁLEZ PALOMINO calificara como profesión jurídica completa, frente a las profesiones no puramente jurídicas, como la docencia del Derecho cuando se ejercita con exclusividad o la labor legislativa, y a las profesiones jurídicas parciales, como el patrocinio forense o el trabajo de asesoría, en que el hombre de leyes tiende a hacer triunfar el punto de vista de su cliente. De tal modo hallamos, en las profesiones jurídicas completas, junto a la nuestra, que dicho autor llamara jurisprudencia cautelar, la jurisprudencia jurisdiccional. Por tal vía ingresábamos en esta profesión marcada por el culto a la verdad, que determinara que se nos calificara como “legionarios de la verdad”, a través de la imparcialidad, generando la respectiva confianza.

Sin embargo, desde el inicio, determinada por la superpoblación y la inexistencia de una regulación que estableciera alguna limitación o proporcionalidad en el ejercicio, nos hallamos con la existencia de colegas que compartían esta profesión con otra profesión jurídica parcial, o aún, con la actividad comercial; así como también veíamos cómo algunos colegas ejercían la función notarial integrando empresas comerciales, y, por consiguiente, en relación de dependencia, o como funcionarios públicos.. De ahí que se afectara la imagen de imparcialidad, verdadero gozne de nuestra profesión, y, desde ya se lesionara la apariencia de la función notarial como profesión jurídica completa. Aún cuando nos consta la mayoría de nuestros colegas ejerce, aún en dichas circunstancias, la función notarial correctamente, y aún con nobleza y honor.

Pero desde aquellos males llegamos a los actuales, en los que se pretende desconocer o limitar nuestra función como la propia de un jurista, o aún, desde la ignorancia o la vulgaridad asimilarnos a un trato propio al de un gestor o al de un mercader.

En tal sentido debemos recordar cómo ROCA SASTRE afirmaba que el notario cuanto mejor jurista, mejor notario. Sin embargo actualmente percibimos cómo se nos han impuesto tareas propias de un funcionario público de hecho o de un gestor, en desmedro de nuestra tarea esencial de juristas. Pero también, lamentablemente, apreciamos en algunos colegas tanto un desprecio ante una correcta o seria determinación del derecho como su adhesión a cualquier postura sin el menor análisis crítico. Y ello tiene un precio. Desde que cada día seamos menos juristas, cada día seremos peores notarios. Y, desde que cada día se aplique mal el Derecho, cada día se creará menos en él. Y esto lesionará, irremediablemente, a toda la sociedad.

También se lesiona nuestra función, asimilándonos al trato de un comerciante, a través de la pretensión de que ingresemos en un régimen de competencia que pretende hacer llegar al consumidor el producto al coste más bajo. Tan contradictorio como pretender que los jueces de la República ingresaran en un régimen de competencia en la fijación del costo de sus servicios. Por tal vía se vuelve a desconocer, desde la ignorancia, nuestra función como profesión jurídica completa.

1 (*) Conferencia pronunciada en la Sala Zitarrosa el 1° de diciembre de 2011, en el acto convocado por la Asociación de Escribanos del Uruguay.

2 (***) Profesor de Investigación Jurídica y Práctica Profesional en la Universidad de Montevideo.

Pero no todos los males que actualmente padecemos nos han sido impuestos. Así observamos cómo se ha pretendido asimilar, o incluso se ha asimilado a determinados fines, la escritura pública al documento privado auténtico a través del certificado notarial de sus firmas y otorgamiento; pretendiéndose encontrar la misma razón entre un documento de nuestra autoría otorgado en una audiencia de otorgamiento por nosotros presidida y un documento privado otorgado por particulares del que nosotros no somos autores, al que solo nuestra función confiere autenticidad; entre un documento susceptible de falsificación ideológica y otro solo susceptible de falsificación material. Por tal camino, terminaremos irremediablemente asimilando la escritura pública al documento privado reconocido o dado por reconocido judicialmente: la puerta ya está abierta. Pero ello no queda ahí, en atención al ingreso de las nuevas tecnologías escuchamos, con la misma preocupación, voces que pretenden asimilar la firma autógrafa a la firma digital, cuando una es un elemento de autenticidad y la otra solo de imputabilidad. Por tal camino apreciamos cómo nosotros mismos lesionamos, o toleramos que se lesione, nuestra función; afectándola gravemente.

También nosotros mismos, a través de prácticas lamentablemente cotidianas, como la de controlar desde la desconfianza la actividad notarial de otro colega, muchas veces desde una estrechez de mente y una perversidad de alma, vemos cómo se lesiona la función notarial como profesión jurídica completa, recudiéndosela a una profesión jurídica parcial. Práctica que se extiende aún a la negación de la debida colaboración entre todos quienes ejercemos esta profesión jurídica completa, o, peor aún, a su comercialización.

Asimismo, en el plano académico, hemos visto cómo la búsqueda de la verdad en la correcta determinación del Derecho se la somete a la atroz tiranía de la mayoría o al de la respectiva autoridad; cuando todos sabemos que la verdad, como el acierto o el desacierto, nunca han sido esclavos de mayoría y ni autoridad alguna.

Por ello, como no se puede confiar en el caos, debemos replantearnos el cotidiano ejercicio de la profesión, para lo cual, ésta, la Asociación de Escribanos del Uruguay es una herramienta imprescindible. Para así recuperar la confianza a través de la fe en las expectativas de cada uno de los que integramos el notariado, y, en consecuencia, de la fe de la sociedad en nuestras expectativas.

Pero aún, habiendo sido duro el camino que transitamos, nadie podrá quitarnos el honor de haber aportado equidad y seguridad en cada acto y negocio en que interviniéramos, de habernos constituido garantes de la libertad civil a través de la exigencia de su respeto en el otorgamiento de cada negocio que se otorgara ante nosotros, y, en fin, de concretizar el Derecho, a través de la definición viquiana de justicia en el caso concreto, en cada acto en que participamos. Por consiguiente, aún ante el sistema o la política más perversa, siempre seremos imprescindibles; pues qué sociedad puede prescindir de la libertad, la seguridad y la equidad.

Por consiguiente siempre sentiremos el honor de ser o haber sido escribanos públicos. Aún cuando nos quiten todos nuestros bienes mantendremos dicho honor, pues el mismo no se halla en nuestro tener sino que radica en nuestro ser.

Gracias por este homenaje.

Gracias a todos los compañeros de generación que están presentes.

Gracias a quienes no pudieron llegar.

Gracias a quienes ya no están en este mundo pero que sus almas indudablemente nos acompañan hoy y en cada acto.

Gracias a aquellos compañeros que ante la dureza y las exigencias de esta profesión hoy no la ejercen pero que sí la ejercieron con honor y nobleza.

Gracias a Dios por habernos permitido ser notarios.

Gracias.

BIEN COMUN, SOCIEDAD Y ESTADO ^{1(*)}

CARLOS E. DELPIAZZO ^{2(**)}

I) DERECHO Y SOCIEDAD

El Prof. Jaime RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ ha dicho, refiriéndose al interés público, que “es la principal señal de identidad del Derecho Administrativo”; se trata de “un concepto cardinal, central, capital que hoy, en el Estado social y democrático de Derecho está muy relacionado con la tarea de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos... Esto quiere decir que la Administración, que gestiona dicho interés público, ha de ser consciente de que su papel es de gestor de intereses del pueblo, no de intereses propios” ³⁽¹⁾.

Es que lo propio del Derecho Administrativo es el ejercicio servicial de la función administrativa ⁴⁽²⁾ como prolongación de la naturaleza servicial ⁵⁽³⁾ de la Administración -ínsita en su propia etimología ⁶⁽⁴⁾- de su carácter instrumental ⁷⁽⁵⁾, de su ser para otros ⁸⁽⁶⁾, a fin de que los componentes del cuerpo social -todos- puedan alcanzar plenamente los fines propios de su dignidad ⁹⁽⁷⁾, que eso es el bien común.

Por eso, según reza el art. 103.1 de la Constitución española -y lo repite el acápite del art. 2º de nuestro Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991- todo ente público puede y debe hacer presente en su actuación concreta su compromiso de servicio objetivo al interés general, muchas veces identificado con el interés público y cuya definición no es sencilla.

Conforme a la gráfica expresión del recordado Guillermo Andrés MUÑOZ, “con el interés público, pasa como con el amor: ¿quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que el ritmo de su pulso se ha movido a través de esa cosa ancestral que es el amor? Sin embargo, cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerza, como si perdiera todo” ¹⁰⁽⁸⁾.

1 ^(*) Conferencia pronunciada en la Universidad de Montevideo el 8 de diciembre de 2011.

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

3 ⁽¹⁾ Jaime RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ - - “El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones públicas”, en Rev. de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2010), N° 8, págs. 16 a 18.

4 ⁽²⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2011), volumen 1, pág. 63.

5 ⁽³⁾ Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo” (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I, pág. 83 y sigtes.; y “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.

6 ⁽⁴⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 9 y sigtes.

7 ⁽⁵⁾ Mariano R. BRITO - “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.

8 ⁽⁶⁾ Mariano R. BRITO - “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en Ius Publicum (Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001), N° 6, pág. 63 y sigtes.; y “Planificación y libertad en el Estado social de Derecho”, en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), N° 1, págs. 35, 40 y sigtes.

9 ⁽⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), especialmente pág. 27 y sigtes.

10 ⁽⁸⁾ Guillermo Andrés MUÑOZ - “El interés público es como el amor”, separata de las XXXIV Jornadas Nacionales e IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo (Santa Fe, 2008), pág. 17.

Lo que ocurre es que -como le he destacado antes de ahora ¹¹⁽⁹⁾- “en su esencia, el Derecho Administrativo se nos presenta como un intento permanente de hacer compatible las prerrogativas de la Administración en su ser y obrar (o sea, en tanto organización y actividad) con las garantías de la libertad del administrado, en función del fin trascendente de la obtención del bien común (servicio), que ha permitido a Francisco GONZALEZ NAVARRO caracterizarlo como el Derecho del poder para la libertad ya que su objeto radica en garantizar y asegurar los derechos de las personas mediante una presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión... Quiere decir que, acompañadamente con la evolución del Estado de Derecho (del que es hijo), el Derecho Administrativo se caracteriza por su esencial servicialidad a la sociedad, considerada en su conjunto y en cada uno de los individuos que la integran, todos iguales en dignidad en tanto personas humanas”.

II) ESTADO DE DERECHO Y BIEN COMUN

En la medida que la función administrativa apunta a la servicialidad, emerge al primer plano del Estado de Derecho aquel sujeto que es el destinatario de tal servicialidad, es decir, la persona humana, tanto en su dimensión individual como grupal y social.

Por eso, lo definitorio del Estado de Derecho de nuestros días, junto al principio de juridicidad, es la procura del bien común ¹²⁽¹⁰⁾.

Precisamente, el **bien común** consiste en el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección.

En palabras de José Luis MEILAN GIL, “el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo” ¹³⁽¹¹⁾.

En su relación con el **interés general**, resulta que éste es superior al interés individual, habiendo sido definido por Renato ALESSI como el “interés colectivo primario formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad” ¹⁴⁽¹²⁾.

Por lo tanto, consiste en el interés de la sociedad, entendida como el conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas, constituyéndose en el bien común que posibilita el conjunto de condiciones aptas para obtener la plena suficiencia de vida en sociedad y alcanzar el fin último del hombre, de acuerdo con su propia naturaleza ¹⁵⁽¹³⁾.

En opinión de Mariano BRITO, es un estado de plenitud ontológica de la sociedad; es el bien que puede ser participado por todos y cada uno de los miembros de la comunidad humana. Por eso, entiende que puede ser definido positivamente por la asistencia y apoyo prestado a los habitantes y entes sociales menores para la realización de sus fines sin exonerarlos de su protagonismo originario, y negativamente por la abstención de la acción estatal directa en cuanto hace a la libertad interior de cada uno. Su carácter preeminente sobre el interés particular (de un individuo o grupo) obedece precisamente a que aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los miembros del cuerpo social ¹⁶⁽¹⁴⁾.

11 ⁽⁹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, págs. 63 y 64.

12 ⁽¹⁰⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, pág. 35 y sigtes.

13 ⁽¹¹⁾ José Luis MEILAN GIL - “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español”, en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Belo Horizonte, 2010), Año 10, N° 40, pág. 171 y sigtes.

14 ⁽¹²⁾ Renato ALESSI - “Instituciones de Derecho Administrativo”, Bosch, Barcelona, 1970), tomo I, págs. 184 y 185.

15 ⁽¹³⁾ Eduardo SOTO KLOSS - “La democracia ¿para qué? Una visión finalista”, en A.A.V.V. - “Crisis de la Democracia” (Universidad de Chile, Santiago, 1975), pág. 18 y sigtes.

16 ⁽¹⁴⁾ Mariano R. BRITO - “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo” cit., pág. 13 y sigtes.

En el Estado de Derecho la limitación de derechos no puede fundarse en cualquier interés sino únicamente en el superior interés general -que no puede ser el interés de un grupo o parte del colectivo social- ya que debe ser ampliamente abarcativo, es decir, equivalente al bien común.

Por su parte, el **interés público** se opone al interés privado ya que ambos operan en espacios distintos. Al decir de Héctor Jorge ESCOLA, “El interés público no es de entidad superior al interés privado ni existe contraposición entre ambos: el interés público sólo es prevaleciente con respecto al interés privado, tiene prioridad o predominancia por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad... Si el interés público y el interés privado tienen la misma identidad sustancial, si son cualitativamente semejantes, distinguiéndose sólo cuantitativamente, de suerte que el primero deba prevalecer o primar sobre el segundo, va de suyo que el interés privado no puede ser sacrificado al interés público, aún cuando pueda ser desplazado o sustituido por éste... Sólo cuando se identifica el interés público con el interés propio del Estado, de la Administración, del Partido, del soberano, del jerarca, etc., podría pretenderse que ese supuesto interés público -que no es tal- llega no sólo a desplazar sino a sacrificar y extinguir cualquier interés privado que se le opusiera, incluso sin ningún tipo de reparación, pues ambos tendrían una entidad sustancial diferente, siendo la del primero superior y derogante de la del segundo. Esta sería en concreto la causa de la tan mentada razón de Estado, con la cual se quiere amparar todo avance y toda lesión de los intereses privados, que quedan así ligados a tal sujeción, en relación con el interés público”¹⁷⁽¹⁵⁾.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, bien dice el art. 20, inc. 2º de la ley anticorrupción N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 que “El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos”.

En un esfuerzo por distinguir, vinculándolos, los tres conceptos, expresa Augusto DURAN MARTINEZ¹⁸⁽¹⁶⁾: “Es un lugar común, desde Aristóteles a nuestros días, afirmar que el hombre es un animal político. Pero no se agota en lo político. El hombre tiene una dimensión individual, una dimensión social, que conlleva la política pero no se confunde con ella, y una dimensión trascendente. Y todas esas dimensiones se funden en una unidad, son inescindibles porque la persona humana es una sola... El *interés privado* se relaciona con esa dimensión individual del todo ser humano que lo hace ser único y diferente de sus semejantes, y por eso es valioso y digno de tutela. Y también se relaciona con esa dimensión social que nos hace integrar una comunidad natural, como lo es la familia, base de la sociedad, y de esas otras comunidades intermedias que trascienden la familia pero que son, de alguna manera, de nuestro dominio particular, no necesariamente en exclusividad pero sin llegar a ser público. El *interés público* se relaciona con nuestra dimensión social en el aspecto que conlleva lo político, pero también, aún sin conllevar lo político, trasciende de lo meramente privado al ocupar un espacio que necesariamente es compartido por requerirlo el desarrollo de la personalidad... Interés privado e interés público operan en espacios distintos y, aunque por momentos tengan contornos difusos, no se confunden pero tampoco se contradicen, pues se relacionan con las diversas dimensiones de la naturaleza humana que, como se ha visto, son inescindibles. Precisamente, esa unidad de naturaleza humana se contempla con el *interés general*, que incluye al interés privado y al interés público. Es de interés general la adecuada satisfacción del interés privado y del interés público, lo que se logra con la creación de la situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana. Dicho en otras palabras, es de interés general la configuración del bien común”.

En su opinión, el “*bien común*, fin del Estado, es un estado de hecho. Es el estado de hecho propicio para el desarrollo de la persona humana. Es algo objetivo, no depende de los agentes de su realización y no coincide exactamente con el fin específico de cada una de las entidades estatales, aunque dichos fines específicos naturalmente se encuentran subordinados a ese bien común... No consiste en la simple suma de los bienes particulares de cada sujeto del cuerpo social. Siendo de todos y de cada uno es y permanece común, porque es indivisible y porque sólo juntos es posible alcanzarlo, acrecentarlo y custodiarlo, también en vistas al futuro”.

17 (15) Héctor Jorge ESCOLA - “El interés público como fundamento del Derecho Administrativo” (Depalma, Buenos Aires, 1989), pág. 249 y sigtes.

18 (16) Augusto DURAN MARTINEZ - “Derechos prestacionales e interés público”, en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2010), N° 73, pág. 629 y sigtes.

Con respecto al interés general, agrega que “es un freno al legislador en lo que se refiere a la limitación o hasta la privación del goce del ejercicio de derechos humanos. El art. 7º de nuestra Constitución es muy claro al respecto... Pero el interés general no solamente tiene una función de limitación o de restricción. También desempeña una función activa o positiva. En efecto, la fuerza expansiva de los derechos humanos hace que el interés particular y el interés público, ambos integrantes del interés general, requieran ser satisfechos por acciones positivas y no solamente por acciones negativas. El Estado, principal responsable -aunque no único- del logro del bien común, se ocupa de los derechos prestacionales, precisamente porque son derechos fundamentales que deben ser respetados para posibilitar que todos y cada uno de los seres humanos puedan vivir su vida en plenitud”.

III) BASES ESENCIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cuanto viene de decirse evidencia que la centralidad de la persona humana y la correlativa servicialidad de la Administración son los pilares fundantes del Derecho Administrativo.

Siendo así, las transformaciones y embates a que se ve sometido contemporáneamente no alcanzan para desnaturalizar su esencial servicialidad centrada en la persona del administrado ¹⁹⁽¹⁷⁾.

Por eso, es necesario reaccionar frente a los embates de la llamada “huída del Derecho Administrativo” porque ella libera al poder del freno del control y agrede la libertad de los individuos y colectividades intermedias, limitándola ²⁰⁽¹⁸⁾.

Frente a las mutables categorías de la doctrina y los vaivenes de modas que inciden muchas veces en el Derecho positivo, es necesario insistir en la **centralidad de la persona** como destinataria del quehacer estatal y foco para la interpretación de las relaciones emergentes de la variedad de servicios que la Administración le brinda, sea en forma directa o indirecta ²¹⁽¹⁹⁾.

Lo propio del Estado constitucional de Derecho, que impregna todo el Derecho Administrativo contemporáneo, es el reconocimiento de la primacía de la persona humana ²²⁽²⁰⁾, derivada de su eminente dignidad ²³⁽²¹⁾, de la que se desprenden todos y cada de los derechos fundamentales y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos ²⁴⁽²²⁾.

Por eso, la afirmación y reafirmación de los derechos fundamentales -todos- parte del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamien-

19 ⁽¹⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo?”, en Carlos Mario MOLINA y Libardo RODRIGUEZ (Coordinadores) - “El Derecho Público en Iberoamérica” (Temis, Bogotá, 2010), tomo I, pág. 373 y sigtes.

20 ⁽¹⁸⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “La responsabilidad estatal ante la huída del Derecho Administrativo”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2009), Año XXXI, N° 370, pág. 157 y sigtes.; y en Rev. de Direito Administrativo e Constitucional (Belo Horizonte, 2009), Año 9, N° 35, pág. 13 y sigtes.; “Panorama actual de la responsabilidad estatal”, “Panorama actual de la responsabilidad estatal”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Transformaciones actuales del Derecho Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 13 y sigtes.; y “El Derecho Administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2011), N° 30, pág. 87 y sigtes.

21 ⁽¹⁹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, pág. 85 y sigtes.

22 ⁽²⁰⁾ Eduardo SOTO KLOSS - “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno” cit., pág. 507 y sigtes.

23 ⁽²¹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Dignidad humana y Derecho” cit., pág. 27 y sigtes.; Héctor GROS ESPIELL - “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” (Universidad de la República, Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.; y José Aníbal CAGNONI - “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” cit., pág. 65 y sigtes., y en Rev. de Derecho Público, Año 2003, N° 23, pág. 11 y sigtes.

24 ⁽²²⁾ Jesús GONZALEZ PEREZ - “La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo”, (Jurúa, Curitiba, 2007), pág. 6; y “La dignidad de la persona humana” (Civitas, Madrid, 1986), pág. 85 y sigtes.

to jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica ²⁵⁽²³⁾.

Siendo así, el otro término de la ecuación debe ser la **servicialidad administrativa** que no es una mera expresión literaria carente de efectos prácticos sino que constituye un auténtico deber jurídico, con el significado de ya sea de actuación, ya sea de abstención, y cuya infracción (de actuación o de abstención) conlleva efectos de sanción y, si origina daños, de reparación integral de los mismos ²⁶⁽²⁴⁾.

Por lo tanto, el desafío de nuestros días pasa por la revalorización del bien común desde la perspectiva de los derechos fundamentales del hombre al que se debe servir, cuya eminente dignidad debe iluminar como criterio rector el ser (organización) y el quehacer (actividad) administrativos.

25 ⁽²³⁾ Germán J. BIDART CAMPOS - "Teoría general de los derechos humanos" (Astrea, Buenos Aires, 2006), págs. 72 a 79.

26 ⁽²⁴⁾ Eduardo SOTO KLOSS - "La servicialidad del Estado. Base esencial de la institucionalidad", en "Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito" (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 331 y sigtes., especialmente págs. 338 y 339.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno N° 20/2008

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno N° 37/2010

ALGORTA MORALES, Paula

Tendencias jurisprudenciales en materia de excepción de prescripción de los títulos valores

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEGUNDO TURNO N° 20/2008 13 DE FEBRERO DE 2008.

VISTOS:

para definitiva en segunda instancia este proceso que por DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN POR PRESCRIPCIÓN sigue XXXXX contra YYYYY (F. 381-418/2006), venido a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia No. 32 de 28 de marzo de 2007 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes de 2o. Turno a cargo del Dr. Héctor Iriarte y

RESULTANDO:

I.- La apelada (fs. 23-27), a cuya exacta relación de antecedentes procesales útiles se hace remisión, hace lugar a la demanda, declara la prescripción del crédito y de las acciones solicitadas, manda levantar los embargos trabados, todo sin especiales sanciones procesales

II.- La demandada formaliza recurso de apelación que funda en los siguientes motivos (fs. 29-31): existieron actuaciones que interrumpieron la prescripción entre el año 1983 (oportunidad en que se citó de excepciones al ejecutado ahora actor) y 1989. Estas actuaciones fueron el 23/2/1984 donde se dicta la providencia 562 por la que se intima de entrega del título del bien, se traba de embargo específico, se confiere vista de

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

PAULA ALGORTA MORALES

1. INTRODUCCIÓN

El tema en análisis ha sido por décadas objeto de sendos debates a nivel doctrinario y jurisprudencial. Ciertas modificaciones legislativas han zanjado algunos de los extremos debatidos en el pasado (v.g. el término de prescripción de la acción contra el librador de un vale, pagaré o conforme), sin embargo subsisten discusiones sobre determinados puntos (v.g. presentación de la demanda como medio interruptivo de la prescripción en el caso de los cheques), y han surgido en esta última década nuevos temas donde la dogmática y jurisprudencia no son uniformes (v.g. telegrama colacionado como medio hábil para interrumpir la prescripción)¹.

En el presente se realiza una recopilación y análisis de la jurisprudencia de los últimos 10 años sobre la excepción de prescripción en materia de títulos valores de contenido dinerario (v.g. vales, cheques y letras de cambio), a efectos

¹ Entre otros trabajos doctrinarios que analizaron antes los diversos problemas y debates suscitados en torno al tema en estudio, puede verse: Olivera García, R., "Análisis de la Jurisprudencia en materia de prescripción y caducidad de los títulos valores" en ADC T. 1, p. 181 y ss; Ferrer, A. "La interrupción de la prescripción. ¿Problema sin solución?" en ADC T. 6, p. 299 y ss; Jiménez de Aréchaga, M., "La interrupción de la Prescripción en materia de Cheques" en RUDP 3/1987, p. 326 y ss; Bugallo, B., Títulos Valores, Ediciones Del Foro, 1998, p. 108 y ss.

la tasación y se intima la entrega de títulos del bien; el 19/3/1984 se notifica al ejecutado de la providencia 562 y se manifiesta que el título está en el BROU como garantía hipotecaria; en 1989 se solicita reinscripción de embargo y se notifica al ejecutado el 1/8/1989; en el año 2005 se solicita intimación judicial de pago y reinscripción del embargo.

III.- Se contestaron los agravios (fs. 41-43) y se franqueó la alzada (fs. 44)-

IV.- Recibido el proceso en el Tribunal, los autos a estudio por su orden y al suscitarse discordia se integró con el Señor Ministro Dr. Felipe Hounie (de la Sala Homóloga de 6°. Turno) con quien se acordó sentencia, disponiéndose emitir decisión anticipada al amparo del art. 200.1 n. 1 y 3 CGP.

CONSIDERANDO:

I.- Que se hará lugar al recurso interpuesto.

En tal sentido, la mayoría de la Sala estima que la decisión impugnada, efectivamente, adolece de motivos de sucumbencia, siendo ello así por lo subsiguiente.

II.- Del juicio ejecutivo acordonado surge lo siguiente:

1. La providencia inicial 5327 de 9/9/1983 -fs. 6 vto.- que dispuso la traba embargo genérico y la citación de excepciones, se notifica el 12/10/1983 y no fue impugnada.

2. Por resolución 7415 de 23/11/1983 da vista del valor de tasación (fs. 9v.) -sin que se trabe concreto embargo sobre inmueble atento a que se pidió que el genérico se identifique con inmueble determinado.

3. La providencia 244 de 9/2/1984 aprueba la tasación e intima entrega de títulos (fs. 10v).

4. Por providencia 562 de 23/2/1984 deja sin efecto las providencias 7415 y 244 y en su lugar traba embargo sobre el inmueble denunciado (fs. 11); da vista de la tasación e intima la entrega de títulos (fs. 11). El 19/3/1984 se notifica al ejecutado la providencia 562 (fs. 12 vto.)

5. La resolución 2739 de 12 de junio de 1989 traba embargo genérico, manda a oficiar y notificar personalmente (fs. 14).

6. Se archiva el expediente el 9/8/1990 (fs. 17v).

de poder observar los extremos de debate y las tendencias actuales en nuestros Tribunales de Apelaciones en lo Civil (TAC) y en la Suprema Corte de Justicia (SCJ)².

1.1. Definición de Prescripción Extintiva

La prescripción extintiva es el modo de extinguirse los derechos y las obligaciones, derivado del no uso o ejercicio de los mismos durante el plazo señalado en la ley³.

En relación a la prescripción extintiva, el artículo 1013 del Código de Comercio dispone que “...es un medio de exonerarse de la obligación”, “...se pierde la acción por el no uso de ella en el tiempo señalado por la Ley. Para esta clase de prescripción, basta el mero transcurso del tiempo, sin que sea necesario título ni buena fe”.

En el caso de los títulos valores debe ser opuesta por el obligado al tenedor del título.

1.2. Plazos de Prescripción

Como principio general el artículo 1018 del Código de Comercio establece que “Todas las acciones provenientes de obligaciones comerciales ya sean contraídas por escritura pública o privada, quedan prescriptas, no siendo intentadas dentro de veinte años”.

Sin perjuicio de ello, en el propio Código de Comercio, así como en diversas normas se establecen prescripciones más cortas para determinadas acciones.

² Se analizan solamente fallos de segunda instancia y de la SCJ.

³ Couture, E., Vocabulario Jurídico, tercera reimpresión, p. 469.

7. Posteriormente, de acuerdo con providencia 2057 de 7/6/2005 se dispone intimar el ejecutado el pago de la deuda y la reinscripción del embargo genérico (fs. 25). La intimación se cumple el 21 de julio de 2005 (fs. 26v).

8. El 24 de marzo de 2006 (nota de cargo de fs. 30v) se solicita nueva inscripción de embargo específico. La providencia 1275 de fs. 31 dispone la nueva inscripción y que fecho se notifique a la contraparte. El 21 de junio de 2006 se notifica al demandado (fs. 34 vto.)

III.- Corolario de lo anterior es que la decisión debe recaer sobre el siguiente aspecto: si las actuaciones antes reseñadas y cumplidas en el proceso ejecutivo durante el lapso comprendido entre el 9/IX/1983 (correspondiente a la providencia inicial que adquirió eficacia de cosa juzgada al no haber sido impugnada a través de excepcionamiento alguno) y la intimación de pago de la deuda solicitada el 7/VI/2005, tienen virtualidad jurídica para interrumpir la prescripción extintiva de dicha sentencia ejecutoriada.

Es de ver que si sólo hubiera habido embargo específico -con o sin reinscripciones- que no se hubiera efectivizado por inacción del acreedor la prescripción de la acción ejecutiva debe operar.

Pero en el caso hay embargo general de derechos y reinscripciones además de específico sobre inmueble.

Debe analizarse -incidenter tantum- si el inmueble embargado era una real y suficiente garantía. Entonces, atento a que la deuda era N\$ 70.097,82 al 3/3/82 (fs. 2 acord.) y el bien era una finca en Palmitas con valor real de N\$ 1.981, tal cuantía es varias veces inferior al monto de la deuda. Y al admitirse además el embargo genérico es otro índice de insuficiencia de ese bien.

Resta entonces como cautela idónea el embargo general y sus reinscripciones que en el caso fueron notificadas y conforme la doctrina (GORFINKIEL La prescripción en los vales luego de la sentencia, LJU T. 116 ps. 3 y ss -en especial p. 14-, sent. de TAC 3º en LJU c. 9549 que comenta favorablemente), mientras esté vigente la inscripción del embargo genérico, la prescripción no se consume -sino a partir de la caducidad de la inscripción-.

El Decreto-Ley No. 14.701, el artículo 1019 del Código de Comercio y el Decreto-Ley No. 14.412 establecen diversos términos de prescripción de la acción ejecutiva cambiaria proveniente de letra de cambio, vale, pagaré o conforme y cheque respectivamente:

a) Letra de Cambio

Para la letra de cambio el artículo 116 del Decreto-Ley No. 14.701 establece los siguientes términos de prescripción:

- Contra el aceptante y su avalista: tres años contados desde la fecha de vencimiento (acción ejecutiva directa).

- Contra el endosante, el librador o sus avalistas: un año contado desde la fecha del protesto formalizado en tiempo útil y desde el vencimiento de la letra si ésta no fuera protestable (acción de regreso).

- La acción del endosante que reembolsó el importe de la letra de cambio o que ha sido demandado por acción de regreso, contra los otros endosantes y contra el librador prescribe a los seis meses contados desde el día que el endosante pagó o desde aquél en que se le notificó la demanda (acción de reembolso).

Contra el aceptante el término es siempre de tres años aunque se trate de acción de reembolso, ya que el artículo 116 señala que "Toda acción emergente de la letra de cambio contra el aceptante prescribe a los tres años...⁴".

4 Cf: Rodríguez Olivera, N, Acciones y Excepciones Cambiarias, 1º edición, agosto 1987, p. 134-135, Teitelbaum, J, Juicio Ejecutivo Cambiario, 2º edición, 1993, p. 124.

Es decir que tanto la inscripción como la reinscripción del embargo genérico interrumpen la prescripción puesto que mientras éste no caduque, el acreedor, impedido de ejecutar materialmente sobre bienes concretos, no puede hacer otra cosa que vigilar el término de caducidad del embargo para pedir su reinscripción.

IV.- Costas y costos de la presente instancia por su orden (arts. 56 y 261 [red. L. 16699] CGP y 688 C. Civil).

Por los expresados fundamentos y preceptos que se incluyen el Tribunal,

FALLA:

Revocase la sentencia apelada y en su lugar se desestiman las pretensiones ejercidas por el accionante, sin especiales condenaciones.

Oportunamente, devuélvase.

Dra. Mariela Sassón
Ministro

Dr. Tabaré Sosa
Ministro

Dr. Felipe Hounie
Ministro

Dr. Jorge Chediak
Ministro DISCORDE:

Ni la traba de embargo, ni la reinscripción de éste, constituyen actos interruptivos de la prescripción (Sent. de la Sala 2/95 en RUDP, año 1996, N° 3, pág. 457, caso 103).

En forma concordante: TAC 5°: "La interrupción no puede considerarse diligencia judicial porque no lo impone la ley procesal ni integra el procedimiento" (Sent. N° 508/2005 en RUDP, año 2006, N°2, pág. 192, caso 155). Asimismo TAC 4° (citado a fs. 2).

b) Vale, Pagaré o Conforme

En materia de vale, pagaré o conforme es aplicable el artículo 1019 del C. de Com en la redacción dada por el artículo 26 de la Ley No. 17.292, que establece que la acción directa contra el librador proveniente de vales, conformes o pagarés prescribe a los cuatro años, si la deuda no ha sido reconocida por documento separado.

Como sostiene Jiménez de Aréchaga, si hubo reconocimiento de la deuda por documento separado, el término de prescripción no es de cuatro años sino de veinte años. Respecto a los obligados de regreso, no existiendo un término especial, rige el artículo 116 del Decreto-Ley No. 14.701 norma establecida para la letra de cambio (un año o seis meses). En definitiva, el plazo de cuatro años rige para el obligado principal en el vale, esto es, el librador, y de acuerdo al Decreto-Ley No. 14.701 el plazo es de un año si se trata de una acción de regreso contra endosantes o avalistas, y es de seis meses desde que el endosante pagó, si se trata de la acción de reembolso iniciada por un obligado cambiario que pagó el título contra endosantes precedentes⁵.

c) Cheque

En materia de Cheque, el inciso primero del artículo 68 del Decreto-Ley No. 14.412 establece que:

- Las acciones del tenedor contra el librador y los endosantes prescriben a los seis meses contados desde el vencimiento del plazo de la presentación del cheque para su cobro.

- Las acciones de los endosantes contra el librador, y de los endosantes entre sí, prescriben a los seis meses contados desde que el endosante hubiere reembolsado el importe del cheque (acciones de reembolso).

⁵ Jiménez de Aréchaga, M., "Desde cuando se computa la prescripción del vale amortizable en cuotas" en ADC No. 13, p. 369 y ss

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEGUNDO TURNO N° 37/2010 4 DE MARZO DEL 2010

VISTOS,

para sentencia definitiva de segunda instancia los presentes autos caratulados "XXXXXX C/ YYYYYY JUICIO EJECUTIVO IUE 39-26/2003" venidos a conocimiento de esta Sede en virtud del recurso de apelación deducido contra la sentencia Nro14 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19°. Turno Dra. Beatriz Tommasino .

RESULTANDO :

I. Que se da por reproducida la relación de hechos formulada por la a-quo por ajustarse a las resultancias del presente expediente

II. Que por sentencia Nro. 14 se desestimó la excepción de inhabilidad de título y se hizo lugar a la excepción de prescripción deducida disponiéndose el levantamiento del embargo trabado

III. Contra el mencionado fallo la parte actora interpuso recurso de apelación

IV. Por auto Nro. 634 se confirió traslado del recurso de apelación deducido

En cuanto a las acciones causales, ha de tenerse presente que tendrán el plazo de prescripción que corresponda según la propia regulación de cada una de ellas, mientras que en todo caso, la acción de enriquecimiento prescribe al año de que se perdió la acción cambiaria según establece el artículo 116 inciso final del Decreto-Ley No. 14.412⁶.

En lo pertinente se aplica en la materia los artículos 1013 a 1029 del Código de Comercio sobre prescripción.

1.3. Medios hábiles para interrumpir la prescripción

El artículo 1026 del Código de Comercio, en la redacción dada por el artículo 27 de la Ley No. 17.292, dispone que:

"La prescripción se interrumpe por cualquiera de las maneras siguientes:

1° Por el reconocimiento que el deudor hace del derecho de aquél contra quien prescribía.

2° Por medio de emplazamiento judicial notificado al prescribiente. El emplazamiento judicial interrumpe la prescripción, aunque sea decretado por Juez incompetente.

3° Por medio de intimación judicial, practicada personalmente al deudor, o por edictos al ausente cuyo domicilio se ignorase.

4° Por la admisión de una pretensión concursal deducida por el deudor.

6 Bugallo, B., op. cit. p. 112

V. A fs 671 evacuó el traslado conferido la parte demandada adhiriendo al recurso de apelación

VI. Por auto Nro. 1188 se confirió traslado de la adhesión a la apelación el que fue evacuado a fs 715

VII. Por auto Nro. 1765 se concedieron los recursos de apelación y adhesión a la apelación deducidos

VIII. Que recibidos los autos en la Sala se dispuso pasaran los autos a estudio sucesivo de los diferentes Ministros

IX. Realizado el estudio y acuerdo correspondiente existiendo discordia total, se dispuso la integración correspondiente habiendo salido sorteada la Sra. Ministro de 5to. Turno Dra. Sandra Presa

X. Realizado el acuerdo correspondiente y persistiendo la discordia se decidió integrar nuevamente la Sala habiendo salido sorteado el Sr. Ministro de 4to. Turno Dr. Juan Pedro Tobías

XI. Realizado el acuerdo correspondiente se designó ministro redactor al Dr. John Pérez Brignani

CONSIDERANDO :

I) Que el Tribunal debidamente integrado y por mayoría habrá de revocar la sentencia objeto de impugnación por entender que ha sido debidamente interrumpida la prescripción del titulo valor cuya ejecución motiva el presente expediente, mediante el envío de los telegramas colacionados que obran agregados de fs 101 a 104

La prescripción interrumpida comienza a correr de nuevo: en el primer caso, desde la fecha del reconocimiento; en el segundo, desde la fecha de la última diligencia judicial que se practicare en consecuencia del emplazamiento; en el tercero, desde la fecha de la intimación o de la última publicación en el Diario Oficial; en el caso del numeral 4°, comienza a correr de nuevo, una vez concluido el proceso concursal.

En materia de títulos valores cuando haya recaído sentencia de condena se aplicará lo dispuesto por los Artículos 1216 y 1220 del Código Civil”.

2. EXTREMOS DEBATIDOS

Los temas que han sido objeto de sendos debates ante nuestros tribunales en estos últimos años son principalmente los siguientes: i) si el telegrama colacionado es un medio hábil para interrumpir la prescripción, ii) si en materia de cheques, la sola presentación de la demanda ejecutiva cambiaria interrumpe la prescripción, iii) si es procedente la vía ejecutiva común cuando ha prescripto la cambiaria, iv) desde cuando debe computarse el plazo de prescripción del vale amortizable, v) si la interrupción de la prescripción efectuada contra uno de los obligados interrumpe la prescripción contra los demás, vi) el plazo de prescripción de la sentencia de condena del juicio ejecutivo cambiario y vii) si la reinscripción del embargo interrumpe la prescripción de la sentencia.

2.1. El telegrama colacionado como medio hábil para interrumpir la prescripción

En relación a los medios para interrumpir la prescripción, uno de los puntos de controversia radica en si el telegrama colacionado es o no un medio hábil.

II) En tal sentido tenemos que de conformidad a lo dispuesto por el art 27 de la ley 17292 se sustituyó la expresión por intermedio de protesta judicial que edictaba el numeral 3er del art 1026 del C de Comercio por **“3° Por medio de intimación judicial, practicada personalmente al deudor,**

III) Ahora bien conforme a lo claramente preceptuado por el art 131 de la ley 16002 las intimaciones en las causas judiciales podrán ser realizadas por telegrama colacionado certificado cuya copia, una vez agregada al expediente, tendrá todos los efectos de las intimaciones que se practiquen por los Alguaciles. Cabe resaltar sobre este punto que como sostuviera esta Sala con anterior integración la disposición no debe interpretarse en el restringido sentido de que se exige “causa judicial en trámite, sino que es aplicable también a las operaciones previas a la promoción de dicha causa , tal como lo viene sosteniendo en forma pacífica y explícita la práctica judicial Cfm S. 100/91 de la Sala en ADCU T XXII C 642 . en igual sentido se ha pronunciado la SCJ en S 20/1992 ADCU T XXIII C 726 y la doctrina . Gamarra, J. Responsabilidad contractual. Tomo 1, pág. 188 y ss)

IV) Por consiguiente corresponde a efectos de una correcta resolución de la presente causa determinar si la mencionada disposición es o no aplicable a la hipótesis prevista en el art 1026 del C. de Comercio y consecuentemente si se interrumpió eficazmente la prescripción o si por el contrario se encuentra excluida tal posibilidad

En tal sentido el primer aspecto a destacar es que cuando el legislador entendió del caso excluir determinada materia de la posibilidad de sustituir la intimación judicial por telegrama colacionado lo hizo en forma expresa como se desprende de su claro tenor legal extremo éste que en la especie no acontece

Asimismo no debe perderse de vista que la ley 17292 no modificó expresa ni tácitamente la disposición referida y si hubiera pretendido excluirla lo hubiera efectuado a texto expreso.

La doctrina que se ha pronunciado al respecto no es unánime. Para una posición, el artículo 131 de la Ley No. 16.002 de fecha 24/11/1988,⁷ que dispone que las intimaciones en las causas judiciales que se realicen por telegrama colacionado tendrán los efectos de las intimaciones realizadas por los Alguaciles, continúa vigente y es aplicable en materia de títulos valores, por lo cual el telegrama colacionado es un medio hábil para interrumpir la prescripción, medio adicional a los previstos en el artículo 1026 del Código de Comercio.

Para otra posición, en la medida de que el telegrama colacionado no es un medio previsto para interrumpir la prescripción en el artículo 1026 del Código de Comercio, el mismo carece de aptitud para producir dichos efectos. Asimismo, se sostiene que el artículo 27 de la Ley No. 17.292 del 25/01/2001, que otorgó una nueva redacción al artículo 1026 del Código de Comercio, habría derogado tácitamente el artículo 131 de la Ley No. 16.002.⁸

A nivel de nuestros Tribunales de Apelaciones en los Civil, y sin perjuicio de algunas excepciones (v.g posición del TAC 3°), se puede observar cierta uniformidad en admitir como medio hábil para interrumpir la prescripción el telegrama colacionado.

En este sentido, admitiendo la interrupción de la prescripción por la intimación efectuada por telegrama colacionado, se pueden ver los siguientes fallos: TAC 1°, S. 136/06, ADC No. 12, c. 100, p. 354; TAC 2°, S. 37/2010, RUDP 3-4/2009, p. 752 y ss; TAC 4°, S. 15/2006, ADC No. 12, c. 101, p. 355; TAC 7°, S. 104/2008⁹, c. 118, ADC No. 13, p. 334 y en

⁷ Art. 131 de la Ley No. 16.002: “Las intimaciones en las causas judiciales, con excepción de las relativas a los procesos sobre arrendamientos y desalojos, podrán ser realizadas por telegrama colacionado certificado, cuya copia, una vez agregada al expediente, tendrá todos los efectos de las intimaciones que se practiquen por los Alguaciles”.

⁸ Varela Méndez, E, “A propósito de la intimación judicial como único medio válido para interrumpir la prescripción en materia de títulos valores” en RUDP 3-4/2009, p. 757 y ss; Teitelbaum, J, en Juicio Ejecutivo Cambiario, p. 128 (cabe señalar que la opinión de Teitelbaum es anterior a la vigencia del art. 131 de la Ley No. 16.002).

⁹ “En este marco la sinrazón de la recurrente -pretendiendo aplicar una sola de las causales legalmente previstas a esos efectos, cual es la del art. 1026 del Código de Comercio-es clara y resulta insostenible mediante la simple lectura del art. 131 de la Ley No. 16.002 que reconoce a las intimaciones practicadas por esa vía “los efectos de las intimaciones que practiquen los Alguaciles”, con la única

En este orden debemos tener presente que nuestro legislador, en su Art. 10 califica de tácita la derogación “ cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior “ El verbo conciliar no está empleado en su sentido etimológico que significa componer o ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí “ Se ha querido expresar otro pensamiento a saber : “ conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias “.

“Con ello se ha pretendido señalar que el intérprete antes de admitir la derogación tácita deberá examinar cuidadosamente si es posible encontrar entre los preceptos aparentemente contradictorios términos de avenimiento que permitan dejar coexistir ambas normas “ Cfm Supervielle Bernardo de la Derogación de las leyes y demás normas jurídicas en Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amezaga Mdeo 1958 pag 417)

No debemos perder de vista que “hay un principio universalmente aceptado, según el cual la abrogación de una norma por otra no se presume. Cuando el creador de la misma no lo dice expresamente, ella solo puede deducirse del examen cuidadoso del contenido de las reglas. Solamente cuando se dan los presupuestos arriba indicados de incompatibilidad o contradicción entre disposiciones que versan sobre una misma materia y que afectan a los mismos destinatarios, podrá admitirse que hay derogación. En la duda, y a falta de manifestación expresa, hay que tratar de conciliar las disposiciones aparentemente en conflicto para mantener la vigencia de ambas reglas (Cfm Supervielle, Bernardo ob cit pag 486)

Conforme a lo preceptuado anteriormente a juicio de la mayoría de la Sala, y sin perjuicio de reconocer lo opinable del punto, la modificación dispuesta del art 1026 no determina la derogación para la hipótesis analizada de lo dispuesto por el art 131 de la ley 16002 ya que no se trata de dos normas claramente inconciliables sino todo lo contrario. En efecto mediante la ley 17292 se sustituye la protesta judicial por la intimación judicial como forma de interrumpir validamente la prescripción, sin condicionamiento de especie alguna, por lo que tal remisión determina la aplicación de la normativa vigente al respecto Por su parte por el art

RUDP 1-2/2009, c. 608, p. 329; TAC 7°, S. 261/2006, ADC No. 12, c. 103, p. 357 y ss y en RUDP 2/2007, c. 907, p. 421-422; TAC 7°, S. 73/2000, RUDP 4/2001, c. 821, p. 652.

En una posición contraria encontramos al TAC 3° en sentencia No. 49/2006¹⁰ en la cual sostiene que el telegrama colacionado no posee aptitud de mecanismo interruptivo de la prescripción, dado que el mismo no integra el elenco de medios previstos en el artículo 1026 del Código de Comercio.

excepción de las causas relativas a procesos de arrendamiento y desalojos en la cual la cuestión aquí planteada no ingresa, lo que por sí solo sella en forma negativa la suerte del cuestionamiento. (...).

El texto es claro y no pasible de suscitar duda de interpretación en cuanto equipara la copia del telegrama colacionado a las intimaciones judiciales (“tendrá todos los efectos de las intimaciones que se practiquen por los Alguaciles”), salvo en materia de arrendamientos y desalojos, pero sin otras distinciones.

Por lo tanto, no es procedente la aplicación restrictiva acogida en la impugnada, habida cuenta que donde el legislador no establece límites, no corresponde que los imponga el intérprete.

Tampoco puede entenderse que ello resulte modificado por la Ley No. 17.292 en la sustitución del art. 1026 del Código de Comercio, en clara referencia a la intimación judicial, debiendo interpretarse que en forma alguna cambia lo expresamente previsto en el art. 131 de la Ley No. 16.002 que buscó crear un verdadero “estatuto” respecto del valor de la intimación por telegrama colacionado. (...).

De la misma manera, tampoco podría sostenerse la derogación de esa disposición por la sanción del Código General del Proceso, pues no se trata de un procedimiento sino de conferir especial valor a la copia del telegrama colacionado.

En cuanto al otro argumento usualmente esgrimido por quienes propician solución distinta, referido al propio texto del art. 131 de la Ley No. 16.002 cuando dice “...en las causas judiciales...” pues aún no la habría cuando se envió, resulta claramente rebatible si tiene en cuenta que obviamente es una medida preparatoria (ver por ejemplo, sent. TAC 6° No. 43/90 en A.D.C. T. 6, c. 181), pero luego se inició el juicio ejecutivo, es decir fue “seguida de juicio” (op. cit. c. 189 sent No. 258/90 del TAC 5°).

Y tampoco es admisible el radicado en la previsión específica del art. 5 de la Ley No. 15.631 para los créditos transferidos al Banco Central de instituciones financieras, o sea la denominada compra de carteras citada en la impugnada y también al oponerse excepciones (aunque solo en alusión al plazo cuatrienal previsto en el art. 4°) – en cuanto señala que si hubo necesidad de establecerlo expresamente, es porque el legislador entendió que las normas anteriores no lo preveían, solo prestando atención al número (Teitelbaum, Nuri Rodríguez, etc.)- pues esa ley es anterior a la 16.002 y ésta tiene alcance general” (TAC 7°, S. 104/2008, c. 118, ADC No. 13, p. 334 y ss).

10 “La Sala, aunque con distinta integración, mantendrá su jurisprudencia en punto a que el telegrama colacionado no posee aptitud de mecanismo interruptivo de la prescripción. (...)

131 de la ley 16002 se regula con carácter general , salvo los casos específicamente establecidos , la forma en que se realizaran las intimaciones

Consecuentemente no habiéndose derogado, ni tácita ni expresamente para la situación objeto de estudio, la intimación practicada por el reclamante cumplió con los efectos previstos en la norma esto es interrumpir válidamente la prescripción del título valor. Ello es así por cuanto compete exclusivamente al legislador establecer los caracteres jurídicos trascendentes para que el acto de la intimación tenga validez y produzca efectos jurídicos dentro de los cuales estaba la facultad del acreedor de realizar el mismo por cualquiera de los medios establecidos legalmente

Por consiguiente habiéndose efectuado la intimación conforme a los caracteres que se reputan suficientes y necesarios para que la producción del efecto jurídico corresponda a la finalidad (Cfm Carnellutti Francisco sistema de Derecho Procesal Civil T TIII pag 194) , mal puede entenderse que la intimación agregada no cumplió con la finalidad prevista esto es interrumpir la prescripción del título valor

Es de resaltar asimismo sobre el particular , que no corresponde a juicio de la Sala limitar la validez del telegrama colacionado para interrumpir la prescripción a la hipótesis prevista en el DL 15631 , por cuanto en primer lugar se trata de una norma anterior a la generalización de la validez del telegrama colacionado a las diferentes hipótesis y específica para las hipótesis allí contempladas

En segundo lugar la ley 16002 ha excluido de sus disposiciones exclusivamente a la materia arrendaticia no la comercial

En tercer lugar en la reforma se optó por sustituir el protesto por la intimación judicial , sin ningún tipo de condiciones o requisitos Es claro que si el legislador hubiera querido eliminar el derecho de opción de

2.2. Cheques: ¿La presentación de la demanda ejecutiva cambiaria interrumpe la prescripción?

En el caso de los cheques, y sin perjuicio de los medios de interrupción previstos en el artículo 1026 del Código de Comercio, se continúa debatiendo sobre si la sola presentación de la demanda ejecutiva interrumpe la prescripción o si se requiere para ello el emplazamiento notificado al demandado.

Tampoco aquí la doctrina se encuentra de acuerdo. Una posición entiende que, teniendo en cuenta la redacción del inciso segundo del artículo 68¹¹ del Decreto-Ley No. 14.412, la presentación de la demanda interrumpe la prescripción, ya que según la norma señalada basta “intentar” la acción contra el librador o alguno de los endosantes para que la acción quede interrumpida¹². Para otra posición la interrupción en materia de cheques se rige por la normativa general, ya que no puede extraerse del segundo inciso del artículo 68 del Decreto-Ley No. 14.412 la conclusión de que la mera promoción de la demanda ejecutiva constituye un mecanismo interruptivo de la prescripción. Sostienen que el sentido de esta norma es hacer extensivos los efectos de la interrupción de la prescripción realizada al librador o al

Si bien no escapa al criterio de quienes forman la mayoría el formalismo y rigidez que importa no admitir en la materia comercial la sustitución de la intimación judicial por el telegrama colacionado, la misma importa una opción de política legislativa a la que debe su respeto el magistrado.

Y esta opción se ve robustecida por la Ley de Urgencia No. 17.292 cuyo art. 27 dispuso la sustitución del art. 1026 del C. Comercio reiterándose por el mismo la necesidad de intimación judicial como vía interruptiva de la prescripción.

Frente al texto legal, a criterio de la mayoría, aceptar el telegrama colacionado como forma de interrupción de la prescripción, importa su flagrante desconocimiento, exorbitando su literalidad por vía de incursionar en un pretensa ratio: todo lo cual importa una actuación judicial en detrimento de lo dispuesto por el art. 17 del Cód. Civil (...). (TAC 3º, S. 49/2006, en RUDP, 2/2007, c. 900, p. 471-418 y en LJU, T. 137, c. 15.625, p. 265).

11 Inc. 2º del art. 68, Decreto-Ley No. 14.412: “La acción intentada contra un endosante o el librador interrumpirá la prescripción con respecto a los endosantes contra los que no se haya iniciado acción por cobro del cheque”

12 Conf. Jiménez de Aréchaga, M., “La interrupción de la Prescripción en materia de Cheques” en RUDP, 3/1987, p. 327; Rodríguez Olivera, N. op. cit, p. 138; Bugallo, B., op. cit., 1998, p. 114-115; Günle, M. “La presentación de la demanda interrumpe la prescripción de la acción ejecutiva para el cobro de un cheque” en Revista de Derecho Comercial No. 2, 2009, p. 161 y ss.

la forma de efectuar la intimación consagrado legalmente al igual que en materia arrendaticia , debería de haberlo establecido a texto expreso

Por último no puede hablarse de derogación tácita como ya fuera analizado anteriormente ni de una interpretación auténtica implícita (como afirma el consultante a fs 691).

En efecto respecto de esta última cabe señalar que la misma sólo se debe efectuar en forma expresa no implícita, esto es mediante el dictado de una ley que aclare ,el alcance de determinada disposición Asimismo la intervención del legislador para interpretar auténticamente una disposición no es irrestricta y se justifica cuando persigue la certeza del derecho frente a la duda que plantea el sentido de una norma por su oscuridad o la contradicción de sus propios elementos La seguridad , conjuntamente con la justicia y el progreso constituye uno de los valores fundamentales del derecho . En homenaje a esa seguridad interviene el propio creador de la disposición para dar certeza al ordenamiento positivo eliminando las incertidumbres y suprimiendo las desigualdades, a que podrían dar lugar soluciones jurídicas encontradas frente a la aplicación de una misma norma (Cfm Supervielle El alcance de la ley interpretativa Rrdpp tomo 42'43 pág 365)

Por otra parte para que pueda existir una ley interpretativa es preciso que: : 1) Exista una incertidumbre en la interpretación de una norma legal , por cuanto desde que el órgano que ha creado la norma se arroga el derecho de interpretarla dentro de su competencia es decir las mismas reglas de derecho que ha dictado ,2)se sancione una ley cuya finalidad es establecer la interpretación de una norma legal . La interpretación auténtica se perfecciona en el instante en que el legislador consciente de la incertidumbre respecto del sentido inteligible de una norma que el mismo ha editado, resuelve sancionar una ley destinada a fijar su significado

Asimismo desde el punto de vista del contenido se trata de una norma cuyo propósito inmediato no es disciplinar directamente conductas humanas , sino fijar el sentido de otra disposición . Su objeto, pues es otra ley que es preciso aclarar

endosante del cheque, respecto a los demás endosantes, pero no implica la adopción por el legislador de un régimen de excepción en la materia¹³. Asimismo, la jurisprudencia anterior ha estado dividida en este sentido¹⁴.

Actualmente, la mayor parte de nuestros tribunales entiende que no basta la presentación de la demandada para interrumpir la prescripción, requiriéndose el emplazamiento notificado, esto es, que la manifestación de voluntad se haga saber judicialmente al deudor. La prescripción de la acción ejecutiva en materia de cheque se rigen para esta posición por la normativa general en la materia, siendo necesario entonces el emplazamiento notificado.

Asimismo, se sostiene que el inciso segundo del artículo 68 hace extensivos los efectos de la interrupción de la prescripción realizada al librador a los endosantes, lo que no implica un régimen particular para los cheques.

Puede verse en este sentido los siguientes fallos: TAC 1º, S. 117/00, ADC No. 11, c. 114, p. 296 y RUDP 4/2001, c. 815, p., 651; TAC 1º, S. 19/06, ADC No. 12, c. 142, p. 384 y ss; TAC 2º, S. 37/04¹⁵, ADC No. 11, c. 110, p. 293-294; TAC 4º, S. 205/82, ADC No. 11, c. 111, p. 294; TAC 5º, S. 102/02, ADC, No. 11, c. 112, p.

13 Olivera García, R., "Análisis de la Jurisprudencia en materia de prescripción y caducidad de los títulos valores" en ADC T. 1, p. 188,

14 Ver Olivera García, R., op. cit., p. 188.

15 Con relación a la excepción de prescripción extintiva de la acción ejecutiva cambiaria en materia de cheques, la unanimidad de los integrantes que concurren en este pronunciamiento estiman que el motivo de sucumbencia no es de recibo.

Se ha señalado por este Tribunal en jurisprudencia que se ratifica: "La prescripción de la acción ejecutiva que emana de los cheques, así como las formas de su interrupción, se rigen por la ley común, siendo exigible para que se interrumpa aquélla, el emplazamiento notificado, o sea la citación de excepciones del juicio ejecutivo (arts. 68 y 69 D.-Ley 14.412, 128 del D.-Ley 14.701 y 1026 inc. 2 C. Com) ... no puede extraerse del art. 68 inc. 2 del Decreto-ley 14.412 la conclusión de que la mera promoción de la demanda ejecutiva constituye un mecanismo interruptivo de la prescripción. El sentido de la norma es hacer extensivos los efectos de la interrupción de la prescripción realizada al librador o al endosante del cheque, pero no implica la adopción por el legislador de un régimen de excepción en la materia (cf. Olivera García, R., A.D.Com. t. 1 p. 188). Puede verse, en la misma revista y en tal sentido t. I c. 380,382 y 383; t.

Ahora bien nada de lo expresado anteriormente acontece en la especie por lo que mal puede hablarse que nos hallamos ante una interpretación auténtica implícita cuando la única finalidad de la norma ha sido la de sustituir el protesto judicial por la intimación, modificación que se remitió a un régimen general.

V) Habiéndose arribado a la conclusión de que la intimación por telegrama colacionado constituye un medio idóneo para interrumpir la prescripción corresponde analizar los agravios introducidos en la adhesión a la apelación

Ello es así, por cuanto se produce la condición necesaria para que corresponda el estudio del agravio eventual deducido por la contraparte :la revocación de la sentencia que le era favorable. . En este orden como expresara el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno en desarrollos que se comparten "...el agravio puede provenir no ya directamente de la sentencia de primer grado, sino de la eventual modificación de la misma, en hipótesis en que la sentencia de segunda instancia haga lugar al recurso de la otra parte. En dichas situaciones, y aunque el agravio no sea actual -en el sentido de desde ya vinculado a la sentencia impugnada-, se admite a la parte proponer un agravio eventual, para el caso de que la sentencia haga lugar a la apelación de la otra parte, situación que actualiza su agravio. En este caso, el actor debe utilizar el mecanismo de la adhesión a la apelación regulado en las normas respectivas (arts. 253.1 inc. 2 y 254 num. 1). Es la eventual sentencia de segunda instancia, dictada en función de los agravios de la contraparte que recibe, la que crea la situación de agravio del vencedor en la sentencia de primer grado, la que al momento de dictarse no le generaba agravio. Por ello se habla de agravio eventual: para la eventualidad de que una modificación producida por la recepción de la apelación signifique alterar la situación creada por la sentencia de primer grado..." (Klett, Algunos temas de interés en el área de los medios impugnativos, en R.U.D.P., N° 2/2005, p. 372-375 especialmente p. 374) (cf. Perera, Apelación y segunda instancia, p. 53-54; T.A.C. 6to. Sent. N° 200/08, etc.).Cfm TAC 4 S 68/2009

294-295; TAC 5°, S. 19/2006, RUDP 2/2007, c. 148, p. 195-196; TAC 6°, S. 202/2001, RUDP 4/2002, c. 854, p. 693-694; TAC 7°, S. 130/2005, RUDP 2/2006, c. 823, p. 375-376.

En una posición contraria el TAC 7° (con una integración diferente a la sentencia de este tribunal arriba señalada), en sentencia No. 119/2003, dispuso: "*Es indudable el atributo de la interrupción de la prescripción por la interposición de la demanda, cf. art. 68, ley 14.412...*" (TAC 7°, S. 119/2003, en RUDP 1/2005, c. 90, p. 44).

2.3. Procedencia de la vía ejecutiva común cuando ha prescrito la vía ejecutiva cambiaria.

Otro de los temas objeto de discusión en nuestros tribunales es el de si prescripta la acción cambiaria puede el tenedor recurrir a la vía ejecutiva prevista en el numeral 3° del artículo 353 del CGP, en la medida de que se trata de un instrumento privado del cual surge la obligación de pagar cantidad líquida y exigible, procediendo previamente al reconocimiento de firma del documento¹⁶.

Para una posición jurisprudencial, aún prescriptas las acciones derivadas del título valor, es posible crear un título ejecutivo en aplicación del numeral 3° del artículo 353 del CGP. En tal sentido se pronunció el TAC 1° en sentencia No. 108/06¹⁷.

II c. 262 y 263; t. IV c. 249, 252 y 253; t. V c. 469, 476, 482, 485 y 500; t. VI c. 183, 188 y 190." (ADC, No. 11, TAC 2°, S. 37/04, c. 110, p. 293-294).

16 En el trabajo antes citado del Prof. Olivera García se señala esta discusión en materia de cheques ya desde el año 1984. Se discutía si vencido los plazos de presentación del cheque al cobro - caso en el que se produce la caducidad de las acciones cambiarias- se admitía el inicio de la acción ejecutiva común, pronunciándose Olivera por la inadmisibilidad de la formación de un título ejecutivo común en el caso del cheque presentado fuera de plazo.

En las sentencias transcritas también se cuestiona dicha posibilidad cuando la acción cambiaria ha prescrito.

17 "*Le asiste razón, en cambio, en lo que refiere a la vía procesal elegida para ejecutar el título que lo fue la prevista en los arts. 353 num. 3° y ss. del CGP.*"

I. Con relación a si la intimación fue o no correctamente efectuada la Sala comparte totalmente la valoración de la prueba que efectúa la a-quo con relación al punto objeto de agravio

En ese orden a juicio de la Tribunal no ha existido una incorrecta aplicación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de las diferentes probanzas como afirma la demandada

En tal sentido cabe recordar que las reglas *de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio*" ALSINA, Hugo (1956): *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Buenos Aires, Ediar S. A. Editores), v. I: 760 pp. Pág. 127)

Constituyen las *reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia*"(Cfm COUTURE, Eduardo (1979): *Estudios de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Ediciones Depalma) t. II: 478pp Pág. 195)

Ahora bien la a-quo ha aplicado correctamente las reglas mencionadas evaluando las diversas probanzas producidas en su conjunto, valoración ésta que se comparte totalmente y que por razones de brevedad la Sala se remite a lo consignado por la a-quo de fs 638 a 641

Es de destacar asimismo que la hoy recurrente tenía constituido domicilio en la mencionada finca según se desprende del certificado registral que obra agregado a fs 576 pocos días antes de la recepción del último de los telegramas enviados

Otro sector de nuestra jurisprudencia sostiene que el título valor prescripto o perjudicado no puede transformarse en un título ejecutivo común, dado que el título valor es título ejecutivo solamente en las condiciones previstas en el Decreto-Ley No. 14.701 y No. 14.412.

El TAC 6° entiende que perdida la acción cambiaria, su tenedor (al igual que el tenedor de un cheque perjudicado) sólo tiene la posibilidad de promover la acción causal o, en su caso, la acción de enriquecimiento injusto, no siendo admisible formar un título ejecutivo por aplicación de normas procesales generales reputándolo un documento privado más (TAC 6°, S. 322/2005, RUDP 2/2006, c. 821, p. 375). Asimismo, el TAC 1° (con una diversa integración a la sentencia antes mencionada), en sentencia No. 308/2008¹⁸ sostuvo que

El tenedor de un instrumento privado cuya firma ha sido reconocida por el obligado, siempre que contenga cantidad líquida y exigible puede acudir a la vía ejecutiva ordinaria y no, forzosamente como se sostiene en la recurrida, ejercitar la acción causal en un proceso ordinario. Sin duda que puede hacerlo y en ese caso deberá probar la relación causal mediante otras pruebas además de la que emerge del documento de que se trate. Pero ello de ninguna manera significa que no pueda hacer lo que hizo el ejecutante, acudir a la vía ejecutiva desde que el art. 353 num. 3° así lo habilita.

Habiendo optado el actor por la ejecución como instrumento privado con la firma reconocida por el obligado, el término de la prescripción de la acción es aquella correspondiente a las obligaciones personales, veinte años.

Por lo tanto la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada debe desestimarse disponiéndose, la continuación de la ejecución hasta hacer efectiva la suma reclamada en autos. (...)" (TAC 1°, S. 108/06 ADC No. 12, c. 99, p. 353-354).

18 (...) *"La Sala coincide con la interpretación que postula el distinguido a quo en el sentido que no existe norma que respalde la posición de la apelante por cuanto las que regulan la prescripción de las acciones derivadas de los vales (arts. 4 del Decreto Ley N°15.631 y 1019 N°1 del C.Com en su actual redacción) no efectúan distinción de especie alguna que permita sostener que es posible perseguir su cobro por vía del proceso ejecutivo común.*

En el mismo sentido, se pronunció este mismo Tribunal, aunque con otra integración y en un caso en el que el título valor involucrado era un cheque en sentencia de fecha 23/9/1987, publicada en L.J.U., T. 99, c. 11.052, en la que sostuvo: "En el caso de autos, consta la presentación y el rechazo del banco girado por "falta de fondos" y con ello, ejercida en tiempo la acción (arts. 39 y 68 de la norma citada) pudo traer aparejada ejecución. Pero ya vencidos los seis meses, la acción ejecutiva ha prescripto.

En otros términos: si el cheque no alcanzó la calidad de título ejecutivo (art. 39) o si la omisión del tenedor ocasionó la pérdida de la acción cambiaria, no subsiste la acción ejecutiva común ni es posible crear un título ejecutivo en función de las normas procesales

Por otra parte no existe el menor atisbo probatorio de que no tuviera conocimiento de tales intimaciones y que se hubiere enterado al extraer un certificado registral , afirmación claramente inverosímil y carente de apoyo probatorio

I. Que la condena en costas y costos es de precepto

En virtud de lo expuesto y de lo que disponen los Art. 131 de la ley 16002, 28 de la ley 17292 , 353 y ss del CGP , 1026 del C. de comercio

FALLA:

Revocando la sentencia objeto de impugnación en cuanto hizo lugar a la excepción de prescripción introducida y en mérito desestimase la excepción de prescripción interpuesta manteniendo firme el proveimiento liminar recaído Nro. 4579 fs 107 con costas y costos a cargo del demandado

DR JOHN PEREZ BRIGNANI
MINISTRO

DR. JUAN PEDRO TOBIA FERNANDEZ
MINISTRO

DRA. SANDRA IGNACIA PRESA BAYCE
MINISTRO

DR. ALVARO JOSÉ FRANÇA NEBOT,
MINISTRO

perdida la acción cambiaria no subsiste la acción ejecutiva común ni es posible crear un título ejecutivo en función de las normas procesales comunes, ya que para que el título valor sea un título ejecutivo deberá cumplirse con los requisitos especiales previstos en la ley para ello.

2.4. Prescripción del Vale amortizable

El artículo 125 del Decreto-Ley No. 14.701 en la redacción dada por la Ley No. 16.788 admitió la estipulación de vencimientos sucesivos en los vales, pagarés o conformes y el pacto expreso de que el no pago de una o varias cuotas haga exigible el documento.

No existe unanimidad en la doctrina en relación a desde cuándo debe computarse el plazo de prescripción. Nuri Rodríguez sostiene que si se pactó el vencimiento anticipado por el no pago de la cuota, se produce el vencimiento total y el término de prescripción comienza a correr desde la fecha en que se produce el vencimiento de la cuota que provoca la exigibilidad. Si la cláusula de vencimiento anticipado no se hubiera previsto, afirma que la prescripción opera por cada fracción de capital a partir de su vencimiento¹⁹. Mercedes Jiménez de Aréchaga, en cambio, sostiene que el plazo comienza al vencimiento de la última cuota establecida (exigibilidad). Antes de ello, en caso de incumplimiento es potestad del tenedor del vale iniciar o no la vía ejecutiva²⁰.

comunes, considerándolo un documento privado más. Para que el cheque sea título ejecutivo, la ley ha dispuesto condiciones específicas, teniendo por tanto que admitir, fuera de todo cuestionamiento, que para el cheque hay un estatuto jurídico específico, no siendo viable – a efectos de eludir las consecuencias o efectos de la prescripción – desplazarse a las normas comunes establecidas por el Cód. de Proc. Civil.” (TAC 1º, S. 308/2008, RUDP, 1-2/2009, c. 603, p. 326)

¹⁹ Rodríguez, N, op. cit., p. 136.

²⁰ Jiménez de Aréchaga, M, “Desde cuando se computa la prescripción del vale amortizable en cuotas” en ADC No. 13, p. 368 y ss.

DISCORDE Confirmando por los fundamentos de la recurrida que comparto así como por considerar que la interrupción de la prescripción es un tema que no puede dejarse librado a un telegrama colacionado que no siempre da garantías reales mientras no exista texto legal que así lo consagre. Si la parte actora se dejó estar en el caso y no demostró haber estado impedido por causa alguna como podría haber sido una conducta delictiva del marido de la deudora que ocultara el título valor se tiene que hacer cargo de las consecuencias de sus propios actos.

DR. TABARE SOSA AGUIRRE, MINISTRO DISCORDE

DISCORDE:

Voto por la solución confirmatoria ya que sin perjuicio de reconocer lo asaz opinable de la cuestión debatida, al momento actual, ante la ausencia de solución legislativa expresa y clara, debe estarse al principio del carácter taxativo de los medios de interrupción de la prescripción.

Tampoco debe perderse de vista la finalidad de la intimación por telegrama, que es ajena a la constitución en mora y que tiene por finalidad evitar ejecuciones sorpresivas.

Y además, procesalmente, siempre la finalidad es preparar el juicio, tal naturaleza procesal es la que fija los límites del uso del instituto.

Se coincide, con jurisprudencia que ha señalado en conceptos trasladables (LJU 120045 –similar de 6°. T. sent. 64/99):

“No comparte la Sala tal posición, en tanto estima que, salvo en el caso del art. 5 del Decreto-Ley N° 15.631 (vales adquiridos por el Banco Central de acuerdo al art. 1 de dicho decreto-ley), el telegrama colacionado ex-art. 124 inc. 2 del Decreto-ley N° 14.701 no interrumpe la prescripción por no constituir una

A nivel jurisprudencial, los tribunales que se han expedido se afilian a esta última postura, considerando que lo que debe tenerse en cuenta al momento de determinar desde cuándo comienza el término de prescripción es la fecha de vencimiento acordada por las partes en el propio documento, independiente de la fecha de vencimiento de cada cuota, ya que lo que prescribe es la acción emergente del documento y no la acción emergente de la cuota. El derecho de poder exigir la totalidad de la deuda ante el no pago de las cuotas no tiene repercusión en la fecha de vencimiento del vale, se trata de una facultad del tenedor. (TAC 5°, S. 74/2008²¹, ADC No. 13, c. 130, p. 344-345 y en RUDP, c. 607, p. 328-329 y TAC 3°, S. 315/2005, RUDP 2/2006, c. 808, p. 371).

21 “(...) “Con carácter general, cabe precisar que se considera que el apelante incurre en confusión al analizar los términos de prescripción, por cuanto lo que debe tenerse en cuenta al momento de determinar desde cuándo comienza el mismo es la fecha de vencimiento acordada por las partes en el propio documento como la de vencimiento el mismo.

Y eso resulta, por tanto, independiente de la fecha de vencimiento de cada cuota.

Las cuotas constituyen fórmulas acordadas para efectuar el pago íntegro del documento.

Pero son jurídica y conceptualmente diferentes del documento que se ejecuta y que ellas integran.

Y lo que interesa al momento de determinar el inicio del plazo de prescripción no es la cuota sino el documento, las características que lo conforman.

Porque lo que prescribe es la acción emergente del mismo y no la acción emergente de la cuota.” (...)

Por tanto, no puede hablarse de prescripción de cuota.

Solo del título valor

Y el término de tal prescripción, no puede comenzar a correr hasta tanto no se llegue a la fecha estipulada como la de vencimiento de la obligación principal asumida en el título valor. (...)

La posibilidad de poder exigir la totalidad de la deuda ante el no pago de dos cuotas no tiene repercusión en la fecha de vencimiento del vale.

Es una facultad que actuará o no por el acreedor, y por tanto aleatoria.

Pero la fecha de vencimiento no lo es; seguirá vigente y, por tanto, también el inicio de la prescripción de la obligación contenida en el documento.

De aceptarse la posición del apelante resultaría absolutamente incierto el cómputo del término prescripcional, por cuanto ello quedaría librado a la voluntad del acreedor de hacer efectiva o no aquella aleatoria facultad de exigir la totalidad de lo debido ante el incumplimiento de pago de dos o más cuotas. (...)

interpelación judicial (art. 1026 nral. 3 del C. de Comercio) (cfr. Teitelbaum, Juicio ejecutivo cambiario, ed. 1986 p. 128), posición que el citado profesor ratifica al examinar la incidencia del C.G.P. sobre este tema (Apéndice sobre incidencia del C.G.P. en el proceso ejecutivo cambiario, N° 2.3.1, p. 175) (cfr. Nuri Rodríguez Olivera, Acciones y excepciones cambiarias, ed. F.C.U. año 1987 p. 139; Pérez Fontana, Títulos-Valores, T. III ed. FCU N° 337 p. 292)."

Asimismo, LJU c. 15414 (similar de 3er. Turno, sent. 180/2004 –posición en mayoría-) se ha expresado:

"El Tribunal, en mayoría, no confiere al telegrama colacionado la aptitud de mecanismo interruptivo de la prescripción.

En tal sentido, quienes suscriben la presente -en mayoría- revalidan la tesis que sostuviera el Prof. Teitelbaum en tiempo posterior a la entrada en vigencia del art. 131 de la ley N° 16002:el telegrama... por no constituir una interpelación judicial, no interrumpe la prescripción. Si bien el art. 124 inciso 2° LTV permite sustituir la intimación judicial por el telegrama, lo es a los solos efectos del art. 53 de la ley 13355, o sea levantar el obstáculo procesal para la ejecución mediante el previo aviso al deudor. No interrumpe la prescripción ni hace caer en mora; por lo demás, la necesidad de una previsión expresa para el Banco Central (v. gr. art. 5° del decreto ley 15631), corrobora esta afirmación" (cf. "Juicio Ejecutivo Cambiario", Montevideo, Ed. Idea. 2° Ed. 1993, p. 128; igual posición: TAC 6° Turno, sentencia N° 64/1999; LJU caso N° 14.813).

Cabe tener presente, que la trascendencia que posee para el deudor la situación de mora, en tanto modifica su status sustancialmente y acarrea consecuencias perjudiciales para su esfera patrimonial, impone una imprescindible certeza en cuanto a su ubicación temporal, justificando la solemnidad y taxatividad de las vías idóneas para hacer caer en tal estado (cf. Gamarra: "Responsabilidad Contractual" t. I., FCU, p. 186-188), correspondiendo, por ende, desechar los medios pretensamente sustitutivos y no aceptados por el legislador.

2.5. La interrupción efectuada a uno de los deudores solidarios interrumpe la prescripción contra los demás.

Coinciden nuestros magistrados en relación a la aplicación del artículo 1027²² del Código de Comercio en materia de títulos valores, por lo cual, la interpelación hecha a uno de los deudores solidarios, o el reconocimiento de la deuda realizado por uno de ellos, interrumpe la prescripción contra todos los demás (TAC 2°, S. 75/2008²³, c. 117, ADC No. 13, p. 333-334 y TAC 4°, S. 64/2001, RUDP 4/2002, c. 852, p. 692-693).

En consecuencia, estima el Sr. Ministro votante que el plazo de prescripción ha de computarse desde el vencimiento natural originariamente pactado, tal como sostiene la parte actora y la sentencia de primera instancia, en tanto tal solución se amolda mejor con la ratio de toda la normativa y resulta más justa. (...)"

22 Art. 1027 del C. Com.: "La interpelación hecha conforme al artículo precedente, a uno de los deudores solidarios, o su reconocimiento, interrumpe la prescripción contra todos los demás, y aún contra sus herederos.

La interpelación hecha a uno de los herederos de un deudor solidario, o el reconocimiento de ese heredero, no interrumpe la prescripción respecto de los demás herederos, a no ser que la obligación sea indivisible.

Esa interpelación o ese reconocimiento, no interrumpe la prescripción sino en la parte a que está obligada ese heredero, corriendo respecto de los otros".

23 "...los últimos endosantes...reconocieron el adeudo en octubre de 2001, al firmar el Convenio de Refinanciación según se expresara. (...)

Extremo esta último relevante atento a lo prevenido en el art. 1027 del Código de Comercio, que consagra el reconocimiento hecho por alguno de los deudores solidarios interrumpe la prescripción contra todos los demás, lo que sella en forma negativa la suerte de la impugnación.

Por tanto, habiendo operado dicho reconocimiento por parte de los endosantes, es a partir de esa fecha que debe computarse nuevamente el plazo cuatrienal y por ende, al citarse de excepciones en abril de 2005 a libradores y endosantes -siendo el emplazamiento notificado el medio hábil para interrumpirlo según posición asentada de la Sala y de conformidad con el art. 1026 ordinal 2° del Código citado -es obvio que ese plazo no había transcurrido, lo que impide el progreso de la defensa como bien se resuelve en el grado anterior"

En efecto. Si bien no escapa la criterio de quienes forman la mayoría, el formalismo y rigidez que importa no admitir en materia comercial la sustitución de la intimación judicial por el telegrama colacionado, la misma importa una opción de política legislativa a la que debe su respeto el magistrado.

Y esta opción se vio robustecida por la ley de urgencia N° 17292 cuyo art. 27 dispuso la sustitución del art. 1026 de Cód. de Co., reiterándose por el mismo la necesidad de intimación judicial como vía interruptiva de la prescripción.

Frente a tal texto legal, a criterio de la mayoría, aceptar el telegrama colacionado como forma de interrupción de la prescripción importa su flagrante desconocimiento, exorbitando su literalidad por vía de incursionar en una pretensa ratio; todo lo cual importa una actuación judicial en detrimento de lo dispuesto en el art. 17 del Cód. Civil."

F. 39-26/2003

2.6. Prescripción de la sentencia de condena en un juicio ejecutivo cambiario.

Si bien la prescripción de la sentencia de condena de un juicio ejecutivo cambiario fue objeto de amplia discusión con anterioridad, luego de la vigencia de la Ley No. 17.292, parecería existir total coincidencia en nuestros tribunales en relación a que el plazo de prescripción es de 20 años. A pesar de ello es un tema que continúa debatiéndose entre las partes en litigio.

El artículo 1019 del Código de Comercio en la redacción dada por el artículo 26 de la Ley No. 17.292 dispone:

"Se prescriben, por cuatro años:

1º) Las acciones provenientes de vales, conformes o pagarés contra el librador, si la deuda no ha sido reconocida por documento separado.

Los cuatro años se contarán desde el vencimiento o desde la fecha de la sentencia de condenación prevista en el artículo 1606 de este Código²⁴ en su caso".

El artículo 27 de la ley 17.292 que modificó el artículo 1026 del Código de Comercio estableció en su inciso final que: *"En materia de títulos valores cuando haya recaído sentencia de condena se aplicará lo dispuesto por los artículos 1216²⁵ y 1220²⁶ del Código Civil".*

24 Artículo 1606: *"Tratándose de letras, la sentencia que haya condenado al portador a reembolsar, lo que haya recibido, surtirá los efectos de un protesto en forma para recurrir contra el librador y endosantes (artículo 916)".*

25 Artículo 1216 del Código Civil. *"Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por veinte años, sin perjuicio de lo que al respecto dispongan las leyes especiales. El tiempo comienza a correr desde que la deuda sea exigible".*

26 Artículo 1220 del Código Civil: *"Cuando haya recaído sentencia, el tiempo de la prescripción de los derechos por ella declarados correrá desde que causó ejecutoria".*

Con anterioridad a las modificaciones introducidas por la Ley No. 17.292, a nivel doctrinario y jurisprudencial se discutía si la sentencia tenía un término de prescripción propio, diverso al derecho que dio origen a la prescripción, esto es, si la sentencia tenía un plazo diverso al del título valor.

Para una posición el plazo de prescripción era de 20 años en aplicación de la norma general del artículo 1018 del Código de Comercio, para otra posición la sentencia de condena no cambiaba el plazo de prescripción previsto en el título valor, sino que interrumpía el mismo y comenzaba un nuevo cómputo²⁷.

Aún cuando parecería que la solución legal expresa en la Ley No. 17.292 debería finalizar con los planteos de prescripción de la sentencia en el plazo de la prescripción del título valor, existe abundante jurisprudencia que ha debido expedirse sobre el asunto, siendo uniforme nuestros tribunales en sostener que el plazo de prescripción es de 20 años.

En tal sentido puede verse los siguientes fallos: TAC 1°, S. 64/2000, ADC No. 10, c. 101, p. 326; TAC 1°, S. 215/00, ADC No. 10, c. 102, p. 326; TAC 1°, S. 6/2004, ADCU T. XXXV, c. 626, p. 292; TAC 6°, S. 251/2003, ADCU, T. XXXIV, c. 541, p. 240; TAC 7°, S. 208/2003, ADCU, T. XXXIV, c. 542, p. 240-241; TAC 7°, S. 153/06, ADC No. 12, c. 106, p. 361-362.

Asimismo, ésta ha sido la posición de la SCJ en sentencia No. 864/96 para el caso de un vale, *leading case* que fijó el criterio jurisprudencial de la SCJ desde entonces, y en sentencia 81/99 para el caso de una letra de cambio (SCJ, S. 81/99, ADC No. 10, c. 103, p. 326 y ss).

2.7. La reinscripción del embargo como medio hábil para interrumpir la prescripción de la sentencia

Tampoco existe al respecto una única postura. Parte de la doctrina y jurisprudencia ha sostenido que el embargo genérico posee un efecto interruptivo respecto a la prescripción, señalando que mientras esté vigente impide la prescripción de la sentencia²⁸. Sostienen en este sentido que tanto la inscripción como la reinscripción del embargo genérico interrumpen la prescripción, ya que es la única diligencia que puede realizar el acreedor impedido de ejecutar otros bienes.

Para otra posición la solicitud de reinscripción del embargo previamente trabado, e incluso su efectiva reinscripción, carecen de efectos interruptivos ya que los medios interruptivos de la prescripción están taxativamente enumerados en la ley (art. 1026 C. de Com.) y entre ellos no se cuentan tales actos con dicha potencialidad interruptiva. En esta posición se ha sostenido que el embargo no puede subsistir más allá de la prescripción del derecho, la que opera *ope legis*, a los 20 años y que los efectos de la publicidad registral no deben confundirse con las causales de interrupción de la prescripción²⁹. La jurisprudencia que se afilia a esta postura sostiene que la norma legal no habilita a considerar que opera la prescripción por la reinscripción del embargo, además que la reinscripción del embargo no es la única actividad posible de desplegar por el acreedor a efectos de mantener vigente su derecho, ya que nada le impide que practique una nueva intimación judicial de pago al deudor según lo previsto en el inc. 3 del artículo 1026 del Código de Comercio

En la primera posición encontramos los siguientes fallos: TAC 1ª S. 208/2008³⁰, c. 116 ADC No. 13, p. 333, ; TAC 2º, S. 20/2008, RUDP 1-2/2009, c. 606, p. 328; TAC 3º, S. 202/2007, ADCU, c. 573, p. 294-295; TAC 7º, S. 153/06, ADC No. 12, c. 102, p. 355 y ss; TAC 7º, S. 113/06, ADC No. 12, c. 104, p. 358 y ss.

27 Ver Bugallo, B, Títulos Valores, p. 132 y ss; Vécovi, E., en "La interversión de la prescripción en nuestro Derecho Comercial" en LJU, Tomo XV: Gorfinkiel I., "La prescripción en los vales luego de la sentencia" en LJU T. 116.

28 Gorfinkiel, I., "La prescripción de los vales luego de la sentencia" en LJU, T. 116.

29 Longone, M. R., "Prescripción de Sentencia" en Revista de Derecho Comercial No. 2, 2009, p. 136.

30 "...mientras esté vigente la inscripción del embargo genérico, las prescripción no se consuma-sino a partir de la caducidad de la inscripción"

Es decir que tanto la inscripción como la reinscripción del embargo genérico interrumpen la prescripción puesto que mientras éste no caduque, el acreedor, impedido de ejecutar materialmente sobre bienes concretos, no puede hacer otra cosa que vigilar el término de caducidad del embargo para pedir su reinscripción" (TAC 1ª S. 208/2008, c. 116 ADC No. 13, p. 333).

En la segunda postura pueden verse los siguientes fallos: TAC 3°, S. 164/2005, RUDP 2/2006, c. 807, p. 370 -con diversa integración a la sentencia del TAC 3 antes señalada-; TAC 5°, S.508/2005, RUDP 2/2006, c. 155, p. 192³¹; TAC 5°, S. 24/2005, RUDP 2/2006, c. 754, p. 355.

3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los extremos de discusión y la cantidad de tribunales que se afilian a una u otra posición, se puede concluir que mayoritariamente nuestros magistrados entienden que: i) el telegrama colacionado es un medio hábil para interrumpir la prescripción, ii) en materia de cheques, la sola presentación de la demanda ejecutiva cambiaria no interrumpe la prescripción, iii) la vía ejecutiva común no procede cuando ha prescrito la acción cambiaria, iv) el plazo de prescripción del vale amortizable se computa desde el vencimiento de la última cuota establecida en el documento, v) la interrupción de la prescripción efectuada contra uno de los obligados solidarios interrumpe la prescripción contra los demás, vi) el plazo de prescripción de la sentencia de condena del juicio ejecutivo cambiario es de 20 años y vii) en relación a si la reinscripción del embargo interrumpe la prescripción de la sentencia, la jurisprudencia se encuentra dividida, aunque mayoritariamente se pronuncian por la afirmativa.

31 (...) *“Tampoco coincide la Sala con el segundo fundamento considerado para desestimar la excepción de prescripción opuesta y que se sustenta en la potencialidad que se adjudica por la a-quo a la reinscripción del embargo como medio de interrumpir la prescripción. La norma legal es clara respecto a cuáles son las conductas que habilitan a considerar operada la prescripción ninguna de ellas es la reinscripción del embargo. (...)*
La reinscripción del embargo – a diferencia de la inscripción primera – no adelanta el procedimiento, ni tampoco lo modifica. Solo obtiene la permanencia del estado creado por aquella primera inscripción. (...)
No se comparte que sea la inscripción del embargo la única actividad posible de desplegar por el acreedor a efectos de mantener vigente su derecho. Porque nada obsta a que, conforme establece el art. 1026 C.Com en su inc. 3, practique la nueva intimación judicial de pago al deudor, en tanto ésta si conforma una diligencia judicial apta para interrumpir la prescripción.
Al no haber procedido así, su inactividad procesal excedió los veinte años y, con ello, habilita a su deudor a reclamar la prescripción de los derechos emergentes de la sentencia de condena”. (TAC 5°, S. 508/2005, RUDP 2/2006, c. 155, p. 192).



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías y posgrados

Otras noticias de interés

CARRERAS DE GRADO

SEGUNDA PARTICIPACIÓN DE NUESTRA FACULTAD EN LA PRESTIGIOSA COMPETENCIA WILLEM C. VIS MOOT.

La delegación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo este año tuvo una destacada participación en la prestigiosa competencia Willem C. Vis Moot, que se realiza en la ciudad de Viena, Austria. En la misma participaron 282 equipos de las mejores universidades del mundo.

La Competencia Willem C. Vis Moot tiene por objetivo la difusión del estudio del derecho comercial internacional y del arbitraje como método de solución de controversias en el ámbito de los negocios internacionales.

El equipo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la UM nuevamente entrenado y coordinado por la profesora Mercedes Jiménez de Aréchaga viajó a Viena para competir y defender el vice-campeonato obtenido por esta Universidad en dicho certamen en 2011.

La competencia se llevó a cabo entre el 31 de marzo y el 6 de abril de 2012. Los alumnos que viajaron en esta oportunidad fueron Agustina Pérez Comenale, Carolina Secondo, Javier Napoleone, Federico Fischer, Martín Rosati y Pablo Varela. Tuvieron el apoyo y entrenamiento también de varios otros profesores de la facultad, abogados del Estudio Guyer & Regules, profesores invitados como fue el caso del Juez William Schoettler y Neda Shahghasemi así como el de ex participantes del certamen VIS – tales como Sofía Klot, Santiago Gatica y Juan Manuel Rey - que se volcaron a transmitir su experiencia a los nuevos concursantes.

El decano Nicolás Etcheverry, aprovechando su visita a la Universidad de Navarra en Pamplona, pudo asistir a partir de la última etapa de partidos clasificatorios que tuvo lugar en la primera fase del certamen. En esta oportunidad, en dicha ronda clasificatoria la UM debió competir contra las Universidades SOAS (School of Oriental & African Studies) de Londres, la Universidad de Chennai (India) la de Turín, Italia y Columbia de EEUU.

La emoción fue grande cuando la Universidad de Montevideo fue mencionada como una de las 64 clasificadas. Esto ya supuso volver a colocar un equipo universitario uruguayo entre el 22% mejor que compite con las mejores universidades del mundo. Hay que considerar y sopesar la enorme cantidad de prestigiosas universidades del mundo entero que quedaron por el camino luego de esta etapa clasificatoria. A vía de ejemplo, dieciséis universidades brasileras, cerca de cuarenta estadounidenses, quince de Francia, más de veinte alemanas y un sinnúmero de universidades asiáticas.

Luego hubo que jugar el primer partido eliminatorio para definir las 32 que seguirían adelante en el Certamen. Fue contra la New South Wales University de Australia y luego de bastante tiempo de deliberación, la UM quedó atrás. Esto significa que en el ranking final, que saldrá unos días más adelante, cuando se computen los puntos obtenidos acumulativamente, la UM podrá quedar entre el puesto 33 o el 64 como peor escenario entre las 282 universidades que participaron este año. Ello implica que la UM en dos presentaciones que ha tenido ya goza de un prestigio muy considerable y es muy respetada en este tipo de actividad. Máxime si se tiene en cuenta que este año, de las 64 clasificadas sólo dos fueron latinoamericanas, la UM y una Universidad de Brasil, la Federal de Minas Gerais. Por otra parte, no es un dato menor que la New South Wales University obtuvo dos años atrás, en la edición 2010, el primer puesto en la presentación de trabajos escritos como demandante y demandada. Esto refleja que no fue un adversario sin experiencia o novato en este tipo de certámenes.

Hace unos días nos comunicaron que en la primera etapa del Certamen, donde clasifican las 64 Universidades mejor posicionadas de las 282 Universidades participantes el equipo de la UM quedó en el 8vo. lugar.

CURSOS DE DERECHO ANGLOSAJÓN

Durante el presente año 2012 se dictarán los siguientes cursos del Programa "US Law Program":

Primer semestre

- Prof. Bill Schoettler – Basic Guidelines on Contracts and Torts
- Bryn Vaaler (Dorsey & Whitney LLP) – Corporations
- Joseph Daly (Hamline University) – International Trade Contracts

Segundo semestre

- Arthur Lusse (Univ. Of Montana) – Litigation and ADR
- David Aronofsky (Univ. Of Montana) – Resolving International Business Disputes by Arbitration
- Carlos Martínez (Proskauer Rose LLP) – Raising capital in the world financial markets – introduction to financial and legal considerations

CONGRESO EN LA UNIVERSIDAD DE GEORGETOWN.

Los días 12, 13 y 14 de marzo de 2012 el decano de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Nicolás Etcheverry, asistió al Congreso titulado "CONGRESS FOR MAKING LATIN AMERICA A MORE EQUITABLE SOCIETY: ECONOMIC GROWTH, EDUCATION & CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY". Dicho Congreso tuvo lugar Universidad de GEORGETOWN, Washington, USA y reunió unos 250 participantes de diferentes países.

ACADEMIA INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO (AIDC) Congreso Internacional – Paris, 19 y 20 Marzo, 2012.

También nuestro Decano el Dr. Nicolás Etcheverry participó en este Congreso que comenzó el 19 de marzo de 2012 y reunió a unas 60 personas provenientes de muy diversos países. Fue presidido por el Dr. George Berman, Presidente actual de la AIDC y por su Secretario General, el Dr. Jurgen Basedow.

El propósito de dicho Congreso fue reunir a todos los miembros de la AIDC que pudieran aportar ideas y sugerencias para definir los temas a debatir durante el Congreso Mundial que se llevará a cabo en Viena durante el año 2014.

De dicho Congreso surgieron las siguientes conferencias programadas y aprobadas:

- Instrumentos y medios para la concordancia y unificación de las leyes: Las Convenciones y Tratados – Leyes Uniformes – Leyes Modélicas – Las guías legislativas – Los principios y reglas directrices.
- El impacto de las organizaciones internacionales y regionales en el desarrollo del derecho de los contratos.
- Derecho comparado en China: Progresos, problemas y proyecciones.
- La proliferación de las Cortes y Tribunales Internacionales y su relación con los diferentes regímenes jurídicos y estatutarios.

Un objetivo complementario fue tener un encuentro más reducido y personal con el Decano de Derecho de la UM Dr. Nicolás Etcheverry, a efectos de manejar la posibilidad concreta de que dicha Universidad sea la sede y organizadora del Congreso Regional y Temático que se llevará a cabo en 2016 en fecha a determinar.

VISITA A LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA

Entre los días 25 al 28 de marzo de 2012 el Dr. Nicolás Etcheverry visitó la Universidad de Navarra, en Pamplona, España. Los encuentros que allí tuvo fueron muy provechosos, positivos y enriquecedores. Se reunió por ejemplo con autoridades de la Universidad Panamericana de Guadalajara, México, con su Rector, Juan de la Borbolla, el Decano de Derecho, Isaías Rivera y la Coordinadora de los Programas Internacionales, Isabel Alvarez.

También se reunió con el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, Pablo Sánchez-Ostiz. Especialista en derecho penal. En dicho encuentro se analizaron varios proyectos de posible concreción entre ambas Facultades.

Muy positivo también fue el encuentro con Patricia Palomino, Coordinadora de los Programas Internacionales y Convenios en la Facultad de Derecho. También se reunió con Miguel Casanova, egresado de la UM, quien está terminando su Doctorado en Derecho en la Universidad de Navarra.

VISITA DE UN EX JUEZ PENAL INGLÉS.

El día 12 de abril de 2012 concurrió a dar una charla sobre el sistema penitenciario inglés el ex Juez Penal inglés Paul Focke. La misma tuvo lugar dentro del ámbito de una de las clases de Derecho Penal II a cargo del Prof. Dr. Miguel Langón y despertó gran interés por parte de los alumnos.

CURSO TEÓRICO PRÁCTICO DE ACTUALIZACIÓN NOTARIAL

El día 17 de abril de 2012 comenzó con gran éxito el Curso Teórico Práctico de Actualización Notarial. El cupo eran 40 plazas y hubo que ampliarlo ya que actualmente lo están realizando 43 Escribanos. Muchas de ellos ejercen la profesión en forma independiente y otros forman parte de las Escribanías y Estudios Jurídicos más prestigiosos del país.

Los Directores del Curso son los Escribanos Raúl Anido, Eduardo Pérez del Castillo y Guillermo Rosati de Ojeda. El Cuerpo docente está formado por los Escribanos: Raúl Anido, John Leaman, Agustín Olascoaga, Mariela Pagliaro, Eduardo Pérez del Castillo, Beatriz Spiess y Federico Susena.

El Curso está organizado en 2 módulos de 40 hs de clase cada uno. Se dicta los martes y jueves de 19 a 21 hs el primero y de 19 y 45 hs a 21 y 45 hs el segundo. El primero finaliza el 26 de junio y el segundo comienza el 14 de agosto y finaliza el 18 de octubre.

Objetivo: Profundización, análisis y discusión de los principales problemas y dudas en materia de compraventa de inmuebles rurales, temas conexos a la contratación de inmuebles rurales, Instituto Nacional de Colonización, Permisos mineros y afectaciones mineras, Ley de Ordenamiento Territorial. Leasing, fideicomiso y otras figuras contractuales fundamentales. Compraventa de automotores. Zonas Francas. Actualización normativa. El impacto de las nuevas leyes en el ejercicio profesional.

Además de los docentes referidos el Curso se ha visto enriquecido por los apartes de los propios participantes que tienen una gran experiencia profesional y por la visita como invitadas de la Dra. Ma. del Rosario Pérez Quintela, Secretaria del Directorio del Instituto Nacional de Colonización, la Jefa del Depto. Notarial de dicho Instituto la Esc. Shirley Pereira y el Dr. Esc. Darío Madeira integrante de la Comisión Asesora del Poder Ejecutivo en la órbita del MGAP, con relación a la nueva normativa para las traslaciones de dominio de inmuebles rurales.

REUNIÓN DE PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

El día 9 de mayo de 2012 al medio día tuvo lugar la reunión de profesores de nuestra Facultad la cual contó con un importante número de asistentes. En ella se dieron a conocer las últimas novedades de la Facultad y

la Dra. Bárbara Díaz explicó el nuevo sistema de evaluación docente que está comenzando a implementarse en nuestra Universidad.

VIAJE A CHINA DEL DECANO DE NUESTRA FACULTAD.

El Dr. Nicolás Etcheverry, por la invitación que le fuera cursada, asistirá junto a la delegación oficial del Gobierno, a la Feria Internacional de Comercio y Servicios de China 2012 (CIFTIS) 28 de mayo al 1° de junio de 2012 que se desarrollará en la ciudad de Beijing, China.

El objeto de esta visita es explorar intercambios educativos con centros de enseñanza de primer nivel, propiciando la enseñanza de la lengua china y del Derecho Chino desde nuestra Facultad de Derecho.

“ESCRIBANO POR UN DÍA” PARA EL AÑO 2012

Se continúa trabajando en el lanzamiento de un nuevo certamen denominado Escribano por un Día, con el que se pretende explicar, difundir y promover la profesión del Escribano Público entre los alumnos pre-universitarios que están definiendo su vocación profesional. En esta competencia se dará un papel importante al rol negociador del Escribano. Se brindarán las herramientas básicas en esta área, lo que sin duda hará esta actividad sumamente interesante para los participantes y sus colaboradores.

MAESTRÍAS Y POSGRADOS

En el área de Postgrados se ha venido desarrollando de modo regular el dictado curricular de las materias correspondientes a los cuatro Programas Másters que ofrece esta Facultad: el de **Derecho de la Empresa**, el de **Derecho y Técnica Tributaria**, el de **Derecho Administrativo Económico** y el de **Integración y Comercio Internacional**. Todos ellos con una matrícula concurrida y bajo un régimen de flexibilidad de tiempos y de contenido que los caracteriza y distingue en el mercado académico, tornándolos sumamente atractivo para un público profesional de alta exigencia curricular y exigua disponibilidad horaria. Dicho Programa se encuentran especialmente diseñados a fin de brindar a nuestros alumnos una capacitación y titulación acorde a los requisitos académicos internacionales seguidos por las principales universidades del mundo. En Tal sentido cabe mencionar la constante participación de alumnos extranjeros, destacándose este año profesionales provenientes de, Argentina, Colombia, Chile, Venezuela y Brasil entre otros. Asimismo se cuenta con profesores extranjeros invitados dentro de los cuales se destacan al Dr. Alejandro Perotti de la Universidad Austral, Dr. Diego Fernández Arroyo de la Universidad de Paris y la Dra. Adriana Dreyzin de la Universidad de Córdoba y la Consultora Internacional Ing. Julia Antmann.

En igual sentido se encuentra en curso el dictado de los tres módulos que integran el **Posgrado en Derecho Tributario Internacional**, que cuenta con la participación de los Profesores Dr. Alberto Faget, Cr. Juan A. Pérez Pérez, Dr. Sebastian Arcia, Dr. Juan I. Fraschini, Cr. Alejandro Horjales, Cra. María José Santos, Dr. Carlos Loaiza, Cr. Álvaro Romano y Dr. Luis Aisenberg. Este Postgrado se ofrece tanto a los alumnos del Máster como para los profesionales en general que buscan especializarse en un área de suma actualidad cual es la tributación internacional.

Máster en Gestión Humana

Este año comenzó a dictarse con una nutrida concurrencia el **Programa Máster en Gestión Humana**. Este programa se ha diseñado para la formación de profesionales en el campo de la gestión y dirección de empresas a través de las personas y desarrollar en ello una visión integral de la organización empresarial, marcando un diferencial sustantivo dentro de la oferta académica existente en el país en esta especialidad. Está dirigido a profesionales que tengan la responsabilidad de dirigir y gestionar organizaciones sean empresas privadas o administraciones públicas, integrando la dirección del capital humano en la consecuencia de las

estrategias de la institución. Para ello se cuenta con prestigiosos profesores nacionales e invitados extranjeros de diferentes ciencias, fomentando las visiones interdisciplinarias y prácticas.

Al mismo tiempo y con una numerosa asistencia se está impartiendo la segunda edición del **Postgrado en Derecho Procesal Aplicado**, al cual se le han adicionado dos módulos más a su currícula, sumando en total 5 módulos. Se resalta la participación de magistrados y profesionales independientes entre otros operadores del derecho.

El mismo se encuentra a cargo de los Profesores Dres. Santiago Pereira Campos, Margarita de Hegedus y Luis María Simón, asimismo participarán profesores invitados, destacándose la participación del Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos, Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de València y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y Secretario general ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Prof. Dr. Ramiro Bejarano Guzmán, profesor de la Universidad Externado de Colombia y Director del Instituto de Derecho Procesal de esa Universidad y experto en Derecho Procesal por la Universidad de París II, asimismo se contará con la asistencia de peritos judiciales en distintas ramas y colaboradores de la justicia en los distintos procesos judiciales. Este curso está orientado a profesionales nacionales y extranjeros que deseen profundizar su capacitación y práctica en Derecho Procesal.

En lo que resta del año académico se proyectan **cursos extracurriculares** sobre **Derecho y Religión**, mas un Taller de casos a cargo de la Dr. Carmen Asiaín y sobre **Gestión del Talento**, el cual será llevado a cabo por el Dr. Juan José García.

Dentro de la currícula del Máster en Derecho y Técnica Tributaria se sumará el **Taller Seminario sobre Administración Tributaria**, proyecto trabajado en conjunto con la Dirección General Impositiva y el Departamento de Maestrías y Postgrados de la Facultad de Derecho.

OTRAS NOTICIAS DE INTERES

- **Proyecto: Grupo de investigación del Máster de Integración y Comercio Internacional**

A instancias de la solicitud recibida por parte del Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones "Uruguay XXI", el Observatorio de Investigaciones sobre Integración y Comercio Internacional de la Facultad de Derecho ha realizado un mapa digital social, geopolítico, económico y productivo del Uruguay. Dentro de los distintos insumos con que cuenta este mapa se destacan: Redes Ferroviaria (carga y pasajeros), Mapa de Aeropuertos y Puertos, Mapa de Zonas Francas, Indicadores socio - económicos, Indicadores demográficos, Estructura empresarial del País, Centrales Térmicas, etc.

- **Grupos de Investigación:**

Se cuentan con los siguientes grupos de investigación:

- Grupo de Investigación sobre Derecho Penal Económico
- Grupo de Investigación sobre Contribuciones especiales a la Seguridad Social
- Grupo de Investigación y estudio sobre Derecho Concursal
- Grupo de Investigación y estudio sobre Derecho Administrativo Económico
- Grupo de Investigación sobre Derecho y Religión
- Grupo de Derecho Societario
- Grupo de Propiedad Intelectual

- **Publicaciones**

Trabajos de Investigación Publicados:

- **Dominio de las Aguas**, del Dr. Gonzalo Navarro Gianola, con la presentación del Decano de la Facultad de Derecho el Dr. Nicolás Etcheverry.
- **El caso de Uruguay dentro de un contexto de combate al planeamiento tributario nocivo internacional**. Adecuación formativa y medidas administrativas necesarias para una efectiva intercambio de información entre administraciones tributarias, del Cr. Pablo Ferreri Director General de Rentas, presentada esta labor por el Vicepresidente de la República el Cr. Danilo Astori y el Ex asesor del Ministerio de Economía y Finanzas el Cr. David Eibe.
- **Bonos de Carbono. Oportunidades y desafíos para America Latina**, de la Dra. Jacqueline Schwart.
- **Comentarios a la ley de Participación Público Privado**, Con la coordinación del Director del Máster en Derecho Administrativo Económico Dr. Carlos Delpiazzo y la presentación del Director de la Corporación Nacional para el Desarrollo Dr. Rodrigo Goñi y el Catedrático de Derecho Administrativo el Dr. Augusto Durán Martínez.
- **Fundamentos de Derecho Administrativo Económico**, bajo la coordinación del Dr. Mariano Brito.
- **Ética Profesional Empresarial** del Dr. Nicolás Etcheverry
- **Derecho y Religión** con la colaboración y dirección de la Dra. Carmen Asiaín

- **ANII**

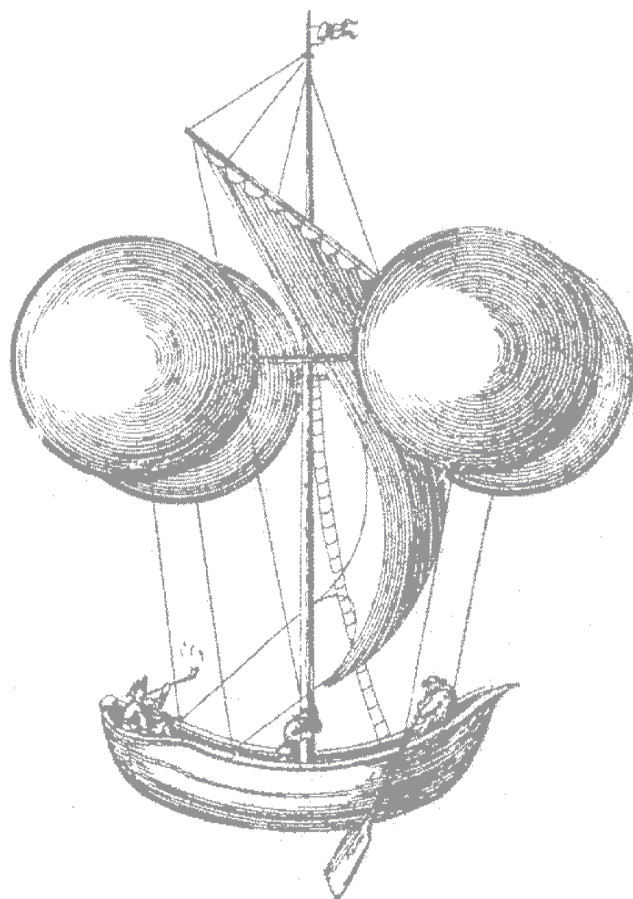
El Departamento de Maestrías y Postgrados de la Facultad de Derecho y la investigadora y docente Dra. (PhD) Alina Celi Frugoni, recibieron la aprobación del 1er. Proyecto presentado de investigación ante la Agencia Nacional de Investigación e Innovación sobre Derecho Global y Tecnología, en el marco de la convocatoria denominada "Vinculación con Tecnólogos Uruguayos Residentes en el Exterior".

- **Educación a Distancia**

Se encuentra próximo a su implementación el proyecto de educación a distancia el cual permitirá mediante una plataforma tecnológica - académica adecuada, desarrollar cursos de postgrado para la capacitación y formación de profesionales de manera no presencial a distancia.

- **Capacitación Interinstitucional**

El Ministerio de Relaciones Exteriores junto al Instituto Artigas de Servicio Exterior y la Universidad de Montevideo, a través del Departamento de Maestrías y Postgrados llegaron a un acuerdo interinstitucional para la formación y capacitación profesional de funcionarios profesionales de la Cancillería que se desarrollen en las áreas afines a las relaciones internacionales. En este acuerdo participaron el Emb. Lic. Gonzalo Koncke Pizzorno, Director General de Secretaría del Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay y el Dr. Carlos Luján, Director del Instituto Artigas de Servicio Exterior.



TESINAS DE MASTERS

FERRER, Pablo y LIROLA, Virginia

La actividad forestal en Uruguay: beneficios fiscales y su control

LA ACTIVIDAD FORESTAL EN URUGUAY: BENEFICIOS FISCALES Y SU CONTROL

PABLO FERRER Y VIRGINIA LIROLA

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es realizar un estudio pormenorizado del Sector Forestal, uno de los sectores productivos que más ha evolucionado en los últimos veinte años a nivel de la economía nacional.

Este análisis, comenzará con una descripción general de los principales aspectos técnicos, de forma de darle al lector los conocimientos base para lograr a una correcta comprensión del tema.

En ese sentido, en un primer capítulo se desarrollarán conceptos como cuales son los suelos óptimos para el desarrollo de la actividad forestal, la clasificación por tipos de bosques y sus especies, y los distintos eslabones de la cadena forestal.

Con estos conceptos ya analizados, en el segundo capítulo de este trabajo se contextualizará, la importancia económica y como motor de desarrollo de la actividad forestal, a nivel internacional, regional y local. En los dos primeros niveles, el foco estará en presentar la potencialidad de la oferta y la demanda de estos recursos forestales, lo cual es fundamental al momento de comprender las políticas de incentivos que se desarrollaron en nuestro país, para captar inversiones en los diferentes eslabones de la cadena productiva.

En lo que respecta al análisis de la actividad forestal a nivel local, se hará foco en el desarrollo que han tenido los distintos eslabones productivos, su peso económico y el nivel de inversión a lo largo del tiempo, además del volumen de exportación, y la especialización de estas ventas al exterior.

En un tercer capítulo se desarrollarán los beneficios fiscales del sector forestal en el Uruguay, el mismo comprenderá un análisis de los principales beneficios impositivos y su evolución, para posteriormente hacer hincapié en los cambios introducidos a partir de la vigencia de la Ley N° 18.083. Este capítulo permitirá destacar, cuales son las condiciones que deben cumplir las empresas del sector para poder gozar de los beneficios.

El desarrollo de este sector a nivel local, ha estado incentivado por parte del Estado a través de legislación y beneficios fiscales particulares, las cuales están asociadas al cumplimiento de objetivos y metas por parte del beneficiario. El benefactor, en este caso el Estado, debe controlar el efectivo cumplimiento de estas metas, para lo cual cuenta con un sistema de control, que debe apuntar a ser lo más eficiente posible, de forma de evitar posibles perjuicios económicos que resulten de aprobar beneficios que no correspondan.

El análisis del sistema de control vigente en la actualidad, será el centro de atención del cuarto capítulo. En el mismo, no solo se presentarán las herramientas vigentes, sino también se analizarán las posibles carencias, y se presentarán nuevos instrumentos de control que subsanen las fallas detectadas en el sistema actual.

Este será uno de los principales objetivos de la presente tesis, convirtiendo dicho capítulo en uno de los medulares. Consideramos que los objetivos de las políticas tributarias es incentivar determinados sectores, o actividades con distintos fines, y para lo mismo las empresas que cumplan los requisitos exigidos podrán gozar de los beneficios otorgados, y los mismos se conceden en función de los controles que se realizan. De existir fallas o carencias de estos, se estaría incurriendo en perjuicios económicos para el país, por lo cual nos parece de suma importancia encontrar controles que otorguen las garantías necesarias, y ese justamente será nuestro objetivo.

En el capítulo final, se presentan las conclusiones del trabajo, haciendo particular foco en las propuestas de mejoras en los mecanismos de control vigentes.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD FORESTAL EN URUGUAY

A los efectos de poder tener un conocimiento global de la industria forestal, y de la madera, se comienza este análisis con una descripción de algunos aspectos básicos y fundamentales del sector, como lo son: los tipos de suelos que se utilizan para la producción de productos forestales, las especies de árboles existentes, así como la gran variedad de productos finales de origen forestal que se obtienen.

1.1) Suelos

Los suelos que se utilizan para la plantación de bosques, generalmente son aquellos que no son aptos, para el desarrollo de emprendimientos agropecuarios tradicionales, teniendo en cuenta el índice de productividad. Perfectamente se pueden aprovechar terrenos rocosos o arenosos, y obtener un buen rendimiento de la plantación.

Por tal motivo, en Uruguay, los terrenos utilizados para la forestación, son los ubicados principalmente en las zonas de Tacuarembó y Rivera, siendo este último el departamento con mayor cantidad de hectáreas forestadas y que cuenta en la actualidad, con grandes emprendimientos privados de producción forestal. Les siguen en cantidad de hectáreas destinadas para este fin, la zona del litoral oeste, principalmente los departamentos de Paysandú y Río Negro. En la zona este, el departamento de Lavalleja es el de mayor importancia, seguido de Cerro Largo y Rocha.¹

A continuación se expone un cuadro en el cual se detalla el índice de productividad (IP) de cada departamento, en aquellos en donde se encuentra forestado por alguna especie en un porcentaje mayor al 1% del total.

CUADRO 1

| DEPARTAMENTO | INDICE DE PRODUCTIVIDAD MEDIO POR DEPARTAMENTO | CANTIDAD DE HECTÁREAS PLANTADAS |
|----------------|--|---------------------------------|
| ARTIGAS | * | 193 |
| CANELONES | 78 | 12.022 |
| CERRO LARGO | 66 | 57.283 |
| COLONIA | 92 | 2.192 |
| DURAZNO | 85 | 46.464 |
| FLORES | * | 570 |
| FLORIDA | 77 | 39.495 |
| LAVALLEJA | 64 | 89.666 |
| MALDONADO | 66 | 23.126 |
| MONTEVIDEO | * | 158 |
| PAYSANDÚ | 90 | 120.738 |
| RÍO NEGRO | 88 | 112.193 |
| RIVERA | 72 | 158.067 |
| ROCHA | * | 39.626 |
| SALTO | * | 598 |
| SAN JOSÉ | * | 5.903 |
| SORIANO | 93 | 28.400 |
| TACUAREMBO | 75 | 124.743 |
| TREINTA Y TRES | 64 | 24.003 |
| TOTAL | | 885.440 |

Fuente: Dirección General Forestal (DGF)

* Sin datos

¹ Datos obtenidos de publicación "ACTUALIZACIÓN DE LA CARTA FORESTAL DEL URUGUAY CON IMÁGENES DEL AÑO 2004".

El departamento con mayor índice de productividad promedio, y por ende mayor aptitud para cualquier tipo de plantación o producción agrícola, es el departamento de Soriano, el cual se ubica a media tabla en cuanto a superficie forestada, ya que sus suelos se aprovechan para otros fines productivos.

La Dirección General Forestal es el organismo público encargado de ejecutar la política forestal y por ende de realizar un análisis y clasificación de los terrenos, definir el mapa forestal, así como también establecer la debida clasificación de los bosques particulares. Esto queda determinado en el artículo 5, de la Ley 15.939, el cual esboza lo siguiente:

Artículo 5°. Son terrenos forestales aquellos que, arbolados o no:

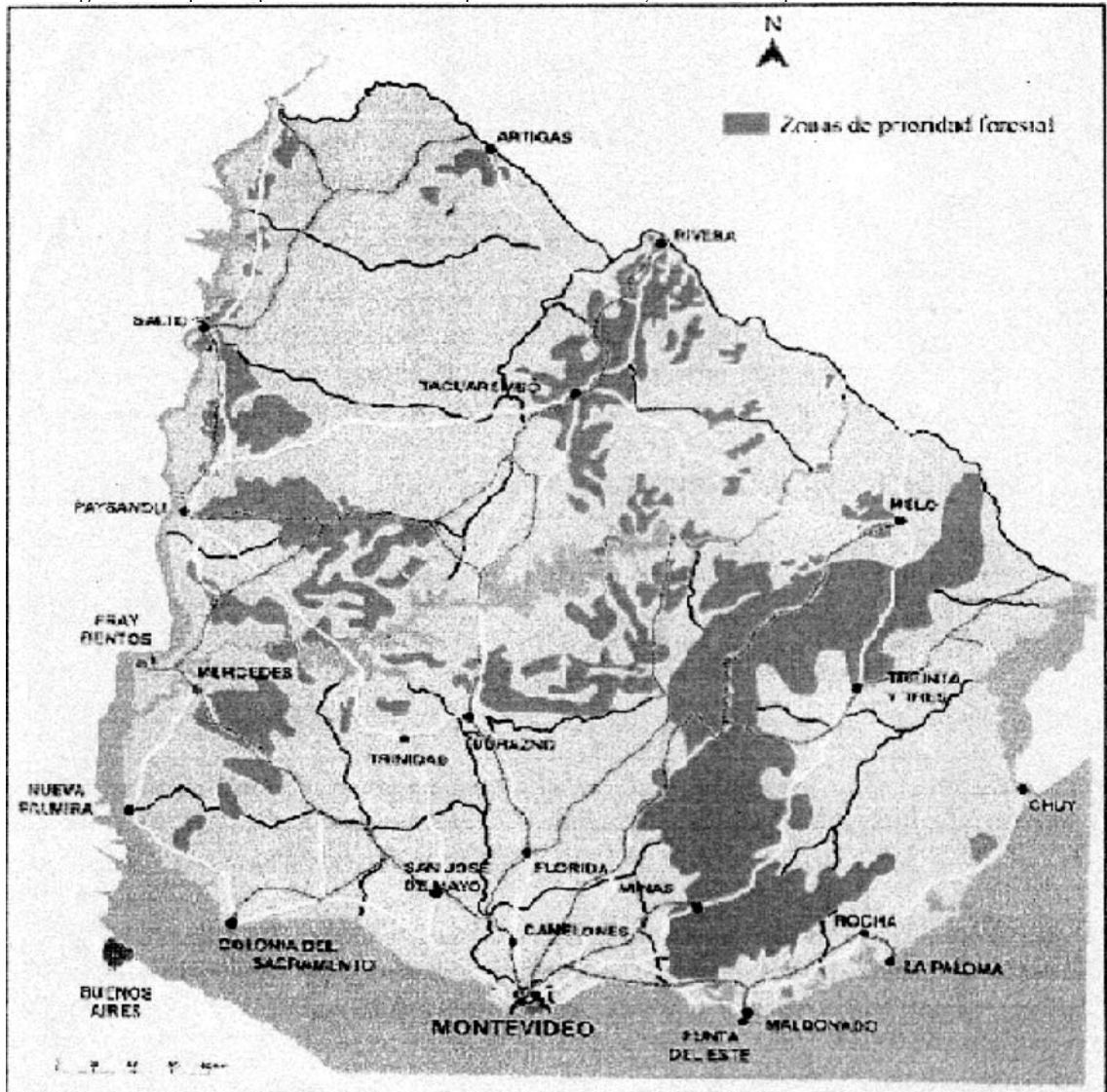
A) Por sus condiciones de suelo, aptitud, clima, ubicación y demás características, sean inadecuados para cualquier otra explotación o destino de carácter permanente y provechoso.

B) Sean calificados como de prioridad forestal mediante resolución del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, en función de la aptitud forestal del suelo, o razones de utilidad pública. En este último caso, se comunicará a la Asamblea General”.

Como se puede apreciar, este artículo establece que se entiende por terrenos con aptitud forestal, los que son declarados de prioridad forestal. Se definen teniendo en cuenta la baja productividad ganadera o índice CONEAT. La superficie definida con estas características, alcanza los 3,3 millones de hectáreas, representando un 20% del territorio nacional. Una vez realizada esta clasificación, se establecen cuales son los mismos, a los efectos que las plantaciones forestales realizadas, cuenten con las exoneraciones establecidas (las cuales veremos mas adelante).²

² El 77% de las plantaciones con fines industriales, o sea bosques particulares de rendimiento, se encuentran ubicados sobre suelos de prioridad forestal.

En el siguiente mapa se aprecian las zonas de prioridad forestal ya declaradas por la Dirección Forestal-MGAP.³



Fuente: "Plantaciones forestales en la pradera uruguaya", Carlos Pérez Arrarte

En los años 2005 y 2006, se modificaron algunos criterios para la consideración de los grupos de suelos de prioridad forestal, establecidos por los Decretos 154/05 (de 9 de mayo de 2005), 191/06 (de 16 de junio 2006) y 220/06 (de 10 de julio 2006, que modifica al art. 3°, del Decreto 191/06), por lo que al año 2006 se encontraban 3.342.218 hectáreas declaradas de prioridad forestal.⁴

³ Se menciona la "ya declaradas", porque a solicitud de parte interesada cualquier particular puede solicitar el peritaje de su terreno, y obtener o no la calificación de Prioridad Forestal, mas allá de no estar definido en el mapa.

⁴ Cifras obtenidas de la publicación "Resultados de la interpretación de imágenes satelitales para forestación y el uso de los suelos", publicado en Artículos Técnicos de la Dirección Forestal. <http://www.mgap.gub.uy/Forestal/DGF.htm>.

1.2) Bosques

Según la definición dada por la Ley Forestal “son bosques las asociaciones vegetales en las que predominan el arbolado de cualquier tamaño, explotado o no, y que estén en condiciones de producir madera u otros productos forestales o de ejercer alguna influencia en la conservación del suelo, en el régimen hidrológico o en el clima, o que proporcionen abrigo u otros beneficios de interés nacional”.⁵

Asimismo el Decreto 452/88, menciona que para la aplicación de la Ley Forestal número 15.939, se considerarán bosques, aquellas asociaciones vegetales que además de las características establecidas en el artículo 4° de la referida Ley, tengan una superficie mínima de 2.500 m².⁶ Esto permite introducir en la definición cualitativa de bosque una característica cuantitativa, lo que permite delimitarlo aún más.

Posteriormente el artículo 8, de la Ley Forestal, clasifica los bosques particulares de la siguiente manera:

A) Bosques artificiales declarados protectores, cuando tengan fundamentalmente el fin de conservar el suelo, el agua y otros recursos naturales renovables.

B) De rendimiento, cuando tengan por fin principal la producción de materias leñosas o aleñosas y resulten de especial interés nacional, por su ubicación, o por la clase de madera u otros productos forestales que puedan obtenerse.

C) Generales, cuando no tengan las características de protectores, ni de rendimiento.

La calificación de los bosques protectores y de rendimiento es establecida por la Dirección Forestal, a su iniciativa o por solicitud de los interesados. **A su iniciativa**, cuando se trate de bosques comprendidos en una zona designada para la forestación obligatoria, (de acuerdo con el artículo 12 de la ley N° 15.939); también cuando se trate de exigir el cumplimiento de las normas establecidas para la protección de bosques en el Título IV, Capítulo I de la Ley N° 15.939 y su respectiva reglamentación; y cuando así lo requiera el cumplimiento de planes de desarrollo, aprobados por los organismos competentes en la materia.⁷ **A solicitud de parte interesada**, cuando el titular así lo solicite, a los efectos de obtener las exoneraciones legales.

1.3) Especies de plantaciones

La diversidad de especies, tanto silvestres como industriales que se pueden encontrar dentro de un bosque es muy variada. Algunas de ellas se mencionan a continuación:⁸

- PINO: género Pinus, incluye Pinus elliottii var. elliottii, Pinus taeda, Pinus pinaster, Pinus radiata, Pinus roxburghii y Pinus patula.
- EUCALYPTUS GRANDIS: Eucalyptus grandis, Eucalyptus saligna y Eucalyptus dunnii.
- EUCALYPTUS GLOBULUS: Eucalyptus globulus ssp. globulus, Eucalyptus globulus ssp. maidennii, Eucalyptus globulus ssp. bicostata.
- BOSQUE NATIVO: incluye principalmente monte ribereño, monte de quebrada, monte serrano y monte de parque.
- OTROS EUCALYPTUS: incluye las otras especies del género Eucalyptus que no están incluidas en las clases 1 y 2 (montes de abrigo y sombra).

5 Artículo 4 de la Ley 15.939.

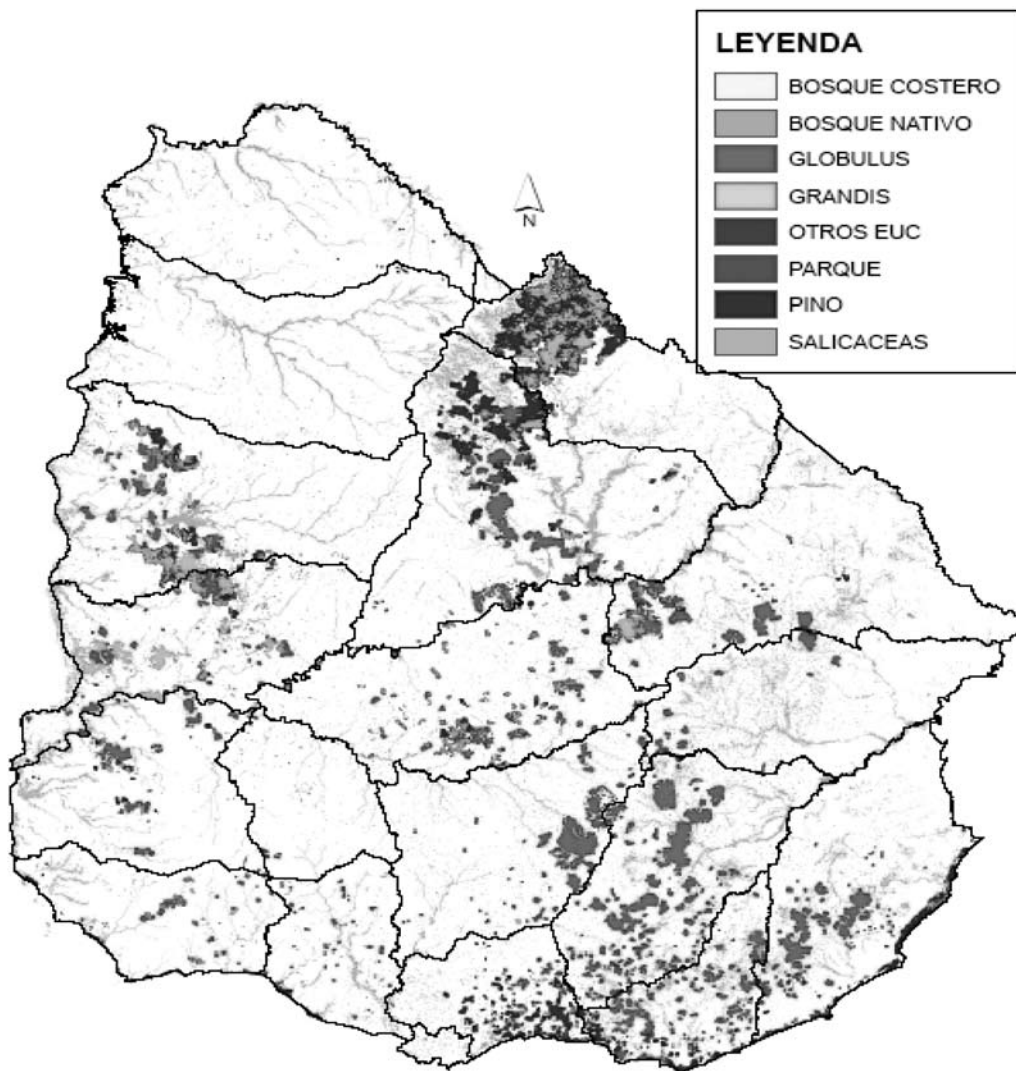
6 Decreto 452/1988.

7 Artículo 4, Decreto 452/88.

8 Fuente: Dirección General Forestal, 1999.

- **PARQUE:** incluye las áreas parquizadas, arboretos, etc., y cuenta con una mezcla de especies tanto nativas como exóticas.
- **BOSQUE COSTERO:** incluye aquellas zonas de la costa con mezcla de especies: *Pinus sp.*, *Eucalyptus sp.*, *Acacia sp.*, *Tamarix sp.* y especies de monte psamófilo.
- **SALICACEAS:** Incluye álamos y sauces.

A nivel de plantaciones industriales, las especies forestadas son básicamente el *Eucalyptus Globulus*, *Eucalyptus Grandis*, y Pino. Dentro de ellas predomina la clase *Eucalyptus Globulus* con un 45%, seguida por Pino con un 31% y *Eucalyptus Grandis* con un 24%. Las plantaciones de *Eucalyptus* (sumando las dos especies) superan ampliamente a la de Pinos, lo que se justifica por el período de tiempo que necesita una especie frente a la otra para poder ser aprovechado con un fin industrial. Pero la elección también va a depender del producto final que se quiera obtener, y del conocimiento que se posea del manejo de determinado tipo de árbol, entre otros aspectos.



Carta Forestal en base a imágenes Landsat del año 2004. Fuente MGAP.

1.4) Productos obtenidos

Al analizar los distintos eslabones de la cadena forestal se pueden distinguir claramente tres etapas, en función del proceso productivo que refiere a cada una:

A) Forestal: Engloba las actividades de recolección de semillas, construcción de viveros, silvicultura y extracción de madera. Todas estas actividades corresponden al sector agrario, y su producción es fuente de insumos para la etapa de producción de madera industrial.

B) Primera transformación industrial: Las actividades en este segmento se pueden dividir en tres grupos. Por un lado, se encuentra la actividad de los aserraderos cuyo producto final son la madera aserrada y los tableros. La segunda actividad refiere a la producción de pasta de celulosa, la cual se encadena con un eslabón posterior de la cadena que es la producción de papel y cartón. Finalmente, la tercera actividad, refiere a la producción de chips de madera que consiste en la transformación de la madera en rollo en astilla.

C) Segunda transformación industrial: incluye las actividades de producción de muebles y material para la construcción; producción de papel; producción de cajas y embalajes, y se puede llegar a incluir las actividades de imprenta y editoriales.

1.4.A) Etapa forestal

Dentro del proceso forestal, vale la pena describir para una mejor comprensión del sector objeto de análisis, tres grandes actividades de esta etapa: la producción de plantines; el procesamiento de suelos y cultivo de los bosques (silvicultura); y la cosecha final del monte.

1.4.A.1) Producción de plantines

Uno de los grandes cambios y evoluciones que tuvo el sector forestal, fue que desde principios de los 90 hasta el presente, se han incorporado a este, viveros para producir plantas de semilla o clones.

Este proceso a grandes rasgos consiste en la realización de las siguientes actividades: se compran semillas en diferentes partes del mundo. Estas se germinan y una vez obtenidas las plantas, permanecen algunos meses en mesadas al aire libre, donde se riegan, fertilizan y rustifican,⁹ hasta el momento de la plantación en primavera y otoño, cuando son transportadas hasta el sitio definitivo. Como medio de cultivo se utiliza corteza de Pino compostada en el mismo vivero.



Vivero Forestal

⁹ Se entiende por rustificar, que adquieren las condiciones de fortaleza necesaria para ser plantadas.

También actualmente en muchos viveros se desarrollan programas de mejoramiento genético cuyo propósito es la obtención de mejores árboles, a través de la elaboración de ejemplares de *Eucalyptus* que no solo tengan buena resistencia sanitaria, sino que mejoren la generación de fibra aumentando así la producción por hectárea, tanto en calidad como cantidad.

Los viveros también producen clones, habiéndose desarrollado modernas técnicas de propagación clonal (población de árboles genéticamente idénticos a partir de la reproducción por estaca) a partir de las llamadas «plantas madres» o “clones operacionales”, es decir, aquellos que desde el programa de mejoramiento genético han sido liberados para ser plantados a gran escala.

Con la producción de plantines en viveros se realiza una plantación mucha más exitosa, y con menor tiempo de crecimiento posterior, ya que se planta el mismo con determinado grado de crecimiento, y no se parte de la semilla que se tira en el campo.

1.4.A.2) Procesamiento de los suelos y cultivo de los bosques (silvicultura)

El proceso de la silvicultura comienza con la preparación del suelo y su fertilización (que va a depender del tipo de suelo en el que se esté trabajando), continúa con la plantación y finaliza con el cuidado posterior del bosque. Esta última actividad abarca, desde el control de maleza (la gran mayoría del trabajo), la prevención de incendios, la construcción/ reparación de alambrados, el mantenimiento de caminos, la limpieza de rodales, los raleos, el control de hormigas y el control de plagas. Algunas de estas actividades mencionadas anteriormente, suelen durar hasta dos años después de plantado, período en el que las copas de los árboles se cierran y ya es posible la gestión autosuficiente del bosque. Transcurrido este plazo de dos años, es posible introducir ganadería como medio de control de la maleza. Una vez transcurridos 9 años desde la plantación, los árboles tienen el tamaño necesario para la producción de celulosa. En este momento lo que se puede hacer es un raleo pre-comercial, el cual consiste en determinar aquellos árboles que están teniendo un mejor desempeño en cuanto a su diámetro, curvatura, nudos, etc., desechando los otros, los cuales son sometidos al raleo, a los efectos que los mencionados anteriormente, crezcan con mejor espacio, evitando de esta forma la ramificación del árbol, la cual lleva a una mayor cantidad de nudos.

A los 12 años se puede comenzar las actividades de cosecha de los bosques, dependiendo el fin que se le quiera dar a la materia prima obtenida. Si la misma, es para la elaboración de un producto de calidad, como puede ser la madera con fines aserrables, se considera que el bosque está pronto a los 16 años para los *Eucalyptus* y a los 21 años para los Pinos.

Tras la cosecha, comienza el nuevo ciclo de plantado. Como excepción, en las zonas de plantación ideales de *Eucalyptus* Glóbulos, el árbol puede ser cortado hasta 4 veces con un rebrote natural de la cepa, salvo que el desarrollo genético durante esos 9 años haga más rentable replantar los árboles después de cada ciclo. Esto quiere decir que en vez de esperar el desarrollo de los rebrotes, los avances genéticos incorporados en nuevas plantaciones pueden hacer que los beneficios que estas brinden, en mejor calidad de las mismas y mayor celeridad en su crecimiento, sean mayores que los costos de plantación.

Una actividad complementaria a la silvicultura propiamente dicha es el inventario, que consiste en calcular el volumen de madera real existente en cada bosque y estimar el crecimiento, con instrumentos GPS y modelos matemáticos.

1.4.A.3) Cosecha final

La cosecha comienza con la tala del árbol y termina cuando el tronco se deposita a orilla del camino. Este proceso, con el correr de los años y con la expansión de la industria de la madera, y por ende la mayor demanda de recursos naturales, ha sufrido grandes cambios que acompañan la evolución tecnológica, de la cual el proceso de cosecha no se encuentra ausente. Actualmente este trabajo se puede realizar por cualquiera de estos tres sistemas: manual, semimecanizada y mecanizada. Cada uno con una mayor carga tecnológica que el otro, y por ende una mejor optimización de volumen-tiempo.

La cosecha manual, es el método tradicional, por el cual en una primera etapa se corta y voltea el árbol, posteriormente se desrama y troza, y por último se apila para su posterior acarreo. Es intensiva en mano de obra, de baja productividad, y compleja cuando se trata de cosechar grandes superficies. La calificación de la mano de obra requerida, es baja.

La cosecha semimecanizada, combina corte, volteado y el desramado en forma manual, con la mecanización de los procesos de descortezado y trozado del árbol.

La cosecha mecanizada, incorpora la procesadora, la cual tala el árbol y posteriormente lo descorteza. Debido al crecimiento de las áreas a cosechar y su concentración en torno a grandes empresas demandantes de la materia prima forestal, se ha viabilizado la irrupción en el mercado, de proveedores de maquinarias de alta sofisticación, que permiten automatizar al cien por cien la cosecha.



En la elección del tipo de cosecha a aplicar, inciden factores de costeo y rentabilidad, pero también aspectos vinculados como la accesibilidad de los terrenos.

1.4.B) Etapa industrial

La cadena de valor industrial de la madera abarca las siguientes actividades principales:

- 1.4.B.1) Producción de madera aserrada en forma industrial.
- 1.4.B.2) Producción de paneles o tableros de madera contrachapada (plywood).
- 1.4.B.3) Producción de Chips.
- 1.4.B.4) Producción de celulosa.
- 1.4.B.5) Producción de papel, cartón y sus derivados.
- 1.4.B.6) Producción de muebles.

En el caso de la presente investigación se dejará fuera de estudio la etapa de elaboración de muebles, por varios motivos: es el eslabón con menor desarrollo en Uruguay; la materia prima que se utiliza es fundamentalmente regional y no local; y sobretodo por el hecho que los beneficios fiscales sobre los cuales profundizaremos no tienen impacto sobre esta etapa.

1.4.B.1) Producción de madera aserrada en forma industrial

Esta actividad, implica el corte de la madera utilizando sierras para obtener formas escuadradas, de diferentes dimensiones que normalmente se denominan tablas. El tipo de corte depende de las características del tronco y de cada producto final. Los estilos de sierras que se utilizan para la realización de los cortes, son variados, dependiendo del producto que se espera obtener.

A las tablas obtenidas, posteriormente se les realiza un proceso de secado, tanto natural (dejándose la madera apilada en lugares abiertos con circulación de aire), como artificial (en hornos de secado con programas de temperatura, vaporización y tiempo de proceso que depende del tipo de producto). Este proceso permite que el producto final obtenga una valorización adicional, ya que le agrega una estabilidad estructural.

La actividad de aserrado también genera diversos sub-productos, entre los cuales se destacan las astillas, el aserrín y los recortes, los que pueden ser utilizados en la industria de la celulosa, la de los tableros, o para la generación de energía de vapor o eléctrica.

Los productos finales obtenidos generalmente son tablones, tablas, vigas y viguetas. A su vez los tablones dependiendo del tipo de aserradero que se trate pueden ser:

- Tablón, en bruto.
- Tablón canteado y retestado.
- Tablón canteado, retestado y calibrado.
- Tablón canteado, retestado, calibrado y clasificado.
- Tablón canteado, retestado, calibrado, secado y clasificado.

1.4.B.2) Producción de paneles o tableros de madera contrachapada (plywood)

El proceso productivo de esta actividad en particular, implica la elaboración de productos que se pueden calificar, como de "ingeniería en madera".¹⁰

Para la obtención del mismo se pueden utilizar Pinos o Eucalyptus, los cuales en su crecimiento son sometidos al régimen de Raleo o Poda, a los efectos de poder contar con una materia prima de buena calidad, ya que el rollizo obtenido debe tener un diámetro tal que permita su debobinado, a los efectos de obtener una lamina con las características y las dimensiones que permitan elaborar el Panel.

El proceso productivo se divide en varias etapas. En una primera se reciben las trozas, las cuales son transportadas por camiones que realizan el flete desde el monte a la industria. Estas, cuando ingresan a la planta industrial, son pesadas en la balanza de ingreso, a los efectos de confeccionar la planilla de "ingreso de trozas". Estas se depositan en la playa o cancha de acopio, donde se las riega para mantenerlas húmedas. Posteriormente se las descortezan. En un siguiente paso, se vaporiza a alta temperatura, en un horno especial para dicho fin (denominado Vats), durante 16 horas como mínimo, donde se les aplica un producto químico para que el rolo quede macerado, a los efectos que este pueda ser debobinado de una forma mas sencilla obteniendo un mejor rendimiento de las cuchillas. Se cortan las puntas del tronco y el mismo posteriormente pasa por un torno que debobina las trozas, donde se obtienen láminas verdes de aproximadamente 2,6m de largo, por 1,35m de ancho. El espesor de la lámina obtenida, va a depender del tipo de producto que se quiera obtener, el cual va a variar entre pocos milímetros (2,9mm, 3.2mm y 3,8mm).

De este proceso surgen subproductos como las láminas random (son láminas partidas), chips y cores. En una nueva etapa se realiza el secado de las láminas obtenidas, que depende del espesor de las mismas.

Posteriormente personal de la planta, califica el producto obtenido, retirando las partes con defectos, y luego se realiza un encolado de las láminas, formando una especie de "sándwich", lo cual origina el producto principal (tableros).

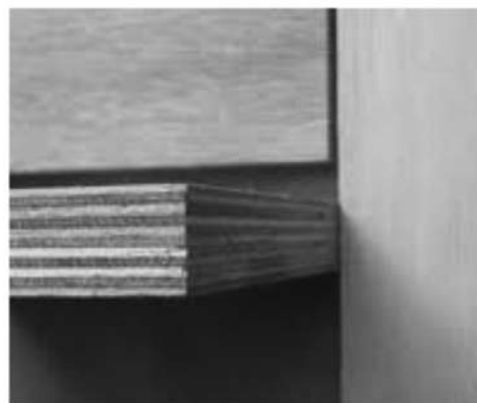
¹⁰ Se entiende por ingeniería en madera, la aplicación de conocimientos y técnicas que permiten aplicar el saber científico a la elaboración de estos productos.

Estos tableros pueden tener configuraciones diferentes y calidades distintas según la cantidad de láminas a usar en ellos, el espesor de estas, y la calidad de las mismas.

Posteriormente se pasa a una prensa, la cual afirma el producto y lo estabiliza, para que luego del escuadrado mediante sierras y lijás, el producto se empaque para su exportación.

Las láminas que estaban partidas (random) pueden arreglarse mediante la utilización de un adhesivo y un hilo que ata los diferentes pedazos, los cuales pueden convertirse en láminas enteras, o se pueden incluso colocar los pedazos sin coser o rearmar, en el centro de los tableros dependiendo la diferente calidad de tablero que se está armando.¹¹

El uso de dichos paneles es muy variado, pero principalmente los mismos se utilizan en la industria de la construcción, para ser utilizados como encofrado. El mercado que demanda dicha producción fundamentalmente es Estados Unidos y Europa.



Tableros de Madera Contrachapada (Plywood)

Actualmente la empresa URUPANEL,¹² instalada en el Departamento de Tacuarembó, invirtió más de 25 millones de dólares, en la construcción y el montaje de una planta que permita la elaboración de "Tableros de MDF" (Medium Density Fibreboard), siendo la primera en Uruguay en la fabricación de un producto de dichas características. Los mismos son aglomerados elaborados con fibras de madera, aglutinadas con resinas sintéticas mediante fuerte presión y calor, hasta alcanzar una densidad media, con una estructura uniforme y homogénea y una textura fina que permite que sus caras y cantos tengan un acabado perfecto. Este producto obtenido, es perfecto para lacar o pintar, y se encola fácilmente sin problemas.

Este producto se elabora en dicha planta, utilizando la madera que no se aprovecha en la planta de contrachapado, logrando de esta manera un complemento óptimo entre los dos proyectos.¹³



Tableros MDF

11 Expresión del proceso productivo, post visita guiada en la Planta Industrial de la empresa, WEYERHAEUSER URUGUAY, ubicada en el departamento de Tacuarembó. Aporte de diverso material sobre la producción y los procesos de la empresa.

12 Empresa de capitales Chilenos, la cual se dedica también a la producción de Tableros de Madera Contrachapada.

13 Expresión del proceso productivo, post visita guiada en la planta industrial de la empresa URUPANEL.

1.4.B.3) Producción de chips

Esta es una actividad que ocupa un escalafón muy importante en la industria forestal, debido a que su producto es el principal insumo de producción para la pasta de celulosa.

El proceso consiste en el transporte de los rolos de madera, desde el monte hasta la planta chipeadora, donde la misma es pesada y descargada en una playa de acopio.

Posteriormente se realiza un lavado de troncos y un análisis de detección de libre de metales. El siguiente paso es el trozado o chipeado, de acuerdo a determinadas medidas (BDMT, que es la unidad de medida de comercialización, que equivale a tonelada de fibra seca) que están previamente establecidas. *“El tamaño de la astilla y su homogeneidad, hacen la eficiencia (cantidad de fibra obtenida, consumo de productos químicos, gastos de energía, etc.) de estos procesos”*.¹⁴



En una siguiente etapa se realiza el proceso de tamizado, para su posterior acopio.¹⁵

Asimismo cabe destacar que se obtiene una muestra de cada uno de los procesos, en el cual se estudia las características, como ser el tamaño, la calidad de la madera, la cantidad de humedad que posee, entre otros.

Posteriormente, se transporta desde la planta de astillado al puerto, en camiones adecuados para este fin. Es fundamental realizar el transporte en vehículos especiales, debido a que la eficiencia en esta etapa es primordial, ya sea en cuanto a la cantidad de volúmenes a transportar, o la pérdida de astillas durante el traslado. Una vez en el puerto, las astillas se cargan al buque mediante cintas transportadoras, que depositan directamente en la bodega del barco.¹⁶



Playa de Acopio de Chips

14 Palabras expresadas por el Sr. Nelson Ledesma, Gerente General de Forestal Atlántico Sur (FAS), en publicación Agenda Forestal 2009/Uruguay.

15 Descripción resumida del proceso productivo, post visita guiada a la empresa CHIPPER S.A., ubicada esta en la zona de La Tablada, Montevideo.

16 El volumen de la madera transportada depende del barco, así como del calado de muelles y de canales de acceso al puerto. En el caso de Montevideo y Nueva Palmira, se puede llegar a unas 30.000 toneladas.

1.4.B.4) Planta de celulosa

El principal consumidor de los productos forestales primarios en Uruguay, es la industria de la producción de pasta de celulosa. Sin lugar a dudas el producto con mayor difusión mediática, en lo que tiene que ver con la producción industrial, a partir de materias primas forestales.

La actividad del proceso industrial para obtener la pasta de celulosa, que posteriormente se va a convertir en papel, se puede realizar mediante diferentes procesos de producción. En el caso de la planta de UPM instalada en Uruguay, el proceso utilizado se denominada KRAFT.

Fases de producción

Cada una de las fases del proceso de producción de la celulosa se caracteriza por aspectos técnicos particulares, lo que las diferencia y les confiere la calidad de unidades específicas. Ellas cumplen secuencialmente el rol de eslabones de una cadena de nueve fases que dan cuerpo al proceso global.

Las cinco primeras fases corresponden al proceso productivo tradicional, que a partir de un conjunto de insumos básicos (madera, agua, productos químicos y energía) da origen a la celulosa. Las siguientes 4 fases tienen como objetivo asegurar que el proceso productivo, se desarrolle en armonía con el medio ambiente. Especial mención merece la fase de monitoreo de las condiciones ambientales.

Fase 1: Preparación de la madera.

Fase 2: Cocción.

Fase 3: Blanqueo ECF.

Fase 4: Secado y embalado.

Fase 5: Recuperación y energía.

Fase 6: Tratamiento de efluentes.

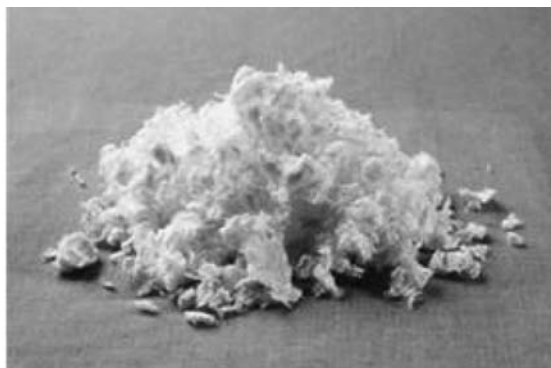
Fase 7: Control de emisiones aéreas y de olor.

Fase 8: Disposición de residuos sólidos.

Fase 9: Monitoreo de condiciones ambientales.¹⁷



Celulosa cruda



Celulosa blanca

1.4.B.5) Producción de papel, cartón y sus derivados

El papel es una estructura obtenida en base a fibras vegetales de celulosa, las cuales se entrecruzan formando una hoja resistente y flexible. Estas fibras provienen del árbol y según su longitud, se habla de fibras largas -de aproximadamente 3 milímetros (generalmente obtenidas de Pino insigne u otras coníferas)- o de fibras cortas -de 1 a 2 milímetros (obtenidas principalmente del Eucalyptus).

¹⁷ Datos obtenidos de http://www.papelnet.cl/celulosa/01_fases%20de%20produccion.html

Según el proceso de elaboración de la pulpa de celulosa, ésta se clasifica en mecánica o química, cada una de las cuales da origen a diferentes tipos de papel, en cuanto a rigidez y blancura. Dependiendo del uso final que se le dará al papel, en su fabricación se utiliza una mezcla de los diferentes tipos de fibras, las que aportarán sus características específicas al producto final.

El reciclaje de papel tiene una importancia preponderante para el desarrollo sostenible de la industria. Es así como los últimos proyectos de papel para periódicos, tissue, papeles para corrugar e incluso papel para sacos, utilizan papel reciclado como materia prima, logrando valores semejantes a los papeles basados en fibras vírgenes.¹⁸

En el caso de la producción de papel y cartón, las empresas presentan las mismas características que las de pulpa; intensivas en capital, fuertes inversiones, y procesos altamente integrados. La diferencia más significativa, se vincula con las características de los productos y la existencia de distintos segmentos, que permiten que el precio no sea el único componente de la competencia de las empresas.

CAPITULO II

ACTIVIDAD FORESTAL INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL. DESARROLLO Y EVOLUCIÓN DE LA MISMA

2.1 Contexto internacional del sector forestal

2.1.1 Total de hectáreas forestadas en el mundo

Cinco países concentran más de la mitad de las superficies de bosques: Rusia, Canadá, Estados Unidos, China y Brasil. En el caso de los demás países, 54 solo poseen un 10% del total de su superficie cubierta por bosques y otros 10 países no tienen bosques.

La superficie forestal mundial se puede clasificar de la siguiente manera, un 36% son bosques primarios,¹⁹ 57% bosques regenerados naturalmente y 7% bosques plantados.

Los bosques plantados cubren un total de 264 millones de hectáreas, siendo un siete por ciento de la superficie forestal mundial, pudiendo llegar a abastecer dos tercios de la demanda mundial de rolos de madera industrial, si se utiliza el potencial de los bosques al máximo. De estos 264 millones de hectáreas, tres cuartos son con fines productivos y un cuarto con fines de protección.

El área de bosques plantados se incrementó en promedio 5 millones de hectáreas por año, en el período 2005-2010, lo que determinaría que en caso de mantenerse esta tasa de crecimiento, se logrará llegar en un futuro próximo a 300 millones de hectáreas.

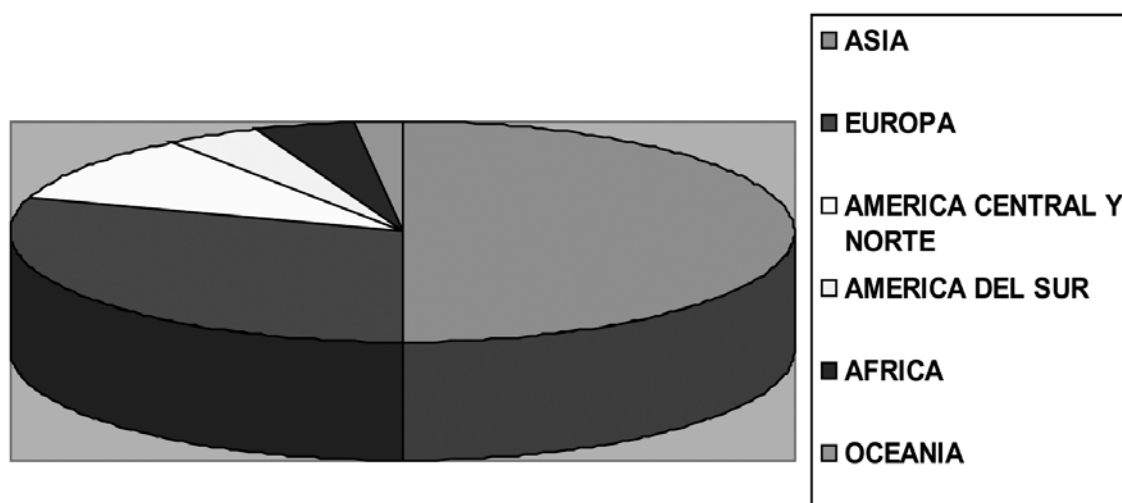
Al incremento de la demanda de productos y servicios forestales contribuyen las economías emergentes, la explotación de especies con rápido crecimiento y alta producción de madera en zonas específicas, surgimiento de importantes grupos de demanda, aumento de movilidad de capitales y mejoras logísticas en el transporte de mercancías.

Según información del año 2006 de la FAO, las superficies forestadas se distribuyen de la siguiente manera: el 50% en Asia, el 30% en Europa, 10% América Central y América del Norte, 4% América del Sur, 4% África y 2% Oceanía.

18 Datos obtenidos de <http://www.papelnet.cl/papel/index.htm>

19 Se entiende por bosques primarios aquellos en los que los procesos ecológicos no han sido alterados ni han tenido intervención humana.

Total de Hectareas Forestadas por regiones



Fuente: Elaboración propia en base a información de FAO

Los géneros forestados son coníferas 52%, malezas de hoja ancha 37%, y un 11% no especificado. Dentro de las coníferas las principales son Pinus, Cunninghamia, Picea, Larix y Cryptomeria, y en las de hojas anchas encontramos el Eucalyptus, Acacia, Tectona y Populus.

2.1.2 Producción de los principales productos forestales a nivel global

Como se mencionó en el capítulo uno de este trabajo, existen varios productos obtenidos del sector forestal. En lo que respecta a la producción de madera aserrada y celulosa, América del Norte es el principal productor y consumidor, mientras que para el caso de producción de papel, envases y tableros este lugar lo ocupa Asia.

El 30% de los bosques mundiales se destinan a la producción de productos madereros y no madereros, lo que representa 1,2 mil millones de hectáreas.

En lo referente al comercio de madera en rolo industrial, el principal exportador es Rusia, siendo mayoritariamente el destino Finlandia y Suecia, y el principal importador es China.

El producto con mayor dinamismo en los mercados es la pulpa para celulosa, y el principal consumidor es Europa, siendo defensorios los costos del transporte a la hora de definir oportunidades de comercialización.

A continuación, se aportan cuadros con datos de la producción, el consumo, las importaciones y las exportaciones por regiones y por tipos de productos.

| | Madera Aserrada (1000m3) | | | | Paneles de Madera (1000m3) | | | |
|-------------------------|-----------------------------|----------------|----------------|----------------|-------------------------------|----------------|---------------|---------------|
| | Produc | Consumo | Import | Export | Produc | Consumo | Import | Export |
| África | 8.831 | 12.206 | 4.657 | 1.281 | 2.805 | 3.193 | 962 | 574 |
| Asia | 88.928 | 108.552 | 24.759 | 5.135 | 116.965 | 110.031 | 19.038 | 24.973 |
| Europa | 137.909 | 113.243 | 44.169 | 68.835 | 79.125 | 76.137 | 35.212 | 38.200 |
| A.del Norte | 114.417 | 110.475 | 23.979 | 27.921 | 48.003 | 50.517 | 12.907 | 10.393 |
| A.Cent. A.Sur.Caribe | 44.567 | 42.678 | 4.634 | 6.522 | 15.911 | 12.572 | 2.604 | 5.943 |
| Oceania | 9.602 | 8.029 | 711 | 2.285 | 3.841 | 3.134 | 649 | 1.356 |
| TOTAL | 404.254 | 395.183 | 102.919 | 111.979 | 266.590 | 256.584 | 71.372 | 81.439 |

| | Papel y Cartón (1000 toneladas) | | | | Pulpa de Madera (1000 toneladas) | | | |
|-------------------------|------------------------------------|----------------|----------------|----------------|-------------------------------------|----------------|---------------|---------------|
| | Produc | Consumo | Import | Export | Produc | Consumo | Import | Export |
| África | 4.285 | 6.654 | 3.519 | 1.150 | 2.896 | 2.419 | 478 | 955 |
| Asia | 146.880 | 154.189 | 22.605 | 15.296 | 27.933 | 43.495 | 18.768 | 3.206 |
| Europa | 112.924 | 102.853 | 59.360 | 69.430 | 49.344 | 53.089 | 18.940 | 15.194 |
| A.del Norte | 95.951 | 89.029 | 15.695 | 22.618 | 73.328 | 62.664 | 6.008 | 16.671 |
| A.Cent. A.Sur.Caribe | 16.333 | 23.110 | 10.981 | 4.204 | 20.090 | 10.436 | 2.431 | 12.085 |
| Oceania | 3.412 | 4.139 | 2.023 | 1.296 | 2.741 | 2.323 | 383 | 801 |
| TOTAL | 379.785 | 379.973 | 114.183 | 113.994 | 176.332 | 174.420 | 47.008 | 48.912 |

| | Madera en Rollo (1000 m3) | | | |
|---------------------|------------------------------|------------------|----------------|----------------|
| | Produc | Consumo | Import | Export |
| África | 707.867 | 705.207 | 761 | 3.422 |
| Asia | 997.034 | 1.044.423 | 55.374 | 7.986 |
| Europa | 657.065 | 635.699 | 58.967 | 80.333 |
| A.del Norte | 535.758 | 528.679 | 6.292 | 13.371 |
| A.Cent.A.Sur.Caribe | 482.661 | 478.484 | 454 | 4.631 |
| Oceania | 68.258 | 56.781 | 19 | 11.496 |
| TOTAL | 3.448.643 | 3.449.273 | 121.867 | 121.239 |

Fuente: Elaboración propia con información de FAO – Anuario FAO de productos forestales, datos año 2008.

Asimismo se expone la producción de productos forestales en porcentajes, para los principales países productores de los mismos.

Porcentaje de la producción mundial (2009)

| | Combustible de madera | Madera en rollo industrial | Madera aserrada | Tableros de madera | Pulpa para papel | Papel recuperado | Papel y cartón |
|-----------|-----------------------|----------------------------|-----------------|--------------------|------------------|------------------|----------------|
| China | 10 | 7 | 9 | 36 | 11 | 14 | 24 |
| EEUU | | 21 | 17 | 11 | 27 | 23 | 19 |
| Brasil | 8 | 9 | 7 | 3 | 7 | | |
| Rusia | | 8 | 5 | | 4 | | |
| India | 17 | | | | | | |
| Japón | | | | | 6 | 12 | 6 |
| Canadá | | 7 | 9 | 4 | 11 | | 3 |
| Alemania | | | 6 | 6 | | 8 | 6 |
| Finlandia | | | | | 6 | | 3 |
| Resto | 65 | 48 | 47 | 40 | 28 | 43 | 39 |

Fuente: Elaboración propia en base a información de FAOSTAT

2.1.3 Principales mercados demandantes de productos forestales

Porcentajes de participación en el consumo mundial (2009) más significativos.

| | Madera en rollo industrial | Madera aserrada | Tableros de madera | Pulpa para papel | Papel recuperado | Papel y cartón |
|-----------|----------------------------|-----------------|--------------------|------------------|------------------|----------------|
| China | 9 | 12 | 34 | 18 | 29 | 24 |
| EEUU | 21 | 21 | 13 | 26 | 13 | 19 |
| Brasil | 9 | 7 | 3 | 3 | | |
| Rusia | 6 | | 3 | 3 | | |
| India | | 4 | | 3 | | |
| Japón | | 4 | 3 | 6 | 9 | 7 |
| Canadá | 8 | 4 | 3 | 6 | | |
| Alemania | 4 | 5 | 5 | 3 | 8 | 5 |
| Finlandia | | | | 4 | | |
| Resto | 43 | 43 | 36 | 28 | 41 | 45 |

Fuente: Elaboración propia en base a información de FAOSTAT

2.1.4. Perspectivas a mediano plazo de dicho sector

Desde la década de los setenta hasta la fecha, el comercio forestal mundial se ha caracterizado por una tendencia creciente.

Se espera para la producción de los productos maderables, un incremento del 15% para el 2020 según las previsiones.²⁰

Respecto al consumo también se prevén incrementos, aunque será distinto para cada país. Vital para este crecimiento, el aumento de la renta per capita. La estabilización económica de la región, permitirá satisfacer la demanda reprimida de los consumidores potenciales.

Los principales productos que aumentaran la tasa de consumo serán el papel, MDF, OSB, los tableros de partículas y la madera aserrada. El costo competitivo de los productos elaborados a partir de plantaciones forestales, será determinante de este crecimiento.

Según estudios de FAO se estiman que los consumos de la región para el 2020, serán aproximadamente 50 millones de m³ de madera aserrada y 18 millones de m³ de tableros de madera. Los consumos para los productos como papel y embalaje, se verán incentivados por los programas de apoyo a la exportación. Además, el consumo doméstico de productos de madera sólida será incentivado por programas de vivienda, aunque siga coexistiendo con la competencia de productos que sustituyen a la madera.

²⁰ MacGregor, 2002.

En cuanto a madera para energía, se espera que el desarrollo económico en los países de la región lleve a una disminución en los consumos domésticos de leña, siendo sustituida por el uso de otros combustibles, pero se prevé un incremento de la demanda por carbón vegetal para uso industrial.

La demanda de pasta y papel, fundamentalmente en los países desarrollados y emergentes, continuará creciendo, lo que determinará el desarrollo de la industria de pasta y papel.

2.2 Contexto forestal a nivel regional

El sector forestal y su cadena, ha tenido de la mano de las inversiones extranjeras un fuerte crecimiento en la región de MERCOSUR más Chile, lo que se explica por las materias primas disponibles así como por los incentivos dados por los Estados.

Las políticas sectoriales han ido evolucionando en las regiones, siendo Brasil el país con mayor historial en este sentido. Para los casos de Argentina, Chile y Uruguay se han otorgado fuertes incentivos fiscales para el desarrollo del sector, destacándose el caso de Chile que es considerado ejemplo de competitividad a nivel internacional.

Brasil es uno de los 10 principales países del mundo en cuanto a áreas forestadas, por lo que el peso relativo del sector forestal regional a nivel global, depende del mismo. En rubros como pasta de fibra corta, madera contrachapada de Pino, entre otros, figura como uno de los actores más competitivos en el ámbito mundial.

Asimismo Chile se ha destacado en el rubro pasta de fibra larga, madera aserrada y remanufactura de Pino. Es importante tener en cuenta que el desarrollo de la industria forestal en ambos casos se basó en los bosques plantados, lo que demuestra que este subsector es uno de los puntos claves para garantizar el grado de competitividad logrado. También el Uruguay y Argentina siguen la misma tendencia, lo que queda demostrado con la instalación de Botnia (hoy UPM) y la futura planta de Montes del Plata en Uruguay.

2.2.1 Brasil

La información actual disponible en los registros de FAO respecto al área forestada en Brasil son 477.698 (miles de hectáreas), con datos basados en el 2005. El 16 de diciembre de 2010, el Gobierno brasileño anunció la creación de un inventario forestal a escala nacional, cuya información será actualizada cada cinco años, y servirá para dibujar el retrato general de las zonas selváticas, que suponen una superficie importante del país más grande de América Latina. La superficie cubierta de bosques naturales, nativos del Brasil es la segunda mayor del mundo, solo superada por Rusia.

A inicios de la década del sesenta, las plantaciones forestales cubrían apenas unas doscientas mil hectáreas. Estas plantaciones fueron aumentando de superficie, hasta llegar actualmente a figurar en el séptimo lugar del mundo en el ranking de los países con mayores plantaciones forestales. Dichas plantaciones están localizadas principalmente en las regiones del sur y sur-oeste del país.

Las principales especies cultivadas son: Eucalyptus (*E. grandis*, *E. urophylla*, *E. saligna*, además de varios híbridos) con aproximadamente 60%, así como los Pinos: (*P. taeda* y *P. Elliottii*) con aproximadamente 33%. Las otras especies plantadas son: Acacias (*Acacia* spp), Seringueira (*Hevea brasiliensis*), Gmelina (*Gmelina* spp), Teca (*Tectona grandis*) y Pino Paraná (*Araucaria angustifolia*), los que representan una superficie de aproximadamente 7% de las plantaciones.

De la superficie total de bosques plantados en el mundo, el 2,7% pertenecen a Brasil, y estas plantaciones forestales ocupan solo el 0,62% de la superficie del país. La producción de madera de estas plantaciones cubre en su totalidad la demanda de materias primas de la industria de la celulosa y de los paneles, y abastece casi el 80% del total de las necesidades del consumo nacional. En el año 2005, el Brasil consumió 290 millones de m³ de maderas en general, con la siguiente distribución por usos: 168 millones de m³ para industrialización, y 122 millones de m³ de leña para combustible.

Un incremento de 33,3% registraron las exportaciones forestales en el primer trimestre de este año. Según datos del Instituto Forestal, durante los primeros tres meses del ejercicio, los envíos alcanzaron un valor de US\$ 1.407 millones.

Respecto a los mercados, China sigue liderando como destino de los envíos, alcanzado un monto de US\$ 233,8 millones, lo que representa un incremento de 39%, respecto del mismo período del ejercicio anterior. En segundo lugar, le sigue Estados Unidos con retornos por US\$ 150,9 millones.

Por productos, la pulpa blanqueada de Eucalyptus alcanzó exportaciones por US\$ 313,3 millones, exhibiendo un incremento de 25,3% el primer trimestre. La celulosa derivada del Pino Radiata registró un avance de 16%, llegando a los US\$ 293,8 millones.

Entre los productos que aumentaron más en valor, figuraron las astillas sin corteza de Eucalyptus con un 83,2%, los tableros de MDF de Pino radiata 80,6%, y la pulpa cruda 65,9%.

El futuro del sector forestal en el país, estará definido por los lineamientos que la política determine para el mismo en el futuro. A pesar de que Brasil, es un país extremadamente competitivo en la producción de madera, su compleja legislación ha estado impidiendo la llegada de nuevas inversiones extranjeras.

Existen afirmaciones que en el 2010, miles de millones de dólares en inversiones relacionadas con el sector de la madera se perdieron; esto comenzó a ocurrir a partir de agosto del año pasado, cuando el Gobierno Federal de este país, impuso nuevas restricciones para la compra de tierras por parte de inversionistas extranjeros, frenando la entrada a Brasil de capitales del exterior.

2.2.2. Argentina

Argentina es un extenso país, que posee grandes áreas forestales. Durante el Foro sobre “Inversiones y Financiamiento para el Sector Forestal Industrial”, realizado en Argentina del 16 al 17 de noviembre 2010, se mencionó que existen cerca de 33 millones de hectáreas de bosques naturales y 1.2 millones de bosques plantados. Las principales especies de los bosques plantados son Pinus sp. y Eucalyptus sp., con reducidas superficies de otras especies.

Las superficies de bosques plantados en las últimas 2 y 3 décadas se concentran en las provincias de Misiones, Corrientes y Entre Ríos. El Gobierno de Argentina, ha desarrollado un programa de incentivos para apoyar la ampliación de las extensiones de los bosques plantados. El enfoque del mismo, se basa en el apoyo y establecimiento de los bosques plantados en propiedades territoriales de pequeña y mediana superficie.

Los bosques plantados tienen una capacidad de producción sostenible de 20 – 25 millones de metros cúbicos por año, siendo el consumo anual actual de madera de bosques plantados de 8 millones de metros cúbicos, lo que significa que existe un adicional de más de 10 millones de metros cúbicos por año.

La madera adicional, es el resultado de la gran productividad de los bosques plantados, y la baja demanda industrial de madera en rollo. Las importaciones de los productos forestales son mayores que las exportaciones, lo que demuestra un déficit en la balanza comercial de los mismos.

La industria de la pulpa y el papel es pequeña y necesita modernizarse y ampliarse para ser más competitiva. La industria de madera sólida también necesita crecer y desplazarse hacia el sector de productos con mayor valor agregado, desarrollando por ejemplo, la industria de los muebles de forma de llegar a sustituir las importaciones provenientes del Brasil. Otras demandas de madera a escala local son limitadas. El consumo de madera para la industria energética o para la producción de carbón, es destacado solamente en provincias como Chaco.

Como consecuencia del excedente actual de madera, los precios de mercado de los rollizos son muy bajos. Estos en Argentina, son cerca de la mitad de sus similares en Brasil y Chile, y también son inferiores que los precios de Uruguay. Consecuencia de estos atractivos precios, sería la atracción de inversores industriales para el desarrollo del sector en el país.

Es importante destacar que los bosques plantados tienen una alta tasa de productividad, el país tiene una infraestructura relativamente buena, y existe superficie disponible para incrementar las plantaciones.

Durante el Foro mencionado anteriormente, se llegó a la conclusión que la escasez de inversiones en el sector forestal, particularmente para el desarrollo de la industria, es el resultado de la combinación de factores que están inhibiendo la necesaria confianza para su desarrollo, la inestabilidad política de Argentina es un importante factor que limita las inversiones locales y extranjeras.

2.2.3. Chile

Con respecto a Chile, es importante señalar que el sector forestal ha tenido una participación importante en la economía desde los años sesenta. Su desarrollo, sumado a la diversificación de productos con distinto valor agregado, y una importante participación en las exportaciones, lo hace uno de los sectores más promisorios del país.

Históricamente el principal destino de la materia prima ha sido la producción de madera aserrada, por ser las principales plantaciones realizadas con especies como el Pino Radiata y el Eucalyptus. Aunque en los últimos años se han incrementado la participación de la pulpa, rollos pulpables y astillas de exportación.

Se pueden señalar cuatro pilares en los que se basan las ventajas competitivas desarrolladas por Chile en este sector: plantación de especies de rápido crecimiento; bajo costo de la mano de obra; incorporación de nuevas tecnologías; y un buen desarrollo de la red comercial global. Otros países las han imitado, por lo que se hace necesaria una permanente búsqueda de ventajas adicionales, como por ejemplo la investigación a nivel local.

Factores como, un dinámico y competitivo sector privado, junto a una acertada política económica y sectorial- que viene aplicándose por casi 35 años-, han permitido que el país alcance una estabilidad, que incentivó para que el sector forestal se posicionara como un pilar fundamental de la economía de Chile, con una participación del 3,1% del PIB Nacional.²¹

Chile dispone de 15,9 millones de hectáreas de cobertura forestal, lo que significa aproximadamente un quinto del área total del país. Un 85,4% está compuesto por bosques nativos, cuya superficie representa 13,6 millones de hectáreas, y un 14,6% compuesto por plantaciones forestales con 2,3 millones de hectáreas. Estas cifras reflejan la importancia de la actividad forestal en Chile.

El buen manejo del sector se refleja en la generación de un recurso sustentable, a partir de 50 mil hectáreas de forestación y 60 mil de reforestación promedio anual en la última década, donde más del 70% está acogido a sellos de certificación, reconocidos internacionalmente.

El uso responsable de los suelos es demostrado en el hecho de tener un recurso establecido en un 86% en suelos erosionados, a diferencia de otros países, donde el abastecimiento de madera industrial proviene principalmente de bosques naturales.

Otra demostración del ejemplo que significa este país para el desarrollo del sector, es que se abastezca a una moderna industria de celulosa, papeles y cartones, madera aserrada y derivados, tableros, chapas y remanufacturas, entre otros, a partir de una cosecha anual de 40 millones de metros cúbicos de madera industrial, de los cuales un 2% provienen del bosque nativo y el restante 98% proviene de estas plantaciones.

²¹ El sector forestal es el segundo sector exportador, en el año 2010 los embarques llegaron a los US\$ 4.900 millones.

2.3 El sector forestal en Uruguay: características principales

2.3.1 Caracterización del eslabón forestal

La evolución de la superficie total de las plantaciones en el país, ha reflejado una tendencia de permanente aumento, quedando la misma reflejada en las siguientes cifras: 31.000 hectáreas forestadas en el año 1988; 84.000 hectáreas forestadas en el año 1998; y aproximadamente 800.000 hectáreas forestadas en el año 2008.

Esta evolución mencionada se debe principalmente a la consolidación de este sector pujante de la economía, su evolución legal, las exoneraciones específicas, y los grandes emprendimientos instalados.

2.3.1.1 Volúmenes de extracción

Es importante destacar el constante crecimiento de la extracción de madera en nuestro país. En el año 2000 oscilaba los 3 millones de metros cúbicos, ascendiendo a más de 8 millones en el año 2009. Este incremento se demostró en maderas no coníferas, por ser la mayoría de su destino principal la celulosa, y tener menores turnos de cosecha.

A partir del año 2005, se puede observar un crecimiento constante de la extracción de Pino, que continuará demostrándose en la medida que dichos bosques están alcanzando su madurez, y la industria del aserrío y los tableros de madera, se continúen consolidando.

Si analizamos las extracciones realizadas, la evolución ha sido constante, ya que si observamos por producto, los aumentos mas notorios se dieron para la madera en rollo y para no coníferas.



Fuente: Elaboración propia a partir de información de la DGF

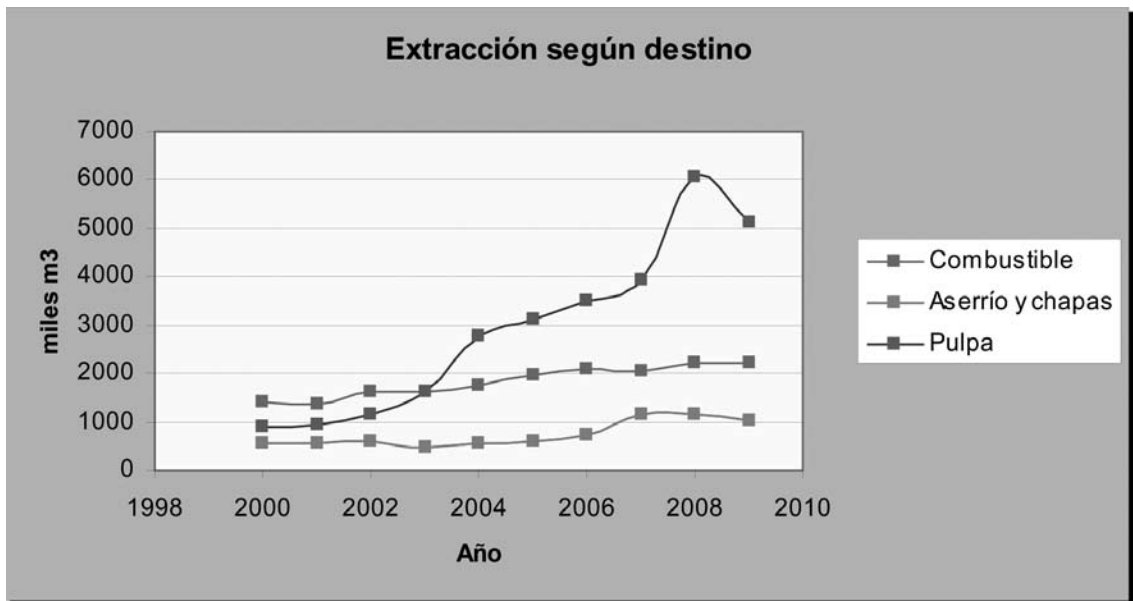
Según el cuadro precedente, la extracción de madera en rollo al año 2009 llegó a la cantidad de extracción de 8.383.000 m³, por lo que tuvo un sensible descenso con respecto al año 2008, en el cual se extrajeron

9.440.000 m³. La justificación de este decremento, fue la crisis inmobiliaria que atravesó Estados Unidos en dicho período.

Los niveles de extracción de madera, han sido determinados por la demanda de leña. La leña llegó a representar alrededor del 90% del volumen anual de producción de madera, para lo cual fue determinante la crisis petrolera mundial de los años setenta. El consumo bruto de leña, ha tenido un promedio histórico cercano a 1.600.000 m³, y una tendencia ascendente que lo situó en el año 2005, en poco menos de 2.000.000 m³.

En la actualidad, la oferta y demanda de madera comienza a mostrar nuevos rasgos. El principal factor de cambio en los niveles de cosecha, fue el fuerte incremento en la exportación, que comenzó siendo básicamente de madera en rolos, luego se agregaron los chips para pulpa, y actualmente cobra mayor importancia la madera aserrada.

Como se aprecia en el siguiente cuadro, actualmente la mayor cantidad de extracciones, tienen el destino pulpa para celulosa.



Fuente: Elaboración propia a partir de información de la DGF

2.3.1.2 Principales actores del sector

El empuje post crisis 2002, se plasma en un nuevo escenario con mayores demandas en tierras por parte de agricultores extranjeros, que llevan a aumentos en los costos de la inversión, lo que va de la mano con el alza del precio de las tierras a nivel mundial, siendo Uruguay un foco de atracción, por brindar menores precios en esa época.

Se puede destacar, que la primera etapa de la cadena forestal, se identifica por concentrar en pocas empresas de gran porte la superficie forestada. Asimismo existe una marcada presencia de establecimientos propiedad de capitales extranjeros.

Todos los grandes proyectos de inversiones existentes y proyectadas para la primera y segunda etapa de transformación de la madera, se caracterizan por integrarse con importantes explotaciones forestales del país; lo cual es lógico teniendo en cuenta que todo proyecto industrial que se quiera desarrollar, debe contar con plantaciones propias por ser un recurso escaso.

Cabe destacar que el 64% del total de los bosques con destino industrial, corresponde a empresas cuyo patrimonio forestal supera las 1.000 hectáreas. En los últimos años se verificaron cambios de propiedad, en una parte relevante de la superficie con bosques plantados con fines industriales.

Es importante destacar, el hecho que muchos de los inversores que ingresaron al sector forestal a partir de la década del noventa, han vendido sus bosques, cuando aún no habían llegado al primer turno de corte. La causa fue la fuerte demanda de bosques implantados por parte de empresas vinculadas a la fase industrial, especialmente en el litoral oeste del país. Los prolongados turnos de producción característicos de la actividad forestal (de ocho a diez años como mínimo), la situación económica del país que transitaba por una recesión, las atractivas ofertas realizadas por dichas empresas industriales para incrementar su patrimonio forestal, hicieron que los productores forestales iniciales se retiraran del sector, aumentando el área forestada en manos de las transnacionales, especialmente las de la cadena celulósica.

Se pueden agrupar en cinco grupos los actores del sector forestal: grandes empresas y grupos forestales; administradoras de fondos provisionales; fondos forestales de inversión; plantadores independientes o productores ganaderos con plantaciones; e industrias papeleras nacionales.

2.3.2 Fase industrial de la cadena forestal

El desarrollo de la industria forestal, se vio determinado por el dinamismo que cobró la fase primaria en los últimos años.

Principalmente, la expansión se dio en carpintería de obra blanca, madera enchapada y laminada, hojas y tablas de madera, etc. La misma tuvo un incremento notorio desde el año 2006, manifestando un aumento de 119% para el 2006, y 70% para el 2007, lo que fue determinado por la instalación de las dos empresas extranjeras en el departamento de Tacuarembó: Urupanel y Weyerhaeuser.

Esta tendencia, se mantuvo en el primer semestre de 2008, con un crecimiento del 41% respecto al primer semestre 2007.

A ello se suma el dinamismo que registra la industria de la celulosa desde el último trimestre de 2007, al comenzar a funcionar la planta de Botnia. En el primer semestre de 2008, la producción de pulpa de madera se multiplicó por más de siete, respecto al mismo período del año anterior.

Como se mencionó en el capítulo uno de este trabajo, los productos obtenidos en la fase industrial, básicamente son los siguientes: producción de Paneles o Tableros de Madera Contrachapada (plywood); producción de Chips; producción de Celulosa; producción de Papel, Cartón y sus derivados; y producción de Muebles.

2.3.2.1 Actores relevantes del sector

Aserraderos locales

Los aserraderos se pueden separar en dos grandes grupos: por un lado existen los establecimientos tradicionales proveedores de material para el sector de la construcción y venta de pallets, volcados al mercado interno; y por otro, se encuentran los grandes aserraderos ubicados en el norte del país que, en la mayoría de los casos, se aprovisionan de materia prima a partir de sus propias plantaciones. Es claro que la dinámica de uno y otro grupo es notoriamente diferente, ya que en el segundo de los casos, el destino de su producción es fundamentalmente la exportación (Estados Unidos y Europa).

Una de las inversiones más importantes para este sector de actividad fue la realizada por la empresa COLONVADE (WEYERHAEUSER GROUP.) en el Departamento de Tacuarembó. El proyecto de inversión que fue declarado de interés nacional en el año 2001, incluía la puesta en marcha de 5 plantas cercanas a sus plantaciones. Estas plantas corresponden a dos aserraderos, una planta de madera terciada o enchapada, una planta con ingeniería de proceso y otra de procesos densificados. El proyecto de inversión no se ha completado, pero ya están en funcionamiento uno de los aserraderos y la planta de tableros.

Asimismo en el año 2004, también se aprobó el proyecto de la empresa URUPANEL, también localizada en el norte del país, cuya producción se centra en la fabricación de tableros.

En el caso de los aserraderos de menor porte, más allá de su presencia en todo el país, se concentran básicamente en cuatro departamentos: Montevideo, Paysandú, Tacuarembó y Cerro Largo. Se aprecian dos estrategias diferentes: en el caso de los aserraderos ubicados en la capital del país, los mismos se posicionan en forma cercana a la demanda; al tiempo que los demás se sitúan en regiones proveedoras de materia prima. Uno de los problemas más importantes que enfrentan estos aserraderos pequeños es la provisión de la materia prima, ya que no se encuentran integrados y por ende deben comprar la materia prima en la región. La concentración que se ha dado en los campos forestales en manos de las grandes empresas de celulosa y aserrado, ha hecho que este, se vuelva un recurso muy escaso y por ende caro.

Existen también aserraderos móviles, que se desplazan hasta la fuente de abastecimiento de materia prima, o sea hasta el campo. Sus productos elaborados generalmente son tablones, tablas, viguetas y vigas en bruto. El origen de estos aserraderos, fue la consecuencia de las ventajas que estos representan, ya que permiten transportar directamente los productos finales elaborados, dejando los residuos en el lugar de elaboración, y permitiendo ahorrar significativos costos de transporte.



Aserradero móvil horizontal

Planta de celulosa

Botnia (UPM)

Con una inversión del orden de los 1.000 millones de dólares, la empresa Oy Metsä-Botnia Ab, instaló en Uruguay (Fray Bentos, departamento de Río Negro) la primera planta de celulosa. La misma comenzó sus actividades a fines del año 2007 (en el mes de noviembre).



Con esta implantación, se cierra el ciclo de uno de los principales fines de la industria forestal, como lo es la generación de pulpa de celulosa, para la transformación posterior de papel. Una inversión que actualmente emplea 3.400 puestos de trabajo en forma directa y una estimación de unos 4.000 puestos de trabajo en forma indirecta. Produciendo un millón de toneladas de celulosa al año, e insumiendo 3,5 millones de m³ de madera.

La industria de las plantas de celulosa, se caracteriza por la presencia de grandes empresas internacionales en su gran mayoría. Poseen elevados costos de capital y presentan economías de escala significativas, por lo que la inversión necesaria para la instalación de una planta es muy importante, y los volúmenes de producción necesarios son elevados.

Las empresas tienden a integrar todo el proceso desde las plantaciones forestales, hasta la producción final del papel. Esto lleva a que el peso relativo de las exportaciones en el total de la producción, sea menor que el resto de los productos de papel, ya que la gran mayoría se destina al proceso productivo integrado.

Papel, Cartón y sus derivados

Existen cuatro empresas en este sector en el país, que son: FANAPEL, PAMER, CICSSA, e IPUSA.

La empresa **FANAPEL** fue fundada en 1898 y se encuentra instalada en la ciudad de Juan Lacaze, en el departamento de Colonia. En el año 2007, el Grupo Tapibecú (grupo foresto-industrial con operaciones en Argentina y Uruguay), adquirió el 97,6% de las acciones de FANAPEL. Esta empresa, invirtió en el año 2007, en la mejora de su proceso productivo de blanqueado de la celulosa, para pasar al sistema "Totalmente Libre de Cloro" (TCF). El hecho de que se optara por esta certificación en lugar de la "Libre de Cloro Elemental" (EFC), se explica básicamente por temas de escala.

Según datos de la empresa, cuenta con 7.000 hectáreas de Eucalyptus plantadas, con las cuales cubre el 70% de sus necesidades de materia prima para la fabricación de celulosa. La capacidad de producción de celulosa, asciende a 38 mil toneladas año, lo cual la posiciona como una empresa pequeña a nivel internacional.

La firma **PAMER**, fue fundada en 1937 y se dedica a la fabricación de cajas de Cartón Corrugado y Papel Tisú. Actualmente cuenta con 1.500 hectáreas forestadas, destinando el grueso de la madera como combustible y no para hacer pulpa. La principal fuente de materia prima es el papel usado que se obtiene en plaza y el exterior. Entre el 50% y 60% de la producción de caja corrugada de PAMER, se vende a empresas exportadoras de los rubros de Frigoríficos, Frutícula, Cueros, etc. Esta empresa ocupa aproximadamente unas 250 personas, y sus ventas se vuelcan casi en un 100% hacia el mercado interno.

La Compañía Industrial Comercial del Sur S.A. (CICSSA), fue fundada a mediados del siglo pasado, y a lo largo del tiempo fue concentrando su actividad industrial y comercial en la fabricación de productos de cartón corrugado. En el año 2000, la misma fue adquirida por el grupo MUSTAD de origen Noruego, por un monto total de 15 millones de dólares.

Finalmente, la firma **IPUSA** es otra empresa del sector, que se dedica a la fabricación de Papel Tisú. La empresa fue fundada en 1934 con capitales nacionales, y en el año 1994 fue adquirida en un 100% por el grupo Chileno: Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (CMPC). Emplea unas 250 personas y su planta de papel se encuentra ubicada en la ciudad de Pando, Canelones.

2.3.2.2 Evolución general a lo largo del tiempo

Las políticas ejecutadas en Uruguay desde finales de la década de los ochenta, han derivado en un fuerte incremento del ritmo de forestación, habiendo estado el desarrollo del sector forestal en el Uruguay determinado fuertemente por la Ley de Promoción Forestal (Leyes N 15.939 y N 16.002), la cual estableció una serie de incentivos económicos (tributarios y subsidios) y también asistencia técnica, capacitación e investigación, para las plantaciones de bosques de algunas especies particulares (Pino, Eucalyptus populus y Salix).

A partir del año 1993 es que comienza la expansión de la forestación, alcanzando un pico en el año 1998 de 86.596 hectáreas, lo que fue fruto de los avances en áreas relacionadas con el sector como por ejemplo la logística, viveros, tratamientos sanitarios y el transporte. En el año 1999 el sector comienza a transitar por un notorio estancamiento, que potenciado por la crisis del 2002, la caída de los precios en los mercados internacionales, el bajo desarrollo industrial, y las dificultades en el pago de los subsidios, resultan en un lento crecimiento para el período 2002-2006 (10.000 hectáreas anuales).

Se estima según información de la Dirección General Forestal, que para el período 2008-2020, se incrementaran en un 6% anual las plantaciones de Pino y Eucalyptus con destino de aserrío, mientras que disminuirán en 1% anual las que tienen destino pulpería.

Los Eucalyptus por ser madera pulpería tienen un destino productivo, estimándose que el 90% de las plantaciones que se realicen en el país en el período 2008-2020, tendrán ese destino.

Para el caso de los Pinos, el destino es como insumo de aserraderos, lo que explica que estos emprendimientos de capitales extranjeros se instalen en los departamentos de Tacuarembó y Rivera, donde existen las principales plantaciones.

Así como la instalación de la primera planta de celulosa marcó un punto de inflexión en el año 2007 con su puesta en funcionamiento, en un futuro inmediato existen emprendimientos que nuevamente impactarán en el crecimiento y proyección del sector. La planta de producción de celulosa de Montes del Plata, que según proyecciones estará en funcionamiento en el período 2013-2014, consumirá más de 4 millones de toneladas de madera pulpería por año, y exportará 1,3 millones de toneladas al año.

A este emprendimiento se suma el hecho que entre los años 2014 y 2020 llegarán a la madurez las plantaciones realizadas para producción de madera para aserrado, contrachapado y madera de ingeniería. La oferta de madera de calidad tendrá incrementos sostenidos, con volúmenes que se estiman oscilarán entre 4 millones de m³ por año para el período 2011-2016, y más de 10 millones de m³ por año para el período 2017-2021. Estas perspectivas futuras implican que Uruguay sea un país con atractivas oportunidades para inversiones industriales en este sector.

2.3.3 Comercio internacional

El desempeño comercial del sector se ha modificado notoriamente en el período 1990-2007. En 1990 las importaciones duplicaban las exportaciones, con una brecha entre ambas de 26 millones de dólares. Hasta el año 2000 la balanza comercial de productos de base forestal fue deficitaria, pero a partir de 2002 las exportaciones comenzaron a superar a las importaciones. En 2007 las exportaciones superaron en 70 % a las importaciones.

2.3.3.1 Importaciones

A continuación se expone en el siguiente cuadro, las importaciones de los diferentes tipos de productos, en los últimos años

IMPORTACIONES EN VOLUMEN (miles metros cúbicos)

| Producto | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|--------------------|------------|------------|------------|-----------|-----------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Madera en rollo | 2 | 2 | 1 | 2 | 3 | 8 | 8 | 7 | 6 | 5 |
| Carbón vegetal | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 2 |
| Residuos de madera | | 1 | | 1 | | 1 | 5 | 29 | | 148 |
| Madera aserrada | 84 | 148 | 20 | 19 | 33 | 37 | 30 | 29 | 27 | 24 |
| Tableros de madera | 23 | 35 | 16 | 19 | 19 | 32 | 86 | 38 | 46 | 44 |
| Pulpa de madera | 16 | 15 | 13 | 13 | 17 | 15 | 8 | 10 | 9 | 26 |
| Papel recuperado | 4 | 4 | 4 | 3 | 2 | 2 | 4 | 9 | 12 | 6 |
| Papel y cartón | 76 | 74 | 50 | 35 | 20 | 64 | 74 | 71 | 71 | 92 |
| Totales | 206 | 280 | 105 | 93 | 95 | 160 | 216 | 194 | 172 | 347 |

Fuente: Elaboración propia a partir de información de la DGF

Por lo que se puede observar en el cuadro, la evolución de las importaciones en volumen de productos forestales, tuvo un notorio incremento en el año 2009, superando el punto máximo que habían alcanzado en el año 2001, y este incremento está dado por la importación de residuos de madera.

2.3.3.2 Exportaciones

Respecto a los mercados que accede Uruguay, actualmente se exportan productos forestales a 26 países en todos los continentes excepto a Oceanía. En 2005, Uruguay ocupó el quinto lugar en las exportaciones mundiales de madera rolliza industrial, precedido por Rusia, Estados Unidos, Letonia y Francia. Dichas exportaciones en parte se conforman por rollizos, que tienen como destino la industria del aserrío y de las chapas. Su principal destino es el sudeste asiático (China, Corea, Vietnam, Singapur, Malasia, India).

Se prevé que si continúan instalándose industrias procesadoras en el país, parte de dichas exportaciones irán disminuyendo al ser sustituidas por productos mas procesados como lo son la pulpa de madera, la madera aserrada y los tableros, entre otros rubros industriales.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, la evolución de las exportaciones de productos forestales presenta un notorio incremento con el pasar de los años, excepto para el 2009, donde marca una descenso en cuanto a las cantidades exportadas.



Fuente: Elaboración propia a partir de información de la DGF

Las exportaciones de madera en rollo alcanzaron en el año 2009, la cantidad de 4.062.000 m³, para la madera aserrada llegó a exportarse una cantidad de 92.000 m³, mientras que los tableros de madera ascendieron a 113.000 m³ exportados. Asimismo se exportaron 1.146.000 m³ de astillas y partículas. La sensible disminución del año 2009 con respecto al 2008, se justifica fundamentalmente por la crisis sufrida por el sector inmobiliario de Estados Unidos.

La tendencia para los tres primeros meses del año 2010 es ascendente, llegando a U\$S 103 millones, lo que representa un incremento del 28% respecto al anterior.

La evolución de la participación de los productos forestales en las exportaciones agroindustriales se ha incrementado año a año. En el 2010, los 1.260 millones de dólares exportados por el sector forestal, lo posicionaron como uno de los sectores exportadores más importantes, junto con la ganadería y la agricultura.

El principal producto de exportación dentro de los productos forestales es la celulosa, con más de 900 millones de dólares anuales. Los principales mercados para dicho producto son Finlandia y China.

A continuación se hará un análisis de cada uno de los principales productos forestales exportados por Uruguay, a efectos de tener un panorama general de los mismos:

- Celulosa

El principal destino de exportación es Europa con un 65%, y el segundo Asia con un 35%, donde predomina China.

- Chips

La exportación de chips fue muy inestable en el año 2009 por la crisis de la celulosa, pero pudo recuperarse en el 2010.

- Madera aserrada

Para el año 2010 el importe de exportaciones ascendió a 45 millones de dólares, con destino a 49 países. En el 2009 el sector sufrió la crisis, pero se repuso rápidamente.

- Tableros contrachapados

Las exportaciones se han ido incrementando notoriamente, alcanzando en el 2010 un valor de 41 millones de dólares.

- Papeles y cartones

El rubro papeles para impresión, papel tissue y cartones, alcanzó los 80 millones de dólares en exportaciones para el 2010, y tuvieron como destino 17 países, siendo los principales mercados los de la región, Argentina, Brasil, Chile y Paraguay.

- Tableros MDF

La producción comenzó en el año 2009, y las exportaciones son con destino principal a países de América Latina como Colombia, Brasil, Perú, México, Chile y Ecuador.

- Rolos para celulosa

A partir de que comenzó a funcionar Botnia, la oferta de rollizos disponibles, tuvo como destino prácticamente en su totalidad dicha planta.

- Rolos de Eucalyptus para aserrado

La exportación de este producto tuvo un notorio incremento, y el principal destino es Vietnam. Un 63% del volumen proviene del norte del país, un 18% del litoral, y un 18% de la zona sudeste.

- Rolo de Pino para aserrado.

La exportación de madera rolliza de Pino comienza en el 2010, y el monto aproximado asciende a 3 millones 300 mil dólares. Un 82% del volumen exportado procede de la zona norte y un 18% del litoral oeste, y el principal destino es China seguido de Corea del Sur.

Cabe destacarse que de mantenerse las tendencias actuales, se estima que las exportaciones de productos forestales marcaran un nuevo record en el año 2011.

CAPITULO III

BENEFICIOS FISCALES DEL SECTOR FORESTAL

1.1 Breve reseña de la evolución normativa del sector

La historia de la forestación en Uruguay podría dividirse en dos grandes etapas: la primera que abarca desde sus orígenes, en la cual la actividad del sector forestal estuvo regulada en nuestro país a través de la Ley 13.723 de 16/12/968; y la segunda etapa con la promulgación de la Ley 15.939, de 09/02/988, denominada "Ley de Desarrollo Forestal", reglamentada con el Decreto 452/988 del 06/07/988. Esta normativa tuvo en su génesis, como objetivo central, el lograr un manejo forestal sustentable, otorgando un marco regulatorio relevante para el sector, consagrando 76 artículos, subdivididos en VIII títulos, los cuales se mencionan a continuación:

Título I "Disposiciones Generales"

Título II "Bosques particulares"

Título III "Patrimonio Forestal del Estado"

Título IV "Protección de los bosques"

Título V "Fomento de la forestación"

Título VI "Fomento a las empresas forestales"

Título VII "Procedimientos, controles y sanciones"

Título VIII "Disposiciones finales"

La aprobación de dicha Ley significó un punto de inflexión para la actividad forestal, resultando en un notorio incremento de las inversiones del sector privado y un reposicionamiento de la industria de la madera,

la cual se encontraba relegada en el contexto de un país agropecuario, pero enfocado tradicionalmente en la producción cárnica.

Dentro de esta Ley, y analizando el aspecto tributario del sector, el artículo 39 establece los beneficios otorgados, mencionando lo siguiente:

“Los bosques artificiales existentes o que se planten en el futuro, declarados protectores según el artículo 8° o los de rendimiento en las zonas declaradas de prioridad forestal y los bosques naturales declarados protectores de acuerdo al mencionado artículo, así como los terrenos ocupados o afectados directamente a los mismos, gozarán de los siguientes beneficios tributarios:

- 1) Estarán exentos de todo tributo nacional sobre la propiedad inmueble rural y de la contribución inmobiliaria rural.
- 2) Sus respectivos valores o extensiones no se computarán para la determinación de: a) ingresos a los efectos de la liquidación de los impuestos que gravan la renta ficta de las explotaciones agropecuarias (IMAGRO u otros que se establezcan en el futuro y tengan similares hechos generadores), y b) el monto imponible del impuesto al patrimonio.
- 3) Los ingresos derivados de la explotación de los bosques no se computarán a los efectos de la determinación del ingreso gravado en el impuesto a las rentas agropecuarias (IRA u otros que establezcan en el futuro y tengan similares hechos generadores).
- 4) Las rentas derivadas de su explotación no se computarán a efectos de la liquidación del Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio (IRIC) o de otros impuestos que se establezcan en el futuro y tengan similares hechos generadores, por los sujetos pasivos de actividades agropecuarias e industriales cuando el producto total o parcial de la actividad agropecuaria, constituye insumo de su actividad industrial”.

Como se aprecia, esta norma exonera de todos los tributos nacionales la tenencia del inmueble rural, la contribución inmobiliaria que se abonaría por el mismo, y las rentas derivadas de la explotación, a los efectos de cualquier tributo que grave las mismas al momento de su aprobación (IRA e IRIC) o en un futuro, con similar hecho generador (IRAE).

A su vez el artículo 43 de la Ley No. 15.939, lo que busca es otorgar certeza desde el punto de vista temporal, en cuanto a las exoneraciones existentes, ya que se establece el plazo de doce años para mantener los beneficios desde que se implanten los bosques, lo cual es razonable teniendo en cuenta el tiempo de maduración del negocio forestal. Este artículo menciona lo siguiente:

“Las exoneraciones y demás beneficios tributarios establecidos en la presente ley, alcanzan a todos los tributos que en el futuro gravan genéricamente a las explotaciones agropecuarias, a sus titulares o a sus rentas. Ellos regirán por el plazo de doce años, a partir de la implantación de los bosques calificados según el artículo 39 de la presente ley”.

Asimismo el artículo 7 del Decreto 247/989, de 24/05/898 estableció:

“Los beneficios tributarios establecidos en la ley N° 15.939 alcanzan a todos los tributos que en el futuro gravan genéricamente a las explotaciones agropecuarias, a sus titulares. Sin perjuicio de ello, los bosques mencionados estarán exentos en todos los casos de los tributos futuros que se establecieren, durante el plazo de doce años contando desde la implantación del bosque”.

3.1.1) Análisis del Impuesto a la Renta (antes de la Ley de Reforma Tributaria)

En lo que respecta específicamente a la exoneración de Impuesto a la Renta, la misma ha sufrido varias modificaciones con el transcurso del tiempo. Como se mencionó anteriormente, el artículo 39 de la Ley 15.939,

exonera los ingresos derivados de la explotación de bosques,²² que cumplan con la condición establecida por el artículo 8 de la misma Ley. La exonera tanto de IRA como de IRIC.

Posteriormente a través del Decreto 209/003 de 28/05/003, se incorpora una evolución normativa importante, a los efectos de acompañar los cambios tecnológicos que ocurrían en el sector, y en este caso precisamente a consecuencia de actividades desarrolladas por las nuevas maquinarias utilizadas, las cuales al momento de realizar el corte, también efectúan el descortezado y trozado de la madera. Por tal motivo, dentro del concepto de “explotación de bosques”, ahora se incorpora el descortezado de los rolos. Este Decreto incorpora un nuevo cambio al concepto que se tenía anteriormente, ya que inicialmente cuando se descortezaba un rolo, se consideraba que este, dejaba de ser un producto en su estado natural.²³ Por tal motivo, el producto se encontraba gravado por Impuesto al Valor Agregado y también por el Impuesto a la Renta. Por lo tanto con lo mencionado anteriormente, el descortezado y trozado pasó a gozar del beneficio tributario de exoneración de renta. Diferente será el tratamiento respecto al IVA (se verá mas adelante en su análisis particular).

En definitiva, a través del Decreto N° 209/003 se incluían nuevas actividades dentro de la exoneración a la renta de la Ley Forestal.

La eventual discusión sobre si nos encontrábamos frente a un Decreto de carácter ilegal, por establecer exoneraciones que no estaban comprendidas en la norma original, se ve zanjada con la aprobación de la Ley N° 17.843, de 27 de octubre de 2004. Dicha Ley, de carácter interpretativo, introdujo nuevas modificaciones a la tributación del sector.

Bosques Propios o Adquiridos en pie por el beneficiario

Como se mencionó anteriormente, la Ley 17.843 en su artículo 1°, realiza una interpretación de la exoneración a que refiere los numerales 3) y 4) del artículo 63 del Título 3 del Texto Ordenado 1996, estableciendo que se exonera las actividades de: descortezado, trozado y el chipeado, realizado sobre bosques propios.

Por tal motivo entonces se incorpora un nuevo concepto que es permitir exonerar de renta, los ingresos derivados de la venta de madera, descortezada, trozada, y también chipeada.

Vale mencionar que esta Ley, establece la condición de que se trate de rolos extraídos de bosques que hayan sido calificados protectores o de rendimiento en zonas de prioridad forestal, establecido en art. 39 de la Ley 15.939.

Todo lo anteriormente expuesto es de aplicación, siempre y cuando se trate de bosques propios, entendiéndose por tales, aquellos cultivados por el beneficiario, como adquiridos en pie por el mismo.

Madera Adquirida a Terceros

La Ley 17.843, en su artículo segundo, establece el beneficio correspondiente ya no para bosques propios, sino para la madera adquirida a terceros, mencionando que se encuentran exoneradas de Impuesto a la Renta, las siguientes actividades:

- Compra y venta
- Descortezado
- Trozado

Dentro de este mismo artículo, se establecen una serie de condiciones a los efectos de otorgar el beneficio, debiéndose cumplir estas simultáneamente:

²² Entendiéndose por explotación de bosques, hasta la cosecha y la venta del mismo.

²³ Criterio aplicado por los técnicos de la Dirección General Impositiva en consulta 3969 del 12/02/2003.

- 1) Que estas actividades mencionadas anteriormente, sean realizadas directamente por productores agropecuarios forestales o a través de formas asociativas o por agroindustrias forestales.
- 2) Que los bosques cumplan con la calificación a que refiere el art. 39 de la Ley 15.939.
- 3) Que el volumen total de la madera comercializada durante el ejercicio que haya sido adquirida a terceros, sea inferior a un tercio del volumen total de la madera de bosques propios, tanto en pie como cosechada, en existencia al cierre de dicho ejercicio. Estas existencias deberían estar certificadas por la Dirección Forestal, la cual debe corroborar esto, mediante la emisión de un certificado.

Servicios de Facón sobre Madera de Terceros

Vale destacar que se menciona que estarán exoneradas también, cuando las actividades mencionadas anteriormente (descortezado y trozado) constituyan un servicio que se realiza sobre madera de terceros, sin adquirir la misma.

Es importante resaltar que de todas formas, deben cumplirse las condiciones 1) y 2) mencionadas en el punto anterior.

Comentarios adicionales sobre la Ley 17.843

Entendemos en consecuencia, que con la tercera condición²⁴ incorporada por la norma, se quiere otorgar el beneficio a los ingresos obtenidos por aquellas empresas, que siendo su giro principal el forestal, incluyen como actividad secundaria aquella realizada sobre madera adquirida o no a terceros, como una especie de complemento. Es clara la Ley que cuando se trata de madera de terceros, solo permite realizar las actividades de descortezado y trozado para quedar dentro de la exoneración de renta, dejando fuera la actividad de chipeado, porque no la incluye específicamente.²⁵

La duda se genera cuando una empresa adquiere madera a un tercero, por ejemplo a los efectos de completar un embarque comprometido, y la misma se debe descortezar, trozar y chipear a los efectos de un mejor traslado (vale destacar que la madera que se exporta para ser utilizada como insumo de pasta de celulosa, la misma se traslada mayoritariamente chipeada, a los efectos de una optimización de espacios). De la lectura de la norma se puede interpretar que si esa madera es descortezada, trozada y se vende, dicha venta estará exonerada de impuesto a la renta, pero si además de trozarla y descortezarla, también se somete al proceso de chipeado, la misma se encontraría gravada.

Desde nuestro punto de vista consideramos que el espíritu del legislador no buscó gravar un bien, según como se traslade el mismo (trozado o chipeado).

24 Que el volumen total de la madera comercializada durante el ejercicio que haya sido adquirida a terceros, sea inferior a un tercio del volumen total de la madera de bosques propios, tanto en pie como cosechada, en existencia al cierre de dicho ejercicio. Estas existencias deberían estar certificadas por la Dirección Forestal, la cual debe corroborar esto, mediante la emisión de un certificado.

25 Ley 17.843, Artículo 2°. Las actividades de descortezado, trozado y compra y venta realizadas sobre madera adquirida a terceros, incluyendo el caso en el que tales actividades constituyan una prestación de servicios, estarán alcanzadas por la exoneración a que refiere el artículo precedente, en tanto se verifiquen simultáneamente las siguientes condiciones:

a) sean realizadas por productores agropecuarios forestales directamente o a través de formas asociativas o por agroindustrias forestales.

b) los bosques cumplan con la calificación a que refiere el artículo 39 de la Ley N° 15.939, de 28 de diciembre de 1987.

c) el volumen total de madera comercializada durante el ejercicio que haya sido adquirida a terceros sea inferior a un tercio del volumen total de la madera de bosques propios, en pie o cosechada, en existencia al cierre de dicho ejercicio. A tales efectos deberá solicitarse a la Dirección Forestal, dependiente del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, un certificado en el que consten las referidas existencias.

El Poder Ejecutivo establecerá la nominatividad de las formas asociativas a que refiere el literal a) del presente artículo.

A continuación se elabora el siguiente cuadro, el cual tiene como cometido un resumen de las distintas actividades e ingresos mencionados anteriormente, y su posible exoneración o no, a los efectos del impuesto a la renta.

| ACTIVIDADES | SOBRE BOSQUES PROPIOS* (IMPLANTADOS O ADQUIRIDOS EN PIE) | SOBRE MADERA ADQUIRIDA A TERCEROS** | ACTIVIDADES A TERCEROS (FACON)*** |
|------------------------|---|-------------------------------------|-----------------------------------|
| CORTE | EXONERADO | ----- | EXONERADO |
| TROZADO Y DESCORTEZADO | EXONERADO | EXONERADO | EXONERADO |
| CHIPEADO | EXONERADO | ? | GRAVADO |

* Dichos bosques tienen que cumplir con lo establecido en art. 39 de la Ley 15.939. Bosques de zonas de prioridad forestal.

** Tiene que cumplir con las condiciones A) B) y C) establecidas en el art.2 de la Ley 17.843.

***Tiene que cumplir con las condiciones A) y B) establecidas en el art.2 de la Ley 17.843.

3.1.2) Análisis del Impuesto al Valor Agregado

En lo que respecta al Impuesto al Valor Agregado, no existe un tratamiento diferencial para el sector forestal, ya que la Ley 15.939, no dispone nada particular para este tributo, aplicándose en consecuencia los beneficios generales otorgados al sector agropecuario.

Debido a que la mayoría de los productos obtenidos dentro del sector forestal son productos agropecuarios en estado natural, quedarán comprendidos dentro del régimen de "IVA Agropecuario" o "IVA en suspenso". Dicho régimen tiene como particularidad, que el impuesto no será incluido en el documento, y permanecerá en suspenso, hasta que el producto no se transforme o se altere su naturaleza.²⁶

Anteriormente quienes tributaban Impuesto a la Renta Agropecuaria (IRA), podían deducir el IVA incluido en las adquisiciones de servicios, insumos y bienes que integraran el costo de los productos y servicios elaborados por los mismos. El crédito de IVA de compras generado en el ejercicio, asociado a la venta de productos agropecuarios en su estado natural, podía recuperarse, ya sea mediante la imputación del crédito a otros tributos, o mediante la solicitud de certificados de crédito. Este beneficio se mantiene actualmente, para aquellos contribuyentes que tributen IRAE, con la condición de que se trate de empresas que desarrollen una actividad agropecuaria.

Para el caso de la venta de rolos, el concepto de producto agropecuario en su estado natural, alcanza hasta el rolo descortezado.²⁷ Pasa a ser un producto industrial, cuando el rolo está trozado, y/o chipecado. Concepto que como se vió anteriormente se extendió, a los efectos de la exoneración de renta, pero no en lo que respecta al Impuesto al Valor Agregado.

En conclusión, para los productos obtenidos de los bosques, se va a tratar de un producto en su estado natural, siempre y cuando no reciba un proceso industrial, exceptuando del concepto de proceso industrial, la tala del monte y el posterior descortezado del rolo.

Adicionalmente, corresponde mencionar que la leña se encuentra exonerada del impuesto, razón por la cual no genera crédito fiscal por el IVA de compras asociado.

Un punto importante a destacar, que no es menor en el sector agropecuario, es la deducción de IVA incluido en las compras de Gasoil.²⁸ La ley 18.109, fijó a cero la tasa de IMESI en el Gasoil, pasando a estar gravado a la tasa básica de IVA. Por lo que los productores agropecuarios son unos de los pocos contribuyentes

26 Consagrado en los artículos 11, 12 y 13 del Título 10, Texto Ordenado de 1996.

27 Decreto 209/003, del 28 de mayo de 2003.

28 La Ley N° 17.615 de 17 de enero de 2003, gravó el gasoil a la tasa mínima, y posteriormente la Ley N° 18.109, de 2 de abril de 2007, gravó el mismo a tasa básica.

que pueden acceder al cómputo del crédito fiscal, del IVA incluido en las compras de Gasoil. No obstante lo anterior, la normativa estableció diferentes límites al momento de computar la deducción, dependiendo básicamente del bien producido.

En particular los contribuyentes que obtienen ingresos derivados de la venta de productos de origen forestal, tiene tope en el crédito por el IVA de compras incluido en sus adquisiciones de Gasoil. Dicho límite de deducción, asciende al 0,40% del total de ingresos generados por la venta de estos productos.²⁹

3.1.3) Análisis del Impuesto al Patrimonio

El artículo 39 de la Ley 15.939, que se transcribió anteriormente, menciona que los bosques artificiales existentes o que se planten en el futuro, declarados protectores según el artículo 8° o los de rendimiento en las zonas declaradas de prioridad forestal y los bosques naturales declarados protectores de acuerdo al mencionado artículo, así como los terrenos ocupados o afectados directamente a los mismos, no se computaran para la determinación del monto imponible del impuesto al patrimonio.

En este mismo sentido, el Decreto 247/89, del 24 de mayo de 1989, en el lit. c) de su artículo 3, menciona que *“las áreas ocupadas por dichos bosques y los montes citrícolas, así como el valor fiscal de los mismos no se computarán para el monto imponible del Impuesto al Patrimonio a ningún efecto”*. Incorporando en la exoneración a los montes citrícolas, y estableciendo la mención de que no se consideraran *“a ningún efecto”*, lo que apuntaría a señalar que no se tendrán en cuenta a los efectos del computo ficto de bienes muebles y semovientes de la explotación agropecuaria, cuando corresponda, ni para el cálculo ficto del ajuar y muebles de la casa-habitación de las personas físicas y núcleos familiares, ya que se deben incluir en la declaración personal, los bienes afectados a la explotación agropecuaria, por no tributar estos en cabeza propia.

Asimismo estos se consideraran un activo exento para el cálculo del pasivo, recordando que la sentencia 623/996, del 31/07/1996, cambio el criterio que tomaba la Administración tributaria, en cuanto a dichos activos. Por lo tanto estos activos no consumen pasivo.

3.1.4) Análisis del Impuesto a la Enajenación de Bienes Agropecuarios (IMEBA)

El IMEBA es un impuesto que recae sobre la primera enajenación efectuada por productores a contribuyentes del IRAE, Intendencias u Organismos Estatales, de productos primarios, animales o vegetales, derivados de actividades agropecuarias.

Desde la vigencia del IMEBA, a través de la Ley N° 16.736, de 5 de enero de 1996, el artículo 1° del Título 9, del Texto Ordenado 1996 establecía aquellos productos agropecuarios sometidos al gravamen.

Los productos de origen forestal no se encontraban incluidos dentro de dicha nomina, por lo que no se hallaban alcanzados por el impuesto.

Como hecho anecdótico, corresponde mencionar que a pesar de no estar incluidos dentro de la nomina de bienes alcanzados por el IMEBA, los productos de origen forestal si se encuentran alcanzados por el adicional del IMEBA; establecido en el artículo 9, del Título 9, del Texto Ordenado 1996. Dicho adicional se destina al Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (INIA).

Según la Consulta 3.624, la DGI definió como *“Productos de Origen Forestal”*, a aquellos productos primarios provenientes del propio monte, pero no así a los industrializados.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 18.083, los productos forestales pasaron a estar alcanzados por IMEBA por así establecerlo el literal M), del artículo 1, del Título 9, del Texto Ordenado 1996, y su corres-

29 Decreto 794/008, de 29 de diciembre de 2008.

pondiente Decreto reglamentario, con la particularidad que este último fijó en 0% la tasa que corresponde aplicar a estos bienes.³⁰

En cuanto al adicional destinado al INIA, no se registraron cambios, manteniéndose la tasa del 0,4%.

3.2) Análisis de los tributos con la entrada en vigencia de la Ley N° 18.083 de Reforma Tributaria

3.2.1) Impuesto a las Actividades Económicas (IRAE)

Con lo que respecta al Impuesto a la Renta, lo referido a la actividad forestal, se encuentra en los artículos que van desde el 73 al 78, del Título 4, Texto Ordenado de 1996 (denominado “Ley Forestal”) y particularmente en el artículo 162, del Decreto reglamentario.

Analizando entonces, a este tributo y a la exoneración existente, la nueva Ley no ofrece grandes cambios de la normativa antecesora, pero si introduce un concepto y condición importante, la cual modifica en parte el tratamiento del sector. Se menciona que a partir de la entrada en vigencia de la Ley, o sea 1/07/2007, no regirá más la exoneración para la implantación de los bosques artificiales de rendimientos, salvo que se trate de bosques incluidos en los “*proyectos de madera de calidad*” definidos por el Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca. El Decreto reglamentario menciona que se entenderá por tal, *los calificados como Bosques de Rendimiento, que fueran sometidos a sistemas de manejo con podas y raleos para la obtención de madera libre de nudos, con el objetivo final de aserrado, rebobinado o faqueado, y que en el corte final tengan entre 100 y 450 árboles por hectárea y más de 15 años de plantados. La madera producto del manejo y parte de la cosecha final podrá tener cualquier destino, pero en la cosecha final la madera con fines aserrables, o de producción de chapas no podrá ser inferior al 20% (veinte por ciento) de la cosecha total. Se asimila a esta categoría la madera producto de aquellos calificados como Bosques Protectores Artificiales.*

Se menciona posteriormente que la Dirección General Forestal, emitirá previo a la cosecha, un certificado especificando si el bosque califica dentro de los parámetros establecidos, y cumple con la calificación de “**proyectos de madera de calidad**”.

Vale mencionar, que si gozarán de la exoneración los “rebrotos de bosques cosechados”, que se originen sobre montes ya talados. Esto podría causar problemas aparejados, ya que no se va a saber si la madera que se esta comercializando, es de crecimiento o de implantaciones nuevas.

Lo que se considera de calidad no es la madera en si misma, sino el monte, por lo tanto el 80% de la madera que egresa de ese proyecto, puede tener cualquier fin, y de todas formas gozar de la exoneración de renta, siempre y cuando al menos el 20% final tenga un fin aserrable, como lo menciona la norma.

Siguiendo con el análisis específicamente tributario, el artículo 42, del Decreto reglamentario del IRAE, denominado este como “**Otros gastos admitidos**”, menciona que: “*Se admitirá la deducción íntegra de los gastos que se enumeran a continuación, en tanto sean necesarios para obtener y conservar las rentas gravadas, siempre que se cuente con documentación fehaciente*” y en su numeral 20, se encuentra el costo de adquisición de productos forestales (modificación esta introducida por el Decreto N° 496/007 de 17.12.007, artículo 3°). Esta salvedad se establece para incentivar el sector, ya que la adquisición de productos forestales que se encuentren exonerados del impuesto en mención, no podrían ser deducibles como costo del ingreso gravado, debido a que ahora existe la regla de la proporción en cuanto a la deducibilidad de los gastos en lo que respecta a la liquidación del Impuesto a la Renta.

30 Decreto 794/008, de 29 de diciembre de 2008. “Artículo 4°.- Fijanse las siguientes tasas del Impuesto a la Enajenación de Bienes Agropecuarios, para los hechos generadores acaecidos a partir del 1° de noviembre de 2008:

...

m) Productos de origen forestal 0,00%

n) Caña de azúcar 0,10%

k) Restantes productos agropecuarios 1,50%”

Asimismo el art. 21, lit. H), num. 5, del Título 4, Texto Ordenado 1996, establece que se pueden deducir como gasto en la renta bruta, en cuanto correspondan al ejercicio, las inversiones en la implantación de bosques protectores o de rendimiento. Sin importar si estos bosques gozan o no de los beneficios fiscales.

Por lo tanto, y de acuerdo a los principios generales de deducción del impuesto objeto de análisis, solo resultan deducibles los gastos necesarios para obtener y conservar la renta gravada (entre otras condiciones, las cuales sin perjuicio de esta excepción, deben ser cumplidas). Por lo que si se trata de bosques que gozan del beneficio fiscal de exoneración, ninguno de los gastos asociados debería ser deducible, por lo que en este caso se está alterando el principio anteriormente mencionado.

Vale destacar que la deducción de gastos de implantación en el ejercicio en que se realizan sólo tendría incidencia económica en el caso de que paralelamente a la actividad forestal exonerada se desarrollen otro tipo de actividades no exoneradas, como cualquier otra actividad forestal no comprendida en esta exoneración.

Otro punto a destacar, es el criterio adoptado por la Administración Tributaria, en consulta número 4.760, respecto a la venta de un inmueble forestado, mencionando que el monte se encontraba con la exoneración de renta establecida por el artículo 8 de la Ley 15.939. Respondiendo: "... habrá que separar por un lado el valor de la tierra, cuya enajenación estará gravada por el IRAE, y por otro el valor del monte, cuya enajenación estará exonerada siempre que se encuentre dentro de las condiciones del artículo 8 de la Ley N° 15.939."

Por lo tanto si la enajenación se realiza toda junta, estará gravada por IRAE, pero si se separa el monte, (siempre y cuando cumpla con las condiciones de exoneración) de la tierra, estos ingresos gozarán de la exoneración de renta. Hay que mencionar, que la tierra enajenada (separada del monte), estará gravada siempre y cuando supere el tope establecido por el artículo 162 del Decreto 150/007, y haya optado por IMEBA. El mismo exonera las ventas de bienes de activo fijo afectados a la explotación agropecuaria, que no superen en el ejercicio las 300.000 UI (trescientas mil Unidades Indexadas) valuadas a la cotización vigente al cierre, por quienes hayan optado por tributar el Impuesto a la Enajenación de Bienes Agropecuarios (IMEBA).

3.2.2) Impuesto al Valor Agregado

Mantiene las mismas condiciones que las mencionadas anteriormente, previamente a la entrada en vigencia de la Ley de reforma tributaria. Vale recordar la condición establecida a los efectos de tener crédito fiscal, (por vender un producto con IVA en suspenso) que se debe tener la actividad agropecuaria para tener derecho al crédito

A continuación se detallan, a modo de una mejor exposición resumida, como quedarían gravadas una serie de transacciones de productos básicos del sector forestal:

| | |
|--|--|
| Venta de Bosques en pie, árboles talados, y descortezados. Venta de producción propia. | con IVA en suspenso, con derecho a recuperar IVA compras |
| Reventa de Bosques en pie, árboles talados, y descortezados. Producción Ajena | Productos exonerados de IVA. |
| Venta de rolos trozados o chipeados, tanto producción propia como ajena | Gravado a tasa básica |
| Servicio de trozado, descortezado y Chipeado, y cualquier otro servicio Industrial | Gravado a tasa básica |
| Venta de Leña | Exonerado |
| Venta de cualquier producto forestal Industrializado | Gravado a tasa básica |
| Venta de piques y postes (insumos agropecuarios) | Exonerado |

| | |
|--|---|
| Venta de subproductos forestales, como ser corteza, cáscara, aserrín, etc. | Gravado tasa básica, por sufrir proceso industrial. |
|--|---|

Hay que mencionar, que con la entrada en vigencia de la reforma tributaria, se comenzó a gravar con IVA el suministro de agua, solo quedando exonerado el consumo familiar básico, hasta los 15 metros cúbicos.³¹ Insumo este importante en los productores forestales. Posteriormente se exoneró de IVA, a partir del 1° de setiembre de 2007, el suministro de agua que tenga por destino el riego en explotaciones agropecuarias, con el cumplimiento de 3 condiciones:

a) *Que las obras hidráulicas cuenten con un proyecto de obra y derecho al uso del agua aprobado por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas.*

b) *Que el plan de uso y manejo de suelos y aguas haya sido aprobado por el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca.*

c) *Que se cuente con la autorización ambiental previa del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, siempre que corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 16.858 de 3 de setiembre de 1997.³²*

Asimismo hay que destacar que se encuentran exonerados los servicios de seguros y reaseguros que cubran contra los riesgos de incendio y climáticos a los cultivos forestales ubicados dentro del territorio nacional.³³

Otro punto a mencionar dentro del análisis de este tributo, y las particularidades del sector forestal, es el tratamiento especial para el transporte terrestre de los productos forestales. Este se encuentra gravado a tasa básica (recordar que los transportes no se consideran más una prestación accesoria al producto principal)³⁴ siendo pasible de la retención del 60% del IVA incluido en el precio, por estar comprendidos como Responsables de Obligaciones Tributarias de Terceros, cuando el que adquiere el producto es exportador del mismo (lista taxativa establecida en artículo 9, literal f, del Decreto 62/003, sustituido por el Decreto 331/003).

Posteriormente el Decreto 228/009, de 19 de mayo de 2009,³⁵ establece en su artículo 1°, un régimen de retención del Impuesto al Valor Agregado correspondiente a las adquisiciones que las empresas forestales realicen de los siguientes bienes y servicios:

- preparación de suelos, aplicación de específicos (fertilizantes, herbicidas e insecticidas), manejo de plagas, producción y plantación de plantines, podas, raleos, mediciones, cosecha (corte, picado y descortezado), extracción y transporte, así como supervisión de las actividades referidas.

Por lo tanto las empresas forestales contribuyentes de IRAE, retendrán un 60% del IVA incluido en la operación, cuando realicen la compra de algunos de los bienes o servicios mencionados anteriormente.

3.2.3) Impuesto al Patrimonio

La exoneración de patrimonio dada por el artículo 39, de la Ley 15.939, visto anteriormente de la entrada en vigencia de la reforma tributaria, sigue manteniéndose sin modificación, ni teniendo que cumplir con alguna condición extra, como por ejemplo se vió para la exoneración de IRAE. Esta se encuentra en el artículo 25, del Título 14, Texto Ordenado 1996. Lo que si se estableció es que *“estos activos se restan de las deudas deducibles a los efectos de la determinación del pasivo computable”*,³⁶ lo que establece un cambio de criterio a lo que sucedía

31 Art. 42 Decreto reglamentario de IVA, 207/007, de 18 de junio de 2007.

32 Condiciones establecidas en el artículo 39 bis, Decreto reglamentario de IVA, 207/007, de 18 de junio de 2007. Artículo agregado por el Decreto 496/007, de 17 de diciembre de 2007.

33 Artículo 19, 2, D), del Título 10, Texto Ordenado 1996.

34 Artículo 8, del Decreto 62/003, de 18 de febrero de 2003, menciona lo siguiente: “Establécese que los fletes terrestres de carga no constituyen prestaciones accesorias a los bienes transportados. En todos los casos el referido servicio deberá estar debidamente discriminado en la factura o documento equivalente”.

35 Sustitutivo del Decreto 786/008, de 22 de diciembre de 2008.

36 Expresión encontrada en pregunta frecuente 6.4.7.2.001, en sitio web de DGI: www.dgi.gub.uy.

anteriormente a la entrada en vigencia de la reforma tributaria, en la que estos activos se consideraban activos exentos para la deducción de pasivos.

Otro gran cambio impuesto por la ley 18.083 de reforma tributaria, fue que eliminó la exoneración del Impuesto al Patrimonio que regía para el patrimonio afectado a las explotaciones agropecuarias,³⁷ siempre que sus titulares fueran: a) entidades residentes y tengan el total del patrimonio representado por títulos al portador; b) o sean entidades no residentes, salvo cuando se trate de personas físicas. Por tal motivo, si se trata de sociedades con títulos al portador o personas jurídicas no residentes, su patrimonio no va a estar exonerado de tal impuesto.

Una gran modificación introducida posterior a la entrada en vigencia de la ley 18.083, de reforma tributaria, fue la establecida por la ley 18.092, del 7 de enero de 2007, la cual estableció en su artículo 1° que, *“las sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones comprendidas en la Ley N° 16.060, de 4 de setiembre de 1989, podrán ser titulares de los inmuebles rurales y de las explotaciones agropecuarias siempre que la totalidad de su capital accionario estuviere representado por acciones nominativas pertenecientes a personas físicas”*.³⁸ Asimismo en su artículo segundo, estableció que dispondrán del plazo dos años a contar de la promulgación de la presente Ley,³⁹ para adecuar el capital accionario. Vencido este plazo, y sin haber sustituido la totalidad del capital accionario, estas sociedades se consideraran disueltas de pleno derecho a todos los efectos legales.⁴⁰ Actualmente la ley 18.638, de 28 de diciembre de 2009, extendió el plazo para la sustitución de la totalidad del capital accionario, hasta el 30 de junio de 2011, fecha límite para adecuarse a la norma.

Como punto interesante a resaltar de lo mencionado anteriormente, es que si dicha disolución de aplica de pleno derecho a todos los efectos legales, o sea, por el sólo mandato de la ley y transcurso del plazo, la misma se encuentra exonerada de todo tributo.⁴¹ No siendo así para aquellas disoluciones realizadas por el particular en forma voluntaria, para las cuales no será de aplicación dicha exoneración. Este criterio mencionado, fue el expresado por la Administración Tributaria, en Consulta N° 4.721.

Valuación Fiscal

De acuerdo a lo establecido en el artículo 105, del Decreto 150/007, la existencia de cosechas (bosques) se puede valorar, a opción del contribuyente, a costo de producción, o al precio de costo en plaza o mercado al cierre de cada ejercicio.

Dependiendo del criterio de valuación adoptado, varía el momento en que se reconoce la ganancia. En caso de optar por costo de producción, se van activando los gastos y la ganancia se reconoce en el momento de la venta, sin realizar un reconocimiento anticipado de renta antes de la misma; mientras que si se opta por valor de mercado, los costos se van tirando a gastos y la ganancia se reconoce al cierre de cada ejercicio derivada del crecimiento del activo biológico. Criterio este último adoptado por la Norma Internacional de Contabilidad (Nic) 41, denominada “Agricultura”, la cual establece como criterio general que un *“...activo biológico debe ser medido, tanto en el momento de su reconocimiento inicial como en la fecha de cada balance, a su valor razonable menos los costos estimados hasta el punto de venta...”*.

El criterio a adoptar de la valuación fiscal, dependerá de la decisión de cada empresa, en la que incidirá, entre otras causas, si se trata de bosques exonerados o no de renta.

37 Exoneración esta impuesta por la Ley 17.345, de 31 de mayo de 2001, en su artículo 16.

38 Vale mencionar, que si las participaciones patrimoniales fueran nominativas, pero sus titulares no fueran personas físicas, la referida participación se considerara al portador. Otro aspecto a destacar es que si una sociedad tuviera la totalidad de su capital accionario representado por acciones al portador, pero esta sociedad cotizara sus títulos en la Bolsa de Montevideo, se les dará el mismo tratamiento como si fueran participaciones nominativas propiedad de personas físicas.

39 Desde el 7 de enero de 2007.

40 El plazo mencionado anteriormente fue extendido en el tiempo por sucesivas normas posteriores, que extendieron la disolución de las sociedades en el tiempo.

41 Artículo 2, Inciso N° 3, Ley 18.092, del 7 de enero de 2007.

3.2.4) Contribución Inmobiliaria

El artículo 39, de la Ley 15.939, menciona que los bosques artificiales existentes o que se planten en el futuro, declarados protectores según el artículo 8, o los de rendimiento en las zonas declaradas de prioridad forestal y los bosques naturales declarados protectores de acuerdo al mencionado artículo, así como los terrenos ocupados o afectados directamente a los mismos, estarán exonerados de la contribución inmobiliaria rural.

Posteriormente a la entrada en vigencia de la ley de reforma tributaria, la ley 18.245 del 27 de diciembre de 2007, deroga la exoneración mencionada anteriormente, y solo la mantiene la misma para los bosques incluidos en los proyectos de madera de calidad definidos por el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, y para los bosques naturales declarados protectores de acuerdo al artículo 8° de la Ley N° 15.939, de 28 de diciembre de 1987. Por lo tanto, estos son los únicos que mantendrán la exoneración de la contribución inmobiliaria rural. Los restantes bosques de rendimiento, plantados antes de la entrada en vigencia de la reforma, en zonas de prioridad forestal, los cuales gozan de la exoneración de Impuesto a la renta, no tendrán más la exoneración de la contribución inmobiliaria, salvo que se incluyeran en proyectos de madera de calidad. Es importante destacar este corte de la exoneración para estas plantaciones, ya que dejan de gozar de esta exoneración mencionada, no siendo así en cuanto al impuesto a la Renta.

3.2.5) Reintegros de Exportación

Los “reintegros de exportación” o devolución de impuestos indirectos y de tributos, consisten básicamente en la devolución por parte del Estado de una porción de los impuestos incluidos en el costo del producto terminado que se exporta. De esta manera se reembolsa a los exportadores los tributos nacionales que debieron pagar y no son deducibles como crédito fiscal.

Estos beneficios se aplican a las mercaderías exportadas en función de listados de tasas o fictos que publica el Poder Ejecutivo (para el régimen de Devolución de Tributos sólo se publican tasas, no fictos).

Tienen derecho a estos beneficios las empresas que industrialicen productos de exportación, o las que comercialicen con el exterior exportándolos en el mismo estado en que los adquieran. Por tal motivo las industrias del sector forestal gozan del beneficio de reintegros, cuando estos bienes son exportados.

Los porcentajes aplicados, dependen de cada producto y los mismos van sufriendo modificaciones a los efectos de incentivar o no, la exportación de determinado producto forestal.

Actualmente el rubro “Madera Eucalyptus” (NCM 4403990010), quedó sin el beneficio del reintegro, el cual ascendía al 2% sobre el valor de exportación.⁴² Esto se debió a un cambio de rumbo fiscal, debido a que los productos forestales exportados generen valor agregado para el país, y que no solamente se exporte productos que no generaron trabajo por medio de la aplicación de algún proceso industrial. Alineado esto, con la reforma introducida en la Ley 18.083, en cuanto a la condición establecida para los emprendimientos forestales, de gozar de la exoneración de Renta, si se encuentra dentro de un Proyecto Madera de Calidad.

Asimismo en una etapa anterior, se le había sacado también el beneficio, al rubro “Postes de Eucalyptus” (NCM 4403100021), pero a partir del 30 de enero de 2010, se volvió a otorgarle nuevamente el beneficio, con el porcentaje de 2%.

42 Decreto 230/007, de 29 de junio de 2007.

CAPITULO IV

CONTROLES POSTERIORES A LOS BENEFICIOS OTORGADOS

4.1 Trámite ante la Dirección General Forestal para acceder al certificado que habilite el beneficio fiscal

Para poder hacer uso de los beneficios impositivos otorgados a la actividad forestal, los interesados deberán contar con el Certificado de Inscripción, en el Registro de Bosques, otorgado por la Dirección General Forestal.

“Dicho certificado será expedido para cada exoneración. Sólo tendrá validez para el acto o hecho gravado a que se refiere o para el ejercicio fiscal en el que sea presentado según corresponda. El certificado deberá establecer:

- a) *la individualización del bosque o plantación.*
- b) *su calificación como protector, o de rendimiento.*
- c) *la superficie afectada al bosque o plantación”.*⁴³

Todos los emprendimientos forestales, como primer paso, deben presentarse ante la Dirección General Forestal, para ingresar su Proyecto Forestal. El mismo se conformará con el fin, de que este organismo pueda contar con todos los datos referentes al emprendimiento. Este se ingresará en medios manuales, y contendrá toda la información referente al proyecto. Posteriormente es estudiado por los funcionarios del organismo receptor, los cuales cargarán los datos informáticamente, y se otorgará o no el certificado correspondiente, a los efectos de poder contar con las exoneraciones impositivas.

A partir de la reforma tributaria, y de los cambios introducidos por ésta, todos los nuevos bosques que se implanten, a los efectos de poder contar con los beneficios fiscales, deberán clasificarse como Proyectos de Madera de Calidad. Por tal motivo, además del proyecto mencionado anteriormente, las empresas deben presentar ante la Dirección General Forestal, un informe técnico donde se describa el manejo que se le dará al bosque, y que este cumplirá con las condiciones establecidas en el Art. 162, y por ende quedarán incluidos como madera de calidad del Decreto 150/07.⁴⁴

De esta forma la Dirección General Forestal, emitirá previo a la cosecha de aquellos bosques plantados, un certificado especificando si el bosque califica como un proyecto de madera de calidad.

Corresponde mencionar que si el nuevo emprendimiento forestal, se encontrara en una ubicación geográfica del territorio, no declarada de prioridad forestal, a solicitud de parte interesada se puede pedir un análisis del terreno. El sector suelos de la Dirección General Forestal se ocupará de inspeccionar el mismo y expedir su opinión, respecto a si puede ser clasificado de prioridad forestal o no. En caso afirmativo, se continúa los trámites normales establecidos para gozar del beneficio.

Otro punto importante a destacar es que todo emprendimiento implantado antes de la entrada en vigencia de la reforma, que ya cuenta con las exoneraciones de Impuesto a la Renta, e Impuesto al Patrimonio men-

43 Art. 11, Decreto 247/89. Se anexa instructivo para la presentación de los Proyectos Forestales.

44 Art.162: “.....A los efectos de la exoneración dispuesta por el artículo 73° del Título que se reglamenta, se entiende por proyectos de Madera de Calidad los calificados como Bosques de Rendimiento, que fueran sometidos a sistemas de manejo con podas y raleos para la obtención de madera libre de nudos, con el objetivo final de aserrado, debobinado o faqueado, y que en el corte final tengan entre 100 y 450 árboles por hectárea y más de 15 años de plantados. La madera producto del manejo y parte de la cosecha final podrá tener cualquier destino pero en la cosecha final la madera con fines aserrables, o de producción de chapas no podrá ser inferior al 20% (veinte por ciento) de la cosecha total. Se asimila a esta categoría la madera producto de aquellos calificados como Bosques Protectores Artificiales.

Los rebrotes de bosques cosechados o el manejo de su regeneración natural no se consideran como bosques nuevos. La Dirección General Forestal, emitirá previo a la cosecha de aquellos bosques plantados luego de la promulgación de la Ley N° 18.083, un certificado especificando si el bosque califica dentro de los parámetros establecidos y cumple con la calificación de proyecto de madera de Calidad.”

cionadas anteriormente, podrá de todas formas, ingresar un informe técnico, a los efectos que se lo incluya dentro de un proyecto de madera de calidad.

Se anexa Instructivo a ser presentado ante la Dirección Forestal (anexo 2), a los efectos de inscripción e ingreso de los proyectos forestales, el cual debe estar certificado por un Ingeniero Agrónomo y acompañado de una carta de presentación del proyecto, firmada por él o los interesados.

4.2 Controles que se realizan sobre proyectos forestales

Dirección General Forestal

Según el Art. 13, del Decreto 247/89, *“la Dirección Forestal de la Dirección General de Recursos Naturales Renovables del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca podrá realizar inspecciones para comprobar el cumplimiento del proyecto de forestación presentado por el beneficiario, así como la ejecución del plan de manejo y ordenación para las operaciones culturales, de explotación y regeneración del bosque.*

En caso de comprobarse incumplimiento, realizará la anotación respectiva en el Registro de Bosques y formulará las denuncias correspondientes ante los organismos competentes a sus efectos.

Como se menciona en el artículo normativo precedente, la Dirección General Forestal es la que tiene la potestad de realizar los controles inspectivos en el bosque, y cotejar que se esté cumpliendo con lo comprometido en el Proyecto Forestal. El gran problema que sufre este organismo, es la falta de recursos humanos, indispensables para realizar toda actividad de contralor. Dicho organismo, posee dependencias y sectores sin personal, debido a la falta de asignación de recursos financieros.⁴⁵

Un elemento sustancial para desarrollar la tarea de contralor, es contar con un inventario forestal actualizado. Actualmente se está en proceso de elaboración de dicho inventario, para lo cual se han tomado muestras de diferentes padrones forestados (representan un 26% del territorio total forestado), a los efectos de poder determinar los tipos de especies cultivados y luego extrapolarlo al resto de los terrenos. El relevamiento incluyó 1.200 puntos de muestreo en las zonas más representativas de los departamentos de Rivera, Tacuarembó, Paysandú, Río Negro, Soriano, Cerro Largo, Durazno, Rocha, Maldonado y Lavalleja.⁴⁶

El cometido principal de dicho estudio es construir una base de datos que permita el monitoreo continuo de los recursos forestales, herramienta vital a la hora de realizar controles y diseñar políticas.

Los resultados obtenidos a la fecha muestran errores de muestreo de entre 5% y 10%, siendo muy satisfactorios estos valores.⁴⁷ A esto se suma que el Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca anunció que se incluirá en la Ley de Presupuesto Quinquenal, los recursos necesarios para inventariar el 100% del territorio nacional, lo que permitirá cubrir una de las carencias más significativas de la Dirección General Forestal.

La importancia de incluir al Inventario Nacional Forestal (INF) como una tarea continua, institucionalizada y presupuestada fue destacada por el Ing. Ricardo Echeverría (coordinador del proyecto INF) ya que permitirá darle un marco de permanencia y seguridad a dicho trabajo. A esto se sumó la declaración de Daniel Garin (Sub Secretario de Ganadería), que confirmó la asignación del presupuesto mencionado anteriormente, y además estableció el compromiso de cumplir el objetivo para el fin del quinquenio, de inventariar el 100% del territorio nacional.

De cumplirse los objetivos establecidos, los mismos permitirán evaluar los cambios en la masa forestal de todo el territorio, pudiendo realizar verificaciones como por ejemplo origen, estado y extensión de los mismos, así como cumplimiento de los requisitos de madera de calidad.

Dirección General Impositiva

45 Datos obtenidos en la entrevista con el Ing. Agr. Juan Pablo Nebel Fuentes, mantenida en la Dirección Forestal.

46 Fuente: www.todoelcampo.com.uy.

47 Fuente: www.todoelcampo.com.uy.

Los controles que realiza actualmente la Dirección General Impositiva, se enmarcan básicamente en una auditoría a nivel tributario, en la cual toma como un dato aportado por la empresa, que los bosques, y por ende la madera comercializada, goza de las mencionadas exoneraciones. Esto se materializa solicitando a la empresa el aporte del certificado emitido por la Dirección General Forestal, y si la misma cuenta con este, se valida las exoneraciones fiscales. No se realiza un control de campo respecto a si la madera comercializada, es o no originaria de bosques que cuentan con las exoneraciones. Como se mencionó anteriormente, la competencia de la inspección de campo, le corresponde a la Dirección General Forestal.

Vale mencionar, que al presente este organismo no cuenta con herramientas que permitan un adecuado y sencillo control, ni tampoco con el personal calificado para realizar tal tarea. El punto medular a cotejar, es que los ingresos declarados por los particulares como exonerados, son originarios de madera que cumple con las condiciones establecidas, y que esta sea originaria de determinados lugares declarados como prioridad forestal.

A los efectos de tener un mínimo control y seguimiento de las plantaciones realizadas por los distintos particulares, los propios funcionarios inspectivos, solicitan a aquellas empresas que declaran ingresos exonerados, la elaboración de un "planillado", en el cual informalmente se detallará la evolución de la producción forestal.⁴⁸ En este, cada empresa declara: los padrones forestados por departamento, la fecha de plantación, el destino final de la misma, el área que se encuentra declarada de prioridad forestal en cada padrón, la cantidad extraída y la que queda aproximadamente a extraer, entre otros datos más. De esta forma, el funcionario, puede realizar un mínimo seguimiento de lo declarado por la empresa. Sería conveniente, sustentar dicha información con un control de campo, que permita cotejar la información y asimismo generar una percepción de riesgo de control.

Continuando con los diferentes puntos controlados por este actor del sector público, como en toda auditoría fiscal, se solicita al particular el aporte de toda la documentación que respalde las operaciones declaradas. Por lo tanto, se intima a presentar la documentación de ventas, como de todos los egresos que componen la estructura de costos de la empresa. Lo que posteriormente se coteja con lo autodeclarado por el particular.

Certificaciones de calidad: Forest Stewardship Council (F.S.C.)

A nivel mundial existen organismos internacionales que certifican la calidad de los productos generados en las empresas forestales. En ese sentido, se destaca la Forest Stewardship Council (F.S.C.), que certifica el cumplimiento de determinados cánones de calidad y manejo responsable del bosque.

La FSC es una organización independiente, no gubernamental, sin fines de lucro, establecida para promover la gestión responsable de los bosques del mundo. Esta certificación proporciona reconocimiento internacional en el cumplimiento de normas, marcas de garantía y de acreditación de servicios a empresas, organizaciones y comunidades interesadas en la silvicultura responsable. La certificación mencionada, entre otros requerimientos, controla lo siguiente:

- Prohíbe la conversión de bosques naturales o de otro hábitat.
- Prohíbe el uso de plaguicidas altamente peligrosos.
- Prohíbe el cultivo de árboles genéticamente modificados (OGM).
- Respeta el derecho de los pueblos indígenas de todo el mundo.
- Realiza controles de cada operación certificada -al menos una vez al año - y si no se cumple, el certificado se retira.

Es fundamental para las empresas contar con esta certificación, ya que para poder acceder comercialmente a determinados mercados, sensibles al medio ambiente, si no están certificados por FSC, su mercadería podría llegar tener trabas en el ingreso.

Esta certificación aporta un mayor grado de confiabilidad, ya que las empresas que cuentan con la misma, son inspeccionadas una o dos veces al año por personal acreditado de la calificador, que controla una serie

⁴⁸ Se anexa copia del mismo y de su instructivo. Anexo 3.

de aspectos pormenorizadamente, dentro de los que se destacan el cumplimiento de la gestión y políticas gubernamentales,⁴⁹ y el plan de manejo comprometido del bosque.

4.3 Planteo de problemas y puntos críticos del sistema

A continuación, se plantean algunos de los problemas más notorios que se encuentran actualmente en el sistema, que podrían estar implicando la asignación de exoneraciones a emprendimientos que no cumplen con las condiciones requeridas.

- No existe guía de transporte para los productos forestales, que aportaría mayor certeza tanto para determinar el origen de la madera, la clasificación de la misma, el destino, las cantidades, etc. Vale mencionar que lo único que actualmente cuenta con guía para su traslado, es el bosque nativo. El motivo de la ausencia de tal elemento de contralor, es la gran cantidad de transporte existente en las rutas nacionales, transportando estos bienes, y la poca cantidad de recursos asignables.

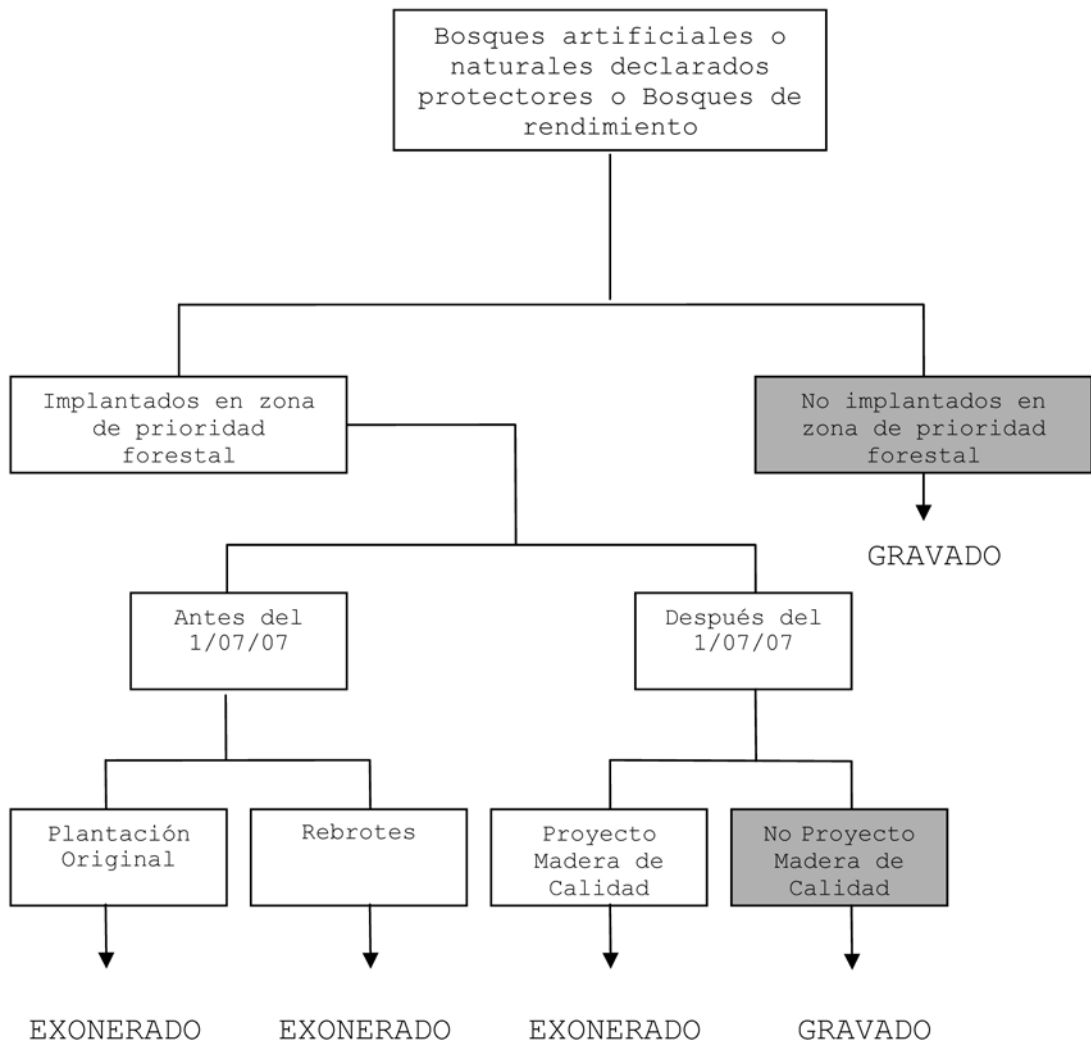
- Actualmente la policía es la encargada de intervenir las guías vigentes. El principal limitante que se plantea para la incorporación de guías al transporte de todo tipo de madera, es el volumen de trabajo que implicaría para los agentes policiales. Asimismo aplicar este tipo de control, implicaría necesario que dichos recursos humanos, estén calificados para poder realizar un control efectivo.⁵⁰

- Un nuevo punto crítico a la hora de cotejar que los ingresos obtenidos por las empresas forestales se encuentran exonerados, se vincula con la entrada en vigencia de la Reforma Tributaria. Antes de dicha reforma, existían bosques de rendimiento que se encontraban en zonas de prioridad forestal y gozaban de beneficios fiscales, y otros bosques que no lo hacían. El punto clave a controlar, era si la madera comercializada, era originaria de uno u otro bosque. Situación que de por sí, ya planteaba problemas muy difíciles de dilucidar. Posteriormente con la modificación de la Ley mencionada anteriormente, se establece que los rebrotes que se obtengan de los bosques exonerados, seguirán gozando de los beneficios, por lo que se adiciona otro factor de incertidumbre a la hora de cotejar el origen. Ya no solo se investigará si se trata de madera obtenida, de bosques forestados en zona de prioridad forestal o no, sino que también se deberá analizar si se trate de un rebrote o nueva plantación posterior al 01/07/2007. Y por último, la modificación más importante de dicha Ley, es la definición de beneficios fiscales para los bosques plantados con posterioridad al 1/07/2007, y que sean declarados como "Proyecto Madera de Calidad". Esta última modificación termina de complejizar aún más el escenario de control al momento de determinar, que madera corresponde a aquella a ser beneficiada por la exoneración fiscal. Por todos estos argumentos y modificaciones surgidas, es que se hace sumamente imprescindible, saber el origen del producto comercializado, y que no se distorsione el mismo, ya que dependiendo del terreno, año de plantación, o destino final del bosque, va a pagar una suma cuantiosa de tributos, o no.

A modo de resumen de lo mencionado, se plantea un esquema ilustrativo de las diferentes alternativas:

49 Vale aclarar que las políticas gubernamentales que controla esta organización, son con respecto a temas medioambientales y no en cuanto al cumplimiento de otras condiciones, la cual recae en los otros actores estatales mencionados.

50 "...al utilizarse el control policial para intervenir las guías, agregar otro registro más a los que ya realizan, sería saturar el sistema, mas aún teniendo en cuenta la gran cantidad de camiones que transitan las rutas, transportando productos forestales...". Palabras expresadas por el Ing. Nebel Fuentes en entrevista mantenida en la Dirección Forestal.



Actualmente se pueden encontrar emprendimientos que cumplan alguna de estas características, tanto sean por diferentes momentos de implantaciones, o por la condición del bosque, y cada una de ellas puede igualmente gozar de los beneficios. Cualquier otra situación que no cumpla con lo mencionado en el esquema anterior, no gozará de estos.

Con lo mencionado anteriormente, se puede concluir que el gran problema a resolver, es determinar el origen de la madera comercializada.

- Peritajes técnicos. Para poder realizar una adecuada tareas de control, se requiere contar con la cantidad y calificación del personal adecuado, lo que en la práctica muchas veces se encuentra limitado por no contar con los adecuados recursos, ni tampoco con el personal idóneo.

A la hora de la capacitación de técnicos agropecuarios en Uruguay, la misma se canaliza a través de la Universidad del Trabajo, la Universidad Católica del Uruguay y/o la Universidad de la Empresa. Por otro lado, en lo que respecta a la capacitación a nivel terciaria, esta se imparte fundamentalmente en la Facultad de Agronomía de la Universidad de la República, y en la Facultad de Química e Ingeniería de la Universidad de República, que también brindan formaciones referidas a áreas específicas relacionadas al sector.

La principal carencia que se puede encontrar, como se mencionó anteriormente, es la falta de personal especializado en el sector forestal, además de la capacitación a nivel terciario agropecuaria. Esto lleva a una competencia de las empresas por obtener ese personal, al existir una baja articulación entre la oferta de capacitación y los requerimientos de la demanda. Cabe destacar que a pesar de que se vienen incrementando los programas de capacitación para el sector, también continúa creciendo la demanda de recursos humanos, con la instalación de las nuevas plantas de celulosa.

Por lo mencionado anteriormente, existen grandes dificultades al momento de contratar personal acorde para la tarea de control del sector. A esta problemática se suma el hecho de que estos controles se realizan en el interior del país, lo que hace necesario disponer de personal, no solo capacitado en la materia, sino también con disponibilidad para trasladarse constantemente a diferentes puntos del país.

- Otro problema que se presenta, es que la constatación del efectivo cumplimiento de lo comprometido por las empresas al presentar los proyectos, se realiza al final del proceso productivo, y luego de haber recibido por mucho tiempo los beneficios fiscales. Esto puede llevar a casos de emprendimientos forestales que obtuvieron ingresos por cosechas de turnos intermedios, y los mismos gozaron de los beneficios fiscales, sin cumplir con lo establecido para el turno final.⁵¹

El gran inconveniente es que una vez que se determinó el no cumplimiento de lo comprometido, ya pasaron al menos 15 años de implantado el bosque, y unos cuantos años de haber recibido los ingresos mencionados en el párrafo anterior. Las cuestiones que se plantean entonces, son las siguientes: ¿que medidas se tomarán al respecto? (ya que se generaron adeudos por no haber pago tributos por los ingresos); ¿no habrán prescrito el plazo al cobro dichos tributos debido a la cantidad de años transcurridos?⁵² ¿habrá comunicación entre la Dirección Forestal y la Dirección General Impositiva, del incumplimiento detectado al final de lo proyectado?

Por lo mencionado, parecería que las condiciones introducidas son muy difíciles de cotejar, ya que establece un cumplimiento, en un período prolongado de tiempo posterior al que se gozó de las exoneraciones.

- Como se mencionó anteriormente, uno de los grandes problemas que enfrenta la Dirección Forestal es la escasez de recursos humanos, los cuales son indispensables para realizar las funciones de contralor. Además de la incidencia directa en el control de campo, esta escasez también repercute en tareas administrativas de archivo informático de los proyectos beneficios.

- No existe actualmente un canal de comunicación preestablecido entre los dos organismos gubernamentales actuantes. Si la Dirección Forestal encuentra que una empresa no cumplió lo comprometido en el proyecto elaborado, el cual dio origen a los certificados correspondientes, esta sancionaría a dicha empresa, pero no tendría incidencia a nivel fiscal, porque no existe comunicación entre ambas direcciones.

4.4 Propuestas de mejoras en el sistema de control actual

A continuación se presentan algunas ideas, que permitirían minimizar las distorsiones que la realidad del origen de la madera, su clasificación y la fecha en que fue plantada, pueden generar sobre el otorgamiento de beneficios fiscales y los objetivos perseguidos a través de la legislación actual.

El instrumentar nuevos controles, no mitigará en su totalidad las distorsiones que puedan existir, pero aumentará en un grado significativo la información sobre los emprendimientos forestales, y el principal

⁵¹ Ingresos obtenidos por raleos, y cortes intermedios, los cuales principalmente tiene por destino la pulpa de celulosa.

⁵² Art. 38, C.T.1996.- (Prescripción).- I. El derecho al cobro de los tributos prescribirá a los cinco años contados a partir de la terminación del año civil en que se produjo el hecho gravado; para los impuestos de carácter anual que gravan ingresos o utilidades se entenderá que el hecho gravado se produce al cierre del ejercicio económico. El término de prescripción se ampliará a diez años cuando el contribuyente o responsable haya incurrido en defraudación, no cumpla con las obligaciones de inscribirse, de denunciar el acaecimiento del hecho generador, de presentar las declaraciones, y, en los casos en que el tributo se determina por el organismo recaudador, cuando éste no tuvo conocimiento del hecho.

resultado obtenido, sería un notorio aumento de la percepción del riesgo de control, generada este por un incremento en el conocimiento de los agentes intervinientes y una presencia de control efectiva.

Como paso inicial lo imprescindible que se deberá instrumentar, es una comunicación continua, fluida, e instrumentar un compromiso de trabajo en conjunto entre los dos actores involucrados en esta actividad, puntualmente la Dirección General Forestal y la Dirección General Impositiva. De esta forma cada una de las partes retroalimentaría a la otra, de los datos y recursos necesarios para asegurarse el adecuado control y del correcto destino de los beneficios fiscales otorgados. De no existir un mecanismo de coordinación entre ambos organismos a la hora de realizar los controles, tampoco existirá la comunicación, a los efectos de tomar acciones correctivas en caso de no cumplimiento.

Como segundo paso, se proponen controles específicos, los cuales para ser eficientes en su accionar, requieren como se mencionó anteriormente, una efectiva comunicación entre los dos entes de control.

1- Presentación de un inventario obligatorio por parte de las empresas, al inicio de la plantación, con proyecciones por año del mismo y previo a la cosecha.

Actualmente muchos de estos datos se presentan con el ingreso del proyecto, pero se hacen en medios manuales y se forman carpetas con los mismos, lo que dificulta en gran forma su seguimiento y control. Las empresas llevan informáticamente sus propios inventarios de las plantaciones, por lo que la solicitud del mismo sería un tema sencillo a cumplir.

Sería aconsejable, que los particulares presenten todos estos datos en planillas proporcionadas informáticamente por la Dirección General Forestal, para que todos los proyectos tengan un formato uniforme. Asimismo se podrían ingresar estos vía Web, y así quedar automáticamente ingresados al sistema, y evitar pérdidas de tiempo, y personal destinado a digitar los mismos.

Un punto a considerar podría ser un trabajo conjunto con la Dirección General Impositiva a la hora de la confección de la planilla a requerir, coordinando datos que ambos organismos consideren pertinentes y claves, ya que evidentemente los objetivos de los controles que realizan estos entes, son diferentes.

2- Establecer una comunicación permanente entre la Dirección General Forestal y la Dirección General Impositiva con información continua, a los efectos que cada vez que se detectan irregularidades se informen automáticamente al equipo inspectivo que inspecciona al sector forestal.

Lo ideal sería establecer una forma de comunicación predeterminada, por ejemplo que la primera envíe mensualmente planillas vía mail con las empresas que no cumplieron los requisitos, lo que permitiría una comunicación fluida y en tiempo real. En caso que la Dirección General Impositiva, detecte también irregularidades, las mismas deben ser comunicadas al organismo dependiente del Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca.

3- Teniendo en cuenta que los tiempos que se requieren para poder cotejar lo establecido en el Proyecto ingresado, y el compromiso asumido en el turno final, se propone la realización de controles intermedios.

Los mismos pudieran ser por ejemplo a los 4, 8 y 12 años de realizadas la plantación inicial, e ingresado el Proyecto de Madera de Calidad. Dichos controles permitirían examinar lo comprometido hasta las fechas transcurridas, analizar el manejo que se le está dando al bosque, y en caso de encontrar irregularidades, aplicar acciones correctivas, con los plazos adecuados.

Las fechas de controles sobre las plantaciones, pueden estar previamente establecidos, en la misma resolución que otorga los beneficios. Para esto será vital el trabajo en conjunto de los organismos involucrados, a los fines de comunicar cualquier irregularidad cotejada en los controles intermedios acordados.

4- Otro control que consideramos que aportaría datos fundamentales, pero mas específicamente en cuanto a la verificación de la procedencia del producto forestal comercializado, sería requerir una declaración jurada aportada por la empresa, la cual acompañe el documento respaldante de la venta, donde conste entre

otros datos, el origen de la madera, (Padrón rural, sección judicial, etc.) y si el bosque del cual origina, goza de las exoneraciones fiscales. Dicha declaración jurada, debería asimismo estar firmada por un Ingeniero Agrónomo, que oficie como certificador técnico, de lo declarado por la empresa. De esta forma, no solo se responsabilizaría al empresario, sino también al profesional que interviene y avala técnicamente lo declarado.

5- Otro control a sugerir, a los efectos de otorgar certeza al origen del producto forestal comercializado, sería intentar instrumentar el uso de las guías de tránsito, que acompañen el transporte de estos productos.

Por tal motivo, se debería determinar en forma conjunta, con las autoridades policiales, la cantidad óptima de controles, que no entorpezca su operativa habitual. De esta forma, aunque se realicen controles puntuales en forma aleatoria sobre la documentación que acompaña la mercadería que se transporta en algunos camiones, se estaría generando una obligación documental adicional, que otorgue una herramienta fundamental a los efectos de aportar certeza del origen del producto transportado.

6- Y por último, y de sustancial importancia, se sugiere la adopción por parte de los agentes gubernamentales, de un sistema privado de referenciación satelital, que permita un monitoreo continuo de todas las plantaciones existentes en territorio nacional.

Una vez que se incorporen informáticamente los inventarios forestales, la foto satelital puede ser un elemento de información vital, para cotejar la información brindada por las empresas.

Vale mencionar que en la actualidad, la Dirección General Impositiva, se encuentra en un proceso de investigación y posible compra de un sistema de imágenes satelitales.⁵³

Sensores satelitales como los de Landsat, no solo son capaces de captar y enviar información dentro del rango visible del espectro electromagnético, que serían los casos en que podríamos visualizar fotos del área en blanco y negro o a color, pero sin poder llegar a distinguir entre especies, sino que también son sensibles a otras longitudes de onda tales como infrarrojos cercano y medio. La información que se obtiene de esta forma está fuera de nuestro alcance visual, pero es de suma trascendencia respecto al material vegetal. Consiste en introducir una combinación de colores a la región infrarroja del espectro, pudiendo así diferenciar Eucalyptus de Pinos, e incluso si se toma como base información de campo, llegar a sacar conclusiones sobre la edad, y manejo de los mismos.

Teniendo en cuenta todos estos avances que nos brinda la tecnología satelital hoy en día, y que día a día la misma demuestra un mayor avance, sería fundamental contar con los mismos, a los efectos de controlar la evolución de plantaciones y cotejar lo comprometido con el ingreso del Proyecto Forestal.

CAPITULO V

CONCLUSIONES FINALES

A modo de conclusión de este trabajo, corresponde hacer una pequeña síntesis del contenido del mismo, y una evaluación final al respecto.

De acuerdo a todo lo mencionado en el primer capítulo de esta tesis, enfatizando en la cantidad de hectáreas forestadas por emprendimientos privados, y la gran cantidad de inversiones volcadas al sector en la etapa industrial del mismo, el rubro forestal se ha posicionado en el Uruguay como uno de los principales actores de la economía nacional.

⁵³ La DGI buscará contar con un sistema de "georreferenciación y control de imagen satelital". Para el Director General de la DGI, Cr. Pablo Ferreri esta "es una herramienta de fiscalización bien importante". Palabras expresadas por el Cr. Pablo Ferreri, en noticia publicada en diario El País, el día 16 de agosto de 2010.

Este estímulo se efectivizó, como se pudo repasar en todo el capítulo segundo, por el incremento de la demanda mundial de los distintos productos del sector, potenciado por el aumento de la población mundial, mas allá de algunas retracciones causadas por las crisis de algunos mercados puntuales.

Queda plasmado entonces en dicho capítulo, el gran desarrollo y auge que ha sufrido este sector a lo largo de los últimos años. Reflejo de esto, es la implantación de la primera planta de celulosa instalada en la localidad de Fray Bentos, los grandes emprendimientos multinacionales en la producción de tableros instalados en el departamento de Tacuarembó, así como la gran cantidad de grandes y medianas inversiones, instaladas a lo largo de todo el país. Estas inversiones han hecho que este sector sea destacado, en lo que respecta a las exportaciones y a la mano de obra insumida dentro de nuestro país.

Todo esto mencionado anteriormente, no se hubiera podido llevar a cabo sin el marco regulatorio correspondiente, lo que comprende desde la promulgación de la primer Ley Forestal, siguiendo por los posteriores Decretos y Leyes modificativas, con las correspondientes exoneraciones fiscales en las que ha invertido el país para dicho sector.

Como se mencionó en el capítulo cuarto, el sistema de control asociado a los beneficios fiscales de este sector, que se encuentra vigente actualmente, presenta importantes limitaciones en su implementación. En ese sentido se señalan como principales restricciones: recursos humanos escasos; inexistente relación entre los diferentes agentes gubernamentales; y la complejidad del control del origen de la materia prima forestal. Por tal motivo se proponen una serie de alternativas y puntos a tener en cuenta, que permitan alcanzar el objetivo principal de otorgar beneficios fiscales, a quienes verdaderamente se encuentran cumpliendo cada una de las condiciones establecidas en la norma. Beneficios estos cuantiosos, en los cuales el país realiza una apuesta muy significativa (ver cuadro siguiente), a los efectos de seguir consolidando un sector, que desde el año 1987 con la promulgación de la Ley Forestal, ha avanzado y expandido la extracción de la madera en el Uruguay año a año.

El siguiente cuadro expresa cuantitativamente el gasto tributario que realiza el Uruguay, por el otorgamiento de los mencionados beneficios, y cuanto es el porcentaje de este, en relación a la recaudación del sector agropecuario.

| EJERCICIOS | GASTO TRIBUTARIO FORESTACIÓN EN IRIC-IRAE (CIFRAS EXPRESADAS EN MILES DE PESOS) | RECAUDACIÓN DEL SECTOR AGROPECUARIO (CIFRAS EXPRESADAS EN MILES DE PESOS) | PORCENTAJE DE GASTO TRIBUTARIO SOBRE LA RECAUDACIÓN DEL SECTOR |
|------------|--|--|--|
| 2006 | 142.794 | 1.747.698 | 8,17% |
| 2007 | 174.062 | 1.809.702 | 9,62% |
| 2008 | 202.414 | 2.116.262 | 9,56% |
| 2009 | 188.201 | 1.912.568 | 9,84% |

Datos aportados por la Asesoría Económica, DGI

| DESAGREGACIÓN POR IMPUESTO DE LA RECAUDACIÓN SECTOR AGROPECUARIO (CIFRAS EXPRESADAS EN MILES PESOS) | | | | |
|--|-----------|-----------|-----------|-----------|
| | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
| IMEBA | 1.330.491 | 1.322.091 | 1.026.322 | 819.265 |
| ADICIONALES | 363.855 | 398.446 | 476.543 | 442.207 |
| IRAE/IRA | 53.352 | 89.164 | 392.136 | 458.416 |
| IP | 0 | 0 | 221.261 | 192.680 |
| TOTAL | 1.747.698 | 1.809.702 | 2.116.262 | 1.912.568 |

Datos aportados por la Asesoría Económica, DGI

Con la introducción de la Ley de Reforma Tributaria, en una primera lectura, hubo muchas versiones encontradas y discrepancias en torno a la finalidad perseguida con estos cambios introducidos. Muchos empresarios del sector estaban molestos, acusando de que el país buscaba enlentecer o frenar el crecimiento forestal. Argumentando que se buscaba con dichos cambios, que el sector forestal no desplazara a la ganadería, ya que en los campos de nuestro país cada día se puede ver más emprendimientos forestales.

Afirmaciones estas que carecían de sustento, ya que el Uruguay, como se mencionó en capítulos anteriores de este trabajo, tiene menos de 900.000 hectáreas forestadas. Existen 3,8 a 4 millones de hectáreas declaradas de prioridad forestal (de las 16,5 millones de hectáreas que el país tiene destinadas a la producción agropecuaria), razón por la cual la cantidad de territorio destinado a esta actividad no está agotado, es más no se ha completado ni el 25% del área declarada de prioridad forestal.

Tampoco es válido afirmar, que se quiere realizar un cambio de destino de los productos forestales uruguayos a los efectos de distraer las plantaciones y producciones forestales, ya que la madera obtenida producto del manejo del bosque en los turnos intermedios, y el 80% de la cosecha final, puede tener cualquier destino, incluyendo pulpa de celulosa, ya que la normativa exige únicamente que al menos el 20% de la cosecha final, tenga un fin aserrable, pero no toda la producción.

Por otra parte, y demostrando el poco sustento de las afirmaciones vertidas y de un preconcepto de que en Uruguay no puede convivir la ganadería con la forestación, se menciona que en los terrenos en los cuales se encuentran implantados bosques de rendimiento, existe una gran cantidad de ganado entre los árboles, aprovechando el abrigo que le brindan los mismos, situación que antes de la implantación de estos bosques no se observaba, ya que estos terrenos estaban pelados y no eran buenos para la cría y el engorde de cualquier tipo de ganado.

Por lo tanto, por los argumentos esgrimidos en los párrafos anteriores, en nuestro punto de vista, lo que se busca no es frenar la expansión de la forestación en Uruguay, ni cambiar el destino de las producciones, ni desplazar a la ganadería, sino obtener una mejora en el manejo de los bosques. De esta forma se comenzará a tener emprendimientos que obtengan un producto final más acabado y con una mejor calidad, a los efectos de volcar una mayor cantidad de mano de obra al sector.

Con todo lo mencionado queremos reafirmar lo establecido en el capítulo cuatro, en cuanto a la adopción de medidas que intensifiquen los controles de las condiciones establecidas en nuestra legislación, las que resultan sustanciales para llegar a obtener los fines perseguidos con la imposición de estas nuevas modificaciones normativas, ya que el carecer de estos controles, podría hacer perder el fin que se quiere perseguir para la forestación en Uruguay, con los cambios introducidos en la última Ley de Reforma Tributaria.

A efectos de validar todo lo mencionado, es que este trabajo de Tesis resulta una contribución relevante y trascendente, ya que además de enriquecer al lector sobre el sector forestal, informarlo sobre el desarrollo del mismo a nivel nacional e internacional, y detallarle el tratamiento fiscal particular pormenorizadamente, propone una serie de ideas innovadoras a introducir, a los efectos de direccionar el cuantioso gasto fiscal que el país destina al mismo, y que resulte en el logro de los objetivos perseguidos.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- Texto Ordenado 1996, vigente según ley de Reforma Tributaria N° 18.083 de 27.12.2006.
- Ley N° 13.723. Diario Oficial, Uruguay, [s.f.p].
- Ley N° 15.939. Diario Oficial, Uruguay, 9 de febrero de 1988.
- Ley N° 16.002. Diario Oficial, Uruguay, 13 de diciembre de 1988.
- Ley N° 16.060. Diario Oficial, Uruguay, 1 de noviembre de 1989.
- Ley N° 16.858. Diario Oficial, Uruguay, 11 de setiembre de 1997.
- Ley N° 17.843. Diario Oficial, Uruguay, 27 de octubre de 2004.
- Ley N° 18.092. Diario Oficial, Uruguay, 16 de enero de 2007.
- Ley N° 18.083. Diario Oficial, Uruguay, 18 de enero de 2007.
- Ley N° 18.109. Diario Oficial, Uruguay, 12 de abril de 2007.
- Ley N° 18.245. Diario Oficial, Uruguay, 9 de enero de 2008.
- Ley N° 18.638. Diario Oficial, Uruguay, 12 de enero de 2010.
- Decreto N° 452/ 1988. Uruguay. [s.f.p].
- Decreto N° 247/1989. Uruguay. [s.f.p].
- Decreto N° 62. Diario Oficial, Uruguay, 18 de febrero de 2003.
- Decreto N° 209/2003. Uruguay. [s.f.p].
- Decreto N° 331. Diario Oficial, Uruguay, 14 de agosto de 2003.
- Decreto N° 154. Diario Oficial, Uruguay, 13 de mayo de 2005.
- Decreto N° 191. Diario Oficial, Uruguay, 26 de junio de 2006.
- Decreto N° 220. Diario Oficial, Uruguay, 14 de julio de 2006.
- Decreto Reglamentario N° 150. Diario Oficial, Uruguay, 4 de mayo de 2007.
- Decreto N° 207. Diario Oficial, Uruguay, 26 de junio de 2007.
- Decreto N° 230. Diario Oficial, Uruguay, 10 de julio de 2007.
- Decreto N° 265. Diario Oficial, Uruguay, 30 de julio de 2007.
- Decreto N° 496. Diario Oficial, Uruguay, 26 de diciembre de 2007.
- Decreto N° 786. Diario Oficial, Uruguay, 13 de enero de 2009.
- Decreto N° 794. Diario Oficial, Uruguay, 27 de enero de 2009.
- Decreto N° 228. Diario Oficial, Uruguay, 26 de mayo de 2009.
- Norma Internacional de Contabilidad N° 41, "Agricultura".
- Consulta N° 3624. Boletín Informativo de DGI N° 281, 14 p, 31 de octubre de 1996.
- Consulta N° 3960. Boletín Informativo de DGI N° 357, 357 p, 12 de diciembre de 2003.
- Consulta N° 4760. Boletín Informativo de DGI N° 416, 22 p, 31 de enero de 2008.
- ABADI PILOSO, Félix, "Régimen impositivo aplicable a la actividad forestal a partir de la reforma tributaria". Revista Tributaria N° 204, Uruguay, Junio de 2008, 323p.
- MGAP. Boletines Estadísticos del Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca. Disponibles desde: <http://www.mgap.gub.uy/CACBoletines>
- Agenda Forestal. Uruguay. Publicaciones años 2009, 2010, y 2011.
- FAO. "Evaluación de los recursos forestales mundiales 2010", año 2010. Disponible desde: www.fao.org/forestry/fra2010
- "Importancia del sector forestal". Disponible desde: <http://www.corma.cl>
- FAO. "Tendencias y perspectivas del sector forestal en América Latina y el Caribe", año 2009. Disponible desde: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/009>
- MACGREGOR, J., "Global Trends in Trade of Forest Products and services presents at the FAO Expert Consultation on Trade and Sustainable Forest Management: Impact and Interactions". Roma, febrero 2003. Disponible desde: <http://www.iisd.ca/sd/tsfm/sdvol79num1e.html>
- "Mejores herramientas para ordenar el crecimiento forestal". Observador agropecuario. Uruguay, 20 de agosto de 2010.
- FAO. Foro de Inversión y Financiamiento. Argentina, 16 y 17 de noviembre 2010. Disponible desde: <http://www.fao.org/forestry/trade/65882/es/>
- FAO. "Planted forest in sustainable forest management. A statement of principles", año 2010. Disponible desde: www.fao.org/forestry/plantedforests
- "Satellite remote sensing and its forestry applications". Disponible desde: www.teledet.com.uy/forestry.htm
- DELOITTE, "Análisis sectorial, complejo forestal", Uruguay, abril 2010.

-
- MGAP. *“El complejo de base forestal: análisis y pronóstico preliminar”*, Anuario 2008, año 2008. Disponible desde: <http://www.mgap.gub.uy/opypa/ANUARIOS/Anuario08/material/pdf/18.pdf>
 - Datos estadísticos de la Dirección Forestal del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (MGAP), disponibles desde: www.mgap.gub.uy/Forestal/DGF.htm
 - CARLSTEIN QUIÑONES, Rafael María, *“El sector forestal en la región”*, XII Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Ciencias Forestales, Asunción, Paraguay, 16 de setiembre de 2008. Disponible desde: www.silvapar.com/publications/Sector%20Forestal%20en%20el%20Cono%20Sur.pdf
 - GABINETE PRODUCTIVO República Oriental del Uruguay, *“Complejo forestal celulósico - maderero”*, Uruguay, Agosto 2008. Disponible desde: www.miem.gub.uy/portal/agxppdwn
 - CINVE. *“Estudio de competitividad de cadenas agroindustriales: cadena forestal”*. Año 2004.
 - *“Uruguay podría alcanzar un nuevo récord de envíos forestales al exterior”*, El semanario del comercio exterior, Argentina, 11 de abril de 2011. Disponible desde: <http://www.comex-online.com.ar/noticias>
 - SPF (Sociedad de productores forestales). Forestación – Industria. Disponibles desde: # <http://www.spf.com.uy>.
 - *“Brasil puede perder millonarias inversiones en el sector forestal”*, Uruguay, 12 de enero de 2011. Disponible desde: www.forestalweb.com/Noticias-internacionales
 - FAO. *“Producción y consumos de los productos forestales”*. Disponible desde: <http://www.fao.org/forestry/28815/es/>
 - *“Exportaciones forestales aumentan un 33%”*, Diario El Mercurio, Chile, 5 de mayo de 2011. Disponible desde: www.iciforestal.com.uy/la-region



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

HOWARD ZULUAGA, Martín Aparicio

Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona

LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD ANTICIPADA Y LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA

MARTÍN APARICIO HOWARD ZULUAGA

1ª PARTE: INTRODUCCIÓN

Se ha observado por la doctrina que “en el esquema del Derecho anglosajón y del *common law* en principio prevalece la autodeterminación y libertad del individuo, pues se considera que bajo un gobierno libre, el primer y más grande derecho del ciudadano libre, que subyace a todos los otros, es el derecho a la inviolabilidad de la persona; en otras palabras, el derecho a sí mismo”.

“Por el contrario y sin que ello implique desprecio de la libertad individual, en los sistemas continentales y latinos se hace prevalecer el orden público, la salud y el bienestar general por encima del bien de cada individuo a título personal”¹.

Pero estas afirmaciones han quedado (al menos tendencialmente) sin vigencia, como consecuencia del desarrollo normativo en diversos países continentales y latinos de temas que conciernen a la autodeterminación y la libertad del individuo en lo relativo al cuidado de su salud; a modo de ejemplo, se puede mencionar la ley de Voluntad Anticipada N° 18.473 en Uruguay y la de Instrucciones Previas N° 41/2002 en España.

Según lo que surge del informe parlamentario de la citada ley N° 18.473, su incorporación al ordenamiento jurídico nacional ha tenido un triple fundamento: la protección de la dignidad del ser humano, el respeto de su autonomía y salvaguardar la responsabilidad de las partes involucradas².

Todo ser humano es digno por el solo hecho de ser persona, lo cual supone que tiene el derecho a ser protegido y defendido jurídicamente por su sola condición de tal. Es por su dignidad que la persona puede rechazar tratamientos médicos con el fin de evitar un encarnizamiento terapéutico. Esto último no quiere decir que mediante las voluntades anticipadas se busque legalizar la eutanasia, sino que, muy por el contrario, se busca que la persona disfrute de una vida digna, en concreto en sus últimos momentos, sin ser objeto de tratamientos que vayan contra su concepción de lo que una vida digna implica. Como bien afirma DELPIAZZO, “el derecho a morir con dignidad no es un derecho ni al suicidio asistido ni a la fuga solitaria del teatro de la vida, sino a vivir la muerte con dignidad, o sea, siendo cuidado, asistido y respetado hasta el final”³.

En lo atinente a la autonomía, se pretende que la propia persona sea quien decida sobre los aspectos que van a afectar su vida; en el caso en estudio, que sea ella quien determine sobre la continuación o suspensión de tratamientos médicos de encontrarse en estado terminal. Con relación a la autonomía es menester “resaltar la importancia de que el paciente mantenga un cierto control sobre los diversos aspectos de su vida, que no pierda la libertad de elegir, según sus propios valores y conceptos, la calidad de vida que desea obtener hasta el final de sus días”⁴. Pero no puede perderse de vista que este derecho a la autodeterminación que tienen los seres humanos encuentra su límite en la dignidad de cada persona, porque no es dable adoptar una medida arbitraria y caprichosa; antes bien, debe ser una decisión acorde con la dignidad, razón por la cual no podemos aceptar la resolución inconsistente de un sujeto de ser privado de su vida.

Por último, la norma busca proporcionar seguridad a la actuación de los médicos y demás asistentes de la salud, dada la poca certeza que existía antes de ella sobre las acciones u omisiones adoptadas en los últimos momentos de vida del paciente, principalmente si de las mismas podía derivar algún tipo de responsabilidad. La ley regula la actuación del médico, amparando su responsabilidad en aquellos casos donde cumpla con lo establecido en ella, lo cual nos lleva a sostener que se trata de una verdadera causa de justificación.

1 HIGHTON, “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1, Daño a la persona, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1990, págs. 166-167.

2 Anexo I del repartido N° 328, setiembre de 2006.

3 DELPIAZZO, Dignidad humana y derecho, Ed. Universidad de Montevideo, 2001, págs. 31-32.

4 MEJÍA ROSASCO, Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad. La penúltima voluntad, Ed. Grijley, Perú, 2009, pág. 92.

También se determina la situación de los parientes del paciente, destacándose el rol que tienen en los supuestos en que no se haya otorgado un documento de voluntad anticipada, siendo ellos los legitimados para tomar la decisión acerca de la continuación o no de los tratamientos que aquél debe recibir.

En otro orden de cosas se ha entendido por la doctrina que las disposiciones para la propia incapacidad, en general, y las declaraciones de voluntad anticipada, en particular, persiguen dos finalidades fundamentales:

“Por un lado, expandir al máximo la autonomía de la voluntad del sujeto, extender la libertad de decidir sobre su propia persona, aún en aquellos momentos en los que no estuviere consciente”⁵. Es que el derecho de otorgar un documento de voluntad anticipada conlleva el reconocimiento del señorío que tiene toda persona a decidir lo que quiere para su vida. La confección de estos documentos implica la prolongación de su autonomía, aún en los casos en que ya no se encuentra mentalmente sana.

“Por otro lado, busca impedir que los terceros invadan la esfera íntima de su ser, introduciendo pautas de conductas que el otorgante no comparte o, aplicando valores de vida que no se encuentran acordes con su manera de pensar”⁶. La persona puede legítimamente exigir que se respeten sus creencias y convicciones, teniendo derecho a una determinada calidad de vida, y por ende, la potestad de evitar que se le impongan tratamientos desproporcionados, que no redunden en su beneficio, sino que sólo le signifiquen una prolongación innecesaria del dolor.

En síntesis, podemos concluir en que las voluntades anticipadas cumplen una doble finalidad: por una parte, reconocen la libertad y la autonomía, y por otra, protegen el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas.

1. ¿Qué son las voluntades anticipadas?

En la doctrina se ha señalado que “las voluntades anticipadas son declaraciones unilaterales escritas, dirigidas al personal sanitario y a otras personas significativas, donde una persona mayor de edad expresa los tratamientos que desea o no desea que se le apliquen en diversas circunstancias médicas futuras, para que dirijan la toma de decisiones médicas cuando ella ya no tenga la capacidad de expresarse por sí misma”⁷.

Y también se ha dicho que estos documentos pueden ser definidos como la “declaración de voluntad efectuada por una persona mayor de edad, competente y capaz, mediante la cual manifiesta anticipadamente su voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, en caso de padecer una enfermedad terminal e irreversible u otro evento, para ser tenidas en cuenta en el momento en el que concurran circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad”⁸.

Compartimos casi en su totalidad las definiciones señaladas, con la sola mención de que, según la ley 18.473, los documentos de voluntad anticipada son obligatorios para las instituciones de salud, por lo que están constreñidas a cumplir con los mismos (art. 10, lit. A). En definitiva, estos documentos recogen un consentimiento anticipado, para el caso que no se pueda emitir cuando la persona debe pronunciarse acerca del tratamiento que se le debe proveer de verse afectada por una enfermedad terminal.

Sobre estos instrumentos podemos encontrar una amplia diversidad terminológica, dado que su denominación fue variando con el paso del tiempo, a medida que se delimitaba su alcance y contenido por parte de la doctrina y la legislación de los diferentes ordenamientos.

En un primer momento el documento que contenía esa manifestación de voluntad fue designado como **testamento vital** (*living will*), a pesar de que, en puridad, no se trata de un negocio *mortis causa*, principalmente porque sus efectos se producen en vida del otorgante y su contenido típico no refiere a aspectos patrimoniales.

Otra designación que se le ha otorgado a estos instrumentos es la de **disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad**. Estimamos que se trata de una denominación demasiado amplia, dado que pueden incluirse en ella aspectos no previstos por la ley N° 18.473. Por el contrario, si la norma en estudio no se limi-

5 SANTOS BELANDRO, Minoridad y ancianidad en el mundo actual: un estudio desde el Derecho Internacional Privado comparado. El testamento vital, A.E.U., Montevideo, 2007, pág. 420.

6 SANTOS BELANDRO, *ibidem*.

7 GRADIN, “Voluntad anticipada. Ley 18.473”, Jornadas Académicas de actualización en Técnica Notarial, F.C.U., Mdeo., 2011, pág. 272.

8 AIZENBERG, GÓMEZ, OSTROLENCKI, REYES, SICILIA, VILLAGOMEZ y YOSHIMURA, “Directivas médicas anticipadas”, Revista Crítica de Derecho Privado, n° 6 (2009), pág. 1009.

tara exclusivamente a aspectos atinentes a la salud del incapaz, como por ejemplo, designación de curador por el propio sujeto o la posibilidad de estipular sobre tópicos patrimoniales, sería la más adecuada⁹.

El ordenamiento jurídico nacional ha optado por la denominación de **voluntad anticipada**; y si bien ella no nos parece errónea, tampoco parece muy afinada, dado que el propio concepto no delimita precisamente el ámbito de aplicación.

En nuestra opinión, la denominación adecuada hubiera sido **directivas médicas anticipadas**, con base en que la expresión *directivas* implica dirección y criterios a seguir por quienes deban cumplir con las mismas; por su parte, *médicas* delimita el objeto del documento; y por último, son *anticipadas*, por haber sido establecidas para un cumplimiento futuro y eventual.

2. Origen

La posibilidad de expresar la voluntad para el caso de padecer una afección terminal surge principalmente por la mayor convicción que empieza a tener la persona en torno al consentimiento informado (incluso, podemos afirmar que los documentos de voluntad anticipada, vendrían a ser una especie dentro del consentimiento informado), es decir, la posibilidad que ellas decidan sobre aspectos que afectan su persona, dejando a un lado el paternalismo médico¹⁰.

Su origen se ubica, según la mayoría de la doctrina, en los Estados Unidos de América, más precisamente en Chicago. Se le reconoce al abogado Luis Kutner, en el año 1967, la realización de un documento en donde las personas pudieran plasmar su voluntad en el sentido de que no se le aplicaran tratamientos en caso de encontrarse en un estado terminal de salud.

Al momento de la creación de este instrumento, no existía ninguna normativa que lo regulara, sino que es como consecuencia de dos casos jurisprudenciales que comienza su desarrollo normativo. El primero de ellos, fue el caso de Karen Ann Quinlan (1976), y tuvo como efecto que ese mismo año se incorporara al ordenamiento jurídico de California la Ley de Muerte Natural (*Natural Death Act*). El segundo, fue el emblemático caso de Nancy Cruzan en el año 1990, y determinó que un año después (1991) se creara la Ley de Autodeterminación del Paciente (*Patient Self Determination Act*) a nivel federal.

3. Caracteres de la voluntad anticipada¹¹

- Se trata de un **negocio jurídico**, por lo que es una manifestación de voluntad contemplada por el ordenamiento jurídico que produce efectos jurídicos. “El negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido”¹².
- Dicho negocio jurídico se encuentra **sujeto a condición suspensiva**, dado que para que produzca sus efectos, se requerirá que el otorgante devenga incapaz de exteriorizar su voluntad.
- **Solemne**: para ser válido es necesario que cumpla con ciertas formas establecidas por la ley (art. 2): debe constar por escrito, sea en documento privado o público. No puede ser oral, la propia norma establece la exigencia de que la voluntad conste por escrito. No se menciona la imposibilidad de que el mismo sea ológrafo, por lo que en caso de cumplirse con los requisitos reclamados por la ley sería válido, pues entraría dentro de la categoría de documento escrito.

9 Esta denominación en la doctrina argentina ha sido adoptada por TAIANA DE BRANDI y ROGELIO LLORENS, Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, Ed. Astrea, Bs. As., 1996. Mientras que en la doctrina uruguaya la recibe: PECOY TAQUE, “Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia y eventual incapacidad”, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, año II (2003), n° 3.

10 Incluso en este marco se ha señalado que “el desarrollo de la doctrina del consentimiento informado (...) es un precedente incuestionable para la discusión sobre la ampliación de ese derecho a la posibilidad de tomar decisiones a más largo plazo”. (MARTÍNEZ LEÓN, QUEIPO BURÓN, MARTÍNEZ LEÓN, y JUSTEL GÓMEZ, Análisis médico-legal de las instrucciones previas (<Living Will>) en España, Revista de la Escuela de Medicina Legal, junio de 2008, pág. 18, en http://www.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_8_2008.pdf).

11 Salvo algunos aspectos, la mayor parte de los caracteres los compartimos con BAGDASSARIÁN, SAPRIZA DE MERCANT y TELLECHEA, “Reflexiones en torno a: El testamento vital”, Revista Uruguaya de Derecho de Familia, n° 17, F.C.U., págs. 121 y 122. También se hace mención a ellos por: SAUX, “Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales. Utilidad y alternativa”, La Ley Online Uruguay, pág. 4.

12 Enneccerus – Nipperdey, Derecho Civil. Parte general, T. I, vol. II, pág. 63-64, cit. por COMPAGNUCCI DE CASO, El negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, pág. 69.

- Es **unilateral**, porque basta para su formación la voluntad del interesado. Sin embargo, el art. 6° menciona la necesidad de nombrar a un sujeto, denominado representante, estableciendo que será necesaria su aceptación, razón por la cual puede llegarse a entender que se trata de un acto bilateral.
- **Unipersonal**, sólo puede ser la declaración de voluntad de una sola persona.
- **Exclusivo de las personas físicas**.
- **Personalísimo**: la facultad de otorgar una voluntad anticipada no puede ser ejercida por persona diferente al interesado en exteriorizarla; asimismo, es intransmisible. A pesar de ello, para el caso de que el paciente no haya suscrito un documento de voluntad anticipada, el art. 7° prevé una nómina de personas relacionadas con el paciente, que están legitimadas para decidir sobre los futuros tratamientos de éste.
- **Recepticio**: lo exteriorizado debe llegar a conocimiento del médico tratante y de la institución para arribar a su cumplimiento. La disconformidad del profesional interviniente con lo expresado o dispuesto no tiene relevancia jurídica en lo que refiere a su cumplimiento, pero la norma le reconoce el derecho a plantear su objeción de conciencia (art. 9°).
- **Esencialmente revocable**: el otorgante lo puede dejar sin efecto en cualquier momento y sin formalidad alguna. Esta prescindencia de cualquier tipo de formalidad es consecuencia de la importancia que tienen los valores en juego.
- Estos documentos son **imprescriptibles e incaducables** por el mero paso del tiempo, dado que la norma no establece su extinción por estas causales. A pesar de ello, estimamos que el otorgante podría establecer de forma válida un plazo de vigencia del documento.
- Sus disposiciones son de naturaleza **extrapatrimonial**. Sus disposiciones típicas son de esta naturaleza, pero debido al silencio de la ley no es posible pronunciarse sobre la imposibilidad de establecer estipulaciones de naturaleza patrimonial (por ejemplo: los emolumentos que corresponderán a quienes se ocupen de que se cumpla la voluntad de quien emite su voluntad, las cuales constituirán su contenido atípico).
- En cuanto al momento en que produce sus efectos, se trata de un negocio *inter vivos*, ya que despliega sus efectos en vida del interesado. Pero, como ya mencionamos anteriormente, los mismos se encuentran suspendidos hasta que se verifiquen los supuestos requeridos por la ley.

4. Importancia de la acción de amparo en los asuntos relacionados con la salud

Debido a la significación de los bienes jurídicos en juego y a la urgencia con la que se deben adoptar ciertas decisiones, cabe admitir como mecanismo sumamente eficaz para la solución de controversias en cuestiones atinentes a la salud a la acción de amparo. Esta herramienta regulada por la ley N° 16.011 de 19 de diciembre de 1988, resulta el medio más adecuado y con la rapidez suficiente para evitar una suspensión irregular de los tratamientos, especialmente si se tiene en cuenta el exiguo plazo de 48 horas que tiene la Comisión de Bioética para decidir sobre la continuidad o no, previéndose la aprobación tácita de la suspensión como consecuencia al no pronunciamiento en dicho plazo (art. 8° de la ley 18.473).

Como expresa RISSO FERRAND, "Sólo procede la acción de amparo para la defensa de los derechos y libertades constitucionales cuando no exista otro medio judicial o administrativo que permita obtener el mismo resultado (art. 2° de la ley 16.011)"¹³. Debido a las demoras que implica la obtención de un pronunciamiento en un proceso judicial ordinario, es clara la procedencia en estos supuestos de la acción de amparo, la que se distingue por la premura en la obtención de una sentencia.

Se destaca el carácter residual del amparo, dado que el mismo sólo procede cuando otros medios resultan ineficaces para el fin que se procura obtener. "Sabido es que el amparo es un instrumento extraordinario y residual, que sólo corresponde en aquellas situaciones en que, por falta de medios legales, pelagra la salvaguardia de derechos fundamentales"¹⁴. La acción de amparo no ha sido concebida como una vía amplia para solucionar las controversias en forma más veloz, sino que por el contrario, se busca la celeridad sólo en aquellas situaciones donde no exista otro medio eficaz para la tutela de los derechos fundamentales.

13 RISSO FERRAND, Derecho Constitucional, T. 1, F.C.U., 2da. Edición, Montevideo, 2006, págs. 530-531.

14 Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Nos 1-2/2009, Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2007-2008, ficha 426, F.C.U., pág. 238.

Es ostensible que el proceso de amparo por ser en extremo sumario, puede no otorgar las máximas garantías, principalmente por no existir la posibilidad de estudiar a fondo el asunto por el Juez. Pero como solución a este punto, es que la 16.011 en su art. 10° ha previsto la posibilidad de recurrir a un Tribunal de Apelaciones, quien decidirá al respecto.

5. Otros posibles contenidos del documento

A pesar de no estar previstos expresamente en la ley N° 18.473, estimamos que el otorgante puede incluir estipulaciones adicionales; y es por ello que haremos referencia a las siguientes posibilidades: destino del cuerpo, donación de órganos y aspectos patrimoniales. Ciertamente, la citada norma se limita a regular los aspectos más importantes sobre las decisiones de salud del incapaz, pero no hace referencia a otros aspectos que se encuentran relacionados con la materia. A modo de ejemplo, a la donación de órganos y al destino del cuerpo, que son temas usualmente regulados por las normas del derecho comparado relativas al tema en análisis.

En este sentido, podemos señalar la ley estatal de España n° 41/2002, que en su art. 11, nal. 1°, establece la facultad de manifestarse anticipadamente «sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo».

En lo que refiere a la donación de órganos, MERINO Y HERNÁNDEZ hace mención especialmente a la ley foral de Navarra, que en el art. 9.1, inc. final prevé que «En la declaración de voluntad anticipada, la persona interesada podrá hacer constar la decisión respecto de la donación total o parcial de sus órganos para fines terapéuticos, docentes o de investigación. En este supuesto no se requerirá ninguna autorización para la extracción o utilización de los órganos donados». Asimismo, cabe destacar la precisión de la norma al delimitar los fines para los cuales procede la donación de los órganos, en tanto se dispone que «el otorgante del documento podrá determinar para cuáles de tales finalidades dona sus órganos, tejidos o piezas anatómicas, si para todos los enumerados por la ley o sólo para alguno de ellos»¹⁵.

También se ha pronunciado sobre estos aspectos la ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal de México, en el art. 8°, numeral IV, donde reconoce la posibilidad de manifestarse «respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados».

Los aportes legales reseñados resultan de gran interés, dado que al no existir previsiones expresas en el ordenamiento jurídico uruguayo, se podría derivar en la comisión de actos no queridos por el titular; a modo de ejemplo, proceder con un destino del cuerpo distinto al realmente deseado, ya sea una cremación en lugar de un entierro o viceversa. Conforme a lo expresado, este tipo de disposiciones deben ser admitidos en los documentos de voluntad anticipada, por aparecer como convenientes para salvaguardar los intereses de la persona.

En el ámbito patrimonial, cabe cuestionarse si “¿es posible señalar las personas que consideramos hábiles para atender el manejo de los bienes ante una eventual incapacidad? ¿Es posible excluir a los parientes inmediatos que no consideremos suficientemente idóneos?”¹⁶. Si entendemos que el instituto aplicable para tal fin es el mandato, sólo podemos concluir que no, debido a la revocabilidad por la incapacidad del mandante (art. 2086, nal. 7 del Código Civil oriental). Este es un problema que el legislador deberá solucionar, dado que es contrario a la concepción sobre la autonomía de la persona que existe en la actualidad y la que se prevé en el derecho comparado.

6. Distinción con la eutanasia.

Tiene gran trascendencia diferenciar la eutanasia –principalmente la denominada eutanasia pasiva– con lo previsto por la ley N° 18.473, en lo atinente a la negativa a recibir tratamientos médicos que vayan contra la dignidad de la persona. Al respecto se ha entendido que la distinción radica en las intenciones, dado que en la primera se busca la muerte de la persona, mientras que en la segunda no se persigue ese resultado, sino proteger a la persona del llamado “ensañamiento terapéutico”, es decir, de la obstinación (terquedad, testarudez y capricho) de continuar con tratamientos que no redundan en un beneficio para el paciente y que, al fin y al cabo, atentan contra su dignidad. Ciertamente, mientras en la eutanasia se busca que ocurra la muerte, con la negativa a recibir los tratamientos se pretende que no se realicen sobre la persona acciones médicas desproporcionadas.

15 MERINO Y HERNÁNDEZ, “La regulación de las “voluntades anticipadas” en el Derecho Español”, VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Bogotá, 14-17 de Noviembre de 2007, http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=vi%20congreso%20academias%20ponencia%202

16 TAIANA DE BRANDI y ROGELIO LLORENS, op. cit., pág. 5.

La eutanasia es éticamente reprochable¹⁷, mientras que la negativa a recibir tratamientos, no lo es. A su vez, la primera es castigada por la Iglesia Católica, en cambio, la segunda es la conducta debida.

En lo que a la primera figura concierne, la Iglesia Católica se ha pronunciado en la Encíclica *Evangelium Vitae*, expresando que “Por eutanasia en sentido verdadero y propio se debe entender una acción o una omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor. La eutanasia se sitúa, pues, en el nivel de las intenciones o de los métodos usados”. “De ella debe distinguirse la decisión de renunciar al llamado «ensañamiento terapéutico», o sea, ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podrían esperar o, bien, por ser demasiado gravosas para él o su familia. En estas situaciones, cuando la muerte se prevé inminente e inevitable, se puede en conciencia renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares”. (...) “La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte”¹⁸.

La eutanasia no ha sido legalizada con la ley N° 18.473, sino que, por el contrario, sigue siendo castigada penalmente. En este mismo sentido, la ley argentina N° 26.529, en su art. 11, establece que «El único límite previsto por la ley a la aceptación de una directiva médica anticipada, radica en aquellas decisiones que impliquen el desarrollo de prácticas eutanásicas»¹⁹.

La eutanasia pasiva procura la muerte, y ésta se podría evitar si se continúan los tratamientos aconsejados por la ciencia médica para la enfermedad concreta que sufre un paciente; en cambio, con los documentos de voluntad anticipada no se procura el fin de la vida, sino que la enfermedad siga su rumbo.

A través de las manifestaciones de voluntades previstas por la ley se cumple con la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero valorándose dicha obligación en atención a la situación concreta. Por esa razón, “la renuncia a los medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte”²⁰.

7. Indisponibilidad del derecho a la vida

Atendiendo a las premisas antedichas, es reconocido por la doctrina que la vida no es un derecho que la persona pueda disponer; pero es más, se trata del “único derecho de la personalidad al cual cabe reputarlo absolutamente indisponible, frente a los demás, que en mayor o menor medida admiten cierto grado de disponibilidad”²¹. Ello apareja como consecuencia ineludible que “no se trata de un derecho subjetivo que pueda ser renunciado, ni está en el comercio de los hombres, ni puede ser objeto de negocio jurídico alguno”²².

Es por lo mencionado que puede plantearse la controversia acerca de si con los documentos de voluntad anticipada se está violentando o no la indisponibilidad absoluta del derecho a la vida, es decir, si no se está dejando de lado la protección constitucional y legal existente, para permitir que por medio de un documento –aun cuando emergente de la autonomía de la voluntad del interesado– se pueda disponer de ella.

Pues bien, frente a esta cuestión entendemos que con estos instrumentos se busca todo lo contrario, esto es, no se pretende disponer de la vida, porque no se está otorgando ningún documento, ni exteriorizando un consentimiento que permita el abandono de dicho derecho. La vida se sigue respetando y protegiendo, por lo que continúa siendo un derecho irrenunciado. En todo caso, la única diferencia es que con estos documentos se ha legitimado la potestad de negarse a recibir tratamientos que impliquen un encarnizamiento

17 “En cualquiera de sus formas, es esencial a la práctica de la eutanasia la intención de provocar la muerte, ya sea por acción u omisión, en tanto que el no iniciar o retirar soporte vital tiene por intención evitar una situación degradante para el enfermo, que resulta incompatible con el respeto por la dignidad humana. Aunque las acciones resulten coincidentes en su exterioridad, la intención con que se lleva a cabo no es mera sutileza sino un elemento esencial de la evaluación ética” (CANALIS y VIGNOLO, “Pacientes terminales. ¿Eutanasia o cuidados paliativos?”, Derecho Médico, Ed. B de F, Montevideo, Uruguay, año 2001, págs. 375-376).

18 http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html.

19 AIZENBERG, “El derecho de la salud en Argentina: transitando el pasaje del modelo médico hegemónico al modelo del paciente autónomo. El reconocimiento de los derechos de los pacientes a través de la ley n° 26.529”, Revista Crítica de Derecho Privado, n° 7 (2010), pág. 105.

20 POU AMPUERO, “Testamento vital: declaración de voluntad anticipada”, Revista jurídica del notariado, año 2002, n°42, pág. 301

21 HOWARD, Walter, Derecho de la persona, Vol. 1, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2008, pág. 122.

22 POU AMPUERO, ibidem.

terapéutico; se trata, por ende, de proteger la autonomía de la persona y que se respete su dignidad a través de la disposición del propio interesado de que no se lleven a cabo tratamientos extraordinarios que signifiquen un abuso sobre él, una vez que carece de la aptitud psicológica para oponerse a ellos.

2ª PARTE: ANÁLISIS DE LA LEY N° 18.473

En el artículo 1° de la ley 18.473, se regulan los tres supuestos de voluntad anticipada, atendiendo a que el paciente puede:

- negarse a recibir tratamientos y procedimientos médicos actuales (art. 1° inc.1).
- oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos futuros y eventuales que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enfermo de una patología terminal, incurable e irreversible (art. 1° inc. 2).
- manifestarse a favor de la continuación de los tratamientos y procedimientos médicos (art. 1° inc. 5).

1. Primer supuesto: Tratamientos y procedimientos actuales (art. 1° inc. 1)

El primer inciso del art. 1° prevé la situación en la que una persona quiera emitir su voluntad cuando ya conoce la enfermedad que padece; de modo que, este primer supuesto no trata de una hipótesis de voluntad anticipada propiamente dicha, dado que el sujeto no expresó su asentimiento antes de advertir la enfermedad que sobrelleva, sino después de tomar conocimiento de ella.

Se dispone por la norma que el paciente «tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos». Esta capacidad a resistirse a los procedimientos médicos es consecuencia del consentimiento informado, que debe ser otorgado por todo sujeto aquejado de una enfermedad antes de cualquier intervención.

Dicho consentimiento informado puede ser definido como “una declaración de voluntad efectuada por el paciente, por la cual, luego de una suficiente información, éste decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención”²⁴. Por lo tanto, consiste en “la obligación, el deber, el compromiso técnico y ético que tiene el médico de informar al paciente de forma sencilla y comprensible las implicancias del acto médico, haciendo al paciente partícipe en la tarea de decidir sobre su propio cuerpo”²⁵.

Como hemos indicado al referirnos a los orígenes de la voluntad anticipada, la potestad que tiene el sujeto para negarse a un tratamiento médico deriva del consentimiento informado; esto significa que “el derecho al rechazo de un tratamiento médico, es la contrapartida y a su vez la consecuencia natural del consentimiento informado”²⁶.

Por lo expresado, es necesario distinguir el derecho a establecer cuál es la voluntad de una persona en caso de en un futuro encontrarse en un estado terminal, de la posibilidad que tiene toda persona a rechazar un tratamiento médico cuando ya conoce su enfermedad, es decir, “una cosa es la declaración que el individuo hace sobre una futura y probable ineptitud, y otra es la autorización que el paciente otorga al médico cuando éste le propone una terapia concreta luego de ser debidamente informado”²⁷.

Para que la oposición a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos sea válida, se exige que el otorgante sea mayor de edad y psíquicamente apto, requiriéndose también que el consentimiento sea emitido en forma voluntaria, consciente y libre.

Y como no puede ser de otra manera, debemos agregar a la mayoría de edad, la competencia mental y la libertad al otorgar el consentimiento, que la persona tenga una correcta comprensión de su estado de salud, de los tratamientos y de las consecuencias, solución que surge del consentimiento informado.

La parte final del inciso 1° impone una condición a la ejecución de la declaración, consistente en que, como consecuencia a la oposición a la aplicación de tratamientos o procedimientos médicos, no se «afecte o

23 La ley N° 18.473 fue promulgada el 3 de abril de 2009 y publicada en el ejemplar N° 27.714 del Diario Oficial el 21 de abril de 2009. En ausencia de otra fecha prevista legalmente, entró en vigencia a los diez días de su publicación en el Diario Oficial.

24 HIGHTON, op. cit., pág. 170

25 RODRÍGUEZ, “El consentimiento informado del paciente. Análisis de su nueva reglamentación”, La Ley Online Uruguay, pág. 1.

26 HIGHTON, op. cit., pág. 176.

27 SANTOS BELANDRO, Minoridad y..., op. cit., pág. 417.

pueda afectar la salud de terceros». Un claro ejemplo al respecto sería el caso de una mujer embarazada que, mediante su oposición a tratamientos, afecte la salud del concebido.

En orden a este aspecto, MONTANO se cuestiona si la expresión «terceros» puede referirse a la salud pública y concluye que no, dado que como dicha afectación implica una limitación a la libertad, la expresión «terceros» debe interpretarse de forma estricta y por ende, no puede admitirse que la expresión «terceros» suponga la salud pública. A su vez, expresa que siempre que una ley ha querido proteger la salud pública, lo ha hecho a texto expreso en la norma²⁸. Por su parte, SANTOS BELANDRO entiende que la expresión «terceros» en este caso, sí puede referir a la salud pública, entendiéndolo que «la limitación legal la podemos encontrar cuando ante una epidemia controlable únicamente mediante vacunación, la persona se niega a hacerlo, comprometiendo con su actitud la salud del resto de la población»²⁹. «En estos casos el paciente debe someterse a dichos tratamientos, (...) éste no puede negarse; y en caso de interés general hasta podría hacerse contra su voluntad, siguiéndose procedimientos legales para ello, como por ejemplo, una ley especial para el caso (art. 7 y 44 de la Constitución)»³⁰.

Entendemos que, sin importar la interpretación que se realice de la expresión «terceros», debemos tomar en consideración lo consagrado por el inc. 1° del art. 10 de la Constitución nacional, donde se expresa que «Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a terceros, están exentas de la autoridad de los magistrados». Consecuentemente, si el paciente con su negativa a los tratamientos está afectando la salud pública, y ello a su vez, afecta el orden público, no se le permitirá rechazarlos.

Por lo expuesto, podemos concluir que el ordenamiento opta por la salud general antes que por la autonomía de la persona.

Con todo, no puede dejar de remarcarse que lo consagrado por este inc. 1° no es una innovación, dado que el art. 11 de la ley n° 18.335, de 15 de agosto de 2008, sobre los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud, ya regulaban en forma similar la situación analizada³¹. También lo hacía el art. 15 del Código de Ética Médica³².

2. Segundo supuesto: Tratamientos y procedimientos futuros y eventuales (art. 1° inc. 2°)

El segundo supuesto se encuentra regulado por el inciso segundo del propio art. 1°. A pesar de que la expresión «Del mismo modo» denota que la ley procura continuar con la misma situación que venía regulando en el primer apartado, en realidad, regula una hipótesis disímil: aquella en que la persona padece una patología terminal, incurable e irreversible y expresa su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma.

De conformidad a lo que dispone el precepto, el sujeto debe poseer las mismas condiciones que en el primer supuesto, es decir, debe ser mayor de edad, psíquicamente apto, y su consentimiento debe ser otorgado en forma voluntaria, consciente y libre.

28 MONTANO, "Análisis sobre la ley de Voluntad Anticipada", Revista Biomedicina, Vol. 5, n° 1, julio 2010, pág. 55.

29 SANTOS BELANDRO, "Las declaraciones de voluntad anticipada: los enfoques en la ley n° 18.473 de 17 de marzo de 2009 y en derecho internacional", Revista Crítica de Derecho Privado, n° 6 (2009), pág. 1092.

30 ROSAS BARÓN, "Derecho a morir dignamente", La Ley Uruguaya, vol. 2, n° 8 (ago. 2009), pág. 880.

31 Ley 18.335, art. 11: «Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Éste puede ser revocado en cualquier momento.

El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud.

Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica».

32 Código de Ética Médica, aprobado el 27 de abril de 1995, establece en su art. 15: «Todo paciente tiene derecho a: ... 2. A consentir o rechazar libremente cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico que le proponga. El médico debe respetar estas decisiones válidas salvo que perjudique a terceros o en emergencias extremas. El paciente debe firmar un documento escrito cuando rechaza un procedimiento indicado por el médico».

Al contrario de lo que ocurría en el primer inciso, en este segundo se prevé una hipótesis de voluntad anticipada propiamente dicha, dado que la disposición utiliza la palabra «futura» para referirse a la negativa a recibir tratamientos médicos. Consecuentemente, supone que la persona aún no conoce su enfermedad, o al menos, no se encuentra en un estado terminal, sino que por el contrario, se trata de un tratamiento futuro y eventual.

Se trata de evitar «la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma», por lo que resulta de suma trascendencia determinar el alcance de dicha expresión, es decir, qué tanto debe disminuir la calidad de vida de la persona para que sea procedente. Estimamos que para la interpretación del precepto lo que debe entenderse es que la enfermedad que padece debe restringir la posibilidad de que la persona tenga una vida digna.

Es necesario enfatizar que la voluntad anticipada sólo procederá en caso de que la persona tenga una patología terminal, incurable e irreversible. Al hacer referencia a una enfermedad terminal o a un paciente en estado terminal, se sabe con certeza que la persona va a morir en un corto plazo. En esta senda, ORDOQUI entiende que es “aquél cuya salud está afectada de manera irreversible, independientemente de que reciba o no tratamientos, y que muy probablemente, morirá en un breve período”³³.

De las tres características mencionadas por el precepto, la exigencia de que la patología sea terminal es la más importante, dado que en cierta medida, incluye los requisitos de incurable e irreversible. Por cierto, si un paciente se encuentra en estado terminal, es porque la patología no se puede curar (al menos con los conocimientos tecnológicos del momento) y no es posible provocar un retroceso de la enfermedad, por lo que sólo cabe esperar un resultado cercano, que es la muerte.

3. Tercer supuesto: Aplicación y conservación de los tratamientos (art. 1º inc. 5)

El último inciso del artículo 1º regula el tercer y último supuesto, previendo que la persona «podrá manifestar su voluntad anticipada en contrario a lo establecido en el inciso segundo de este artículo». Esto significa que la persona exige que se le apliquen los tratamientos y procedimientos necesarios para prolongar su vida, a pesar de que ello implique un detrimento en la calidad de ella. Se le permite a la persona expresar su voluntad en cuanto a no dejarla morir, sino que por el contrario, hacer todo lo posible para que siga viviendo, sin importar el estado en que se viva.

Si el sujeto se inclina por esta opción, «no será de aplicación en estos casos lo dispuesto por el artículo 7º de la presente ley», por lo que no importará la «decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, familiares en primer grado de consanguinidad» sobre la suspensión de los tratamientos y procedimientos, dado que no tendrán ningún poder de mando sobre los cuidados médicos del paciente. Al tratarse de un acto personalísimo, no podrá ser revocado por sus parientes.

En conclusión, este último supuesto en estudio evita que los parientes decidan por el enfermo, respetándose exclusivamente su voluntad y quitándose la posibilidad de que otros decidan sobre aspectos tan importantes como la salud del paciente.

4. Cuidados paliativos

La disposición en examen destaca que la manifestación anticipada de voluntad, no «implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren». Éstos tienen como fin “mejorar la calidad de la vida que aún les queda a aquellos pacientes cuya enfermedad no puede ser eliminada, para quienes ya no es posible seguir luchando por la curación”³⁴.

Los cuidados paliativos no consisten sólo en proporcionar analgésicos, sedantes u otros remedios, sino que también implican el afecto humano. El fundamento de dicha afirmación se encuentra en que los dolores, pueden ser tanto físicos como psicológicos, y es debido a estos últimos que se procura que la persona no muera sola, sino que, por el contrario, se encuentre acompañada en esos trances.

Este tipo de cuidado no sólo incumbe a las instituciones médicas, sino que también y principalmente le corresponde y está dirigido a la familia, dado que se pretende que ésta pueda superar el dolor y seguir adelante, a pesar de lo que significa la muerte de un ser querido. “En definitiva, la medicina paliativa supone

33 ORDOQUI CASTILLA, Derecho médico, T. II, Ed. Del Foro, Mdeo., pág. 310.

34 CANALIS y VIGNOLO, op. cit., pág. 377.

un cuidado total del cuerpo, mente y espíritu del paciente, en su proximidad con la muerte, contemplando muy especialmente la situación en que se encuentra la familia³⁵.

“La comida, el agua y el oxígeno no son “tratamientos”, sino parte fundamental del cuidado médico y son por lo tanto derechos fundamentales. En todos los casos en que se está considerando retirarle el agua y los alimentos por medios artificiales a un paciente, hay dos condiciones que cumplir: 1. La forma en que dicho suministro se está llevando a cabo le está causando dolor grave al paciente. 2. La persona está tan cerca de la muerte que la alimentación y el agua no le proporcionarán ningún bien y el paciente morirá de forma natural antes de que el hambre y la sed le causen un sufrimiento significativo”³⁶.

En caso de no cumplirse con las condiciones mencionadas, no se debe proceder a la interrupción, dado que el agua y los alimentos, junto a los que implican cambios en la posición del paciente, cuidados de la piel y de la boca, son debidos por la dignidad de todo paciente. El fundamento de estos cuidados es salvaguardar la dignidad de la persona, porque ésta sigue siendo digna a pesar de encontrarse en su último momento de vida.

De conformidad a lo que se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, «el objetivo del cuidado paliativo no es que el enfermo viva “más tiempo” sino “mejor” lo que le resta de vida»³⁷.

Nuestra norma, a diferencia de lo que se práctica en otras legislaciones, no da un concepto sobre los cuidados paliativos. A modo de ejemplo, en la ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal (México), art. 3º, numeral IV se reclama: «el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamientos curativos e incluyen el control del dolor y otros síntomas, así como la atención psicológica del paciente».

5. Supervivencia de la exteriorización de la voluntad anticipada

Con respecto al alcance o eficacia de la manifestación de voluntad anticipada cabe señalar que el inc. 3º del art. 1º prevé que ella «tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural». Por ende, sin importar que la persona devenga incapaz, el documento producirá sus efectos y será aplicable acaecido el caso de que padezca una enfermedad terminal y no goce de la aptitud psicológica necesaria para pronunciarse sobre cuál es su voluntad.

Esta referencia que hace la disposición es de gran trascendencia, dado que antes de su sanción, si se entendía que lo que se otorgaba era un mandato, éste se revocaba por la incapacidad del mandante (art. 2086, nal. 7º del C.C.U.)³⁸.

Ahora bien, a pesar de que la disposición se encuentra ubicada en el tercer inciso del artículo y redactada en singular, la supervivencia de la exteriorización de voluntad del sujeto es aplicable a cualquiera de los tres supuestos analizados.

6. Formalidades y publicidad

El art. 2º de la ley N° 18.473 prescribe las exigencias formales para que el documento de voluntades anticipadas sea válido.

Se prevén dos modalidades:

A) En la primera se requiere que el documento se realice «por escrito con la firma del titular y dos testigos. En caso de que el titular no pueda firmar, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos». Esto significa que uno de los presentes sustituye al paciente, firmando por él.

El tercer artículo de la ley establece las incompatibilidades de los testigos: «no podrán ser testigos el médico tratante, empleados del médico tratante o funcionarios de la institución de salud en la cual el titular sea paciente».

35 ORDOQUI CASTILLA, op. cit., págs. 316-317.

36 CANALIS y VIGNOLO, op. cit., pág. 378-379.

37 CANALIS, y VIGNOLO, op. cit., pág. 379.

38 En este rumbo en la doctrina uruguaya se sostuvo con referencia a los documentos en análisis que “Tampoco parece adecuada la calificación como mandato ya que como la persona va a estar disminuida física o mentalmente cuando su funcionamiento sea necesario, la autoridad podría considerar que no se encuentra atada a la voluntad del mandante. En especial, porque se choca con la estipulación incluida en la mayoría de los Códigos Civiles de la región, que establecen que el mandato se acaba con la incapacidad del mandante o del mandatario” (SANTOS BELANDRO, *Minoridad y...*, op. cit., pág. 420). “Sería preferible, entonces, una regulación específica e independiente, la creación de la figura de un poder de representación sui generis parece ser la más adecuada. Para que funcione, el legislador nacional deberá acoger claramente la posibilidad del otorgamiento de dicho poder y admitir que éste seguirá vigente aún cuando el adulto se hubiere incapacitado” (ibídem).

La ley no menciona cuál será la consecuencia en caso de que estas personas actúen como testigos, pero podemos concluir en que la sanción es la nulidad del documento, además de eventuales sanciones administrativas para ellos. La principal razón por la cual se les ha negado la posibilidad de actuar en calidad de testigos se apoya en evitar el conflicto de intereses que podría existir entre ellos y la institución médica, en lo primordial debido a los altos costos materiales y de recursos humanos que implica para los establecimientos hospitalarios un paciente en estado terminal.

Además no puede dejarse de lado lo previsto por la Ley Orgánica Notarial N° 1421, de 31 de diciembre de 1878, que dispone que «Toda escritura pública necesita para su validez, además de la firma del escribano, las de quienes la otorgan, o cuando alguno de ellos no supiera o no pudiera hacerlo —lo que se hará constar en el instrumento— la de dos testigos idóneos, mayores de 21 años, que no sean socios, dependientes, cónyuges ni parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del autorizante».

Entretanto, en el Reglamento Notarial, aprobado por la Suprema Corte de Justicia mediante Acordada N° 7.533, de 22 de octubre de 2004, se dispone en el art. 145, que «no son idóneos y por lo tanto no pueden ser testigos instrumentales en las escrituras públicas, salvo lo que se dispone en materia de testamentos: a) los que no saben o no pueden firmar o suscriben con caracteres distintos a los del alfabeto latino; b) los que aún no han cumplido veintiún años; c) los ciegos; d) los sordos; e) los que no gozan del libre uso de la razón; f) el cónyuge del autorizante y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; g) los socios, los amanuenses y los empleados dependientes del Escribano, siempre que presten sus servicios mediante retribuciones abonadas por éste; h) los que no conocen el idioma castellano; no obstante, ... bastará que los testigos conozcan alguno de los idiomas en el cual se lea la escritura».

En el proyecto de ley sobre el tema presentado por el Diputado Abdala en el año 2001 también se había incluido que no podrían ser testigos: A) «los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el titular»; B) «aquéllos pasibles a una parte de la herencia del titular»; C) «el médico tratante, un empleado del médico tratante o un funcionario de la institución de salud en la cual el titular sea paciente» y D) «la persona designada como sustituto de acuerdo al artículo 6° de la presente ley y los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el mismo».

En el Derecho comparado, se suele incluir otros sujetos en la nómina de personas imposibilitadas a participar en dicho documento; por ejemplo, en España, la ley de Cantabria de 2002, consagra que los testigos «no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni relación laboral, patrimonial o de servicio, ni relación matrimonial ni de análoga afectividad a la conyugal con el otorgante».

Por su parte, la ley de voluntad anticipada del Distrito Federal (México), en su art. 12, establece que «no podrán ser testigos: I. Los menores que no han cumplido 16 años de edad; II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio; III. Los familiares del enfermo en etapa terminal hasta el cuarto grado; IV. Los que no entiendan el idioma que habla el enfermo en etapa terminal, salvo que se encuentre un intérprete presente; y V. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad».

Con base a las normas de Derecho comparado y en el proyecto de ley presentado, la ley 18.473 ha recogido una nómina muy limitada de sujetos que no pueden intervenir como testigos en el documento, dejando de lado a personas que podrían llegar a tener intereses divergentes con el otorgante, y preocupándose en lo fundamental por restringir la intervención de dependientes de la institución médica que lo atiende.

B) La segunda modalidad para la exteriorización de la voluntad anticipada prevista por la ley es «ante escribano público documentándose en escritura pública o acta notarial». De optar por este modo, no se requerirán los testigos. La ley no dice nada en caso de que el paciente no pueda firmar, pero es dable interpretar que según lo establecido en el inciso anterior y en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 32 de la Ley Orgánica Notarial (decreto-ley N° 1.421, de 31 de diciembre de 1878), se requerirá también la presencia de dos testigos, de los cuales uno firme en sustitución del paciente.

Lo que se busca por parte del legislador con estas formalidades es que la persona otorgue el documento en forma libre, sin ningún tipo de vicio en su voluntad³⁹. Optar por la segunda modalidad, tiene ciertas ventajas que el documento privado no tienen, dado que el escribano debe verificar la capacidad del otorgante y también podemos mencionar que el documento público da fecha cierta, lo que puede repercutir en la validez del documento dependiendo de la capacidad del suscriptor. Pero se tiene como desventaja que, el optar por la escritura pública o el acta notarial, conlleva una retribución al notario, lo que podría significar limitar la posibilidad de otorgar este tipo de documento según la capacidad económica de la persona.

Entendemos que la vía notarial es la mejor opción para la documentación de las voluntades anticipadas con base en los siguientes motivos: el escribano verifica la identidad del suscriptor, se trata de una figura

39 «Los testigos cumplen una función similar a la del testigo instrumental del testamento, garantizando la libre voluntad del declarante» (GRADIN, op. cit., pág. 275).

imparcial, comprueba que el otorgante se encuentre libre de cualquier tipo de coacción y tiene conocimientos jurídicos, elemento que los testigos pueden no poseer.

Como hemos mencionado, una de las principales ventajas que tiene la instrumentación mediante escribano es la constatación que realiza sobre la capacidad del otorgante, debido que si el documento fue otorgado mediante escritura pública es porque “el escribano autorizó el acto, porque sabía que el otorgante gozaba de discernimiento, intención y libertad y lo consideraba, por ende, hábil para ello”⁴⁰.

Pero la razón fundamental por la cual nos pronunciamos por la actuación notarial es que ella brinda mayores garantías que la realización por documento privado, razón más que suficiente para los valores en juego. Asimismo, coopera con la obtención de certeza en el sentido de que lo documentado concuerda con la verdadera voluntad del suscriptor y éste no fue víctima de ningún tipo de vicio al otorgar su consentimiento.

Junto con ello, es recomendable para los suscriptores de estos documentos, arrimar copias o réplicas de los mismos a personas de su confianza, dado que ello implica una mayor garantía y seguridad de que su voluntad habrá de cumplirse.

Sin importar que se opte por el documento privado o por el documento público, lo exteriorizado «deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente». MONTANO expresa que su inclusión es “la forma de darle publicidad”⁴¹. Es evidente que no se trata de un requisito formal de validez, por consecuencia en la hipótesis de que se tome conocimiento del instrumento por otros medios, se debe proceder a su cumplimiento, aun cuando lo manifestado no haya sido consignado en la historia clínica. “La responsabilidad de la incorporación recae sobre las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud (art. 10, A)”⁴².

La incorporación de las voluntades anticipadas en la historia clínica tiene una ostensible ventaja frente a la inscripción en los Registros Públicos (medio habitual donde se incorporan estos documentos en el Derecho comparado), dado que el médico la tiene en su poder al atender al paciente y no debe recurrir a una herramienta que no tiene a su disposición (como es la información registral) para consultar el documento de voluntad anticipada. Además, no puede perderse de vista que la consulta inmediata de la historia clínica es una necesidad para los casos de urgencia, mientras que los Registros pueden no ser el medio más apropiado para los casos en que se deba decidir en forma veloz. En este sentido, es dable señalar como desventajas de estos últimos: “problemas de horarios, días feriados, (y) determinación de las personas que estarían facultadas a acceder a la información”⁴³.

Sin embargo, también podemos encontrar diversos problemas cuando la historia clínica es el único lugar donde se incorpora el documento de voluntad anticipada, dado que ella puede ser destruida, o el suscriptor puede ser internado en una institución diferente a aquella en que incorporó el documento, no teniendo el grupo médico ningún conocimiento de él⁴⁴. Como forma de evitar estas dificultades, la ya citada ley N° 18.335 ha dispuesto en su art. 18, lit. D, inc. 2°, que «la historia clínica constituye un conjunto de documentos, no sujetos a alteración ni destrucción, salvo lo establecido en la normativa vigente». Mientras que en el inc. 4° del literal en estudio, establece que «En caso de que una persona cambie de institución o de sistema de cobertura asistencial, la nueva institución o sistema deberá recabar de la o del de origen la historia clínica completa del usuario. El costo de dicha gestión será de cargo de la institución solicitante y la misma deberá contar previamente con autorización expresa del usuario». Además de estas previsiones, se establece la instrumentación en forma escrita o electrónica, la confidencialidad y la propiedad del paciente.

A pesar de lo mencionado, probablemente, la mejor solución sea que “la registración médica debe tener carácter nacional, y que se implementara de forma informática para que el acceso fuera inmediato y desde cualquier ubicación”⁴⁵.

Esta también es una solución que ha sido acogida por el derecho comparado, donde se “prevé que se constituya un sitio de Internet donde figuren modelos de documentos y una base de datos de los declarantes de acceso restringido, que podrían ser consultados por los centros de salud al ingreso del paciente”⁴⁶. “A diferencia de la regulación uruguaya, en países como Dinamarca, existe un registro informatizado que los médicos consultan obligatoriamente. En España, algunas comunidades autónomas han creado y regulado

40 TALIANA DE BRANDI y ROGELIO LLORENS, op. cit., pág. 68.

41 MONTANO, op. cit., pág. 58.

42 MONTANO, ibídem.

43 SANTOS BELANDRO, Minoridad y..., pág. 433.

44 “En Argentina, no existe una historia clínica unificada sino legajos parcializados que dan cuenta de la atención médica brindada” (AIZENBERG, op. cit., pág. 105).

45 BERTONI VÁZQUEZ y SARKISSIAN TAKESSIAN, “La intervención notarial”, IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, A.E.U., Montevideo, 2007, pág. 196.

46 AIZENBERG y otros, “Directivas médicas anticipadas”, Revista Crítica de Derecho Privado, n° 6 (2009), pág. 1017.

un registro autonómico de voluntades anticipadas con carácter reservado, con finalidad de recopilación y custodia, y publicidad restringida para otorgantes, representantes designados y profesionales⁴⁷.

El legislador no dispuso la inscripción de la voluntad en ningún Registro Público, como suele hacerse en otros ordenamientos que reconocen esta modalidad de documentos, lo que podría haber significado una mayor garantía para el efectivo conocimiento de los mismos⁴⁸. A modo de ejemplo, podemos mencionar el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, mientras que en Argentina es competencia de los Registros de Autoprotección que dependen de los Colegios Notariales de las distintas provincias.

7. Interpretación del documento

Puede ocurrir que la redacción del documento de voluntad anticipada no sea precisa, ni cristalina, lo cual conduzca a que sea necesario reconstruir el propósito perseguido por el otorgante. En tales coyunturas se debe ser extremadamente cauteloso con la interpretación. No hay que olvidar que lo que está en juego es la vida del paciente y por ello es que en caso de más de una interpretación posible, corresponde recibir la que mejor concuerde con la protección del derecho a la vida, de acuerdo con el principio "in dubio pro vita".

"El grave problema, desde nuestro punto de vista, es que los denominados testamentos vitales suelen tener un contenido ambiguo, con definiciones vagas e imprecisas, que de alguna manera son proclives a la eutanasia, y significan un grave riesgo, pues luego tienen que ser interpretadas por el médico"⁴⁹.

Empero, desde ya cabe dejar asentado, que a pesar de haber sido caracterizado el documento en análisis como un negocio jurídico, no resultan del todo aplicables las normas sobre interpretación contractual previstas por los artículos 1297 a 1307 del Código Civil.

Antes bien, el intérprete de los documentos de voluntad anticipada debe buscar la verdadera intención del suscriptor, lo que se conoce como la voluntad interna o real. Para esto sería conveniente que conociera los valores de la persona cuya voluntad se quiere interpretar, y de ser posible, compartírlas. Con el objetivo de encontrar la real voluntad de la persona, se podría aceptar la complementación del documento de voluntad anticipada con cartas, diarios u otros elementos que reflejen sus convicciones y valores.

Por consiguiente, a la hora de tratar de reconstruir la voluntad anticipada emitida se puede recurrir tanto a los componentes textuales del documento otorgado, como a elementos externos a él, que ayuden a desentrañar cuál fueron los mandamientos que pretendió dejar expuestos. Incluso, aparece como un fuerte elemento de interpretación el testimonio de aquellas personas que hayan conocido al sujeto cuando aún gozaba de aptitud psicológica. En este sentido, SANTOS BELANDRO se pronuncia por la participación de los familiares y allegados, quienes serán convocados "para que expresen no sus opiniones personales y valores acerca de cómo tratarlo, sino como medio de evaluar con una mayor aproximación aquello que realmente quería el enfermo o aspiraba que se hiciera, de producirse una situación similar"⁵⁰. Y naturalmente que también va a asumir fundamental trascendencia lo que exprese el denominado "representante" (art. 6° de la ley *-infra* N° 10), dado que la norma le atribuye la misión de «velar por el cumplimiento de esa voluntad».

8. Revocación

El art. 4° de la ley se ocupa de la posibilidad de dejar sin efectos el documento de voluntad anticipada por la revocación del suscriptor, dado que con el transcurso del tiempo, las convicciones personales del paciente pueden haber cambiado y que consecuentemente, no profese las mismas opiniones que cuando otorgó el documento.

Dicho artículo consagra que la revocación puede ser «verbal o escrita, en cualquier momento por el titular». No se requieren las mismas formalidades que para realizar la declaración, sino que por el contrario, "debe adoptarse una posición amplia, dado que, la exigencia de cualquier formalidad sería contraria al principio

47 GRADIN, op. cit., pág. 275.

48 "Quizás la conveniencia de tener un registro general donde se inscriban las declaraciones de voluntad anticipada, tal como existe en derecho comparado, puede resultar una práctica administrativa que facilite el conocimiento de declaraciones de voluntad anticipadas y sus posibles modificaciones, reduciendo eventualmente las posibilidades de error, sobre todo, ante cambios de institución médica por parte del paciente" (AVERSANO y RODRÍGUEZ, "Voluntad anticipada del paciente para oponerse o no a recibir asistencia médica", Estudios multidisciplinarios sobre derecho médico, La Ley Uruguay, Mdeo., 2010, pág. 123).

49 ORDOQUI CASTILLA, op. cit., pág. 353.

50 SANTOS BELANDRO, Minoridad y..., pág. 429.

“in dubio pro vita”⁵¹. La norma atribuye una amplia facultad para revocar, por lo que la revocación procede, a pesar de que no se realice en forma expresa, sino en forma tácita, esto es, por indicaciones inequívocas del paciente.

Cabe considerar un acierto del legislador la ausencia de formalismos sobre la revocación, debido a la importancia del bien jurídico protegido y la posible variación en la determinación del paciente.

Es necesario, sin embargo, realizar algunas precisiones acerca de lo mencionado por la ley. El precepto señala que la revocación se puede realizar «en cualquier momento», no obstante genera incertidumbre en el sentido de si ella procede incluso si la persona deviene incapaz. También surge la interrogante sobre quién es el legitimado para revocar, es decir, si sólo puede neutralizar la manifestación de voluntad antes exteriorizada el paciente que otorgó el documento debido que se trata de un acto personalísimo o si es admisible la revocación por alguna otra persona, ya sea el representante, un familiar, el médico tratante, la Comisión de Bioética o un Juez actuando de oficio.

Como mencionamos anteriormente, es menester plantearse si la revocación puede ser dispuesta por el paciente en caso de encontrarse interdicto. Más aun, si la solución sería diferente en caso de tratarse de un interdicto que se encuentra en un momento de lucidez.

Los intervalos lúcidos son “una remisión temporal y completa de la enfermedad por un lapso más o menos prolongado, en el cual el insano tiene plena conciencia de sí y de lo que lo rodea. Pero es un estado no permanente, sino transitorio, pues por causa de la condición cíclica de la enfermedad volverá fatalmente a caer bajo sus desviaciones habituales”⁵².

Es necesario mencionar que “una corriente jurídica cada vez más pronunciada, admite la validez de los actos personalísimos realizados en ese estado, actos que no pueden ser suplidos por la actuación del representante”⁵³. La razón de lo dicho radica en que “por sus propias características, el ejercicio de estos derechos es inherente a la persona que los titulariza, no pudiendo ser suplida en su ejercicio por la actuación de la figura del representante legal”⁵⁴. Consecuentemente, “ciertos derechos personalísimos, y los actos que de su ejercicio se derivan, pueden ser realizados por el insano declarado en un intervalo lúcido, de lo contrario, se estaría creando una verdadera incapacidad de derecho del demente, ya que tales actos -reiteramos- no pueden ser suplidos por la voluntad del representante legal”⁵⁵.

En nuestra opinión, por la importancia de los valores tutelados y por el principio *in dubio pro vita*, creemos que la interpretación correcta de la expresión «en cualquier momento» es que el paciente declarado incapaz está legitimado para revocar. Además, es lo que resulta de una interpretación literal, debido que el artículo en estudio no diferencia la situación del capaz ni del incapaz para extinguir los efectos del documento. A favor de dicha interpretación, se puede hacer referencia al proyecto de ley presentado por el diputado Washington ABDALA el 26 de abril de 2001, que disponía en su artículo 4º: «El Testamento Vital puede ser revocado de forma oral o escrita en cualquier momento por el titular, sin tener en cuenta su estado mental o capacidad». Negarle al paciente la posibilidad de dejar sin efecto el documento de voluntad anticipada, implicaría consagrar la perpetuidad de éste, neutralizando el cambio en las convicciones personales que pueda tener.

Con el fin de garantizar el adecuado conocimiento del cese de los efectos de la declaración de voluntad anticipada, se manda que «En todos los casos el médico deberá dejar debida constancia en la historia clínica». Debido a ello, es que MONTANO entiende que al hacer referencia a «el médico», significa que dejar la debida constancia es un deber del médico tratante, y no de cualquier médico o sus asistentes⁵⁶. Conjuntamente, el citado doctrinario la incluye como una de las obligaciones de las instituciones médicas.

Asimismo, a pesar de que la norma no lo establezca, se debe aceptar la modificación y sustitución de la instrucción anticipada. Para ello es procedente dejar una constancia en la historia clínica, dado que la norma expresa «en todos los casos».

La ley sobre testamento vital de California, de Estados Unidos de América, exige la renovación cada 5 años, de lo contrario caduca automáticamente⁵⁷. Por su parte, el art. 10 del proyecto de ley presentado en

51 AIZENBERG y otros, op. cit., pág. 1015.

52 CIFUENTES, RIVAS MOLINA y TISCORNIA, Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados, 2º ed, Ed. Hammurabi, Bs. As, 1997, pág. 41.

53 CIFUENTES, RIVAS MOLINA y TISCORNIA, op. cit., pág. 44.

54 FAMÁ, HERRERA y PAGANO, Salud mental en el derecho de familia, Ed. Hammurabi, Bs. As, 2008, pág. 463.

55 FAMÁ, HERRERA y PAGANO, op. cit., pág. 465.

56 “No alcanza con que la anotación sea efectuada por el personal de enfermería o para-médicos. Al referirse “al médico” se debe entender que tampoco es cualquier médico, sino aquel que tiene al paciente en sus manos, el médico tratante. Así surge del contexto, en consonancia con lo dispuesto en el art.5º”. MONTANO, op. cit., pág. 58.

57 Cfr. BAGDASSARIAN, SAPRISA DE MERCANT y TELLECHEA, op. cit., pág. 123.

abril de 2001 por el diputado Washington ABDALA (carpeta N° 1120) postulaba que «El Testamento Vital no podrá tener una antigüedad mayor a tres años al momento de su aplicación». Estas pautas que se han seguido en algún ordenamiento del derecho comparado tienen como fundamento que no se mantenga un documento de estas características desactualizado, sino que, por el contrario, debido a la importancia de los bienes jurídicos a que refieren, reflejen con la mayor certeza posible las convicciones de los otorgantes cuando deben ser aplicados. “El consentimiento dado con antelación pudo haber variado y en este caso, las consecuencias pueden ser irreversibles”⁵⁸.

Además, es factible que “si los deseos se expresaron con mucha antelación respecto a la intervención y la ciencia ha progresado desde entonces, puede haber motivos para no respetar la opinión del paciente”⁵⁹.

El legislador patrio no optó por un plazo de caducidad del documento de manifestación de voluntad anticipada, con base seguramente en la conveniencia de que los interesados no tuvieran que estar otorgando nuevos documentos en forma constante por una caducidad muy breve. Por ende, una vez manifestada la voluntad y en tanto no sea revocada por el propio otorgante, en el Derecho uruguayo el documento tiene eficacia perpetua.

Otro punto interesante al respecto es el caso en que exista más de un documentos de voluntad anticipada, ¿el último documento emitido deja sin efectos a los anteriores o sólo las disposiciones contrarias con éste? Sobre este aspecto, el art. 8 de la ley de voluntad anticipada de Andalucía, ley 5/2003, de 9 de octubre, establece que «El otorgamiento de una nueva declaración de voluntad anticipada revocará las anteriores, salvo que la nueva tenga por objeto la mera modificación de extremos contenidos en las mismas, circunstancia que habrá de manifestarse expresamente». Según lo que surge de la citada ley, el resultado de un nuevo otorgamiento es la revocación, salvo que trate de “extremos”, es decir, de partes accesorias de la declaración y no esenciales.

Admitimos que un nuevo pronunciamiento del paciente implica la revocación de un documento de voluntad anticipada emitido con anterioridad, salvo en aquellos casos en que resulta no existir contradicción, sino complementación, de la exteriorización previa.

Se debe tener presente que “mientras el paciente conserve su capacidad de obrar, siempre prevalecerá su voluntad sobre lo expresado en el documento”⁶⁰. “Así pues, el orden de prelación sería el siguiente: primero el consentimiento informado prestado por el propio paciente. En defecto del mismo, las indicaciones contenidas en su documento de voluntad anticipada. Y en defecto de los dos anteriores, el consentimiento concedido por el representante de derecho o hecho del paciente”⁶¹.

9. El diagnóstico de la enfermedad para la aplicación del documento de voluntad anticipada

El art. 5° de la ley preceptúa que «el diagnóstico del estado terminal de una enfermedad incurable e irreversible, deberá ser certificado por el médico tratante y ratificado por un segundo médico en la historia clínica del paciente. Para el segundo profesional médico registrarán las mismas incompatibilidades que para la calidad de testigo según el artículo 3° de la presente ley».

En cuanto al diagnóstico, el mismo debe calificar a la enfermedad como terminal, incurable e irreversible, y se exige que primero sea certificado por el médico tratante, para luego ser ratificado por un segundo médico. Tanto la certificación como la ratificación del diagnóstico deben ser incluidas en la historia clínica del paciente.

La ley N° 18.335 mencionada anteriormente, expresa en el art. 18, lit. F, que es un derecho del paciente «realizar consultas que aporten una segunda opinión médica en cuanto al diagnóstico de su condición de salud y a las alternativas terapéuticas aplicables a su caso. Las consultas de carácter privado que se realicen con este fin serán de cargo del paciente».

Con la finalidad de otorgar mayores garantías al paciente, se le establecieron al segundo médico «las mismas incompatibilidades que para la calidad de testigo según el artículo 3° de la presente ley». “En cuanto al médico que dará la segunda opinión, en realidad no está inhibido de ser testigo por cuanto aún no ha sido consultado, lo que sí estará inhibido es de proporcionar esa segunda opinión por la razón de haber sido

58 MONTANO Y GÓMEZ DE ALÍA, PUERTO GONZÁLEZ e IGLESIAS MÉNDEZ, Derecho Médico Uruguayo, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2005, pág. 272.

59 GIL, El panorama internacional de las voluntades anticipadas, COMZ, 14.5.2002, págs. 3-4, <http://www.instituto-debioetica.org/casosbioetic/formacioncontinuada/testamentovital/cgil.pdf>

60 AVERSANO y RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 118.

61 POU AMPUERO, Felipe, op. cit., págs. 306-307.

testigo en el documento privado otorgado por el paciente⁶². Pero además, esta obligación de un segundo diagnóstico significa una garantía para el médico tratante, dado que puede ser una prueba esencial en un eventual juicio de responsabilidad.

“Como surge de manifiesto, la consulta a un segundo médico que ratifique el diagnóstico emitido por el primero, constituye una garantía en beneficio del paciente, que apunta a que el sistema ofrezca la debida confianza y seguridad que el usuario del servicio de salud necesita para hacer uso del testamento vital, y en consecuencia para evitar la existencia de errores, y de los consecuentes daños y perjuicios que se pueden generar⁶³.”

Debemos tener en consideración que “la medicina no es una ciencia exacta”, sino que por el contrario, “frente a todo paciente, siempre existe un margen bien considerable de incertidumbre respecto al éxito o al fracaso de las terapias que en principio aparecen como más aconsejables⁶⁴”. Es por ello que se exige un segundo diagnóstico, el que tiene como finalidad brindar más certezas en lo que respecta a la situación del paciente. Estos dos diagnósticos determinarán si se han verificado los supuestos previstos por la norma y dependiendo de lo que concluyan los médicos es que pondrán en marcha las medidas acordadas en el documento de voluntad anticipada.

10. El denominado “representante”

El artículo 6° se ocupa de regular la figura del representante. Éste tiene la tarea de velar por el cumplimiento de la voluntad de su representado, siempre que por encontrarse en estado de incapacidad, el titular no pueda tomar las decisiones por sí mismo. Se procura que “el testador nombre un representante que haya compartido o por lo menos comprendido sus deseos, valores y motivos personales del firmante, los que quiere que se respeten en el final de su vida⁶⁵”.

En cuanto a los requisitos para ser representante, se exige mayoría de edad y se prohíbe que lo sean «quienes estén retribuidos como profesionales para desarrollar actividades sanitarias realizadas a cualquier título con respecto al titular». Con esto último se busca que se trate de una figura imparcial, evitando un posible conflicto de intereses. Aunque la disposición no lo establezca, corresponde exigir que el representante sea mentalmente sano.

Tampoco se hace referencia con respecto a si la tarea del representante será remunerada. Pero si aplicamos el art. 2052 del Código Civil podemos entender que no lo será, ya que expresa que el mandato «se presumirá que es gratuito, cuando no se hubiere convenido que el mandatario perciba una retribución por su trabajo». Sobre este tema, la ley del Distrito Federal (México) establece en su art. 14 que «El cargo representante es voluntario y gratuito; pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo».

Ahora bien: ¿puede cambiar la solución si consideramos que se trata de un curador?; ¿pasa a ser remunerada la tarea?

La norma consagra que “se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante”. Debido a ello es que CAROZZI se plantea la hipótesis en la cual se haga la declaración anticipada de voluntad, pero se omita la designación de representante. ¿Resultaría válida la declaración? Postula como una posible solución, a pesar de que la ley no diga nada al respecto, que podría resolverse mediante un nombramiento judicial. Por su parte, la citada autora entiende que “no se trata de un requisito necesario para la validez de la declaración⁶⁶”, dado que la designación de un representante es una garantía para el suscriptor del documento, en cuanto es quien velará por el cumplimiento de la voluntad, pero la no inclusión de uno no implica la nulidad del mismo.

En nuestra opinión, para el caso de omisión, es posible entender que dicha atribución corresponde a los mencionados en el art. 7°, dado que si la ley los habilita a decidir por el paciente en caso de que el mismo no haya dejado una voluntad anticipada, es aceptable que sean quienes deban velar por el cumplimiento de la

62 SANTOS BELANDRO, “Las declaraciones de...”, op. cit., pág. 1098.

63 AVERSANO y RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 119-120.

64 DOMÍNGUEZ GIL, “Responsabilidad Médica y Libertad de Conciencia”, A.D.C.U., T. XXVII, Jurisprudencia anotada, pág. 659.

65 CIFUENTES, “El testamento vital o living will”, VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Bogotá, 14-17 de noviembre de 2007, http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=vi%20congreso%20academias%20santos%20cifuentes

66 CAROZZI, “Declaraciones de Voluntad Anticipada, análisis de la ley N° 18.473”, Tribuna del Abogado, abril/mayo 2009, pág. 11.

voluntad⁶⁷. Se puede concluir lo antedicho si se entiende que la habilitación para suspender los tratamientos o procedimientos implica un poder mayor sobre el paciente.

Otra posibilidad sería la de aplicar los artículos 441 y siguientes del Código Civil que determinan quiénes son llamados a desempeñar el cargo de curador en caso de incapacidad. Con lo que se llegaría al mismo resultado, dado que en primer lugar le correspondería al cónyuge sano, en segundo lugar a los hijos mayores y por último, a los padres del sujeto incapaz. En caso de que se recurra a esta solución, corresponde anotar quién será el que adopta la calidad de representante en la historia clínica del paciente.

Ahora bien, debido a la referencia que hace la disposición sobre el representante, corresponde interrogarse si realmente encuadra en la figura de la representación regulada por el Código Civil, o si, por el contrario, puede tratarse de otro instituto. La misma redacción del artículo induce a este cuestionamiento al expresar que se incluirá «el nombramiento de una persona denominada representante». No cabe duda alguna sobre su denominación, pero puede cuestionarse si la norma efectivamente le asignó las facultades del representante regulado por el Código Civil, dado que por tener tal denominación, necesariamente no implica que lo sea.

El precepto no desarrolla y ni siquiera menciona cuáles serán las atribuciones de este sujeto, simplemente se limita a expresar que su nombramiento será «para que vele por el cumplimiento de esa voluntad».

Para resolver la cuestión tenemos que desentrañar cuál es el alcance que se le quiso dar a la norma, es decir, si se buscó que el denominado representante tenga cierta discrecionalidad en su desempeño o que simplemente se limite a transmitir el documento sin ningún poder de actuación.

En caso de considerar que se trata efectivamente de un representante, sus principales tareas serían que “ayude a interpretar el contenido del documento y a tomar las decisiones terapéuticas que se juzguen más convenientes, atendidas las circunstancias del caso y sin olvidar los criterios de ‘opción vital’ del paciente”⁶⁸. En caso de existir un vacío en el documento recaería en él la toma de decisiones, excluyendo a cónyuge, concubino o parientes, potestad que le es atribuida como consecuencia de ser nombrado por el paciente. También estimamos que sería el encargado de representar al paciente en juicio, en caso de que surja algún conflicto relacionado con el documento de voluntad anticipada.

El art. 3º, inc. 2º, del decreto N° 80/2005 de la Región de Murcia, España, expresa cuál es la principal tarea del representante: «interpretará los valores y directrices que consten en el documento de instrucciones previas, de forma adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del otorgante y con respeto a su dignidad como persona».

Una segunda opción puede ser que la tarea del denominado representante sólo se limite a transmitir un mensaje, sin ninguna potestad de decisión. En este caso, más que un representante, podemos señalar que la figura se ajusta a la figura de nuncio o mensajero, dado que quien se encuentra en dicha posición, tiene como objetivo transmitir la voluntad del otorgante, pero carece de señorío para tomar decisiones que excedan la voluntad otorgada.

Frente a esta interrogante, resulta necesario incorporar la distinción que GAMARRA establece entre ambos institutos. “La actividad representativa presupone, entonces, un poder autónomo y libre de decisión, en la cabeza del representante; el representante ha de tener siempre una iniciativa propia, aunque esta sólo puede ejercitarse con efecto directo si se la desarrolla dentro de los límites del poder conferido; se trata de una actividad que debe ser, al menos en parte discrecional”. “Los caracteres que acaban de precisarse están ausentes, por completo, en la figura del mensajero. Éste no forma voluntad alguna, sino que comunica, notifica o transmite, una voluntad que ya está formada por el interesado. Y, puesto que no participa en la formación de la voluntad, sino que sólo interviene en la manifestación de esa voluntad, es evidente que carece de iniciativa y poder de decisión”⁶⁹.

Como bien expresa GALGANO “puede ocurrir que todos los elementos del contrato que se celebre hayan sido predeterminados por el representado, y que el representante se limite a declarar una voluntad en y para todo ajena. En este último caso, nos hallamos fuera del ámbito de la verdadera y propia representación; más bien, nos hallamos en la llamada nunciatura o *nunciatio*. Quien actúa en nombre de otro es aquí un simple *nuntio* de la voluntad de otro sujeto; es, según otra expresión, un medio o, con expresión tradicional, un *nuncius*, encargado de declarar la voluntad de otro”⁷⁰.

67 “Podría, en tal caso, recurrirse supletoriamente a las personas indicadas en el art. 7º”. GRADIN, op. cit., pág. 276.

68 MERINO Y HERNÁNDEZ, La regulación de las “voluntades anticipadas” en el Derecho Español, VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Bogotá, 14-17 de noviembre de 2007, http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=vi%20congreso%20academias%20ponencia%202

69 GAMARRA, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XV, F.C.U., Segunda Edición, Mdeo., 1976, pág. 102.

70 GALGANO, El negocio jurídico, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 375-376.

Si realizamos una interpretación estricta del texto, podemos visualizar que sólo se hace referencia al denominado representante para que «vele por el cumplimiento de esa voluntad», sin que se le atribuya otra potestad.

Consecuentemente, mediante la solución adoptada se procuró que fuera el paciente quien tomara la decisión referida a la voluntad anticipada y no que otro sujeto decida su futuro. Con dicha solución se salvaguarda la finalidad perseguida por la ley de respetar la autonomía y proteger la intimidad de quien emitió su voluntad⁷¹.

A favor de la figura del nuncio, el proyecto de ley uruguayo presentado en el 2001, establecía en su artículo 6º, la posibilidad de nombrar un sustituto «para que tome decisiones acerca de los tratamientos médicos en el caso de que el titular se vuelva incapaz de tomarlas por sí mismo». En este caso se optó por la inclusión de poderes de decisión en forma expresa, aspecto que omitió incluir el legislador en la ley vigente. En este sentido, también podemos mencionar que el citado proyecto de ley lo denominaba “sustituto”, lo que implica que busca simplemente sustituir el consentimiento, mientras que la ley N° 18.473 optó por denominarlo representante, teniendo como objetivo reproducir, manifestar, enseñar la voluntad del paciente.

Por el contrario, si entendemos que se trata de un representante, ajustado a la figura regulada por nuestro Código Civil, debemos interpretar que la ley 18.473 derogó el artículo que establece que la representación cae por la incapacidad del representado, o al menos, que constituye una excepción parcial a dicho instituto.

De ser así, podemos interpretar la expresión para que «vele por el cumplimiento de esa voluntad» en un sentido amplio, concibiendo que la misma implica que el representante debe procurar la realización de lo estipulado en el documento, pero también puede realizar actos que sean necesarios para la ejecución de éste. En caso de tratarse de un verdadero representante, su actuación podría resultar de gran utilidad en caso de existir un vacío en la manifestación de voluntad.

Estimamos que la solución correcta es, que en un principio, no se trata de un representante, dado que no cuenta con las facultades típicas de la figura; su única función es velar por el cumplimiento de la voluntad del paciente, lo que significa que debe perseguir que se respete y se lleve a cabo lo establecido en el documento. Pero estas facultades pueden ampliarse si llegará a existir un vacío en la manifestación de voluntad; en este caso, será el representante y no los parientes mencionados en el art. 7º, quien estará legitimado a tomar la decisión; aquél será el interlocutor habilitado para tomar las decisiones cuando no le sea posible hacerlo al otorgante.

En lo que dice relación con la posibilidad de sustitución del sujeto designado, el inc. 1º *in fine* del art. 6º prevé que «dicho representante podrá ser sustituido por la voluntad del titular o designarse por éste sustitutos por si el representante no quiere o no puede aceptar una vez que fuera requerido para actuar».

Tampoco se exige ninguna mención respecto a la aceptación del representante, por lo que entendemos que ella no requiere de ninguna formalidad y será válida la aceptación en el mismo momento en que sea requerido para actuar. Asimismo, “no tendrá ninguna sanción el rechazo de la designación por parte del representante”⁷².

En el Derecho comparado, se prevén algunas causales por las cuales se extingue la representación del paciente, a modo de ejemplo, la ley 7/2002, de 12 de diciembre, del Parlamento Vasco establece en su art. 2º, nal. 3 B que «el nombramiento de representante que haya recaído en favor del cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante se extingue a partir, bien de la interposición de la demanda de nulidad, separación matrimonial o divorcio, bien de la extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre». Empero, nada de ello se prevé por la ley uruguaya.

11. La adopción de medidas ante la ausencia de voluntad anticipada

El artículo 7º, en primer lugar, regula la situación de aquellos sujetos que no suscribieron ningún documento estableciendo cuál es su voluntad, y por encontrarse incapacitados no están habilitados para expresarla. En dicho caso, «la suspensión de los tratamientos o procedimientos será una decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, de los familiares en primer grado de consanguinidad». Se establece un claro orden, en primer

71 Algunas consideraciones de esta naturaleza se hacen en la doctrina, tanto nacional como extranjera. “El llamado “representante”, más que un representante, es un ejecutor encargado de vigilar el cumplimiento de la voluntad del declarante cuando éste se hubiere incapacitado” (GRADIN, op. cit., pág. 276). Por su parte, LONZANO MOLINA al hacer referencia a la ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal (México), promulgada en enero del 2008, expresa que “más que un representante, es un ejecutor encargado de vigilar el cumplimiento de la voluntad del declarante” (LONZANO MOLINA, “Tutela Cautelar y Voluntad Anticipada”, Not. 10, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, pág. 37).

72 ROSAS BARÓN, op. cit., pág. 881.

lugar correspondiendo al cónyuge o concubino, y en caso de no contar con los mismos, dicha tarea es de los padres o hijos. CAROZZI entiende que la ley “al referirse al cónyuge no se exige que se trate de persona que estuviera conviviendo con el enfermo, y al aludirse al concubino, no se establece que debe tratarse del concubino integrante de la unión concubinaria que reúna los presupuestos de los arts. 1° y 2° de la ley N° 18.246”⁷³. Pero a pesar de lo expresado considera que hubiera sido preferible que la norma hubiese limitado estos conceptos, excluyendo al cónyuge que se encuentra separado de hecho y al concubino que no cumple con los requisitos establecidos por la ley 18.246. Del mismo modo, CALVO denota que “frente a la coexistencia de más de un integrante del primer orden decisorio, entendemos que se debió haber dado relevancia al compañero afectivo conviviente sobre el otro, sea cónyuge o concubino”⁷⁴. También considera un error que en caso de que no exista vínculo afectivo en el primer orden, se debería haber dejado la decisión en los familiares en primer grado de consanguinidad. Las mismas interrogantes nos surgen respecto a la situación de los cónyuges que se encuentran iniciado ya el proceso de divorcio.

A pesar de que la ley N° 18.473 no se ha expresado sobre estos aspectos, creemos que resultan aplicables las disposiciones del C.C.U., dado que éste “admite la exclusión judicial de un cónyuge como curador del otro cuando existan motivos fundados. Y esos motivos pueden ser atribuibles a diversos factores, como por ejemplo, la tirantez de las relaciones entre los cónyuges, la imposibilidad material del cónyuge sano de desempeñar el cargo, su falta de capacitación en atención a los negocios del insano o su radicación en el extranjero”⁷⁵. Esta posibilidad surge del art. 442.1 del cuerpo civil que establece «El Tribunal por motivos fundados podrá apartarse de la curatela legítima, o aun prescindir de ella, así como regular los modos de su ejercicio».

“En caso de que nombrado el cónyuge sano como curador del insano, aquel promueva acción de divorcio, se torna inhábil para el ejercicio del cargo, por lo que procede su remoción (arts. 352, ord. 11° y 360, ord. 1°)”⁷⁶.

Entendemos que las facultades atribuidas a estas personas, es decir, a estos parientes, son mayores que las que se le atribuyen al denominado representante del art. 6° de la ley. En efecto, mientras éste sólo está habilitado a velar por el cumplimiento del documento de voluntad anticipada, los parientes legitimados podrán decidir sobre la continuación o suspensión del tratamiento que se esté llevando a cabo respecto al paciente.

Como hemos mencionado, no es de extrañar que en ciertos casos sea necesario una intervención urgente, por lo que no se puede desaprovechar el tiempo en la adquisición de instrumentos que prueben el vínculo con el paciente y que lo legitimen para tomar la decisión (testimonios de partida de matrimonio, de nacimiento, etc.). Es por ello que nos parece correcto recurrir al art.10 de la ley N° 14.005 sobre ley de trasplante de órganos y tejidos para una aplicación analógica: «el parentesco o la vinculación al extinto... deberá probarse mediante declaración jurada y documentos de identidad. Incurrirá en el delito previsto en el artículo 239 del Código Penal el que realice falsa declaración». Anteriormente también se expresó la problemática que plantean los Registros Públicos (horarios, días inhábiles, entre otros), por lo que esta solución nos resulta acorde con la urgencia que se puede exigir en ciertas situaciones.

En Argentina podemos encontrar la Ley Nacional 24.193, modificada por ley 25.281, de 6 de julio de 2000 sobre trasplante de órganos y material anatómico humano que en su art. 21 prevé: «el vínculo familiar será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas la documentación respectiva». Mientras que en Ecuador el Reglamento para la aplicación de la ley de trasplante de órganos y tejidos (Decreto N° 1600, de 6 de julio de 1998) en su art. 22 establece que «el vínculo familiar será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada y escrita».

El inciso 2 expresa que «en caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión», de modo que, de existir varias de las personas mencionadas, se requerirá que ellas estén de acuerdo en la decisión. A su vez menciona que si se tratará de incapaces declarados, que no hubieran otorgado un documento de voluntad anticipada, la decisión «la deberá pronunciar su curador».

12. La situación de los incapaces

«Si se tratare de niños o adolescentes, la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad o a su tutor» (inc. 3° del art. 7). También se hace mención al caso en que los padres sean menores

73 CAROZZI, op. cit., pág. 12.

74 CALVO, “Ley de voluntad anticipada”, *A.D.C.U.*, T. XL, Sec. Doctrina, pág. 872.

75 HOWARD, *Incapacidad e Inhabilitación*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005, págs. 193-194.

76 HOWARD, *Incapacidad...*, op. cit., pág. 194.

de edad, lo que provocaría un discernimiento de la tutela, en dicha situación se exige que el tutor consulte a los padres que efectivamente conviven con el niño.

«No obstante, cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante». La citada ley se ocupa de destacar que en «esta especial relación están involucradas tres personas, y más allá de que los padres tengan en principio la autoridad legal para tomar decisiones por sus hijos, esto no quiere decir que las dos partes más fuertes de esta relación (médico y padres) puedan excluir a la tercera (niños) de las discusiones y toma de decisiones respecto de su cuidado»⁷⁷.

Es interesante este cambio que está operando en el Derecho nacional y comparado, donde cada vez más adquiere mayor relevancia y se toma en cuenta la opinión del niño por su grado de madurez, y no ya por su edad exclusivamente. Es menester señalar que «en materia de consentimiento informado, cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, el concepto jurídico de «capacidad» no coincide con el bioético de «competencia». La capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que debe tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos»⁷⁸. «Se entiende por competencia para otorgar el consentimiento, a la capacidad para comprender la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias previsibles a fin de tomar finalmente una decisión coherente, racional»⁷⁹.

Al ser una decisión que repercute sobre la integridad física e incluso la vida del incapaz, resulta fundamental que se considere su opinión. Ser el representante legal del incapaz, no implica que se deba actuar acorde a los intereses del primero, sino que se debe velar por el interés del último. Por ende, para ser una decisión legítima se requiere que el representante legal consulte al incapaz sobre la futura decisión a tomar, y además que se cuente con la opinión del médico. A pesar de que la norma hace referencia a la participación del menor, no delimita su alcance, es decir, que tan en cuenta deberá ser tomada esa voluntad por el representante para decidir. En este sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia (ley N° 17.823, de 7 de noviembre de 2004) en su art. 8, inc.1°, establece que «Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida». Mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 16.137, de 28 de setiembre de 1990) en el art. 12, inc. 1°, consagra que «Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

Ahora la cuestión es ¿cómo se determina el grado de madurez? «En efecto, la principal desventaja que presenta este sistema amplio es la dificultad de precisar cuándo existe madurez suficiente para tomar una decisión en materia de salud, así como también la de establecer a cargo de quién estará la determinación dicha madurez»⁸⁰. Esta será la tarea del Juez, pero no exclusivamente, sino que resulta adecuado que se acompañe de la opinión de otros profesionales, los que pueden ser más aptos para el tema, como son los psicólogos y los médicos.

«En definitiva, las nociones de «competencia» o mayoría anticipada para el acto médico nos obligan a rever los tradicionales conceptos civilistas de «capacidad», «patria potestad» y «representación» de los progenitores. En este orden de ideas, en materia del cuidado del propio cuerpo (al igual que respecto de los demás derechos fundamentales), debería pensarse en una alternativa que concilie su ejercicio con la responsabilidad parental, excluyendo del ámbito de la representación aquellos actos que en función de su edad y madurez el niño o adolescente pueda ejercer por sí mismo o, en su caso, con la asistencia de sus progenitores»⁸¹.

77 FLAH y MINYERSKY, «Consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes. Derechos personalísimos. Reconocimiento de la capacidad progresiva en la protección de la salud», *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 7 (2010), pág. 128.

78 FLAH y MINYERSKY, *ibídem*.

79 BERRO ROVIRA, «Consentimiento médico en niño, niña y adolescente», *R.U.D.F.*, n° 16, pág. 121.

80 FAMÁ, «El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental», *La Familia en el Nuevo Derecho*, Dir.: Kemelmajer de Carlucci, T. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2009, págs. 357.

81 FAMÁ, *op. cit.*, págs. 353-354.

13. Referencia a la Comisión de Bioética

Como hemos mencionado, el art. 7º se ha encargado de establecer quiénes deberán tomar la decisión cuando el paciente no ha emitido una declaración de voluntad anticipada, ello «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º de la presente ley». Esto se debe a que el artículo siguiente, exige el pronunciamiento de las Comisiones de Bioética.

Resulta menester mencionar que es principalmente en estas hipótesis en las cuales no es la propia persona quien decide sobre su futuro, sino un tercero, y que las Comisiones de Bioética deberán ejercer un control más significativo sobre las decisiones adoptadas.

En los casos en que se haya acordado la suspensión de los tratamientos, se deberá comunicar la medida adoptada a la Comisión de Bioética de la institución y a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública⁸².

Ello es «en todos los casos de suspensión de tratamiento», por lo que no se requerirá su comunicación cuando se ha optado por la continuación de los mismos⁸³. Sin embargo, ¿no sería conveniente que se emita al respecto en caso de que la continuación del tratamiento constituya un encarnizamiento terapéutico?

La N° 18.473 fija un plazo de 48 horas desde que las Comisiones han recibido la comunicación de suspender los tratamientos para que resuelvan. «En caso de no pronunciamiento en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento». Al respecto se puede objetar el corto plazo establecido y el haber optado por la suspensión, en vez de por la continuación del tratamiento.

El pronunciamiento de las Comisiones de Bioética depende de si las mismas existen o no en la institución médica, habiendo optado por prescindir de aquél en caso de que no exista ninguna de las referidas en la institución. MONTANO crítica esta opción con base en la función de control y protección que tienen estas Comisiones, principalmente en casos donde se encubre la verdadera causa de la suspensión, como puede ser la presión de la institución médica sobre el médico tratante o el agotamiento de la familia. En este sentido, expresa que “debería existir un mecanismo que obligue a obtener siempre la opinión de la Comisión de Bioética”. “Es necesario un tercero imparcial que acompañe y fiscalice, con su decisión objetiva y preparada específicamente, la difícil resolución que deben adoptar tanto el médico como los familiares”⁸⁴.

Podemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico establece mecanismos de control en aquellos casos donde se afectan derechos de los incapaces, a modo de ejemplo, los arts. 395 y 396 del Código Civil exigen venia judicial para ciertos actos del curador que repercuten en el incapaz; es por ello que resulta ilógico que no se haya establecido un control más exigente por parte de la Comisión de Bioética, cuando se trata de derechos de tal magnitud, como la vida del paciente.

¿Cuál es el fundamento de estas Comisiones? En cuanto a lo que refiere a la ley N° 18.473, serán quienes determinarán si procede la suspensión del tratamiento, o si por el contrario, corresponde continuar con el mismo. El decreto N° 274/010 que tiene como fin reglamentar la ley N° 18.335, establece en su art. 39 que «Las Comisiones de Bioética promoverán la difusión y aplicación de los principios reconocidos y consagrados por las normas constitucionales, legales y reglamentarias en materia de Bioética». En esta dirección, es posible mencionar como los principios fundamentales de la Bioética: la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia distributiva.

La ley N° 18.473 establece que la intervención de la Comisión de Bioética procederá en los casos que se determine la suspensión de los tratamientos, por lo que de constatare la existencia de alguna irregularidad o ilegitimidad, se podría recurrir a la justicia ordinaria para que se expida sobre dicho asunto. Aun así, entendemos que en caso de que la Comisión no se oponga o que se proceda a la suspensión por la falta de su pronunciamiento, la vía judicial igualmente sería un mecanismo hábil. La norma en ningún momento prohíbe la intervención de la justicia, lo que resulta lógico debido las fatales consecuencias que podría producir la suspensión.

“Estas Comisiones de Bioética no pueden crearse dentro de cada institución pública o privada ya que algunas de estas instituciones son muy pequeñas y puede llegar a fallarse por amiguismo, en un ambiente donde la proximidad, la jerarquía y la amistad pueden intentar ocultar conductas médicas reprochables, con un claro tinte corporativista. Dada las características del país, lo natural sería constituir Comités de Bioética

82 Cabe mencionar que el art. 40 del decreto reglamentario N° 274/2010, de 8 de setiembre de 2010, establece que «Las Comisiones de Bioética actuarán con independencia técnica dentro del ámbito de cada servicio de salud. Excepto cuando la Ley disponga lo contrario, los asesoramientos y dictámenes de las Comisiones de Bioética tendrán el carácter de recomendaciones no vinculantes».

83 En igual sentido, podemos mencionar a MONTANO, *op. cit.*, pág. 58.

84 MONTANO, *op. cit.*, pág. 58-59.

regionales o simplemente dos: uno para el interior y otro para la capital nacional, compuesta de integrantes elegidos entre especialistas en bioética y con una trayectoria que permita tener confianza en la imparcialidad de sus decisiones”⁸⁵.

14. La objeción de conciencia

El art. 9 de la ley preceptúa que “de existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente objeto de esta ley, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda”.

“Precisamente el ámbito de los tratamientos médicos constituye un conjunto particularmente rico y complejo en relación a la objeción de conciencia, por los valores que allí están en juego (vida, integridad física, intimidad, etc.) y las responsabilidades de los actores en cuestión (paciente, personal sanitario, familiares, etc.)”⁸⁶.

La objeción de conciencia, puede ser definida como “un acto individual e íntimo, no violento, basado en la libertad de no acatar ciertas normas, en función de una fidelidad a ciertos principios culturales”⁸⁷. Es “la actitud de quien se niega a obedecer una orden de la autoridad o un mandato legal invocando la existencia, en su fuero interno, de una norma que le impide asumir el comportamiento prescrito”⁸⁸. GONZÁLEZ MERLANO entiende que el art. 9° de la ley 18.473 plasma “una objeción de conciencia impropia, ya que no se configura ninguna desobediencia, puesto que la ley exime del cumplimiento del deber”⁸⁹.

Es la protección que otorga el ordenamiento jurídico (principalmente el derecho a la libertad consagrado por el artículo 7° de la Constitución, pero también el art. 54 que establece la independencia de la conciencia moral del trabajador) a la persona que debido a sus convicciones y valores se niega cumplir con una actividad determinada, a pesar de que la misma es jurídicamente obligatoria. “Es ínsito a este derecho la facultad de manifestar individual o colectivamente en forma pública o privada la creencia que se profesa, como también la de repeler toda injerencia arbitraria que le afecte”⁹⁰. Implica que su actuación sería antijurídica, pero con base en la verdadera imposibilidad del actor de cumplir con un mandato contrario a sus valores, resulta acorde al derecho.

Se habla del «derecho del paciente objeto de esta ley», por lo que sería tan admisible que el médico objetará la suspensión del tratamiento, como su continuación, especialmente en aquellos casos que constituiría encarnizamiento terapéutico.

En nuestra opinión, de cumplirse realmente con lo previsto por la ley, es decir, de tratarse de un paciente en estado terminal sin posibilidad de curación, el médico no tendría porque alegar objeción de conciencia, dado que “por esto el médico no tiene motivo de angustia, como si no hubiera prestado asistencia a una persona en peligro”⁹¹. Pero sería una obligación del médico invocar la objeción de conciencia en caso de no cumplirse con la normativa, generando un daño ilegítimo a la persona. Además se vería obligado de denunciarlo ante la Comisión de Bioética o la justicia. “En tal sentido, consideramos que se debería dejar constancia de tal solicitud en la historia clínica del paciente, a efectos de que el médico tenga un elemento de defensa en caso de que le fuera imputada en el futuro algún tipo de responsabilidad por tal motivo”⁹².

La norma considera a la objeción de conciencia del médico tratante como «causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda».

Si el ordenamiento jurídico ha reconocido la facultad de emitir documentos de voluntad anticipada, donde es respetada la intimidad del otorgante, creemos que tienen el mismo derecho los médicos a que se respete su intimidad, y por lo tanto, puedan objetar el cumplimiento de los deseos del paciente por ser éstos contrarios a sus convicciones personales o religiosas.

85 SANTOS BELANDRO, *Minoridad y...*, op. cit., pág. 434.

86 GONZÁLEZ MERLANO, “La objeción de conciencia en la Ley n° 18.473, sobre voluntad anticipada”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 7 (2010), pág. 416.

87 BERCHESE, “Objeción de conciencia ¿Sabemos qué significa?”, *La Ley Online Uruguay*, pág. 4.

88 BERCHESE, op. cit., pág. 1.

89 GONZÁLEZ MERLANO, op. cit., pág. 421.

90 BERAITZ DE BOGGIANO, *La objeción de conciencia como ejercicio legítimo de las libertades de pensamiento, conciencia y religión*, T. 1995-B, *La Ley*, pág. 1287.

91 CANALIS y VIGNOLO, op. cit., pág. 387.

92 AVERSANO y RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 121.

“La objeción de conciencia en el campo de la Salud es una de las principales y más importantes salvaguardas para permitir al médico mantener su independencia e integridad psíquica y moral, permitiéndole defenderse ante cualquier presión externa que le obligara a actuar o a llevar a cabo cualquier intervención que contravenga sus más íntimas creencias o convicciones morales y personales. Es, además, una de las más evidentes muestras de la estrecha relación que une el ejercicio de la Medicina, al Derecho y a la Ética”⁹³.

En un sentido parecido, el art. 42 de la ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal de México establece que «el personal de salud a cargo de cumplimentar las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada y las disposiciones de la presente Ley, cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tales disposiciones, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en su realización».

“Respetar la libertad de conciencia y, por tanto, dar cabida en forma creciente, en el sistema jurídico, a la objeción de conciencia, constituye un seguro reducto de preservación de la identidad personal y social, una forma de expresión de disenso democrático ordenado y pacífico, que hace patente la función del Estado como garante de los derechos y libertades fundamentales”⁹⁴.

15. Obligaciones de las instituciones médicas (art. 10 y 11)

En lo que refiere a las voluntades anticipadas, la norma establece determinadas obligaciones que deben ser atendidas por las instituciones médicas, sin importar que las mismas sean públicas o privadas.

Se consagra que las instituciones deberán «proveer programas educativos para su personal y usuarios, sobre los derechos del paciente que estipula la presente ley» (art. 10, B) y que deben «garantizar el cumplimiento de la voluntad anticipada del paciente» (art. 10, A). Esto último implica respetar la voluntad de oponerse a determinados tratamientos médicos (art. 1 inc. 2) o por el contrario, brindarle todos los tratamientos y procedimientos posibles, aún cuando los mismos prolonguen la vida en detrimento de la calidad de la misma. Las instituciones de asistencia médica están obligadas a respetar y cumplir con los documentos de voluntad anticipada, a pesar de que no compartan las convicciones morales de las personas que otorgaron las mismas.

Por su parte, el último artículo de la ley (art. 11) establece que «Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud no condicionarán la aceptación del usuario ni lo discriminarán basándose en si éstos han documentado o no su voluntad anticipada». El precepto tiene como fundamento ostensible prohibir que se ejerza algún tipo de presión sobre el paciente, principalmente por la ideología o los elevados costos que los tratamientos implican para la institución. Podemos afirmar que el art. 11 protege la libertad de conciencia del paciente, mientras que el artículo 9 protege la libertad de conciencia del médico.

Pero también es factible encontrar otras obligaciones de las instituciones médicas, además de las que surgen expresamente de los mencionados artículos. Por cierto, algunas de las obligaciones se encuentran consagradas de forma explícita en la ley, mientras que otras están incluidas de manera implícita. Como muestra, entre los deberes de estas instituciones se pueden incluir: brindar los cuidados paliativos que correspondiere, conservar la historia clínica, poner ésta a disposición el segundo médico que ratificará el diagnóstico, comunicar la suspensión de un tratamiento a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención a la Salud del Ministerio de Salud Pública.

3ERA. PARTE: CONCLUSIONES

Comenzamos el presente trabajo haciendo referencia a como, históricamente, en los países occidentales y latinos prevalecía la salud del individuo y el orden público, a diferencia de lo que acontecía en los países anglosajones, donde gozaba de un mayor poder la autonomía del individuo. Sin embargo, en la actualidad es posible señalar que esa ya no mantiene una vigencia integral.

Es evidente que el Derecho Médico está sufriendo una transformación, dado que se ha dejado de lado el paternalismo médico, donde se prescindía de la voluntad de la persona humana y se actuaba conforme a la determinación del médico. Ello tiene como consecuencia que, ha comenzado a reconocerse una vital importancia a la autonomía de la persona, al decidir sobre temas que afectan su salud. En este sentido, podemos mencionar la necesidad de que toda persona otorgue su consentimiento para que se le practique cualquier

93 MONTANO Y GÓMEZ DE ALÍA, PUERTO GONZÁLEZ e IGLESIAS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 137.

94 GONZÁLEZ MERLANO, *op. cit.*, pág. 423.

procedimiento médico, la posibilidad de establecer la donación de órganos de forma anticipada y las declaraciones de voluntad anticipada que hemos estudiado en el presente trabajo. A estos tópicos debemos agregar el reconocimiento de la competencia de los menores para participar en las decisiones que repercutan sobre su salud, consentimiento que deberá ser tomado en consideración, tanto por el médico como por su familia.

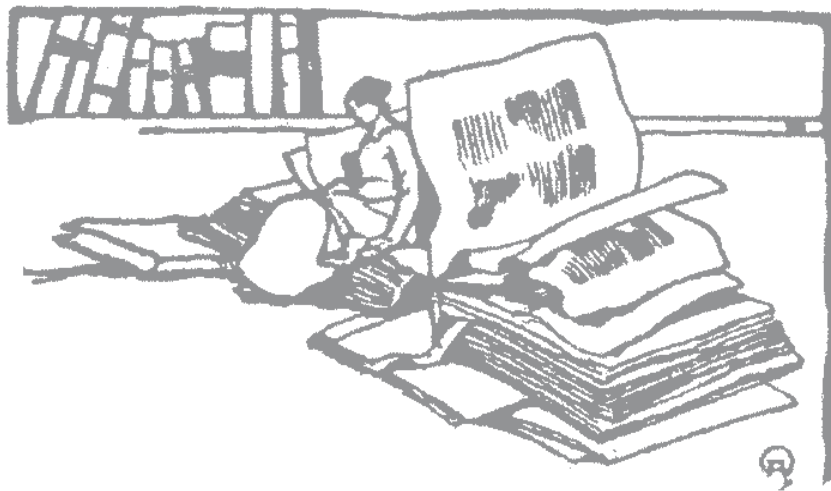
Pero a pesar de la importancia que tiene la voluntad, no se deben dejar de lado otros aspectos tan importantes como la dignidad de la persona. Para ello se debe proteger y promover el respeto de la autonomía, por el valor que de los fundamentos en que ésta se basa (convicciones ideológicas, morales o religiosas), pero tal ejercicio de la voluntad tiene como límite que se utilice de forma responsable, y como consecuencia de lo expresado, no se puede hacer uso de ella para admitir el suicidio o la eutanasia.

“Como queda de manifiesto, esta norma marca definitivamente las nuevas tendencias en materia de Derecho Médico, donde el respeto a la libertad del paciente ocupa el primer lugar, quedando la protección de su salud en un segundo plano. Asimismo, existe sin duda en el espíritu de esta norma, una clara tendencia a la humanización de los servicios sanitarios, al respeto de la intimidad, confidencialidad y no discriminación del usuario de servicios de salud”⁹⁵.

Aspectos positivos de la ley

- No resignó en los Tribunales la decisión sobre la continuación o la suspensión de un tratamiento médico, aunque –en definitiva– se podría recurrir a ellos. No parece adecuado que un Juez, quien puede tener valores por completo distintos a los del paciente, sea quien tome una decisión que evidentemente se vincula con la dignidad de éste.
- Da solución a la falta de una voluntad jurídicamente hábil de los incapaces, a pesar de que es dable encontrar en la ley algunos aspectos criticables.
- Confiere seguridad a los médicos, demás profesionales de la salud y a las instituciones de salud en lo atinente a eventuales acciones de responsabilidad.
- Concede seguridad a los firmantes, en el sentido de que sus voluntades se van a cumplir; lo cual implica reconocer los derechos a la intimidad, la libertad y la autodeterminación. Antes de la ley, la carencia de regulación al respecto conducía a que no se garantizara el cumplimiento de la voluntad de quien la había emitido, aún cuando la misma constará por escrito
- Se respeta la libertad de conciencia.
- Se reconoce, en definitiva, que el encarnizamiento terapéutico no es una forma digna de morir.

95 AVERSANO y RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 112.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Dominio de las Aguas, de Gonzalo Navarro por Graciela Soler

Modernización de la Justicia Civil, obra coordinada por Santiago Pereira Campos por Maximiliano Cal

Estudios y Documentos de Derecho Internacional, Grupo de trabajo de estudios e investigación de fundamentos del derecho internacional público Universidad de Montevideo por Yael Ribco

Comentarios a la Ley de Participación Público Privada, de Carlos E. Delpiazzo por Ximena Barboza

Bonos de Carbono. Oportunidades y desafíos para América Latina, de Jacqueline Schwartz por Álvaro Carrau Lussich

DOMINIO DE LAS AGUAS

GONZALO NAVARRO
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO,
2011, 171 PÁGINAS

En once capítulos, el Dr. Gonzalo Navarro, trata el tema del dominio de las aguas, la evolución histórica, el estudio del Derecho Comparado. En nueve de los once capítulos, se adentra en la legislación nacional, con especial énfasis en la reforma constitucional del año 2004, y la legislación que surgió, a posteriori de la aprobación de la misma, por parte del soberano.

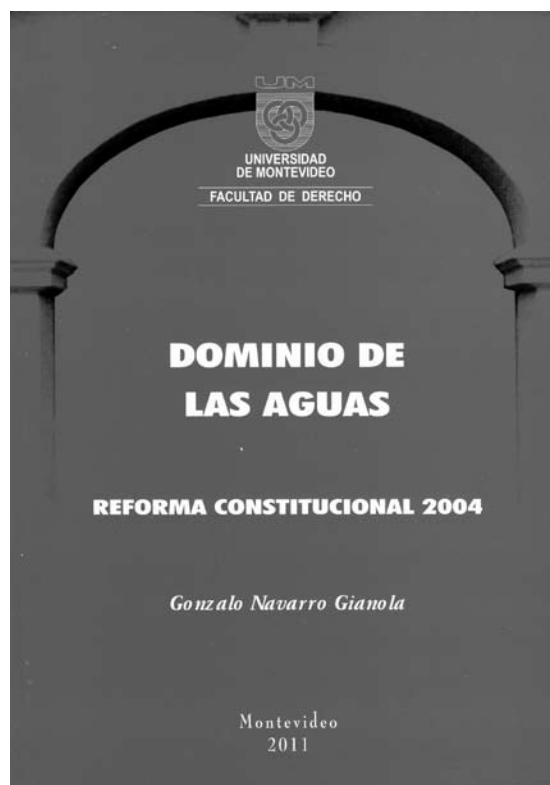
El autor, expresa en las Conclusiones al Capítulo I al referirse a la reforma constitucional aprobada en el plebiscito del año 2004 lo siguiente: "... La reforma viene a constituir un nuevo impulso, esta vez por parte del constituyente, dirigido a fortalecer el dominio y la potestad del Estado sobre el recurso hídrico en nuestro país Pero, delimitar su verdadero alcance y efectos no resulta para nada sencillo, y se constituye como el principal motivo de esta obra."-

En el Capítulo I "Evolución Histórica del Dominio de las Aguas", el Dr. Navarro se adentra en el Derecho Romano, la importancia de su análisis se refleja en la influencia de éste, en el Derecho Europeo y por ende en el derecho de los Estados de los restantes continentes, como lo demuestra, que la clasificación en aguas públicas, comunes y privadas, la encontramos en el derecho español hasta la sanción de la Ley en 1866, en Portugal hasta la sanción de la Ley de Aguas de 1919 y en Brasil la recogió el Código de Aguas de 1934.-

Seguidamente ingresa el autor, en el Medioevo y en la era renacentista, adentrándose entre otros, en el estudio del Sistema de la Regalías, los derechos de los señores feudales, la "Dieta de Roncalla", la propiedad de las aguas, los derechos para usar y aprovecharse de ellas, en diferentes países como ser Italia, Francia, España, Inglaterra, países del islam, e India. Posteriormente se centra en el Derecho de las Aguas en las Indias y Nueva España y finalmente trata la evolución del dominio de las aguas en nuestro país partiendo desde el Código Civil, el Código Rural y el Código de Aguas.-

En el Capítulo II "Derecho comparado del dominio de las aguas", al decir del propio autor: "...Este capítulo pretende simplemente brindar una noción general y básica del presente tema en algunos países del continente americano, así como de Europa, antes de ingresar al estudio del mismo a nivel nacional..."-

En el Capítulo III "El Derecho Español y la reforma constitucional uruguaya", en donde se estudia



la legislación española como ser la Ley de Aguas de 1866, la aprobada el 13 de junio de 1879, que derogó en gran parte la norma antedicha y casi cien años después la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, hasta el Real Decreto Legislativo N°1/2001 de 20 de julio de 2001, la Ley de Costas de 1988, así como el artículo 132.2 de la Constitución Española y su influencia en la redacción dada al artículo 47 numeral 2,

En los siguientes capítulos IV al XI, el Dr. Navarro efectúa un calificado estudio de nuestra legislación, en forma pormenorizada de la reforma del 2004 en donde incluye, un capítulo fundamental en la obra, que son los criterios de interpretación del artículo 47 numeral 2° de nuestra Carta Magna.-

El Capítulo IV "La legislación nacional de aguas previa a la reforma", parte del Código de Aguas aprobado por Decreto Ley N° 14.859 de 15 de diciembre de 1978, para continuar con el análisis de las leyes posteriores en materia de dominio o propiedad de las aguas, permitiendo que al avanzar en los siguientes capítulos se pueda como expresa el autor "apreciar con mayor claridad el marco jurídico en que se inserta la reforma constitucional."-

El capítulo V, el autor lo dedica a profundizar los criterios de interpretación de la reforma constitucional. Valioso es el numeral 5.1 efectuando consideraciones sobre la génesis de la reforma,

expresando en forma clara que: "...debe antes que nada distinguirse dos ámbitos de la reforma. Por un lado, lo relacionado al saneamiento y al servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano y por otro, el régimen común de dominio de las distintas aguas..." pág. 59 y a posteriori deslinda éstos dos ámbitos.

En el numeral 5.2 el autor lo dedica expresamente a los "Criterios para la interpretación la reforma constitucional", desgranando el análisis no sólo las referencia a la normativa, desde la propia Constitución al Código Civil, sino también los aportes doctrinarios incluyendo en el mismo a doctrinos como Clavijo, Cassinelli, Cagnoni, Jiménez de Arechaga, Risso Ferrand. Concluyendo, que la interpretación debe realizarse de tal forma que "respete la unidad de la Constitución y que resulte coherente con los principios, garantías y postulados recogidos en ella, debe ser el principal elemento orientador del intérprete a los efectos de desentrañar el complejo escenario planteado por la reforma.", pág.66.-

El Capítulo VI titulado "Reforma Constitucional y Dominio de las Aguas", es el tema vertebral de la obra, por cuanto la reforma dispone que las aguas superficiales y subterráneas forman parte del dominio público hidráulico. El autor realiza un certero análisis, de cómo se afecta el derecho de propiedad privada, transitando por la protección constitucional de éste, sus limitaciones, específicamente la expropiación, partiendo desde la propia Constitución y por último la relación entre la apropiación y el Estado de Derecho.-

El Capítulo VII, nos introduce en la Reforma Constitucional y la Transferencia de Dominio, concluyendo que "... que la reforma no generó por el mero hecho de su sanción traslación del dominio alguna, ya que el único instituto que permitiría tal hipótesis es la confiscación, la cual no es admitida por nuestra Constitución salvo como pena, lo que no acontece en este caso...consideramos que, al instituto al que recurre es la expropiación o nacionalización – como se la quiera denominar-, que exige que la indemnización sea previa excepto los casos comprendidos por los arts. 231 y 232 de la Constitución...En definitiva, la entrada en vigencia de la enmienda constitucional produjo la declaración de utilidad pública de las aguas, constituyéndose en la única declaración expresa que efectúa nuestra Constitución sobre un determinado tipo de bien o recurso.", pág. 111.-

Esencial es también el Capítulo VIII, sobre las aguas pluviales, partiendo por el concepto de las mismas, transitando desde el dado por la ley de aguas española de 13 de junio de 1879, seguidamente continua con nuestra legislación, como el artículo 1º de la ley N° 17.142, interpretativa del Código de Aguas, y la ley N° 18610 que la deroga, definiéndola

en su artículo 4º literal a). Seguidamente se ocupa de su regulación por el Código de Aguas y el aprovechamiento de las mismas mediante obras, la consecuencia de las reforma sobre éstas, concluyendo que "... las aguas pluviales resultaron al margen de todo pronunciamiento en la reforma. Por consiguiente, su régimen jurídico continuaría incambiado tras su sanción por lo que las normas que consagran el dominio privado y público de las mismas mantendrán plenamente su vigencia..."

En el Capítulo IX trata la "Reforma constitucional y compensación expropiatoria", realiza un profundo examen de la Disposición "ZII", la aplicación de la misma y su relación con el principio de igualdad, destina a considerar la prescripción del crédito expropiatorio.-

En el Capítulo X se centra en la Ley N° 18610 de fecha 1º de setiembre de 2009, que es la nueva Ley de Aguas, sobre la misma concluye que "...el legislador dejó pasar una gran oportunidad para dar certezas respecto al elemento más trascendente que en nuestra opinión dispusiera la reforma constitucional, y que no es otra cosa que la propia titularidad del recurso hídrico...", esta conclusión lo lleva al autor a incluir en este libro el Capítulo XI "Conclusión, La Necesaria futura Ley de Aguas".

En el último capítulo el autor expresa claramente su posición sobre la titularidad las aguas, efectuando recomendaciones, poniendo énfasis en el respeto al derecho de propiedad - artículo 32 de nuestra Constitución- y en las correspondientes compensaciones a recibir.-

Concluyendo, el autor ha realizado un estudio serio y profundo del Dominio de las Aguas, coincidiendo con el Dr. Daniel Hugo Martins cuando en el Prologo expresa "---con lenguaje conciso, claro y fluido conduce al lector a conocer el problema planteado...", siendo por lo tanto, una obra de gran valía tanto para los operadores del Derecho, así como también para. quienes no lo son.-

Dra. Graciela Soler

MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

SANTIAGO PEREIRA CAMPOS
(COORDINADOR) AA.VV
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO,
2011.

“Modernización de la Justicia Civil” es una obra colectiva, coordinada por el Prof. Dr. Santiago Pereira Campos, que reúne trabajos de 34 autores nacionales y extranjeros.

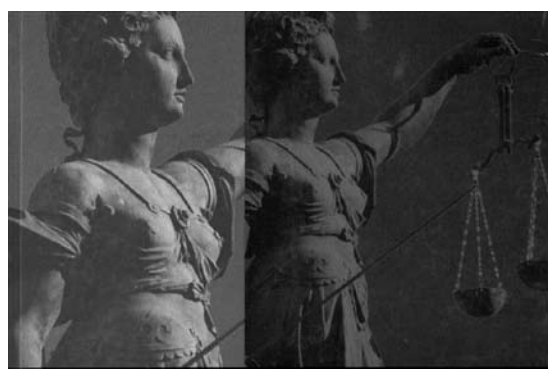
El Seminario Internacional sobre la “Transformación de la Justicia Civil”, celebrado en Montevideo, los días 17 y 18 de junio de 2010, fue la ocasión propicia para recopilar los aportes del selecto grupo de autores que conforman la obra.

El libro, con la considerable extensión de 1069 páginas, auspiciado por la Universidad de Montevideo, tiene como hilo conductor a la “Modernización de la Justicia Civil”. El anunciado tópico es el que da orientación a todas las presentaciones.

Los trabajos se dividen en dos partes, una “Parte General”, donde se analizan desde diversas perspectivas las orientaciones para la Reforma de la Justicia Civil, y una “Parte Especial”, que se centra en la realización de una valoración en perspectiva de dos Códigos Procesales Civiles, que han marcado tendencia en lo que refiere a la modernización de la Justicia. Dichos Códigos consisten en nuestro Código General del Proceso, que en el año 2009 cumplió 20 años de vigencia y, en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que ha cumplido en el 2010, una década de vigencia.

Sin perjuicio de que la obra se enfoca en la reforma de la Justicia, sin dudas constituye un trabajo de referencia y actualidad en lo que refiere a la aplicación cotidiana de la normativa procesal, ya que el análisis de los distintos temas parte desde la óptica de los principios rectores del proceso, lo cual justamente hace a la aplicación práctica de la Obra. Además, debe destacarse el análisis y crítica de la normativa procesal vigente y, la incidencia de las diversas ponencias al momento de delimitar las políticas públicas en lo que hace a la reforma y mejoramiento de la Justicia, entendida desde la función jurisdiccional propiamente dicha y los aspectos administrativos del quehacer de los órganos de Justicia.

Finalmente, es justo destacar el auspicio de la Universidad de Montevideo, que recientemente ha celebrado su jubileo, lo cual da muestras de un loable



MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

COORDINADOR:
SANTIAGO PEREIRA CAMPOS

M^º JESÚS ARIZA - M^º VIRGINIA BARREIRO - JOSÉ BONET - JUAN BOSCO LÓPEZ
HÉCTOR M. CHAYER - LUIS A. CUCABELLA - MARGARITA DE HEDEDES
MAURICIO DUCE - SANDRA ELENA - SANTIAGO LABAT - RAQUEL LANDEIRA
ÁNGEL LANDONI - SERGIO LUNA OBRIGÓN - LUIS LUTZ - FELIPE MARÍN VERDUGO
JUAN DAMIAN MORENO - JAIME OLAZI GONZÁLEZ - MANUEL ORTELLS RAMOS
ROBERTO PAGES LLOVERAS - DIEGO PALOMO - SANTIAGO PEREIRA CAMPOS
JOAN PICÓ JUNYOT - JOSÉ A. REVILLA - CRISTIAN RIEGO - M^º BELEN ROBLES
CLARISA RODRÍGUEZ - ALJANDERO ROMERO - LUIS M. SIMÓN - ADRIÁN SIMÓN
ALFREDO TALLARÉ - PATRICIA TELLEBIA - JUAN E. VARGAS - JORGE VEJAS
CAROLINA VILLADIEGO



UNIVERSIDAD
DE MONTEVIDEO
FACULTAD DE DERECHO

espíritu universitario alentado desde sus orígenes por dicha casa de estudio.

A efectos de alentar la consulta y utilidad de los trabajos publicados, todos valiosos, y dado la cuantía de estos, se transcribe a continuación las temáticas tratadas y la autoría de los artículos:

- “Bases Generales para una Reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe” – Santiago Pereira Campos, Carolina Villadiego Burbano y Héctor Mario Chayer.
- “La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas” – Juan Enrique Vargas Viancos.
- “Reforma de los Procesos Civiles Orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información” – Mauricio Duce, Felipe Marín y Cristián Riego.
- “Innovación en la Justicia Civil” – Héctor Chayer y Sandra Elena.
- “Mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación del principio de intermediación en el proceso por audiencias” – Santiago Pereira Campos.
- “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la eficacia: un debate mal planteado” – Joan Picó I Junoy.

- "Activismo y Garantismo en un proceso civil moderno" – Ángel Landoni Sosa.
- "Aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias" – Luis María Simón.
- "La introducción del material fáctico en el proceso civil. Delimitación y forma de las alegaciones" – José Bonet Navarro.
- "Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo (el Código Procesal Civil para Iberoamérica y la experiencia del Código General de Proceso uruguayo)" – Santiago Pereira Campos.
- "Declaración de parte como medio de prueba" – Felipe Marín Verdugo.
- "Abuso del proceso" – Luis María Simón.
- "Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica" José Bonet Navarro.
- "La ejecución civil: ¿Cómo redactaríamos hoy el Código Modelo? – Margarita de Hegedus y Alejandro Romero.
- "Estudio comparativo. Cobranza de deudas y procedimientos de ejecución en Europa" – Carolina Villadiego Burbano.
- "Estudio comparativo. Justicia civil de pequeñas causas en las Américas"- Carolina Villadiego Burbano.
- "El proceso civil ordinario por audiencias: la experiencia uruguaya a 20 años de la implementación de la reforma (Uruguay)" – Santiago Pereira Campos.
- "La modernización de la gestión de la justicia civil en Uruguay (Uruguay)"- Raquel Landeira.
- "Congruencia: ¿su flexibilización? (Uruguay)" – María Virginia Barreriro.
- "El proceso oral y la garantía de doble instancia (Uruguay)" – Santiago Labat y María Belén Robles.
- "Las condenaciones procesales en el proceso civil uruguayo (Uruguay)" – Patricia Tellería.
- "Evaluación crítica de los procesos de estructura monitoria en el Código General del Proceso (Uruguay)" – Jorge Veiras.
- "Nuevo proceso para reclamaciones judiciales de consumidores (Ley N° 18.507): Regulación legal y Aplicación Práctica (Uruguay)" – Santiago Pereira Campos y Clarisa Rodríguez.
- "Hacia una reforma legislativa en Uruguay para la defensa de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos (Uruguay)" – Alfredo Taullard.
- "La Justicia Civil Española del siglo XXI. Reformas procesales y mejoras en la organización y gestión de la Administración Judicial (España)"- José Alberto Revilla González.
- "Transformación de la justicia civil: tendencias normativas en mediación y conciliación (España)" – Luis Andrés Cucarella Galiana.
- "La prueba y el rol del Juez (España)" – María Jesús Ariza.
- "La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil español (España)" – Juan Damián Moreno.
- "El proceso de ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000 y en el Código Modelo: ¿Qué deberíamos modificar? (España)" – Manuel Ortells Ramos.
- "Oralidad e innovaciones normativas y tecnológicas en la reforma procesal (Argentina)" – Luis Lutz.
- "La mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos en el nuevo CPC (Ley 8.037) de San Juan (Argentina)" – Roberto M. Pages Llovera.
- "El rol del juez en la adjudicación de derechos individuales de incidencia colectiva: una oportunidad para el litigio estructural en México (México)"- Jaime Olaiz González y Juan Bosco López.
- "Apelación, doble instancia y proceso civil oral (Chile)" – Diego I Palomo Vélez.
- "El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales (Perú)" – Adrián Simons Pino.

Dr. Maximiliano Cal

ESTUDIOS Y DOCUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL

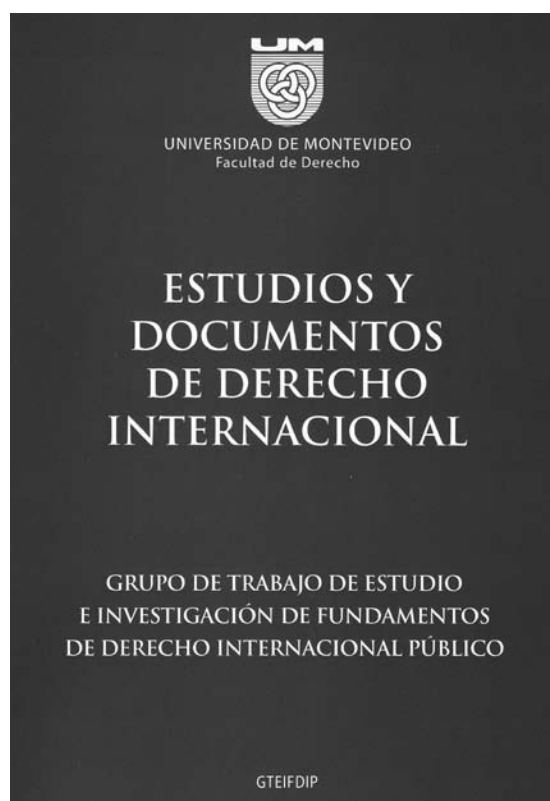
GRUPO DE TRABAJO DE ESTUDIOS E
INVESTIGACIÓN DE FUNDAMENTOS
DEL DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO, UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO, 2011

La instauración de un nuevo orden internacional y el ineludible fenómeno de la globalización, han traído aparejados nuevos problemas y desafíos que aquejan a la comunidad internacional – *i.e.* la aparición de nuevos sujetos de Derecho Internacional, la protección de los derechos humanos, la prohibición del uso de la fuerza y la protección del medio ambiente. Desde el campo del Derecho Internacional Público, en tanto sistema de normas y procedimientos que rigen las relaciones entre sujetos de derecho internacional, en particular pero no exclusivamente los Estados, se ha intentado ofrecer soluciones a los nuevos problemas y desafíos.

Más allá del éxito o fracaso de las soluciones propuestas, se ha puesto de manifiesto la necesidad de profundizar acerca de los fundamentos del Derecho Internacional Público, a efectos de contar con mejores y más acertadas herramientas para afrontar los nuevos y cada vez más complejos desafíos que se plantean en las relaciones entre los sujetos de derecho internacional.

En efecto, el libro “Estudios y Documentos de Derecho Internacional” surge ante la constatación por parte de los participantes del Grupo de Trabajo de Estudio e Investigación de Fundamentos del Derecho Internacional Público de que los temas que actualmente resultan más relevantes en el ámbito del Derecho Internacional Público tienen en su origen y razón de ser una íntima y radical relación con los fundamentos del derecho y por lo tanto resulta imperiosa la necesidad de enfrentar la temática con mente abierta y estudio universal.

A diferencia de otras obras que directa o indirectamente tratan el tema en cuestión, el libro “Estudios y Documentos de Derecho Internacional” se destaca por el enfoque multidisciplinario con que se aborda el tema, que aporta una perspectiva innovadora y fundamental a la hora de comprender cabal e inte-



gralmente el presente y, principalmente, el futuro, de las relaciones entre los distintos sujetos que actúan en el plano internacional.

Asimismo, el libro se distingue por introducir elementos iusnaturalistas al estudio de los institutos de Derecho Internacional Público como alternativa a las teorías positivistas que predominan en la literatura en la materia, proponiendo la aplicación de una “concepción trascendente del hombre, comprometida con la búsqueda de la verdad” al estudio de las relaciones entre sujetos supraindividuales.

Con valiosos aportes de Bárbara Díaz, Nicolás Etcheverry, José María Gamio, Alejandro Pastori, Jorge Peirano Basso, Ramiro Podetti y Tomás Teijeiro Fussi, el libro constituye una invitación a reflexionar sobre los fundamentos que justifican y dan legitimidad al sistema de Derecho Internacional Público que rige el funcionamiento y las relaciones entre los diferentes actores de la comunidad internacional, a efectos de comprender el sistema actual y ser capaces de proponer alternativas que contemplen el fin último de todo sistema de derecho: el respeto a la naturaleza humana y la dignidad intrínseca y única del ser humano.

Dra. Yael Ribco

COMENTARIOS A LA LEY DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

CARLOS E. DELPIAZZO (COORDINADOR)
AA.VV. UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO, MONTEVIDEO, 2012,
518 PÁGINAS

I

El 19 de julio de 2011 se aprobó la ley N° 18.786 que regula los contratos de participación público privada y la prestación de servicios conexos. Tan solo unos días después, los Dres. Carlos Delpiazzo y José Luis Echevarría comenzaron a dictar el vigésimo segundo curso de Contratación Administrativa correspondiente al Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Señala el Profesor Delpiazzo en la presentación del libro que nos toca comentar, que tal circunstancia los motivó, primero, a proponerle a los estudiantes del curso que realizaran sus trabajos finales sobre las distintas disposiciones del nuevo régimen legal y luego, a reunirlos en un libro.

Es así como se conformó el libro “Comentarios a la ley de participación público privada” que tenemos el agrado de reseñar.

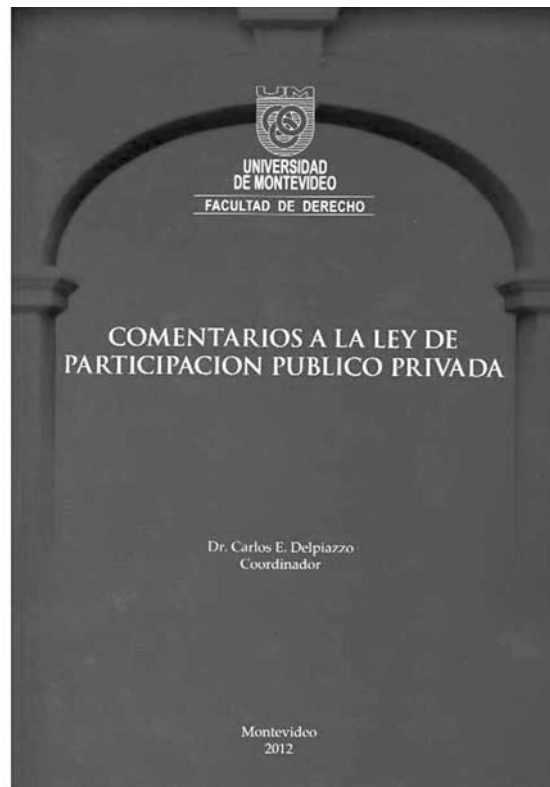
II

Ingresando a la consideración de la obra en sí misma, cabe señalar que a pesar de ser una “obra colectiva”, no se trata de una mera compilación de artículos en que los distintos autores comentan el régimen de participación público privada, ya que de manera ordenada y sin incurrir en reiteraciones, esta obra, compuesta por cinco partes, que contienen en total diecinueve capítulos, analiza profundamente todos los aspectos atinentes al régimen de participación público privada.

De este modo el libro expone los aspectos generales de la participación público privada, de competencia, de procedimiento, contractuales y aquellos referidos a las garantías. Cada uno de los autores estudia un tema referido a ellos, exponiendo sus puntos de vista, sin que ello suponga un detrimento en la homogeneidad de la obra.

En la primera parte, que consta de cinco capítulos, son expuestos los aspectos generales de la participación público privada.

En el Capítulo 1 el Profesor Delpiazzo realiza una caracterización conceptual y positiva de los contratos



de participación público privada, en la que, además, de analizar la definición que surge de la ley N° 18.786, brinda una caracterización negativa y una caracterización positiva de los mismos.

En el Capítulo 2 el Dr. José Luis Echevarría realiza una interesante caracterización comparada de los contratos de participación público privada y describe su llegada e implementación en los cinco continentes.

En el Capítulo 3 la Dra. María Mercedes Aramendía Falco delimita el alcance del régimen de participación público privada establecido por la ley N° 18.786. Asimismo, analiza los caracteres del contrato de participación público privada y su ámbito de aplicación positivo y negativo.

Finalmente en los Capítulos 4 y 5 los Dres. Fernando López Quijano y la Dra. Victoria Vergara Gallo estudian los principios aplicables a los contratos de participación público privada que surgen a texto expreso de la ley N° 18.786, así como aquellos que no fueron recogidos en la misma, pero que resultan de otras normas de Derecho positivo.

En la segunda parte, compuesta por tres capítulos, se estudian los aspectos atinentes a la competencia.

En el Capítulo 6 las Dras. Natalie Bonjour y María José Panizza, bajo el título “competencia pública para contratar” analizan los roles de las comisiones

técnicas previstas por la ley N° 18.786 para el asesoramiento en el procedimiento de contratación y de la Corporación Nacional para el Desarrollo en la estructuración e implementación de los proyectos de participación público privada.

En el Capítulo 7 las Dras. Alicia Andrade y Vanesa Gutiérrez, continúan con dicho análisis y estudian particularmente la competencia de la Corporación Nacional para el Desarrollo y del Ministerio de Economía y Finanzas.

Por último, en el Capítulo 8 la Dra. Pilar García desarrolla la competencia privada para contratar, describe qué requisitos deben cumplir los privados que quieran contratar con el Estado en el marco de la participación público privada y quienes están impedidos de hacerlo.

En la tercera parte se analizan los aspectos del procedimiento de la contratación, estando a cargo del Dr. Mario Colman y de la Cra. Patricia García, en los Capítulos 9 y 10 respectivamente, el análisis general del procedimiento de contratación, en el que se describen todas sus etapas, desde su inicio hasta la adjudicación.

Por su parte, los Dres. Ignacio de Posada y Maximiliano Cal Laggiard analizan dos aspectos particulares del procedimiento. El primero de ellos, en el Capítulo 11, desarrolla el procedimiento atinente al llamado diálogo competitivo introducido por el art. 20 de la ley N° 18.786. El segundo de los autores desarrolla en el Capítulo 12 los procedimientos de iniciativa privada previstos en la ley N° 18.786, en la ley N° 17.555 y en las normas departamentales y se cuestiona sobre la vigencia del régimen previsto en las últimas dos normas citadas.

En la cuarta parte, compuesta por cinco capítulos, se estudian los aspectos contractuales.

En el Capítulo 13 la Dra. Ana Inés Cancelo expone sobre el contenido del contrato de participación público privada, describiendo los aspectos atinentes a los sujetos y las cláusulas que debe contener, así como las consecuencias derivadas de su omisión.

En el Capítulo 14 el Dr. Fernando Silveira estudia los aspectos atinentes a la ejecución del contrato y las prerrogativas de la Administración.

Por su parte, en el Capítulo 15 la Dra. Ana Iris Bueno Muñecas estudia el régimen sancionatorio, exponiendo no solo el elenco de sanciones previstas en la ley N° 18.786, sino también las garantías que deben otorgarse a los particulares previamente a su imposición.

En el Capítulo 16 el Dr. Federico Piano Martínez analiza la modificación, renegociación, cesión y subcontratación del contrato de participación público privada previstas en los arts. 47, 48 y 49 de la ley N° 18.786.

Finalmente, en el Capítulo 17 la Dra. Verónica Sánchez describe las distintas causales de extinción del contrato previstas en la ley N° 18.786 y estudia el arbitraje en tanto éste es el mecanismo de solución de controversias que ha establecido la ley.

En la quinta y última parte se estudian los aspectos referidos a las garantías de los contratos de participación público privada.

En el Capítulo 18 el Dr. Juan Pablo Pío analiza distintos aspectos de las garantías de mantenimiento de la oferta y cumplimiento del contrato que pueden constituirse a favor de la Administración. Mientras que en el Capítulo 19 el Dr. Aznárez lo hace sobre las garantías que puede constituir el particular parte del contrato de participación público privada a favor de sus acreedores.

Finalmente, el libro contiene un útil apéndice normativo compuesto por la ley N° 18.786 de 19 de julio de 2011 y el Decreto Reglamentario N° 17/012 de 26 de enero de 2012. Este último fue aprobado varios meses después de que los autores concluyeran sus trabajos, por lo que su análisis no pudo ser incluido en los mismos.

III

El contenido que viene de reseñarse deja en evidencia que se trata de una obra valiosa que aborda un tema de actualidad, no solo porque la ley es de reciente aprobación –aún no se ha cumplido un año de su promulgación– sino también porque aún no ha sido “estrenada”, pues al momento de escribir esta nota todavía no se ha implementado ningún contrato de participación público privada.

Todo lo expuesto, nos conduce a vaticinar que “Comentarios a la ley de participación público privada” se convertirá en un obra de referencia para aquellos que se enfrenten a la tarea de “dar vida” al régimen de participación público privada instaurado por la ley N° 18.786 y reglamentado por el Decreto N° 17/2012.

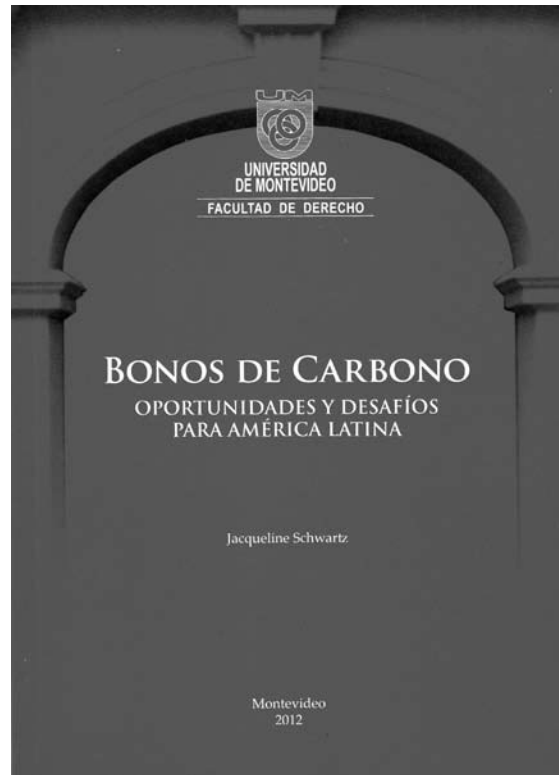
Dra. Ximena Barbosa

BONOS DE CARBONO. OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS PARA AMÉRICA LATINA

JACQUELINE SCHWARTZ
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO,
MONTEVIDEO, 2012.

Con un gran honor me toca escribir sobre la publicación del libro *Bonos de Carbono Oportunidades y desafíos para América Latina*, que fuera presentado como tesis de la autora en el Master de Derecho y Técnica Tributaria de la Universidad de Montevideo. El presente trabajo es de una gran utilidad no solo por la actualidad del tema que trata sino porque debe ser considerado como un valioso aporte a la doctrina jurídica de nuestro país. Se trata de uno de los primeros y más completos análisis acerca de una herramienta creada a partir de un tratado internacional de protección del ambiente, como son los Certificados o Bonos de Carbono sobre cuya naturaleza jurídica e impacto tributario aún no se había escrito en doctrina nacional. Pero la obra no solo se limita al análisis jurídico del tema sino que también incluye otros aspectos que hacen de este trabajo un estudio muy completo.

La protección del medio ambiente como bien jurídicamente tutelado por el derecho y la comunidad internacional, podemos decir que surgió con fuerza a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano desarrollada en la ciudad de Estocolmo, Suecia en el año 1972. Pero como el lector podrá conocer, no fue sino hasta unas décadas posteriores que la Comunidad Internacional tomó posición acerca del problema del cambio climático y fue en la primera Cumbre de la Tierra realizada en Río de Janeiro en el año 1992 en que se suscribió la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Precisamente en el marco de la referida Convención en el año 1997 la comunidad internacional y particularmente los países desarrollados asumieron compromisos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Todo este proceso es brillantemente expuesto por la Dra. Schwartz en el Capítulo 4º de su obra, donde con una gran precisión reseña todos los momentos que se fueron desarrollando hasta la aprobación en el año 1997 en la ciudad Japonesa de Kyoto del Protocolo que lleva el nombre de la ciudad donde fue celebrado.



El cambio climático es un desastre ambiental de lamentable gran actualidad y de la que los países en vías de desarrollo como el nuestro, debemos tener especial cuidado. Pero como bien lo describe la autora de la obra en el título, el cambio climático le presenta a América Latina desafíos grandes, pero también oportunidades que debe saber aprovechar. Y aquí es donde cobra vital importancia el Mecanismo de Desarrollo Limpio descripto con gran claridad en el Capítulo 5º de la obra presentada. Como expresa la autora, los compromisos de reducción de los gases de efecto invernadero asumidos por los países desarrollados fueron muy ambiciosos por lo que el propio Protocolo de Kyoto previó mecanismos de flexibilidad que contribuyan al cumplimiento de esas metas, así como al desarrollo de tecnologías limpias en países no desarrollados. Sobre este punto la autora da en esta obra una clara explicación de uno de estos mecanismos de flexibilización como es el MDL, y sobre todo realiza un gran esfuerzo por clarificar conceptos muy específicos como por ejemplo el criterio de adicionalidad.

Pero este capítulo 5º no se limita únicamente a explicar los lineamientos generales del Mecanismo de Desarrollo Limpio, sino que realiza un muy descriptivo análisis de cuáles son los proyectos elegibles

y cómo es todo el procedimiento desde su inicio hasta la obtención de los CERs o Reducciones Certificadas de Emisiones. Otra nota destacable de la obra de la Dra. Schwartz es que además del análisis normativo en todo momento la autora expresa su opinión y sugiere recomendaciones, que demuestran el compromiso con su trabajo.

El capítulo 6° es en mi opinión el de mayor relevancia desde el punto de vista doctrinario, ya que estudia como ningún otro autor lo había hecho en nuestra doctrina, la naturaleza jurídica de las Reducciones Certificadas de Emisiones en la legislación nacional. Y en este sentido es muy valioso e ingenioso el estudio realizado en base a cinco preguntas determinantes que se hace la autora para desentrañar la difícil madeja de establecer si se trata de un bien o de un servicio. Asimismo, realiza un estudio de derecho comparado analizando la posición que han tomado otros países al respecto sobre todo en aquellos lugares donde se categoriza a los CERs como bienes, activos intangibles.

Otro gran aporte de la autora está desarrollado en el capítulo 7° del libro, donde estudia la aplicación en nuestro país del Impuesto al Valor Agregado a los Bonos de Carbono. Este análisis no es una tarea para nada sencilla ya que como bien expresa la Dra. Schwartz no existe ni en la doctrina internacional ni nacional una posición uniforme acerca de cuál es la naturaleza jurídica de estos instrumentos. Por lo que el estudio del impacto del IVA en los mismos, también reviste una importante dificultad que a lo largo del capítulo 7° la autora desarrolló con la claridad que caracteriza toda la obra. Al igual que lo hizo en el capítulo anterior, la autora analizó el impacto del IVA en los Certificados de Carbono, ya sean considerados como un bien o como una prestación de servicios. Y nuevamente otro punto destacado es la comparación de las diferentes soluciones al respecto en el derecho comparado, analizando los regímenes jurídicos de los principales mercados de CERs del mundo.

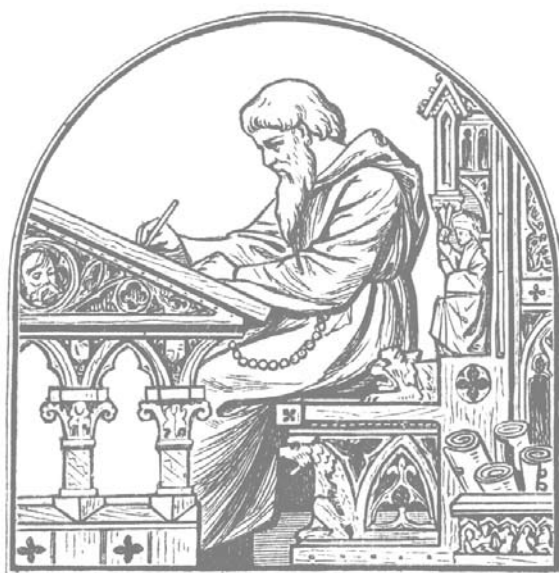
Como decíamos al comienzo de esta nota, el trabajo de la Dra. Schwartz no solamente analiza aspectos jurídicos. El capítulo 8° describe y analiza los mercados de carbono como tales. Y la importancia de esta parte de la obra radica en que no solamente se centra en el mercado tal vez más conocido por todos, como es el que de los bonos de carbono originados por proyectos de Mecanismo de Desarrollo Limpio del Protocolo de Kyoto. La autora también explica el funcionamiento del comercio de emisiones del Protocolo de Kyoto y de los llamados mercados voluntarios donde se negocian los certificados de reducciones voluntarias. Según expresa la autora

éstos certificados voluntarios, a diferencia de los emitidos en el marco de los MDL, no se originan en la necesidad de cumplir con metas de reducción sino que surgen por razones como responsabilidad social, imagen, reducción de costos, etc. Y aquí se demuestra la vigencia de estos instrumentos, ya que aún cuando el Protocolo de Kyoto pueda ser discutido en su vigencia, los mercados voluntarios no dependen de la vigencia del mismo.

Para el final la autora se permitió sugerir sus recomendaciones para que los países de la región Latinoamericana aprovechen y se beneficien de esta herramienta, no solo con el aporte financiero que los mismos pueden representar sino también con la transferencia tecnológica tan necesaria en nuestros países.

Aplaudo a la Dra. Schwartz por su iniciativa a aportar en un área del derecho que está en constante crecimiento en estos días. Y aplaudo a la Universidad de Montevideo por siempre intentar estar a la vanguardia en materias de avanzada como en este caso el Derecho Ambiental.

Dr. Alvaro Carrau Lussich



ÍNDICES DE TOMOS VI a X (Nros. 11 a 20)

Por Graciela Hughes y Agustina Pérez

Índice de autores

Índice de materias

Índice de secciones

ÍNDICE DE AUTORES

- Achard Brito del Pino, Andrés. La prohibición de reforma del acto administrativo y el art. 310, inc 1° de la Constitución Nacional. Tomo 11. Año 2007. Pág. 99.
- Aires, Gonzalo. Código Penal, tomo II, anotado por Miguel LangónCuñarro. Tomo 13. Año 2008. Pág. 191.
- Asiaín Pereira, Carmen. Religión en la educación pública. Deberes del Estado a la luz del derecho humanitario internacional. Tomo 17. Año 2010. Pág. 65.
- Barreiro, Gastón y Sandonato, Pablo J. Mitos y realidades entorno a la historia de los derechos humanos. Tomo 16. Año 2009. Pág. 199.
- Barrera, Jorge. Teoría de la imputación objetiva de resultado. Tomo 12. Año 2007. Pág. 7.
- Barrera, Jorge. Derecho Penal Económico. Ponencias del curso de posgrado 2008. Tomo 18. Año 2011. Pág. 165.
- Barroso, Luis Roberto. El neo constitucionalismo y la constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil. Tomo 12. Año 2007. Pág. 25.
- Beitler, Ady, Leoni, María Noel. La actuación de sociedades extranjeras en Uruguay: interpretación de la regulación legal como instrumento de fomento de inversión. Tomo 16. Año 2009. Pág. 11.
- Belloq, Pedro y Slinger, Diego. La responsabilidad patrimonial de los sindicatos. Tomo 11. Año 2007. Pág. 141.
- Belloq, Pedro. Diferencias entre el abandono voluntario y la separación de hecho como causales de divorcio y separación de cuerpos. Tomo 12. Año 2007. Pág. 207.
- Berchesi Bruno, Guariglia, Germán, Schiavi, Pablo. El control de las unidades reguladoras. ¿Cómo y quiénes efectúan dicho control en nuestro derecho positivo y en el derecho comparado? Tomo 16. Año 2009. Pág. 21.
- Borrea, Pedro Ignacio. Conflictos jurídicos aparentes: la ley de promoción y defensa de la competencia N° 18.159 frente a la potestad de la Asociación de Escribanos del Uruguay respecto del Arancel Oficial. Tomo 19. Año 2011. Pág. 11.
- BottaRoccatagliata, José. ¿De nuevo la igualdad en los concordatos?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 7.
- Bugallo, Beatriz. Algunas cuestiones sobre el registro de eslóganes como marca. Tomo 11. Año 2007. Pág. 73.
- Bugallo, Beatriz. Revista Xuridica de Universidade de Sntiago de Compostela, N°16. Tomo 13. Año 2008. Pág. 201.
- Bulson, Elizabeth. Estandar mínimo común del estatuto de la sociedad anónima en el Mercosur. Tomo 17. Año 2010. Pág. 127.
- Cal Laggiard, Maximiliano. Principio de congruencia en los procesos civiles. Tomo 17. Año 2010. Pág. 11.
- Cal Laggiard, Maximiliano. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de ejecución de sentencias extranjeras de condena. Tomo 18. Año 2011. Pág. 95.
- Cal, Manuel y De Cores, Carlos Andrés. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. Tomo 11. Año 2007. Pág. 131.
- Castello, Alejandro. El nuevo proceso laboral. Ley N° 18.572. Enfoque interdisciplinario. Tomo 18. Año 2011. Pág. 170.
- Chalar, Laura L. El testigo Shakespeare: Un proceso Judicial en el siglo XVII. Tomo 20. Año 2011. Pág. 11.
- Chávez Pena, María Noel. Cambio de criterio de materia de nominalización de salarios. Tomo 12. Año 2007. Pág. 137.
- CeliFrugoni, Alina. Instrumentos público económicos para la producción y el uso de biodiesel en Brasil, en el marco de la crisis energética mundial y el cambio climático. Tomo 18. Año 2010. Pág. 81.
- Cianciardo, Juan. La jerarquización de los derechos. Tomo 14. Año 2008. Pág. 11.
- Corradi, Lucía. Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia. Tomo 15. Año 2009. Pág. 225.
- Coutinho, Maria Eugenia. Offshore financial centers y la competencia fiscal "perjudicial" entre naciones. Particularidades de la situación de Uruguay dentro de este contexto. Tomo 18. Año 2011. Pág. 21.
- Damico, Andrea. El convenio de pagos y créditos recíprocos de ALADI como una herramienta de facilitación del comercio en la crisis internacional. Tomo 20. Año 2011. Pág. 185.
- Da Costa, Marly M. M. y Hermany, Ricardo. El poder local como locus privilegiado para la implementación de las políticas públicas de prevención de la delincuencia juvenil. Tomo 14. Año 2008. Pág. 17.
- Dei-Cas, Bárbara. Indemnización del daño moral en el derecho ambiental. Tomo 16. Año 2009. Pág. 125.

- Dei-Cas Paiva, Bárbara. Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración, de Carlos E. Delpiazzo. Tomo 15. Año 2009. Pág. 227.
- Dei-Cas Paiva, Bárbara. Sentencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 5to turno N1 557/2007 de 29 de agosto de 2007, y de 1º turno N° 711/2009 de 2 de diciembre de 2009. ¿Es procedente la acción de nulidad contra las decisiones de las personas publicas no estatales relativas a conflictos individuales de trabajo?. Tomo 17. Año 2010. Pág. 107.
- Dei-Cas, Bárbara. El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad. Tomo 14. Año 2008. Pág. 71.
- De Leiza, María de Todos los Santos. Una consideración dialéctica del Principio de la soberanía en el pensamiento de Félix A. Lamas. Tomo 15. Año 2009. Pág. 11.
- De Leiza, María de Todos los Santos. Dialéctica y Derechos Humanos. Tomo 18. Año 2010. Pág. 11.
- Delpiazzo, Carlos E. El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual. Tomo 11. Año 2007. Pág. 7.
- Delpiazzo, Carlos E. Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Tomo 12. Año 2007. Pág. 231.
- Delpiazzo, Carlos E. De Jaime Rodríguez, Miguel Ángel Sendin, Alejandro Pérez, Isamel Farrando y Julio Pablo Comadira. Fuentes del Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2011. Pág. 167.
- Delpiazzo, Carlos E. y Viega, María José. Lecciones de Derecho Telemático. Tomo II. Tomo 16. Año 2009. Pág. 203.
- Delpiazzo, Carlos E. Régimen jurídico de la asistencia a la salud. A propósito del Sistema Nacional Integrado de Salud. Tomo 16. Año 2009. Pág. 205.
- Delpiazzo, Carlos E. La responsabilidad de ser universitario. Tomo 13. Año 2008. Pág. 117.
- Delpiazzo, Carlos E. De Santiago Altieri. El estatuto jurídico del cigoto: ¿persona o cosa?. Tomo 18. Año 2010. Pág. 175.
- Delpiazzo, Carlos E. Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2010. Pág. 179.
- Delpiazzo, Carlos E. El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2010. Pág. 181.
- Delpiazzo, Carlos E. De Laura Nahabetián. Acceso a la información pública pilar fundamental del buen gobierno. Tomo 18. Año 2010. Pág. 183.
- Delpiazzo, Carlos E. De profesor a profesor, diálogo sobre la educación universitaria, de María de las Mercedes Rovira Reich. Tomo 13. Año 2008. Pág. 193.
- Delpiazzo, Carlos E. Nuevamente sobre soluciones posibles a los problemas organizativos del contencioso anulatorio. Tomo 18. Año 2010. Pág. 89.
- Delpiazzo, Carlos E. El hilo conductor, de Sergio Abreu. Tomo 13. Año 2008. Pág. 197.
- Delpiazzo, Carlos E. Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo. Tomo 12. Año 2007. Pág. 123.
- Delpiazzo, Gabriel. Desequilibrio en los contratos (privados y públicos) de Gustavo Ordoqui. Tomo 14. Año 2008. Pág. 189.
- Delpiazzo, Gabriel. Sobre Derecho Administrativo (2 tomos), de Juan Pablo Cajarville Peluffo. Tomo 14. Año 2008. Pág. 197.
- Delpiazzo Anton, Gabriel. Censura de la huida del Derecho Administrativo a través de sociedades comerciales. Tomo 13. Año 2008. Pág. 125.
- Delpiazzo Anton, José Miguel. Ámbito de aplicación personal de la responsabilidad solidaria de los representantes establecida en el art. 21 del Código Tributario carga de la prueba. Tomo 20. Año 2011. Pág. 157.
- Díaz Marshall, Sabina. Naturaleza y función del seguro de caución. Tomo 15. Año 2009. Pág. 161.
- Díaz, Soledad, Rothschild, Julie y Ruanova, Mariela. El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur. Tomo 11. Año 2007. Pág. 17.
- Durán Martínez, Augusto. Particularidades del régimen recursivo en los procesos de contratación administrativa. Tomo 11. Año 2007. Pág. 57.
- Durán Martínez, Augusto. El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales. Tomo 12. Año 2007. Pág. 129.
- Durán Martínez, Augusto. Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo. Tomo 17. Año 2010. Pág. 89.
- Faget, Alberto. El principio de non olet en materia tributaria. Tomo 17. Año 2010. Pág. 25.
- Faget, Cecilia. La ética del asesor letrado de la administración. La independencia técnica como poder-deber ético. Tomo 15. Año 2009. Pág. 215.
- Fernández Ballesteros, Carlos. Propiedad intelectual, de Beatriz Bugallo. Tomo 16. Año 2009. Pág. 155.
- FernandezPerrone, Ma Jimena. Regularidad constitucional de la actual contribución inmobiliaria

- urbana de Montevideo (Decreto N 32.265 de la Junta Departamental de Montevideo). Tomo 18. Año 2011. Pág. 121
- Fernández Reyes, Jorge E. La cumbre de San Juan ¿un nuevo impulso del Mercosur?. Tomo 18. Año 2011. Pág. 31.
- Fleitas De León, Luis A, A propósito del concepto de "Estado de Derecho": un estudio y una propuesta para volver a su matriz genética. Tomo 20. Año 2011. Pág. 23.
- Fleitas De León, Luis A, DerderiánMinasián, Eduardo. El "principio de especialidad" como límite y marco dimensionante de la actuación de los Órganos de Auditoría Interna del Estado. Tomo 15. Año 2009. Pág. 21.
- Fleitas Villarreal, Sandra. El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos y su regulación en la legislación uruguaya. Tomo 16. Año 2009. Pág. 149.
- Fraschini, Juan Ignacio. La prestación de servicios y el establecimiento permanente. Tomo 12. Año 2007. Pág.51.
- Formento, Augusto y Delpiazzo, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque constitucional: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. Tomo 18. Año 2010. Pág. 101.
- FornellaLandan, Martin. Principio de Igualdad. Tomo 17. Año 2010. Pág. 169.
- Galain, Pablo. Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces. Tomo 18. Año 2011. Pág. 35.
- Gatti, Flavia. Legitimidad de la tercerización de servicios médicos. Tomo 15. Año 2009. Pág. 133.
- Gorczevski, Clovis. Consejo de Derechos Humanos de ONU: la búsqueda de una nueva realidad. Tomo 11. Año 2007. Pág. 25.
- Gorcvevski, Clovis y Da Silva Reis, Suzete. La educación en cuanto factor de desarrollo económico. Tomo 14. Año 2008. Pág. 29.
- Greif, Jaime. Algunas peculiaridades del proceso concursal: partes, competencia, fuero de atracción, cúmulos. Tomo 13. Año 2008. Pág. 27.
- Hessdorfer, Andrés. Protección penal de la propiedad incorporal en el Uruguay, de Martín Pecoy. Tomo 15. Año 2009. Pág. 229.
- Hessdorfer, Andrés. Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales. Tomo 17. Año 2010. Pág. 39.
- LangónCuñarro, Miguel. Absolución por el delito de violencia privada. Tomo 15. Año 2009. Pág. 141.
- LangónCuñarro, Miguel. El rol del Ministerio Público en el proceso penal. Tomo 14. Año 2008. Pág. 55.
- LangónCuñarro, Miguel. Acerca de la omisión de asistencia. Tomo 14. Año 2008. Pág. 87.
- LangónCuñarro, Miguel. ¿Es discriminatoria la legislación anti-discriminación?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 35.
- Linn, Tomás y da Silveira, Pablo. Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado, de Nicolás Etcheverry Estrázulas. Tomo 16. Año 2009. Pág. 151.
- Lipszyc, Delia. Derechos de propiedad intelectual e impacto de la informática. Tomo 20. Año 2011. Pág. 121.
- Lisa, Federico José. La responsabilidad hacia la Administración Pública: responsabilidad y deberes públicos. Tomo 13. Año 2008. Pág. 43.
- Loaiza, Carlos. De Ignacio Bartesagni y Sebastian Pérez. La Ronda Doha. Evolución de las negociaciones y eventuales impactos para el Uruguay. Tomo 18. Año 2011. Pág. 163.
- Mata y Martín, Ricardo M. El principio de igualdad en el ámbito penitenciario. Tomo 18. Año 2011. Pág. 55.
- Mangarelli, Cristina. La vuelta al derecho común o civil. ¿La crisis del particularismo del derecho del trabajo?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 53.
- Mendive, Andrés. Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas. Tomo 18. Año 2010. Pág. 67.
- Montana, Pedro J. Compensación de culpas y concurso culposo en el Derecho penal uruguayo. Tomo 11. Año 2007. Pág. 33.
- Montano, Pedro. Víctima y proceso penal. Tomo 14. Año 2008. Pág. 65.
- Montano, Pedro. Estudios de Derecho Penal Económico. Tomo 14. Año 2008. Pág. 193.
- Nessar, Silvana. (coordinadora). Reflexiones a propósito del decreto 420/007 y formas modernas de prestación de la función pública. Tomo 16. Año 2009. Pág. 63.
- Nessar, Silvana. Otra vez sobre la revocación de oficio de los actos administrativos. Tomo 14. Año 2008. Pág. 97.
- Nogues Duran, Solange; Garcia Parodi, Carolina; MartinezCappetta, Edgardo; PerezMalveira, German; Buzo da Silveira, Mariana. Sistema de compras centralizadas en el uruguay. Tomo 18. Año 2010. Pág. 47.
- Olaso Martins, Francisco. La obligación o prestación característica. Tomo 18. Año 2010. Pág. 15.
- OlascoagaPritsh, Jimena. El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto. Tomo 16. Año 2009. Pág. 191.

- Olivera, Concepcion. Manual teórico-practico de Marcas. Tomo 17. Año 2010. Pág. 179.
- Olivera García, Ricardo. El sistema constitutivo de la anónima uruguaya y su incidencia en el funcionamiento societario. Tomo 11. Año 2007. Pág. 41.
- Opertti, Paola y Marabotto, Andrés. Libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo. Tomo 14. Año 2008. Pág. 37.
- Ordoqui, Gustavo. Responsabilidad civil del abogado y del escribano. Tomo 12. Año 2007. Pág. 233.
- Otegui, Mercedes. Derecho de la Persona, volumen 1, de Walter Howard. Tomo 14. Año 2008. Pág. 191.
- Pecoy, Martín. Derecho Penal para Escribanos, tomo II de Miguel Langón. Tomo 16. Año 2009. Pág. 163.
- Pecoy, Martín. Delito en el comercio electrónico. Tomo 20. Año 2011. Pág. 41.
- Pérez Comenale, Agustina. La administración de la sociedad de bienes en la unión concubinaria. Tomo 20. Año 2011. Pág. 229.
- Pérez Benech, Viviana. Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones. Tomo 15. Año 2009. Pág. 37.
- Pérez Benech, Viviana. La nueva regulación sobre el secreto bancario en la ley N° 17.948. Tomo 14. Año 2008. Pág. 109.
- Pérez Benech, Viviana. Contencioso de Reparación: algunas reflexiones adicionales en torno a la jurisprudencia actual de la Suprema Corte de Justicia sobre el art. 312 de la Constitución, basadas en los principios y métodos de interpretación de la Constitución. Tomo 20. Año 2011. Pág. 59.
- Pérez, Germán. Contencioso Administrativo, de Augusto Durán Martínez. Tomo 16. Año 2009. Pág. 165.
- Pereyra, Nicolás. La responsabilidad Penal del Oficial de Cumplimiento. Tomo 20. Año 2011. Pág. 47.
- Pinto Nerón, Ximena, Zak Godoy, Pablo. Defensa de la competencia y empresas públicas. Tomo 16. Año 2009. Pág. 69.
- Rey, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. Tomo 13. Año 2008. Pág. 177.
- Robaina, Andrés. Curso de derecho constitucional segundo. Tomo 17. Año 2010. Pág. 177.
- Rodríguez, Ana Laura. Inducción a error a la parte. Naturaleza de las sentencias y efectos de la apelación. Tomo 12. Año 2007. Pág. 145.
- Rodríguez-Araña Jaime. La sociedad del conocimiento y la administración pública. Tomo 18. Año 2011. Pág. 85.
- Rodríguez-Araña Jaime, de Rivero Ysern, Enrique y Fernando Pablo, Marzo. Equidad, derecho administrativo y administración pública en España. Tomo 20. Año 2011. Pág. 245.
- Rodríguez Araña, Jaime. El papel central de los usuarios en el Derecho energético. Tomo 12. Año 2007. Pág. 69.
- Rodríguez Huertas, Olivo A. Derecho administrativo dominicano y principios generales. Tomo 16. Año 2009. Pág. 105.
- Román Cordero, Cristian. El derecho administrativo sancionador en Chile. Tomo 16. Año 2009. Pág. 89.
- Rotondo Tornaría, Felipe. Curso de Derecho Constitucional primero. Tomo 16. Año 2009. Pág. 201.
- Rotondo Tornaría, Felipe. Suprema corte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Tomo 17. Año 2010. Pág. 51.
- Rotondo Tornaría, Felipe. La religión en la educación pública uruguaya: régimen legal. Tomo 17. Año 2010. Pág. 97.
- RotondoTornaria, Felipe. Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo con inclusión de la nueva ley No. 18.437. Tomo 15. Año 2009. Pág. 81.
- RotondoTornaria, Felipe; de Delpiazzo, Carlos . Derecho Administrativo General. Volumen 1. Tomo 20. Año 2011. Pág. 243.
- RotondoTornaria, Felipe; de Delpiazzo, Carlos . Derecho Administrativo Especial. Volumen 2. Tomo 12. Año 2007. Pág. 229.
- Santo, Nicolás. Los principios generales del Derecho Ambiental y la industrialización. Tomo 14. Año 2008. Pág. 179.
- Santo, Nicolas; Devoto, Matias; Gomez, Lucia; Etchebarne, Maria José; Sorhuet, Sofia; Etcheverry, Pilar; Solé, Paula; Pigola, Mauricio; Falcione, Martin; Ferragut, Nicolas. Desafíos del preprocesalismo iberoamericano ante la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tomo 18. Año 2010. Pág. 151.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. Tomo 20. Año 2011. Pág. 127.
- Santos Alonso, Jesús; De Prada Rodríguez, Mercedes. Los colaboradores de la justicia en Italia. Tomo 20. Año 2011. Pág. 71.
- Scheneberenger, Christian. El establecimiento permanente en el IRAE con especial consideración a la normativa y doctrina internacional. Tomo 15. Año 2009. Pág. 55.

-
- Schiavi, Pablo. La participación publico-privada en el desarrollo de infraestructura y servicios relacionados en el Uruguay Primeras reflexiones sobre la Ley N° 18.786. tomo 20. Año 2011. Pág. 83.
- Sosa Valerio, Martín. La obligación de transferir el dominio emergente de la promesa de enajenación de inmuebles a plazos y la categoría legal de las obligaciones indivisibles en el pago. Tomo 13. Año 2008. Pág. 63.
- Sheppard Gelsi, Marcelo. Desvío de oportunidades de negocios de la sociedad anónima: un supuesto de responsabilidad de los directores. Tomo 12. Año 2007. Pág. 105.
- Spagnuolo, Carla, D'Isabella, Virginia, Borrea, Pedro y Costa, Hugo. El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Tomo 13. Año 2008. Pág. 69.
- Tullmann, Norbert. Balance y perspectivas del Mercosur: mirada desde el año 2007. Tomo 13. Año 2008. Pág. 97.
- Trias, Ana. Protección al consumidor en el comercio electrónico. Tomo 12. Año 2007. Pág. 217.
- Uriarte, María Elena, Lavista, Cecilia y Lanza Sofia. Principios generales de la deontológica jurídica. Tomo 18. Año 2010. Pág. 151.
- Vazquez, Cristina. Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración. Tomo 17. Año 2010. Pág. 175.
- Veloso, Natalia. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito, obra coordinada por Carlos E. Delpiazzo. Tomo 14. Año 2008. Pág. 195.
- Veloso, Natalia. El no reconocimiento de los derechos adquiridos en el derecho ambiental. Tomo 17. Año 2010. Pág. 55.
- Wilson, María Paz. Interpretación de las reivindicaciones en las patentes de invención, con especial referencia a las patentes farmacéuticas. Tomo 12. Año 2007. Pág. 161.

INDICE DE MATERIAS

ADMINISTRATIVO

- Achard Brito del Pino, Andrés. La prohibición de reforma del acto administrativo y el art. 310, inc 1° de la Constitución Nacional. Tomo 11. Año 2007. Pág. 99.
- Berchesi Bruno, Guariglia, Germán, Schiavi, Pablo. El control de las unidades reguladoras. ¿Cómo y quiénes efectúan dicho control en nuestro derecho positivo y en el derecho comparado? Tomo 16. Año 2009. Pág. 21.
- Cal, Manuel y De Cores, Carlos Andrés. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. Tomo 11. Año 2007. Pág. 131.
- Dei-Cas Paiva, Bárbara. Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración, de Carlos E. Delpiazzo. Tomo 15. Año 2009. Pág. 227.
- Dei-Cas, Bárbara. El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad. Tomo 14. Año 2008. Pág. 71.
- Delpiazzo, Carlos E. Régimen jurídico de la asistencia a la salud. A propósito del Sistema Nacional Integrado de Salud. Tomo 16. Año 2009. Pág. 205.
- Depiazzo, Carlos E. Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo. Tomo 12. Año 2007. Pág. 123.
- Delpiazzo, Carlos E. Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Tomo 12. Año 2007. Pág. 231.
- Delpiazzo, Carlos E. De Jaime Rodríguez, Miguel Ángel Sendin, Alejandro Pérez, Isamel Farrando y Julio Pablo Comadira. Fuentes del Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2011. Pág. 167.
- Delpiazzo, Carlos E. Nuevamente sobre soluciones posibles a los problemas organizativos del contencioso anulatorio. Tomo 18. Año 2010. Pág. 89.
- Delpiazzo, Gabriel. Sobre Derecho Administrativo (2 tomos), de Juan Pablo Cajarville Peluffo. Tomo 14. Año 2008. Pág. 197.
- Delpiazzo Anton, Gabriel. Censura de la huida del Derecho Administrativo a través de sociedades comerciales. Tomo 13. Año 2008. Pág. 125.
- Delpiazzo, Carlos E. De Laura Nahabetián. Acceso a la información pública pilar fundamental del buen gobierno. Tomo 18. Año 2010. Pág. 183.
- Delpiazzo, Carlos E. Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2010. Pág. 179.
- Delpiazzo, Carlos E. El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2010. Pág. 181.
- Durán Martínez, Augusto. Particularidades del régimen recursivo en los procesos de contratación administrativa. Tomo 11. Año 2007. Pág. 57.
- Durán Martínez, Augusto. El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales. Tomo 12. Año 2007. Pág. 129.
- Faget, Cecilia. "La ética del asesor letrado de la administración". La independencia técnica como poder-deber ético. Tomo 15. Año 2009. Pág. 215.
- Fleitas De León, Luis A., Derderián Minasián, Eduardo. El "principio de especialidad" como límite y marco dimensionante de la actuación de los Órganos de Auditoría Interna del Estado. Tomo 15. Año 2009. Pág. 21.
- Lisa, Federico José. La responsabilidad hacia la Administración Pública: responsabilidad y deberes públicos. Tomo 13. Año 2008. Pág. 43.
- Nessar, Silvana. (coordinadora). Reflexiones a propósito del decreto 420/007 y formas modernas de prestación de la función pública. Tomo 16. Año 2009. Pág. 63.
- Nessar, Silvana. Otra vez sobre la revocación de oficio de los actos administrativos. Tomo 14. Año 2008. Pág. 97.
- Nogues Duran, Solange; Garcia Parodi, Carolina; Martinez Cappetta, Edgardo; Perez Malveira, German; Buzo da Silveira, Mariana. Sistema de compras centralizadas en el Uruguay. Tomo 18. Año 2010. Pág. 47.
- Pérez Benech, Viviana. Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones. Tomo 15. Año 2009. Pág. 37.
- Pérez, Germán. Contencioso Administrativo, de Augusto Durán Martínez. Tomo 16. Año 2009. Pág. 165.
- Rodríguez-Araña Jaime. La sociedad del conocimiento y la administración pública. Tomo 18. Año 2011. Pág. 85.

Rodríguez Araña, Jaime. El papel central de los usuarios en el Derecho energético. Tomo 12. Año 2007. Pág. 69.

RotondoTornaria, Felipe; de Delpiazzo, Carlos . Derecho Administrativo General. Volumen 1. Tomo 20. Año 2011. Pág. 243.

RotondoTornaria, Felipe; de Delpiazzo, Carlos . Derecho Administrativo Especial. Volumen 2. Tomo 12. Año 2007. Pág. 229.

Schiavi, Pablo. La participación publico-privada en el desarrollo de infraestructura y servicios relacionados en el Uruguay Primeras reflexiones sobre la Ley N° 18.786. tomo 20. Año 2011. Pág. 83.

Spagnuolo, Carla, D'Isabella, Virginia, Borrea, Pedro y Costa, Hugo. El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Tomo 13. Año 2008. Pág. 69.

Vazquez, Cristina. Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración. Tomo 17. Año 2010. Pág. 175.

Veloso, Natalia. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito, obra coordinada por Carlos E. Delpiazzo. Tomo 14. Año 2008. Pág. 195.

AMBIENTAL

Dei-cas, Bárbara. Indemnización del daño moral en el derecho ambiental. Tomo 16. Año 2009. Pág. 125.

Santo, Nicolás. Los principios generales del Derecho Ambiental y la industrialización. Tomo 14. Año 2008. Pág. 179.

Veloso, Natalia. El no reconocimiento de los derechos adquiridos en el derecho ambiental. Tomo 17. Año 2010. Pág. 55.

ARBITRAJE

Díaz, Soledad, Rothschild, Julie y Ruanova, Mariela. El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur. Tomo 11. Año 2007. Pág. 17.

BANCARIO

Pérez Benech, Viviana. La nueva regulación sobre el secreto bancario en la ley N° 17.948. Tomo 14. Año 2008. Pág. 109.

CIVIL

Delpiazzo, Gabriel. Desequilibrio en los contratos (privados y públicos) de Gustavo Ordoqui. Tomo 14. Año 2008. Pág. 189.

Otegui, Mercedes. Derecho de la Persona, volumen 1, de Walter Howard. Tomo 14. Año 2008. Pág. 191.

Sosa Valerio, Martín. La obligación de transferir el dominio emergente de la promesa de enajenación de inmuebles a plazos y la categoría legal de las obligaciones indivisibles en el pago. Tomo 13. Año 2008. Pág. 63.

Ordoqui, Gustavo. Responsabilidad civil del abogado y del escribano. Tomo 12. Año 2007. Pág. 233

COMERCIAL

Díaz Marshall, Sabina. Naturaleza y función del seguro de caución. Tomo 15. Año 2009. Pág. 161.

Olivera, Concepcion. Manual teórico-practico de Marcas. Tomo 17. Año 2010. Pág. 179.

COMERCIO EXTERIOR

Loaiza, Carlos. De Ignacio Bartesagni y Sebastian Pérez. La Ronda Doha. Evolución de las negociaciones y eventuales impactos para el Uruguay. Tomo 18. Año 2011. Pág. 163.

CONCURSAL

BottaRoccatagliata, José. ¿De nuevo la igualdad en los concordatos?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 7.

Greif, Jaime. Algunas peculiaridades del proceso concursal: partes, competencia, fuero de atracción, cúmulos. Tomo 13. Año 2008. Pág. 27.

CONSTITUCIONAL

Durán Martínez, Augusto. Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo. Tomo 17. Año 2010. Pág. 89

Formento, Augusto y Delpiazzo, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque constitucional: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. Tomo 18. Año 2010. Pág. 101.

FornellaLandan, Martin. Principio de Igualdad. Tomo 17. Año 2010. Pág. 169.

OlascoagaPritsh, Jimena. El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto. Tomo 16. Año 2009. Pág. 191.

Pérez Benech, Viviana. Contencioso de Reparación: algunas reflexiones adicionales en torno a la jurisprudencia actual de la Suprema Corte de Justicia sobre el art. 312 de la Constitución, basadas en los principios y métodos de interpretación de la Constitución. Tomo 20. Año 2011. Pág. 59.

Rey, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. Tomo 13. Año 2008. Pág. 177.

Robaina, Andres. Curso de derecho constitucional segundo. Tomo 17. Año 2010. Pág. 177.

Rotondo Tornaría, Felipe. Curso de Derecho Constitucional primero. Tomo 16. Año 2009. Pág. 201.

Rotondo Tornaría, Felipe. Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo con inclusión de la nueva ley No. 18.437. Tomo 15. Año 2009. Pág. 81.

Rotondo Tornaría, Felipe. La religión en la educación pública uruguayo: régimen legal. Tomo 17. Año 2010. Pág. 97.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Borrea, Pedro Ignacio. Conflictos jurídicos aparentes: la ley de promoción y defensa de la competencia N° 18.159 frente a la potestad de la Asociación de Escribanos del Uruguay respecto del Arancel Oficial. Tomo 19. Año 2011. Pág. 11.

Pinto Nerón, Ximena, Zak Godoy, Pablo. Defensa de la competencia y empresas públicas. Tomo 16. Año 2009. Pág. 69.

Mendive, Andres. Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas. Tomo 18. Año 2010. Pág. 67.

DERECHO COMPARADO

Barroso, Luis Roberto. El neo constitucionalismo y la constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil. Tomo 12. Año 2007. Pág. 25.

CeliFrugoni, Alina. Instrumentos publico económicos para la producción y el uso de biodiesel en Brasil, en el marzo de la crisis energética mundial y el cambio climático. Tomo 18. Año 2010. Pág. 81.

Coutinho, Maria Eugenia. Offshorerefincialcenters y la competencia fiscal "perjudicial" entre naciones. Particularidades de la situación de Uruguay dentro de este contexto. Tomo 18. Año 2011. Pág. 21.

Román Cordero, Cristian. El derecho administrativo sancionador en Chile. Tomo 16. Año 2009. Pág. 89.

Rodríguez Huertas, Olivo A. Derecho administrativo dominicano y principios generales. Tomo 16. Año 2009. Pág. 105.

Rodríguez-Araña Jaime, de Rivero Ysern, Enrique y Fernando Pablo, Marzo. Equidad, derecho administrativo y administración pública en España. Tomo 20. Año 2011. Pág. 245.

Rotondo Tornaría, Felipe. Suprema corte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Tomo 17. Año 2010. Pág. 51.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema ju-

rídico del derecho positivo colombiano. Tomo 20. Año 2011. Pág. 127.

Santos Alonso, Jesús; De Prada Rodriguez, Mercedes. Los colaboradores de la justicia en Italia. Tomo 20. Año 2011. Pág. 71.

DERECHO DE LA INTEGRACION

Fernández Reyes, Jorge E. La cumbre de San Juan ¿un nuevo impulso del Mercosur?. Tomo 18. Año 2011. Pág. 31.

Tullmann, Norbert. Balance y perspectivas del Mercosur: mirada desde el año 2007. Tomo 13. Año 2008. Pág. 97.

Damico, Andrea. El convenio de pagos y créditos recíprocos de ALADI como una herramienta de facilitación del comercio en la crisis internacional. Tomo 20. Año 2011. Pág. 185.

Bulson, Elizabeth. Estandar mínimo común del estatuto de la sociedad anónima en el Mercosur. Tomo 17. Año 2010. Pág. 127.

DERECHO DEL CONSUMIDOR

Trias, Ana. Protección al consumidor en el comercio electrónico. Tomo 12. Año 2007. Pág. 217.

DERECHO INFORMÁTICO

Delpiazzo, Carlos E. El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual. Tomo 11. Año 2007. Pág. 7.

Delpiazzo, Carlos E. y Viega, María José. Lecciones de Derecho Telemático. Tomo II. Tomo 16. Año 2009. Pág. 203.

DERECHOS HUMANOS

Asiaín Pereira, Carmen. Religión en la educación pública. Deberes del Estado a la luz del derecho humanitario internacional. Tomo 17. Año 2010. Pág. 65.

Barreiro, Gastón y Sardonato, Pablo J. Mitos y realidades entorno a la historia de los derechos humanos. Tomo 16. Año 2009. Pág. 199.

Delpiazzo, Carlos E. De Santiago Altieri. El estatuto jurídico del cigoto: ¿persona o cosa?. Tomo 18. Año 2010. Pág. 175.

De Leiza, María de Todos los Santos. Dialéctica y Derechos Humanos. Tomo 18. Año 2010. Pág. 11.

Gorczewski, Clovis. Consejo de Derechos Humanos de ONU: la búsqueda de una nueva realidad. Tomo 11. Año 2007. Pág. 25.

ÉTICA

Linn, Tomás y da Silveira, Pablo. Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado, de

Nicolás Etcheverry Estrázulas. Tomo 16. Año 2009. Pág. 151.

FAMILIA

- Belloq, Pedro. Diferencias entre el abandono voluntario y la separación de hecho como causales de divorcio y separación de cuerpos. Tomo 12. Año 2007. Pág. 207.
- Corradi, Lucía. Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia. Tomo 15. Año 2009. Pág. 225.
- Pérez Comenale, Agustina. La administración de la sociedad de bienes en la unión concubinaria. Tomo 20. Año 2011. Pág. 229.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

- Cianciardo, Juan. La jerarquización de los derechos. Tomo 14. Año 2008. Pág. 11.
- De Leiza, María de Todos los Santos. Una consideración dialéctica del Principio de la soberanía en el pensamiento de Félix A. Lamas. Tomo 15. Año 2009. Pág. 11.
- Fleitas De León, Luis A. A propósito del concepto de "Estado de Derecho": un estudio y una propuesta para volver a su matriz genética. Tomo 20. Año 2011. Pág. 23.
- Chalar, Laura L. El testigo Shakespeare: Un proceso Judicial en el siglo XVII. Tomo 20. Año 2011. Pág. 11.

INTERNACIONAL PRIVADO

- Cal Laggiard, Maximialino. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de ejecución de sentencias extranjeras de condena. Tomo 18. Año 2011. Pág. 95.

LABORAL

- Belloq, Pedro y Slinger, Diego. La responsabilidad patrimonial de los sindicatos. Tomo 11. Año 2007. Pág. 141.
- Castello, Alejandro. El nuevo proceso laboral. Ley N° 18.572. Enfoque interdisciplinario. Tomo 18. Año 2011. Pág. 170.
- Chávez Pena, María Noel. Cambio de criterio de materia de nominalización de salarios. Tomo 12. Año 2007. Pág. 137.
- Da Costa, Marly M. y Hermany, Ricardo. El poder local como locus privilegiado para la implementación de las políticas públicas de prevención de la delincuencia juvenil. Tomo 14. Año 2008. Pág. 17.
- Dei-Cas Paiva, Bárbara. Sentencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 5to turno N1 557/2007 de 29 de agosto de 2007, y de 1º turno N° 711/2009 de 2 de diciembre de 2009.

¿Es procedente la acción de nulidad contra las decisiones de las personas publicas no estatales relativas a conflictos individuales de trabajo?. Tomo 17. Año 2010. Pág. 107.

- Gatti, Flavia. Legitimidad de la tercerización de servicios médicos. Tomo 15. Año 2009. Pág. 133.
- Mangarelli, Cristina. La vuelta al derecho común o civil. ¿La crisis del particularismo del derecho del trabajo?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 53.
- Operti, Paola y Marabotto, Andrés. Libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo. Tomo 14. Año 2008. Pág. 37.

PENAL

- Aires, Gonzalo. Código Penal, tomo II, anotado por Miguel LangónCuñarro. Tomo 13. Año 2008. Pág. 191.
- Barrera, Jorge. Teoría de la imputación objetiva de resultado. Tomo 12. Año 2007. Pág. 7.
- Barrera, Jorge. Derecho Penal Económico. Ponencias del curso de posgrado 2008. Tomo 18. Año 2011. Pág. 165.
- Fleitas Villarreal, Sandra. El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos y su regulación en la legislación uruguaya. Tomo 16. Año 2009. Pág. 149.
- Galain, Pablo. Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces. Tomo 18. Año 2011. Pág. 35.
- Hessdorfer, Andrés. Protección penal de la propiedad incorporal en el Uruguay, de Martín Pecoy. Tomo 15. Año 2009. Pág. 229.
- LangónCuñarro, Miguel. ¿Es discriminatoria la legislación anti-discriminación?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 35.
- LangónCuñarro, Miguel. Absolución por el delito de violencia privada. Tomo 15. Año 2009. Pág. 141.
- LangónCuñarro, Miguel. El rol del Ministerio Público en el proceso penal. Tomo 14. Año 2008. Pág. 55.
- LangónCuñarro, Miguel. Acerca de la omisión de asistencia. Tomo 14. Año 2008. Pág. 87.
- Mata y Martín, Ricardo M. El principio de igualdad en el ámbito penitenciario. Tomo 18. Año 2011. Pág. 55.
- Montana, Pedro J. Compensación de culpas y concurso culposo en el Derecho penal uruguayo. Tomo 11. Año 2007. Pág. 33.
- Montano, Pedro. Víctima y proceso penal. Tomo 14. Año 2008. Pág. 65.
- Montano, Pedro. Estudios de Derecho Penal Económico. Tomo 14. Año 2008. Pág. 193.

- Pecoy, Martín. Derecho Penal para Escribanos, tomo II, de Miguel Langón. Tomo 16. Año 2009. Pág. 163.
- Pecoy, Martín. Delito en el comercio electrónico. Tomo 20. Año 2011. Pág. 41
- Pereyra, Nicolas. La responsabilidad Penal del Oficial de Cumplimiento. Tomo 20. Año 2011. Pág. 47

PROCESAL

- Cal Laggiard, Maximiliano. Principio de congruencia en los procesos civiles. Tomo 17. Año 2010. Pág. 11.
- Rodríguez, Ana Laura. Inducción a error a la parte. Naturaleza de las sentencias y efectos de la apelación. Tomo 12. Año 2007. Pág. 145.
- Santo, Nicolas; Devoto, Matias; Gomez, Lucia; Etchebarne, Maria José; Sorhuet, Sofia; Etcheverry, Pilar; Solé, Paula; Pigola, Mauricio; Falcione, Martin; Ferragut, Nicolas. Desafíos del precesalismo iberoamericano ante la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tomo 18. Año 2010. Pág. 151.

DEONTOLOGIA

- Uriarte, María Elena, Lavista, Cecilia y Lanza Sofia. Principios generales de la deontológica jurídica. Tomo 18. Año 2010. Pág. 151.

PROPIEDAD INTELECTUAL

- Bugallo, Beatriz. Algunas cuestiones sobre el registro de eslóganes como marca. Tomo 11. Año 2007. Pág. 73.
- Wilson, María Paz. Interpretación de las reivindicaciones en las patentes de invención, con especial referencia a las patentes farmacéuticas. Tomo 12. Año 2007. Pág. 161.
- Fernández Ballesteros, Carlos. Propiedad intelectual, de Beatriz Bugallo. Tomo 16. Año 2009. Pág. 155.
- Lipszyc, Delia. Derechos de propiedad intelectual e impacto de la informática. Tomo 20. Año 2011. Pág. 121.

SOCIEDADES

- Beitler, Ady, Leoni, María Noel. La actuación de sociedades extranjeras en Uruguay: interpretación de la regulación legal como instrumento de fomento de inversión. Tomo 16. Año 2009. Pág. 11.
- Olivera García, Ricardo. El sistema constitutivo de la anónima uruguaya y su incidencia en el funcionamiento societario. Tomo 11. Año 2007. Pág. 41.

- Sheppard Gelsi, Marcelo. Desvío de oportunidades de negocios de la sociedad anónima: un supuesto de responsabilidad de los directores. Tomo 12. Año 2007. Pág. 105.

TRIBUTARIO / FINANCIERO

- Faget, Alberto. El principio de non olet en materia tributaria. Tomo 17. Año 2010. Pág. 25.
- FernandezPerrone, Ma Jimena. Regularidad constitucional de la actual contribución inmobiliaria urbana de Montevideo (Decreto N 32.265 de la Junta Departamental de Montevideo). Tomo 18. Año 2011. Pág. 121
- Fraschini, Juan Ignacio. La prestación de servicios y el establecimiento permanente. Tomo 12. Año 2007. Pág. 51.
- Hessdorfer, Andrés. Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales. Tomo 17. Año 2010. Pág. 39.
- Olaso Martins, Francisco. La obligación o prestación característica. Tomo 18. Año 2010. Pág. 15.
- Scheneeberenger, Christian. El establecimiento permanente en el IRAE con especial consideración a la normativa y doctrina internacional. Tomo 15. Año 2009. Pág. 55.
- Delpiazzo Anton, José Miguel. Ámbito de aplicación personal de la responsabilidad solidaria de los representantes establecida en el art. 21 del Código Tributario carga de la prueba. Tomo 20. Año 2011. Pág. 157.

Falta ubicar:

- Delpiazzo, Carlos E. La responsabilidad de ser universitario. Tomo 13. Año 2008. Pág. 117.
- Delpiazzo, Carlos E. De profesor a profesor, diálogo sobre la educación universitaria, de María de las Mercedes Rovira Reich. Tomo 13. Año 2008. Pág. 193.
- Delpiazzo, Carlos E. El hilo conductor, de Sergio Abreu. Tomo 13. Año 2008. Pág. 197.
- Bugallo, Beatriz. Revista Xuridica de Universidad de Santiago de Compostela, N°16. Tomo 13. Año 2008. Pág. 201.
- Gorcevski, Clovis y Da Silva Reis, Suzete. La educación en cuanto factor de desarrollo económico. Tomo 14. Año 2008. Pág. 29.

ÍNDICE DE SECCIONES

DOCTRINA

- Barrera, Jorge. Teoría de la imputación objetiva de resultado. Tomo 12. Año 2007. Pág. 7.
- Barroso, Luis Roberto. El neo constitucionalismo y la constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil. Tomo 12. Año 2007. Pág. 25.
- Beitler, Ady, Leoni, María Noel. La actuación de sociedades extranjeras en Uruguay: interpretación de la regulación legal como instrumento de fomento de inversión. Tomo 16. Año 2009. Pág. 11.
- Berchesi Bruno, Guariglia, Germán, Schiavi, Pablo. El control de las unidades reguladoras. ¿Cómo y quiénes efectúan dicho control en nuestro derecho positivo y en el derecho comparado? Tomo 16. Año 2009. Pág. 21.
- Borrea, Pedro Ignacio. Conflictos jurídicos aparentes: la ley de promoción y defensa de la competencia N° 18.159 frente a la potestad de la Asociación de Escribanos del Uruguay respecto del Arancel Oficial. Tomo 19. Año 2011. Pág. 11.
- BottaRoccatagliata, José. ¿De nuevo la igualdad en los concordatos?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 7.
- Cal Laggiard, Maximiliano. Principio de congruencia en los procesos civiles. Tomo 17. Año 2010. Pág. 11.
- Chalar, Laura L. El testigo Shakespeare: Un proceso Judicial en el siglo XVII. Tomo 20. Año 2011. Pág. 11.
- Cianciardo, Juan. La jerarquización de los derechos. Tomo 14. Año 2008. Pág. 11.
- Coutinho, Maria Eugenia. Offshorefincialcenters y la competencia fiscal "perjudicial" entre naciones. Particularidades de la situación de Uruguay dentro de este contexto. Tomo 18. Año 2011. Pág. 21.
- Da Costa, Marly M M. y Hermany, Ricardo. El poder local como locus privilegiado para la implementación de las políticas públicas de prevención de la delincuencia juvenil. Tomo 14. Año 2008. Pág. 17.
- De Leiza, María de Todos los Santos. Una consideración dialéctica del Principio de la soberanía en el pensamiento de Félix A. Lamas. Tomo 15. Año 2009. Pág. 11.
- De Leiza, María de Todos los Santos. Dialéctica y Derechos Humanos. Tomo 18. Año 2010. Pág. 11.
- Delpiazzo, Carlos E. El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual. Tomo 11. Año 2007. Pág. 7.
- Depiazzo, Carlos E. Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo. Tomo 12. Año 2007. Pág. 123.
- Díaz, Soledad, Rothschild, Julie y Ruanova, Mariela. El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur. Tomo 11. Año 2007. Pág. 17.
- Durán Martínez, Augusto. El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales. Tomo 12. Año 2007. Pág. 129.
- Faget, Alberto. El principio de non olet en materia tributaria. Tomo 17. Año 2010. Pág. 25.
- Fernandez Reyes, Jorge E. La cumbre de San Juan ¿un nuevo impulso del Mercosur?. Tomo 18. Año 2011. Pág. 31.
- Fleitas De León, Luis A, A propósito del concepto de "Estado de Derecho": un estudio y una propuesta para volver a su matriz genética. Tomo 20. Año 2011. Pág. 23.
- Fleitas De León, Luis A., DerderiánMinasián, Eduardo. El "principio de especialidad" como límite y marco dimensionante de la actuación de los Órganos de Auditoría Interna del Estado. Tomo 15. Año 2009. Pág. 21.
- Fraschini, Juan Ignacio. La prestación de servicios y el establecimiento permanente. Tomo 12. Año 2007. Pág. 51.
- Galain, Pablo. Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces. Tomo 18. Año 2011. Pág. 35.
- Gorczewski, Clovis. Consejo de Derechos Humanos de ONU: la búsqueda de una nueva realidad. Tomo 11. Año 2007. Pág. 25.
- Gorczewski, Clovis y Da Silva Reis, Suzete. La educación en cuanto factor de desarrollo económico. Tomo 14. Año 2008. Pág. 29.
- Greif, Jaime. Algunas peculiaridades del proceso concursal: partes, competencia, fuero de atracción, cúmulos. Tomo 13. Año 2008. Pág. 27.
- Hessdorfer, Andrés. Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales. Tomo 17. Año 2010. Pág. 39.
- LangónCuñarro, Miguel. ¿Es discriminatoria la legislación anti-discriminación?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 35.

- Lisa, Federico José. La responsabilidad hacia la Administración Pública: responsabilidad y deberes públicos. Tomo 13. Año 2008. Pág. 43.
- Mangarelli, Cristina. La vuelta al derecho común o civil. ¿La crisis del particularismo del derecho del trabajo?. Tomo 13. Año 2008. Pág. 53.
- Mata y Martín, Ricardo M. El principio de igualdad en el ámbito penitenciario. Tomo 18. Año 2011. Pág. 55.
- Mendive, Andrés. Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas. Tomo 18. Año 2010. Pág. 67.
- Montana, Pedro J. Compensación de culpas y concurso culposo en el Derecho penal uruguayo. Tomo 11. Año 2007. Pág. 33.
- Nessar, Silvana. (coordinadora). Reflexiones a propósito del decreto 420/007 y formas modernas de prestación de la función pública. Tomo 16. Año 2009. Pág. 63.
- Nogues Duran, Solange; Garcia Parodi, Carolina; MartinezCappetta, Edgardo; PerezMalveira, German; Buzo da Silveira, Mariana. Sistema de compras centralizadas en el Uruguay. Tomo 18. Año 2010. Pág. 47.
- Olaso Martins, Francisco. La obligación o prestación característica. Tomo 18. Año 2010. Pág. 15.
- Olivera García, Ricardo. El sistema constitutivo de la anónima uruguaya y su incidencia en el funcionamiento societario. Tomo 11. Año 2007. Pág. 41.
- Operti, Paola y Marabotto, Andrés. Libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo. Tomo 14. Año 2008. Pág. 37.
- Pecoy, Martín. Delito en el comercio electrónico. Tomo 20. Año 2011. Pág. 41.
- Pérez Benech, Viviana. Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones. Tomo 15. Año 2009. Pág. 37.
- Pérez Benech, Viviana. Contencioso de Reparación: algunas reflexiones adicionales en torno a la jurisprudencia actual de la Suprema Corte de Justicia sobre el art. 312 de la Constitución, basadas en los principios y métodos de interpretación de la Constitución. Tomo 20. Año 2011. Pág. 59.
- Pereyra, Nicolás. La responsabilidad Penal del Oficial de Cumplimiento. Tomo 20. Año 2011. Pág. 47.
- Pinto Nerón, Ximena, Zak Godoy, Pablo. Defensa de la competencia y empresas públicas. Tomo 16. Año 2009. Pág. 69.
- Rodríguez Araña, Jaime. El papel central de los usuarios en el Derecho energético. Tomo 12. Año 2007. Pág. 69.
- Román Cordero, Cristian. El derecho administrativo sancionador en Chile. Tomo 16. Año 2009. Pág. 89.
- Santos Alonso, Jesús; De Prada Rodríguez, Mercedes. Los colaboradores de la justicia en Italia. Tomo 20. Año 2011. Pág. 71.
- Scheneberenger, Christian. El establecimiento permanente en el IRAE con especial consideración a la normativa y doctrina internacional. Tomo 15. Año 2009. Pág. 55.
- Schiavi, Pablo. La participación publico-privada en el desarrollo de infraestructura y servicios relacionados en el Uruguay Primeras reflexiones sobre la Ley N° 18.786. tomo 20. Año 2011. Pág. 83.
- Sheppard Gelsi, Marcelo. Desvío de oportunidades de negocios de la sociedad anónima: un supuesto de responsabilidad de los directores. Tomo 12. Año 2007. Pág. 105.
- Sosa Valerio, Martín. La obligación de transferir el dominio emergente de la promesa de enajenación de inmuebles a plazos y la categoría legal de las obligaciones indivisibles en el pago. Tomo 13. Año 2008. Pág. 63.
- Spagnuolo, Carla, D'Isabella, Virginia, Borrea, Pedro y Costa, Hugo. El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Tomo 13. Año 2008. Pág. 69.
- Tullmann, Norbert. Balance y perspectivas del Mercosur: mirada desde el año 2007. Tomo 13. Año 2008. Pág. 97.

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- Asiaín Pereira, Carmen. Religión en la educación pública. Deberes del Estado a la luz del derecho humanitario internacional. Tomo 17. Año 2010. Pág. 65.
- CeliFrugoni, Alina. Instrumentos publico económicos para la producción y el uso de biodiesel en Brasil, en el marzo de la crisis energética mundial y el cambio climático. Tomo 18. Año 2010. Pág. 81.
- Delpiazzo, Carlos E. Nuevamente sobre soluciones posibles a los problemas organizativos del contencioso anulatorio. Tomo 18. Año 2010. Pág. 89.
- Delpiazzo, Carlos E. La responsabilidad de ser universitario. Tomo 13. Año 2008. Pág. 117.
- Durán Martínez, Augusto. Particularidades del régimen recursivo en los procesos de contratación administrativa. Tomo 11. Año 2007. Pág. 57.
- Durán Martínez, Augusto. Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo. Tomo 17. Año 2010. Pág. 89.

- LangónCuñarro, Miguel. El rol del Ministerio Público en el proceso penal. Tomo 14. Año 2008. Pág. 55.
- Lipszyc, Delia. Derechos de propiedad intelectual e impacto de la informática. Tomo 20. Año 2011. Pág. 121.
- Montano, Pedro. Víctima y proceso penal. Tomo 14. Año 2008. Pág. 65.
- Rodríguez-Araña Jaime. La sociedad del conocimiento y la administración pública. Tomo 18. Año 2011. Pág. 85.
- Rodríguez Huertas, Olivo A. Derecho administrativo dominicano y principios generales. Tomo 16. Año 2009. Pág. 105.
- Rotondo Tornaría, Felipe. Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo con inclusión de la nueva ley No. 18.437. Tomo 15. Año 2009. Pág. 81.
- Rotondo Tornaría, Felipe. Suprema corte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Tomo 17. Año 2010. Pág. 51.
- Rotondo Tornaría, Felipe. La religión en la educación pública uruguaya: régimen legal. Tomo 17. Año 2010. Pág. 97.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. Tomo 20. Año 2011. Pág. 127.
- Veloso, Natalia. El no reconocimiento de los derechos adquiridos en el derecho ambiental. Tomo 17. Año 2010. Pág. 55.
- estatales relativas a conflictos individuales de trabajo?. Tomo 17. Año 2010. Pág. 107.
- Delpiazzo Anton, Gabriel. Censura de la huida del Derecho Administrativo a través de sociedades comerciales. Tomo 13. Año 2008. Pág. 125.
- Delpiazzo Anton, José Miguel. Ámbito de aplicación personal de la responsabilidad solidaria de los representantes establecida en el art. 21 del Código Tributario carga de la prueba. Tomo 20. Año 2011. Pág. 157.
- Formento, Augusto y Delpiazzo, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque constitucional: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. Tomo 18. Año 2010. Pág. 101.
- Gatti, Flavia. Legitimidad de la tercerización de servicios médicos. Tomo 15. Año 2009. Pág. 133.
- LangónCuñarro, Miguel. Absolución por el delito de violencia privada. Tomo 15. Año 2009. Pág. 141.
- LangónCuñarro, Miguel. Acerca de la omisión de asistencia. Tomo 14. Año 2008. Pág. 87.
- Nessar de Lenoble, Silvana. Otra vez sobre la revocación de oficio de los actos administrativos. Tomo 14. Año 2008. Pág. 97.
- Rodríguez, Ana Laura. Inducción a error a la parte. Naturaleza de las sentencias y efectos de la apelación. Tomo 12. Año 2007. Pág. 145.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

- Bugallo, Beatriz. Algunas cuestiones sobre el registro de eslóganes como marca. Tomo 11. Año 2007. Pág. 73.
- Cal Laggiard, Maximiliano. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de ejecución de sentencias extranjeras de condena. Tomo 18. Año 2011. Pág. 95.
- Chávez Pena, María Noel. Cambio de criterio de materia de nominalización de salarios. Tomo 12. Año 2007. Pág. 137.
- Dei-cas, Bárbara. Indemnización del daño moral en el derecho ambiental. Tomo 16. Año 2009. Pág. 125.
- Dei-Cas, Bárbara. El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad. Tomo 14. Año 2008. Pág. 71.
- Dei-Cas Paiva, Bárbara. Sentencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 5to turno N1 557/2007 de 29 de agosto de 2007, y de 1º turno N° 711/2009 de 2 de diciembre de 2009. ¿Es procedente la acción de nulidad contra las decisiones de las personas públicas no
- Achard Brito del Pino, Andrés. La prohibición de reforma del acto administrativo y el art. 310, inc 1º de la Constitución Nacional. Tomo 11. Año 2007. Pág. 99.
- Bulson, Elizabeth. Estandar mínimo común del estatuto de la sociedad anónima en el Mercosur. Tomo 17. Año 2010. Pág. 127.
- Damico, Andrea. El convenio de pagos y créditos recíprocos de ALADI como una herramienta de facilitación del comercio en la crisis internacional. Tomo 20. Año 2011. Pág. 185.
- Díaz Marshall, Sabina. Naturaleza y función del seguro de caución. Tomo 15. Año 2009. Pág. 161.
- FernandezPerrone, Ma Jimena. Regularidad constitucional de la actual contribución inmobiliaria urbana de Montevideo (Decreto N 32.265 de la Junta Departamental de Montevideo). Tomo 18. Año 2011. Pág. 121.
- Fleitas Villarreal, Sandra. El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos y su regulación en la legislación uruguaya. Tomo 16. Año 2009. Pág. 149.
- Pérez Benech, Viviana. La nueva regulación sobre el secreto bancario en la ley N° 17.948. Tomo 14. Año 2008. Pág. 109.

Seoane Petito, Karen. El endoso en garantía en el marco de la ley de títulos valores. Tomo 14. Año 2008. Pág. 149.

Wilson, María Paz. Interpretación de las reivindicaciones en las patentes de invención, con especial referencia a las patentes farmacéuticas. Tomo 12. Año 2007. Pág. 161.

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Belloq, Pedro y Slinger, Diego. La responsabilidad patrimonial de los sindicatos. Tomo 11. Año 2007. Pág. 141.

Belloq, Pedro. Diferencias entre el abandono voluntario y la separación de hecho como causales de divorcio y separación de cuerpos. Tomo 12. Año 2007. Pág. 207.

Cal, Manuel y De Cores, Carlos Andrés. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. Tomo 11. Año 2007. Pág. 131.

Faget, Cecilia. La ética del asesor letrado de la administración. La independencia técnica como poder-deber ético. Tomo 15. Año 2009. Pág. 215.

FornellaLandan, Martin. Principio de Igualdad. Tomo 17. Año 2010. Pág. 169.

OlascoagaPritsh, Jimena. El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto. Tomo 16. Año 2009. Pág. 191.

Pérez Comenale, Agustina. La administración de la sociedad de bienes en la unión concubinaria. Tomo 20. Año 2011. Pág. 229.

Rey, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. Tomo 13. Año 2008. Pág. 177.

Santo, Nicolás; Devoto, Matías; Gómez, Lucia; Etchebarne, María José; Sorhuet, Sofía; Etcheverry, Pilar; Solé, Paula; Pígola, Mauricio; Falciono, Martín; Ferragut, Nicolás. Desafíos del procesalismo iberoamericano ante la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tomo 18. Año 2010. Pág. 151.

Santo, Nicolás. Los principios generales del Derecho Ambiental y la industrialización. Tomo 14. Año 2008. Pág. 179.

Trias, Ana. Protección al consumidor en el comercio electrónico. Tomo 12. Año 2007. Pág. 217.

Uriarte, María Elena, Lavista, Cecilia y Lanza Sofía. Principios generales de la deontológica jurídica. Tomo 18. Año 2010. Pág. 151.

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Aires, Gonzalo. Código Penal, tomo II, anotado por Miguel LangónCuñarro. Tomo 13. Año 2008. Pág. 191.

Barreiro, Gastón y Sandonato, Pablo J. Mitos y realidades entorno a la historia de los derechos humanos. Tomo 16. Año 2009. Pág. 199.

Barrera, Jorge. Derecho Penal Económico. Ponencias del curso de posgrado 2008. Tomo 18. Año 2011. Pág. 165.

Bugallo, Beatriz. Revista Xuridica de Universidade de Santiago de Compostela, N°16. Tomo 13. Año 2008. Pág. 201.

Castello, Alejandro. El nuevo proceso laboral. Ley N° 18.572. Enfoque interdisciplinario. Tomo 18. Año 2011. Pág. 170.

Corradi, Lucía. Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia. Tomo 15. Año 2009. Pág. 225.

Dei-Cas Paiva, Bárbara. Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración, de Carlos E. Delpiazzo. Tomo 15. Año 2009. Pág. 227.

Delpiazzo, Carlos E. y Viega, María José. Lecciones de Derecho Telemático. Tomo II. Tomo 16. Año 2009. Pág. 203.

Delpiazzo, Carlos E. Régimen jurídico de la asistencia a la salud. A propósito del Sistema Nacional Integrado de Salud. Tomo 16. Año 2009. Pág. 205.

Delpiazzo, Carlos E. De profesor a profesor, diálogo sobre la educación universitaria, de María de las Mercedes Rovira Reich. Tomo 13. Año 2008. Pág. 193.

Delpiazzo, Carlos E. Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2010. Pág. 179.

Delpiazzo, Carlos E. De Jaime Rodríguez, Miguel Ángel Sendin, Alejandro Pérez, Isamel Farrando y Julio Pablo Comadira. Fuentes del Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2011. Pág. 167.

Delpiazzo, Carlos E. El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Tomo 18. Año 2010. Pág. 181.

Delpiazzo, Carlos E. De Laura Nahabetián. Acceso a la información pública pilar fundamental del buen gobierno. Tomo 18. Año 2010. Pág. 183.

Delpiazzo, Carlos E. El hilo conductor, de Sergio Abreu. Tomo 13. Año 2008. Pág. 197.

Delpiazzo, Carlos E. De Santiago Altieri. El estatuto jurídico del cigoto: ¿persona o cosa?. Tomo 18. Año 2010. Pág. 175.

Delpiazzo, Gabriel. Desequilibrio en los contratos (privados y públicos) de Gustavo Ordoqui. Tomo 14. Año 2008. Pág. 189.

- Delpiazzo, Gabriel. *Sobre Derecho Administrativo* (2 tomos), de Juan Pablo Cajarville Peluffo. Tomo 14. Año 2008. Pág. 197.
- Delpiazzo, Carlos E. *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Tomo 12. Año 2007. Pág. 231.
- Fernández Ballesteros, Carlos. *Propiedad intelectual, de Beatriz Bugallo*. Tomo 16. Año 2009. Pág. 155.
- Hessdorfer, Andrés. *Protección penal de la propiedad incorporal en el Uruguay, de Martín Pecoy*. Tomo 15. Año 2009. Pág. 229.
- Linn, Tomás y da Silveira, Pablo. *Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado, de Nicolás Etcheverry Estrázulas*. Tomo 16. Año 2009. Pág. 151.
- Loaiza, Carlos. *De Ignacio Bartesagni y Sebastian Pérez. La Ronda Doha. Evolución de las negociaciones y eventuales impactos para el Uruguay*. Tomo 18. Año 2011. Pág. 163.
- Montano, Pedro. *Estudios de Derecho Penal Económico*. Tomo 14. Año 2008. Pág. 193.
- Olivera, Concepcion. *Manual teórico-practico de Marcas*. Tomo 17. Año 2010. Pág. 179.
- Ordoqui, Gustavo. *Responsabilidad civil del abogado y del escribano*. Tomo 12. Año 2007. Pág. 233.
- Otegui, Mercedes. *Derecho de la Persona, volumen 1, de Walter Howard*. Tomo 14. Año 2008. Pág. 191.
- Pecoy, Martín. *Derecho Penal para Escribanos, tomo II, de Miguel Langón*. Tomo 16. Año 2009. Pág. 163.
- Pérez, Germán. *Contencioso Administrativo, de Augusto Durán Martínez*. Tomo 16. Año 2009. Pág. 165.
- Robaina, Andrés. *Curso de derecho constitucional segundo*. Tomo 17. Año 2010. Pág. 177.
- Rodríguez-Araña Jaime, de Rivero Ysern, Enrique y Fernando Pablo, Marzo. *Equidad, derecho administrativo y administración publica en España*. Tomo 20. Año 2011. Pág. 245.
- Rotondo Tornaría, Felipe. *Curso de Derecho Constitucional primero*. Tomo 16. Año 2009. Pág. 201.
- RotondoTornaria, Felipe; de Delpiazzo, Carlos . *Derecho Administrativo General. Volumen 1*. Tomo 20. Año 2011. Pág. 243.
- RotondoTornaria, Felipe; de Delpiazzo, Carlos . *Derecho Administrativo Especial. Volumen 2*. Tomo 12. Año 2007. Pág. 229.
- Vazquez, Cristina. *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración*. Tomo 17. Año 2010. Pág. 175.
- Veloso, Natalia. *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito, obra coordinada por Carlos E. Delpiazzo*. Tomo 14. Año 2008. Pág. 195.



Julio, 2012. Depósito Legal N°. 359.092 / 12
www.tradinco.com.uy