



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Cultura y educación, ¿qué y cómo? Teoría y praxis

DOCTRINA

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Principio de Congruencia en los Procesos Civiles

FAGET, Alberto

El principio de non olet en materia tributaria

HESSDÖRFER ROZEN, Andrés

Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

Suprema corte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

VELOSO, Natalia

El no reconocimiento de los derechos adquiridos en el Derecho Ambiental

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ASIAÍN PEREIRA, Carmen

Religión en la educación pública. Deberes del Estado a la luz del derecho Humanitario internacional

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto

Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

La religión en la educación pública uruguaya: régimen legal

JURISPRUDENCIA COMENTADA

DEI-CAS, Bárbara

Sentencias de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 5to Turno N° 557/2007 de 29 de agosto de 2007, y de 1er Turno N° 711/2009 de 2 de diciembre de 2009.

¿Es procedente la acción de nulidad contra las decisiones de las personas públicas no estatales relativas a conflictos individuales de trabajo?

INFORMACIONES

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago

Discurso del Rector de la Universidad de Montevideo, al asumir su cargo
Carreras de grado
Maestrías
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

BULSON, Elizabeth

“Estándar Mínimo Común del estatuto de sociedad anónima en el Mercosur”

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

FORNELLA LANDA, Martín

Principio de Igualdad

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración”

(por Cristina Vázquez)

“Curso de Derecho Constitucional segundo”

(por Andrés Robaina)

“Manual teórico-práctico de marcas”

(por Concepción Olivera Amato)



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Cultura y educación, ¿qué y cómo? Teoría y praxis

DOCTRINA

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Principio de Congruencia en los Procesos Civiles

FAGET, Alberto

El principio de non olet en materia tributaria

HESSDÖRFER ROZEN, Andrés

Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

Suprema corte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

VELOSO, Natalia

El no reconocimiento de los derechos adquiridos en el Derecho Ambiental

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ASIAÍN PEREIRA, Carmen

Religión en la educación pública. Deberes del Estado a la luz del derecho Humanitario internacional

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto

Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

La religión en la educación pública uruguaya: régimen legal

JURISPRUDENCIA COMENTADA

DEI-CAS, Bárbara

Sentencias de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 5to Turno N° 557/2007 de 29 de agosto de 2007, y de 1er Turno N° 711/2009 de 2 de diciembre de 2009.

¿Es procedente la acción de nulidad contra las decisiones de las personas públicas no estatales relativas a conflictos individuales de trabajo?

INFORMACIONES

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago

Discurso del Rector de la Universidad de Montevideo, al asumir su cargo
Carreras de grado
Maestrías
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

BULSON, Elizabeth

"Estándar Mínimo Común del estatuto de sociedad anónima en el Mercosur"

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

FORNELLA LANDA, Martín

Principio de Igualdad

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración"

(por Cristina Vázquez)

"Curso de Derecho Constitucional segundo"

(por Andrés Robaina)

"Manual teórico-práctico de marcas"

(por Concepción Olivera Amato)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Cultura y educación, ¿qué y cómo?
Teoría y praxis..... 7

DOCTRINA

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Principio de Congruencia en los Procesos
Civiles..... 11

FAGET, Alberto

El principio de non olet en materia
tributaria..... 25

HESSDÖRFER ROZEN, Andrés

Particularidades de la aplicación del
régimen de responsabilidad tributaria
de representantes a directores de
sociedades comerciales..... 39

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

Suprema corte del Reino Unido de
Gran Bretaña e Irlanda del Norte..... 51

VELOSO, Natalia

El no reconocimiento de los derechos
adquiridos en el Derecho Ambiental..... 55

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ASIAÍN PEREIRA, Carmen

Religión en la educación pública.
Deberes del Estado a la luz del
derecho Humanitario internacional..... 65

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto

Enseñanza religiosa en la educación
pública. Marco constitucional uruguayo..... 89

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

La religión en la educación pública
uruguaya: régimen legal..... 97

JURISPRUDENCIA COMENTADA

DEI-CAS, Bárbara

Sentencias de los Tribunales de Apelaciones en lo
Civil de 5to Turno N° 557/2007 de 29 de agosto de
2007, y de 1er Turno N° 711/2009 de 2 de diciembre
de 2009.

¿Es procedente la acción de nulidad
contra las decisiones de las personas
públicas no estatales relativas a
conflictos individuales de trabajo?..... 107

INFORMACIONES

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago

Discurso del Rector de la Universidad
de Montevideo, al asumir su cargo..... 119
Carreras de grado..... 123
Maestrías..... 123
Otras noticias de interés..... 124

TESINAS DE MASTERS

BULSON, Elizabeth

“Estándar Mínimo Común del
estatuto de sociedad anónima en
el Mercosur”..... 127

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

FORNELLA LANDA, Martín

Principio de Igualdad..... 169

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Tutela jurisdiccional

Efectiva frente a la
Administración”..... 175
(por Cristina Vázquez)

“Curso de Derecho

Constitucional segundo”..... 177
(por Andrés Robaina)

“Manual teórico-práctico de

Marcas”..... 179
(por Concepción Olivera Amato)

MENSAJE DEL DECANO

Cultura y educación, ¿qué y cómo? Teoría y praxis

El 2 de junio de 1980 Juan Pablo II pronunciaba un discurso ante la UNESCO en París. Entre otros conceptos, afirmaba: "...El hombre, que en el mundo visible, es el único sujeto óptico de la cultura, es también su único objeto y término. La cultura en general y la educación en particular es aquello a través de lo cual el hombre en cuanto hombre, se hace más hombre, es más, accede más al ser. En esto encuentra también su fundamento la distinción capital entre lo que el hombre es y lo que tiene, entre el ser y el tener..." (1)

Destacábamos hace poco en uno de nuestros cursos la importancia de saber diferenciar algunos términos tales como conocimiento y sabiduría, información y formación, comprender y comprender. Pues la crisis cultural que padecemos, nos está mostrando cada vez más a profesionales que pueden estar muy bien informados y capacitados para ciertas áreas, pero mancos y raquíticos para otras. De ahí – insistíamos – la importancia de poder lograr una formación humana integral que abarque seis planos: intelectual, físico-corporal, espiritual, ético-moral, afectivo-social y estético.

Intelectual, para poder desarrollar la capacidad de pensar lo pensado con espíritu crítico. Para no simplemente repetir lo ya dicho o escrito, sino para poder elaborar algo nuevo, original y creativo en base a los aportes y legados de otros.

Físico-corporal, pues nadie discute a esta altura la necesidad imperiosa de poder contar con una alimentación suficiente y balanceada, sobre todo en los primeros años de vida de cualquier ser humano para que luego éste pueda estar en condiciones de pensar y actuar correctamente. Si en materia ética interesa mucho de qué se alimenta el espíritu, la mente y el corazón, en materia corporal una sana alimentación es decisiva para saber qué tipo de generación se está proyectando de aquí a los próximos diez años. Decisiva entonces será la estrategia que sigan educadores, medios de comunicación y gobernantes en materia de drogadicción, alcoholismo, obesidad, anorexia o bulimia para el próximo quinquenio. El cuidado del físico pasa también por un permanente estímulo hacia el deporte en sus múltiples variedades ya que más allá de procurar salud corporal, promueve el espíritu de sana competencia, el afán de superación, el trabajo en equipo, la gallardía y el aprendizaje de cómo se debe ganar y perder. Capítulo aparte merece el enfoque y tratamiento de las enfermedades psicológicas de moda tal como son el stress y la depresión, cada vez apareciendo en edades más tempranas y provocando verdaderas tragedias en nuestra población.

Espiritual, pues un error interpretativo puede llegar a hacernos creer que este término se relaciona exclusivamente con el tema de Dios. Si bien es muy cierto que para muchas personas el tema de Dios y de la trascendencia ocupa un lugar destacado en sus vidas, lo espiritual abarca también otros aspectos que también enriquecen a la persona. Un investigador ceñudo y brillante o un experto en materia penal o comercial, si no sabe deleitarse con la belleza de un cuadro, la melodía de una pieza musical, la calidad de un buen libro o el inagotable esplendor de la naturaleza toda, sería uno de esos profesionales competentes pero tronchados y mutilados humanamente hablando.



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: 409 44 63 - 409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal 349.892 / 09
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 IX (2010), Nº 17

Ético-moral, pues de la misma forma que en el caso anterior, un competente profesional puede saber mucho de su área y ser al mismo tiempo un gran egoísta, soberbio e injusto con aquellos que conviven a su lado. Ello puede ser quizás por ignorancia, quizás por desinterés. Tal vez no se ha preocupado por averiguar qué es lo objetivamente bueno y qué lo malo, qué son las verdades objetivas y cuáles los espejitos de colores que muchas veces intentan presentarnos como verdades, cuando en realidad son falsedades utilitarias de corto o mediano alcance. Entre otras razones, porque una educación ética o moral realista proporciona herramientas a quienes no aceptan que el relativismo y el indiferentismo sean actitudes adecuadas para tomar decisiones y encarar la vida.

Afectivo-social, para lograr un balanceado equilibrio entre la razón y el corazón, entre el intelecto y las emociones y pasiones. Para procurar que los educandos sean dueños de sí mismos y nunca esclavos de sus impulsos y de sus ganas, siempre volubles. Para que sus voluntades sean como músculos bien entrenados y dispuestos a asumir compromisos, aún cuando falten las ganas y los impulsos emotivos. También para que en el proceso de globalización, la interdependencia se torne una real actitud de servicio y de cooperación, no anti-hismo recurrente y confrontativo que todo lo ve en términos de lucha y competencia despiadada.

Estético finalmente, para intentar que los sentidos externos e internos de la persona se eduquen de la mejor forma posible y así estén condiciones de poder apreciar y recrearse con la armonía, el orden y la belleza que la naturaleza y las obras humanas están en condiciones de ofrecer.

De todo esto hay que hablar y pensar mucho. Porque está vinculado con la educación – y me refiero a la que hoy nos ocupa y preocupa a todos – que es la educación uruguaya. La que está proyectando a los jóvenes que dentro de corto tiempo estarán tomando decisiones claves, votando, legislando, juzgando y gobernando a este país desde diversos puestos y funciones. Esa educación no puede ni debe implicar sólo mejoras materiales y salariales, que por supuesto son necesarias, sino algo mucho más intangible y por ello desafiante y arduo de conseguir. Debe implicar valores, virtudes y actitudes humanas que alguna vez tuvimos en nuestros centros educativos, fueran públicos o privados, y que hoy brillan por su ausencia. Entre otros, la educación cívica, el respeto, la tolerancia bien entendida, la coherencia o unidad de criterios ante la vida, la debida reverencia ante los símbolos patrios o ante ciertas tradiciones. Por último, la real toma de conciencia de que poco va a servir hablar de educación si no apoyamos y apuntalamos como es debido a la primera e insustituible institución educativa, que es la familia. Mientras no nos demos cuenta que todos los demás centros educativos, llámense escuelas, universidades, clubes o parroquias sólo complementan pero no pueden sustituir lo que aporta la institución familia, estaremos haciendo algo incompleto, a medias y por cierto, con grandes posibilidades de fracasar. Menoscabada y despreciada la familia, cada vez terminará más despreciada y menoscabada la persona humana. Pues es la familia la única que acepta y quiere a las personas siempre y totalmente por lo que son y no por lo que tienen, por lo que valen o por lo que pueden hacer. Entonces, si queremos hablar y pensar de educación en serio y no para la vitrina, si queremos de veras hacer algo por la educación y no “hacer como que nos estamos preocupando por la educación” ocupémonos de ayudar a la familia y defendamos el derecho humano que como institución única e insustituible tiene: a ser tratada como debe serlo y no como un mero instrumento manipulable, descartable y designado de cualquier forma con eufemismos y juegos de lenguaje. Eufemismos que engañan, alteran las pautas valorativas y pretenden desnaturalizar y quitarle a la familia su verdadera esencia.

En el discurso citado al comienzo Juan Pablo II se preguntaba: “...Qué hacer para que la educación del hombre se realice sobre todo en la familia? ¿Cuál será el grado de moralidad pública que asegure a la familia, y sobre todo a los padres, la autoridad moral necesaria para este fin? ¿Qué tipo de instrucción? ¿Qué formas de legislación sostienen esta autoridad o, al contrario, la debilitan o destruyen? Las causas del éxito o del fracaso en la formación del hombre por su familia se sitúan siempre a la vez en *el interior mismo del núcleo fundamentalmente creador de la cultura, que es la familia, y también a un nivel superior, el de la competencia del Estado y de los órganos, de quienes las familias dependen... No hay duda de que el hecho cultural primero y fundamental es el hombre espiritualmente maduro, es decir el hombre plenamente educado, el hombre capaz de educarse por sí mismo y de educar a los otros. No hay duda tampoco de que la dimensión primera y fundamental de la cultura es la sana moralidad; la cultura moral*”. (2)

De cómo y cuanto antes reflexionemos acerca de estos temas y respondamos estas interrogantes, mucho está en juego.

Nicolás Etcheverry Estrázulas

- (1) Cuestiones y Respuestas. Esquemas de documentación doctrinal Tomo XI, pag.44 – OBISA, 1981.
- (2) Op. Cit pag. 49



DOCTRINA

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Principio de Congruencia en los Procesos Civiles

FAGET, Alberto

El principio de non olet en materia tributaria

HESDÖRFER ROZEN, Andrés

Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

Suprema corte del reino unido de gran bretaña e irlanda del norte

VELOSO, Natalia

El no reconocimiento de los derechos adquiridos en el derecho ambiental

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LOS PROCESOS CIVILES

MAXIMILIANO CAL LAGGIARD

I. INTRODUCCIÓN

Enseña GELSI BIDART que: “*el principio de congruencia tiene importancia fundamental si se le encara desde el punto de vista de la concepción y garantía del sistema jurídico*”. Inmediatamente agrega: “*En el plano procesal, involucra temas tales como el de la naturaleza o consistencia del proceso, de la acción y de la jurisdicción, de la situación existencial del Juez (y de las Partes) en el proceso*”¹.

Las palabras del ilustre procesalista indican la trascendencia de la cuestión a estudiar, a la vez que los múltiples enfoques que pueden plantearse.

El presente trabajo parte de la noción de congruencia, para lo que se recurrirá a los importantes aportes tanto de doctrina nacional como internacional, así como las bases normativas del principio.

Delimitada la noción de congruencia se analizarán los fundamentos del principio.

El planteo continúa con un pronunciamiento sobre la deficiencia en la congruencia, expidiéndose sobre las diversas manifestaciones del vicio de incongruencia en los elementos fundantes de la pretensión (objeto, sujetos y causa).

Corresponde también, pronunciarse sobre las manifestaciones de la congruencia en los diversos actos y etapas procesales, indicando la incidencia que tiene el principio desde los simples actos de impulso procesal, pasando por la fijación del objeto procesal, la sentencia, la apelación y la casación.

Se encararán los remedios a la incongruencia, pronunciándose sobre el tipo de error en que incurre una sentencia que contenga tal defecto.

Por último, se investigará sobre la vinculación de la congruencia con otros principios, especialmente el principio *iura novit curia*. También, sobre las tendencias doctrinarias que se manifiestan sobre la flexibilización del principio de congruencia.

II. NOCIÓN

La noción de Congruencia no despierta mayores discrepancias doctrinarias. Al respecto, se pronuncia DEVIS ECHANDÍA, que define a la Congruencia como: “*El principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes...*”².

Tarigo estudia la congruencia dentro de los requisitos formales de la sentencia, entendiendo a la misma como la correspondencia entre la pretensión y la sentencia. El autor vernáculo complementa su entendimiento transcribiendo el pensamiento de Guasp, que refiere a la Congruencia como: “*...una relación entre dos términos: uno de los cuales es la sentencia misma y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizantes de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila*”³.

BARRIOS DE ANGELIS refiere a la misma como la conformidad existente entre el objeto del proceso y la sentencia que se pronuncia sobre el mismo⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico se condice con las definiciones de marras, especialmente con lo dispuesto por el artículo 198 del CGP, que bajo el *nomen iuris* de “*Contenido de la Sentencia*”, reza: “*Las sentencias contendrán decisiones expresas, positivas y precisas. Re caerán sobre las cosas litigadas con arreglo a las pretensiones deducidas, declararán el derecho de los litigantes y se pronunciarán sobre las condenaciones en costas y costos*”. El segundo enunciado del artículo señala claramente el principio de congruencia, es decir el pronunciamiento limitado a las “*pretensiones deducidas*”, tal como enseña VESCOVI, la correspondencia entre la pretensión y la sentencia⁵.

1 GELSI BIDART, “El Principio de Congruencia en todo Proceso”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1/1981, pág. 24.

2 DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General del proceso*, t. 1, pág. 49.

3 TARIGO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. 2, pág. 186.

4 BARRIO DE ANGELIS, *Introducción al Proceso*, pág. 135.

5 VESCOVI, *El Recurso de Casación*, pág. 92.

La comprensión del principio de congruencia requiere necesariamente de la comparación y la debida armonía, entre los actos de las partes y la sentencia, cuyo resultado determinará que esta última aparezca como justificada o causada⁶.

III. FUNDAMENTOS

El principio de congruencia puede justificarse recurriendo a diversos principios que informan el proceso civil.

Mayoritariamente se la explica apelando al principio dispositivo. Este último encabeza el articulado de nuestro CGP y puede definirse siguiendo las orientaciones tomadas por VESCOVI como: *“el señorío ilimitado de las partes tanto del derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de éste”*⁷. En consonancia con lo expresado, los límites de la decisión han de encuadrarse en las pretensiones deducidas por las partes⁸. A lo que agrega De Hegedus la identidad entre la congruencia y la naturaleza jurídico-disponible del derecho en juicio⁹.

No obstante, es aceptada la concurrencia de una serie de principios que informan la congruencia. En este orden de ideas DEVIS ECHANDÍA manifiesta: *“se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquél derecho...”*¹⁰. De lo dicho, se infiere la raigambre constitucional del principio de congruencia, emanando, ya sea del principio de contradicción o bilateralidad o del debido proceso¹¹.

También, algunos autores han justificado la congruencia especialmente refiriéndose a los casos en que el juez omite pronunciarse sobre algunos puntos planteados, como una manifestación de los deberes inherentes a la actividad jurisdiccional¹². En dicho orden de ideas, VESCOVI junto a sus colaboradores recogen el pensamiento del ya citado DEVIS ECHANDÍA, que se manifiesta sobre la relación existente entre la congruencia y la jurisdicción como derecho-deber del Estado, siendo la primera una consecuencia lógica de la relación derecho-deber, que surge con los derechos de acción y contradicción que ponen en movimiento el proceso y obligan al estado a fallar acorde con las pretensiones y excepcionamientos que manifiestan el ejercicio de los mencionados derechos¹³.

DE HEGEDUS agrega como fundamento a la congruencia la necesidad de evitar arbitrariedades y excesos por parte de los tribunales, lo que resulta de marcar límites a sus decisiones¹⁴.

Por último, son enteramente compartibles las conclusiones a las que arriban VESCOVI & COLABORADORES, que expresan: *“...el principio de congruencia es de base constitucional, configura una aplicación directa del principio dispositivo y, a la vez, constituye una de las garantías del debido proceso en la medida en que se convierte en el límite que se le impone a la judicatura de no introducir cuestiones de hecho, respecto de las cuales las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa”*¹⁵.

IV. TIPOS

A continuación se analizarán las distintas formas en que puede manifestarse el vicio de incongruencia. Siendo la incongruencia, básicamente la falta de adecuación entre la pretensión y la sentencia, el análisis partirá del enfoque de los elementos configurativos de la pretensión y la incidencia del vicio de incongruencia en los mismos.

Identifican la pretensión tres elementos: el objeto, los sujetos y la causa¹⁶. En el sentido de lo anterior, es categórico el pronunciamiento de Palacio, que se pronuncia en los siguientes términos: *“...la observancia del*

6 VESCOVI & COLABORADORES, *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*. t. VI, pág. 78.

7 VESCOVI & COLABORADORES, *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*. t. I, pág. 56.

8 VESCOVI & COLABORADORES, *op. cit.*, t. I, pág. 64.

9 DE HEGEDUS, “El Principio de Congruencia y el Principio Iura Novit Curia. Su Conciliación”, in: AA.VV: *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Gelsi Bidart*, pág. 518.

10 DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 50.

11 DE HEGEDUS, *op. cit.*, pág. 518.

12 VESCOVI & COLABORADORES, *op. cit.*, t. VI, pág. 82.

13 VESCOVI & COLABORADORES, *op. cit.*, t. VI, pág. 83.

14 DE HEGEDUS, *op. cit.*, pág. 518.

15 VESCOVI & COLABORADORES, *op. cit.*, t. VI, pág. 84.

16 VESCOVI & COLABORADORES, *op. cit.*, t. III, pág. 48 y ss.

*principio de congruencia exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y la oposición*¹⁷.

a. En Relación al Objeto

Los repertorios jurisprudenciales y trabajos doctrinarios más extensos se centran en el objeto, que su- cintamente puede ser definido como el pronunciamiento que se solicita al juez (objeto inmediato) y el bien corporal o incorporeal, mueble o inmueble sobre el que recae dicho pronunciamiento, según explicaciones realizadas por TEITELBAUM y recogidas por VESCOVI¹⁸.

La incongruencia respecto al objeto, expresa Barreiro siguiendo a Guasp¹⁹, se manifiesta en tres modalidades, será positiva, cuando se falle sobre más de lo previsto, negativa, cuando se pronuncie sobre menos de lo requerido y mixta cuando se pronuncia sobre algo distinto de lo pedido.

Abal Oliú distingue según la incongruencia responda al requerimiento o a los hechos que forman parte del objeto, o referida al derecho. A su vez en la incongruencia relativa al requerimiento o a los hechos, podrá ser por exceso o restricción. En cambio, la incongruencia referente al derecho, sólo puede ser por restricción, ya que el tribunal dispone de todo el derecho objetivo para fundar su fallo, lo que se analizará posteriormente al referir el principio *iura novit curia*. Como ejemplo de esta última forma de incongruencia el doctrino cita el caso en que el juez falla según equidad, no estando habilitado a ello por las partes²⁰.

VESCOVI transcribe una clasificación esbozado por la doctrina española que parte de la distinción entre incongruencia cuantitativa, referida al objeto y cualitativa, referida a las pretensiones. De acuerdo a la combinación de tales criterios, habrá incongruencia: cuando se concede un número mayor de cosas que las reclamadas (en cuanto a los cosas); cuando la incongruencia no es unitaria sino que refiere a las múltiples pretensiones deducidas (en cuanto a los casos), por último, cuando la incongruencia resuelve distinto a lo solicitado por las partes (en cuanto al modo). La última modalidad abarca la variación en la causa de pedir o medios de defensa²¹.

No obstante, las clasificaciones doctrinarias planteadas, el criterio tradicional acogido por la jurisprudencia parte de los latinazgos: *ne eat iudex ultra petita partium* (cuando se concede más de lo pedido), *ne eat iudex extra petita partium* (cuando se concede algo distinto), *ne eat iudex citra petita partium* (hay omisiones en el pronunciamiento)²².

a.1. Incongruencia por *Ultra Petita*

La incongruencia por *ultra petita* consiste en la distorsión entre lo pedido por las partes, ya sea en la demanda o en la defensa y lo otorgado en el dispositivo del fallo. Además, la *ultra petita* será cuantitativa, por ejemplo al concederse más dinero del pedido o cualitativa, requiriéndose la rescisión del contrato, además de aquélla se condena el pago una multa²³. Sobre esta última distinción, Vescovi, siguiendo el razonamiento de Millán, concluye que la *ultra petita* cualitativa en nada se distingue del vicio de *extra petita*, dado a que se condena algo distinto a lo solicitado. Por otra parte, afirma que en rigor la *ultra petita* es un derivado de la *extra petita*, entendida esta última, como se ha dicho, en la concesión de algo distinto a lo pedido²⁴.

Acorde con lo dicho, reza la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil 3°: “*Se incurrió en ultra petita al liquidarse el crédito en una suma superior a lo solicitado por el ejecutante en la demanda liquidatoria*”²⁵. En similar sentido se revocó por parte del Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1° una sentencia en donde se condenaba a más de lo pedido²⁶.

17 PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, t. V, pág. 405.

18 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. III, pág. 52.

19 BARREIRO, “Principio de Congruencia: Su violación como causal de Casación. Los poderes del órgano de casación”, in: AA.VV: *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, pág. 156.

20 ABAL OLÍU, *Estudios del Código General del Proceso*, t. II, pág. 42.

21 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 88.

22 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 88.

23 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 89.

24 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 89.

25 Sentencia 169/2000, TAC 2° T, *Chediak (r), Sassón, Sosa*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2001, Ed. FCU, Caso 1.013 pág. 750.

26 Sentencia 08/2004 TAC 1° T, *Castro (r), Vázquez, Martínez*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2005, Ed. FCU,

Se ha entendido que es incongruente por *ultra petita* la sentencia de Segunda Instancia que debía resolver sobre la competencia correspondiente (civil o laboral), que se pronunció sobre el mérito de la cuestión, al respecto señaló la Corte que tal pronunciamiento vulnera el debido proceso²⁷.

Uno de los múltiples ejemplos recogidos por la doctrina es la condenación a intereses cuando no han sido solicitados por las partes, en ese sentido el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 7° revocó una sentencia en la cual se solicitaba la actualización de intereses sin invocar su monto, por lo cual regía la actualización legal, que no fue tenida en cuenta por el *a quo* que condenó a una tasa mayor²⁸.

Vescovi recoge una serie de ejemplos de situaciones acaecidas en la jurisprudencia, así es que habrá *ultra petita* cuando se condena al reajuste reclamado pero desde una fecha anterior a la planteada en la demanda; cuando se exige determinada unidad monetaria y se condena a pagar en otra; cuando se imputa a lo reclamado rubros abonados por una parte a la otra sin que ello haya sido alegado o probado. También, se incluye en el elenco de resoluciones incongruentes las que se pronuncian sobre excepciones que no pueden ser elevadas de oficio, como por ejemplo la prescripción²⁹.

Dicho autor también reseña una serie de casos en los que no es pertinente el agravio de incongruencia, por ejemplo la admisión de una pretensión o de una excepción alegada pero que no ha sido debidamente probada, dará lugar a una sentencia injusta o ilegal, pero no incongruente. Similar situación se plantea con los errores numéricos o matemáticos de la sentencia, que podrán ser relevados de oficio por tribunal *ad quem*³⁰.

A modo de cierre, en lo que refiere a la *ultra petita* cuantitativa, cabe acotar que ésta se configura cuando el juzgador concede más de lo requerido en la pretensión, figurando en el ámbito de su discrecionalidad la posibilidad otorgar menos de lo solicitado. Dicho entendimiento es abonado en múltiples sentencias, al respecto se pronunció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1° expresando que: “Las cantidades peticionadas por la parte accionante no tienen porque constituir la base del cálculo del porcentaje objeto de condena, porque ello supondría un acogimiento in totum de lo demandado. Las sumas establecidas por otra parte, especialmente la referida al daño moral, son, por esencia estimativa e integran el margen de discrecionalidad del juzgador, sujeto a la valoración debida a la luz de las probanzas de autos y demás resultancias de Derecho³¹”. El Tribunal de Apelaciones de Familia 1° negó la existencia de incongruencia ante una solicitud de cese de una pensión alimenticia, que fue resuelta en primera instancia disponiendo la reducción de la misma, el Tribunal fundamenta su decisión alegando que dicha resolución se trata de un “grado menor de la misma pretensión³²”.

a.2. Incongruencia por *Extra Petita*

Resta analizar la incongruencia por *extra petita*, que genéricamente es definida apelando a la sentencia que concede algo distinto a lo pedido, en términos generales expresa BARREIRO que hay este tipo de incongruencia cuando la sentencia se pronuncia “sustituyendo la pretensión del actor por otra, ya sea concediendo algo distinto a lo pedido o concediendo algo adicional³³”. El análisis de la definición anotada, requiere el reconocimiento de las dificultades que implica la noción a estudio, ya que ésta es de tal amplitud que prácticamente abarca la noción misma de incongruencia, así es que cuesta precisar los límites entre los distintos tipos de incongruencia. No obstante, no debe dejar de advertirse que nos encontramos ante planteos doctrinarios, los cuales tienden a crear criterios orientadores dentro de una misma categoría, que es la incongruencia. Además, a pesar de las confusiones que pueden plantearse, el recibo de dicho planteo en los anales jurisprudenciales impone su estudio.

Acorde con lo dicho y en consonancia con el planteo de BARREIRO, se pronuncia VESCOVI analizando las diversas posibilidades en las que puede plantearse la incongruencia por *extra petita*, señala: la sustitución de una pretensión del actor por otra; cuando, además de lo pretendido se concede algo adicional; cuando se

Caso 1.235 pág. 976.

27 Sentencia 273/2004 de la Suprema Corte de Justicia, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2005, Ed. FCU, Caso 1.266 pág. 985.

28 Sentencia 44/2005, TAC 7° T, Couto (r), Bello, López, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 2/2006, Ed. FCU, Caso 1.036 págs. 428-429.

29 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 90.

30 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 90.

31 Sentencia 44/2005, TAC 1° T, Cafasso (r), Gutiérrez, Parga, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2001, Ed. FCU, Caso 1.011 pág. 681. En similar sentido: Sentencia 213/2007, TAC 7° T, Couto (r), López Ubeda, Bello, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 1/2005, Ed. FCU, Caso 903 pág. 292.

32 Sentencia 150/2000, TAF 1° T, Monserrat (r), Martínez, Silvermann, Battistella (d), en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2001, Ed. FCU, Caso 1.017 pág. 682.

33 BARREIRO, op. cit., pág. 159.

otorga lo pedido pero fundando en una causa distinta a la planteada; y cuando se condena a un sujeto que no fue demandado³⁴.

Una serie de ejemplos ilustran los aspectos que vienen de señalarse. Se sustituye una pretensión por otra cuando ante una reclamación de una suma de dinero, se condena a realizar una obra. Se adiciona algo a la pretensión cuando se solicita la resolución de un contrato, lo que es concedido a la vez que se condena al pago de una multa que estaba pactada, pero que no fue requerida. En cuanto a la hipótesis de alteración en la causa de pedir, que se analizará luego más detenidamente, se cita el caso en que se solicite la restitución de un inmueble alegando la calidad de usufructuario y se ordene la restitución del mismo señalando la calidad de propietario del actor³⁵.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1° entendió la existencia de un vicio de incongruencia por *extra petita* en una sentencia que se pronunciaba en base a la procedencia o improcedencia del pago de una comisión a la mediadora, así como quienes estaban obligados a pagarles, cuando el objeto del proceso consistía determinar la caducidad o no de un documento y en su mérito en mérito los demandados deberían pagar determinada suma de dinero³⁶.

El Tribunal de Apelaciones de Trabajo 1° considero *extra petita* una sentencia en donde se condenaba a rubros salariales, cuando la pretensión se limitaba a una indemnización por despido, explicando el Tribunal que “*resulta evidente que el promotor no reclamó rubros salariales sino tan sólo en cuanto los mismos incidían en el monto de la indemnización por despido, reclamación que constituye el único objeto de la demanda*”³⁷.

Al contrario de las situaciones planteadas, se entiende que no configura *extra petita* el pronunciamiento sobre restituciones recíprocas, las cuales subyacen a la pretensión de resolución contractual. Similar situación plantean las sentencias que pronunciándose sobre el *an debeatur* postergan la determinación del *quantum debeatur* a una etapa posterior, entendiéndose como facultad del tribunal recurrir al procedimiento liquidatorio para determinar el exacto monto de la condena³⁸.

a.3. Incongruencia por *Citra Petita*

Es menester pronunciarse sobre la incongruencia por *citra petita*, siguiendo a GUASP, GREIF refiere a la misma como: “*el caso en que el juez omite pronunciarse sobre una cuestión sometida a su decisión (sea una pretensión o una excepción)*”³⁹.

El mencionado aspecto de la incongruencia aparece claramente delimitado en el artículo 198 de CGP, que reclama en las sentencias “*decisiones expresas, positivas y concretas*”.

Doctrina y jurisprudencia se han manifestado sobre diversas situaciones en las que se encuentra ausente el vicio de “*citra petita*”, así la sentencia que se pronuncia desestimando la pretensión no incurre en dicho vicio, ya que cumple con el pronunciamiento categórico que requiere el artículo 198 del CGP⁴⁰. Tampoco, como ha sido citado, la sentencia que posterga la determinación del *quantum* a una etapa posterior. Asimismo, no habrá incongruencia cuando se omite pronunciarse sobre una pretensión subsidiaria, cuando se ha acogido la pretensión principal. A iguales conclusiones se llega en el caso de aquellas excepciones que se pronuncian sobre la falta de caducidad, legitimación causal o la falta de algún otro presupuesto procesal sin entrar a considerar el mérito del asunto⁴¹.

b. En Relación a los Sujetos

Según se afirmó al comienzo del análisis de los tipos de incongruencia, ésta se debe verificar en relación a los tres elementos que integran la pretensión, se requiere la triple identidad entre sujetos, objeto y causa.

34 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 91.

35 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, págs. 91-92.

36 Sentencia 45/1999, TAC 1° T, Gutiérrez (r), Parga, Cafasso, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2000, Ed. FCU, Caso 1.295 pág. 770.

37 Sentencia 177/2004, TAT 1° T, De Paula (r), Pérez, Keuroglián, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2005, Ed. FCU, Caso 1.259 pág. 982.

38 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 93.

39 GREIF, “El Principio de Congruencia en el Ámbito Civil y algunas variaciones de la Congruencia Penal”, in: AA.VV. *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, pág. 255.

40 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 93.

41 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 94.

Ya se ha analizado la parte relativa al objeto, dejando asentadas las dificultades que generan nociones tan amplias como la de *extra petita*.

Atendiendo a la incongruencia referida a los sujetos, DE LOS SANTOS refiere a la misma como “incongruencia subjetiva”, manifestando que existe cuando: “La decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quiénes sí lo son (incongruencia subjetiva por exceso), u olvida condenar a quién corresponde hacerlo (incongruencia subjetiva por defecto) o condena una persona distinta de la demandada (incongruencia mixta)⁴²”. Similares apreciaciones realiza Greif, que indica: “La sentencia ha de alcanzar a quienes tuvieron la calidad de actores así como los demandados. Ello incluye a los terceros y a los casos de sucesión o sustitución.

*La sentencia ha de ser precisa en la identificación de los sujetos alcanzados*⁴³”.

Vescovi plantea la interesante cuestión de la posibilidad de relevar de oficio la falta de legitimación o interés de la parte y si en caso de hacerlo, dicha sentencia será o no incongruente. Al respecto, cita la postura de Millán, que considera que la capacidad para ser parte o la ausencia de capacidad procesal se encuentran dentro del poder de disposición de los litigantes y que por ende solamente podrán ser dispuesta cuando media la instancia de partes.

También, cita la postura de Devis Echandía, que entiende que la falta de legitimación causal, al igual que la falta de interés en la causa, obstan a la decisión sobre el mérito y deben ser relevadas de oficio.

Ante las disyuntivas doctrinarias y en atención a lo dispuesto en el artículo 133 del CGP sobre excepciones procesales, el autor vernáculo se inclina por el carácter no taxativo de las excepciones que pueden relevarse de oficio, citando el caso de ausencia de determinados presupuestos que pueden hacerse valer de oficio. Se citan una serie de fallos que dan argumento a su postura, así expresa que una sentencia de primera instancia fue revocada en la alzada al no relevar la ausencia de legitimación causal pasiva⁴⁴.

c. En Relación a la *Causa Petendi*

Con fines aclaratorios, puede definirse en grandes rasgos a la *causa petendi*, como: “el motivo, la razón, los acaecimientos de hecho que fundan y delimitan la pretensión alegada en juicio, el estado de hecho contrario al estado de derecho, que da lugar a la demanda y cuya modificación ésta persigue⁴⁵”.

Debe agregarse que nuestro CGP (art. 117, nral. 4º) se ha plegado a la “Teoría de la Sustanciación”, lo que según VESCOVI: “significa que cada pretensión debe presentarse con el relato de los hechos históricos que la sustentan y de las consecuencias jurídicas que pretenden extraerse de los mismos.

No basta entonces con una mera invocación genérica respecto de lo que se pretende, sino que en todos los casos deben aducirse los hechos relevantes que den sustento a la acción o excepción propuesta⁴⁶”.

Según las afirmaciones realizadas, la incongruencia se presente como la indebida correlación entre la causa de pedir y la sentencia, en otras palabras, los hechos históricos con trascendencia jurídica y la resolución que recae sobre los mismos. Son enteramente compartibles las expresiones de PALACIO, retomadas por VESCOVI, que versan: “la causa o fundamento o título de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor le asigna determinada consecuencia jurídica... el juez debe decidir si ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, resultándoles indiferente la designación técnica que haya sido asignada por la parte⁴⁷”. Debe acotarse que se abundará más sobre estos conceptos al analizar la relación entre el principio de congruencia y el principio “*iura novit curia*”.

A modo síntesis cabe afirmar que el juez no se encuentra limitado por las calificaciones jurídicas de las partes, pero si por la invocación de hechos realizados, los que no podrán mutarse.

En este orden de ideas se pronuncia el Tribunal de Apelaciones de Trabajo 2º, revocando la sentencia de primera instancia en donde se otorgaba el despido indirecto por una causal distinta a la pretendida por el actor, manifestando el Tribunal que: “se ha fallado fuera de lo solicitado, ya que se resuelve excediendo los límites del objeto y fundamentos esgrimidos por el actor⁴⁸”.

42 DE LOS SANTOS, “La Flexibilización de la Congruencia”, in: AA.VV: XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, pág. 190.

43 GREIF, op. cit., pág. 256.

44 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, págs. 97-98.

45 CASTRO RIVERA & REYES OEHNINGER, “Algo más sobre la Congruencia en el Código General del Proceso”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 2/1999, pág. 260.

46 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. III, pág. 40.

47 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 99.

48 Sentencia 197/1999, TAT 2º T, Pírez (r), Echeveste, Vázquez, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2000, Ed. FCU, Caso 1.315 pág. 774.

También, se entendió por parte del Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1° que se violentaba la *causa petendi* al mudar el fundamento de la demanda amparado en enriquecimiento sin causa por una acción de liquidación de sociedad comercial y de responsabilidad del administrador, expresa la sentencia: “*El juez no puede condenar por una acción distinta a la ejercida ni por derecho distinto al que se hace valer*”⁴⁹. Similares afirmaciones se encuentran en el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 5°, que manifiesta desbordante la resolución del *a quo* que dispuso la modificación de un contrato de préstamo, cuando se había reclamado la nulidad del mismo, agregando que no es lo mismo reclamar daños derivados de la nulidad que aquéllos que derivan de la actitud ilícita de la contraparte⁵⁰.

V. INCONGRUENCIA EN LAS DIVERSAS ETAPAS PROCESALES

En este punto se pretende analizar la manifestación del principio de congruencia a través del tracto procesal, prestando especial atención a los problemas que se plantean al delimitar el objeto del proceso y su relación con la sentencia. También, la vinculación del principio de congruencia con la segunda instancia, la casación y los laudos arbitrales.

Cabe transcribir lo expresado VESCOVI, que enseña: “...este principio se aplica no solamente a las sentencias, sino también a toda resolución judicial que responda a una instancia de parte

Así por ejemplo, la resolución judicial que ordena el desglose de un documento, la que se pronuncia sobre la pretensión de incorporación de un hecho nuevo, la que admite la citación en garantía solicitada por un tercero, etc....”⁵¹.

Sin embargo, será en la sentencia definitiva donde el principio aparezca en su cabalidad, siendo ésta resultado del ejercicio de la acción y del derecho de contradicción⁵².

De lo expresado puede concluirse que la congruencia no se agota en la sentencia definitiva sino que llena todo el proceso civil, la órbita de la misma, abarcará entonces toda y cada una de las resoluciones judiciales.

a. Objeto del Proceso

Como viene de expresarse en el numeral anterior, la incongruencia normalmente obedece a una deficiencia entre el objeto procesal y la sentencia. Ya se ha mencionado brevemente la noción de objeto procesal. No obstante, el punto de interés aquí es determinar el momento o la forma en que queda establecido definitivamente el objeto procesal, ya que la resultancia que se obtenga sobre dicha interrogante cobra especial relevancia para la determinación de la existencia o no de incongruencia. DE HEGEDUS sitúa la cuestión en sus justos términos: “...si la congruencia del fallo debe relacionarse con el objeto del proceso fijado en la Audiencia Preliminar o, trascindiendo del mismo, el juez al fallar, puede volver a examinar los actos de proposición”⁵³.

La citada autora manifiesta la necesidad de fijar el alcance del artículo 341.6 del CGP, que refiere fijación definitiva del objeto del proceso como uno de los contenidos de la Audiencia Preliminar.

La jurisprudencia se encuentra dividida al respecto, un importante sector ubica la fijación definitiva del objeto procesal en la Audiencia Preliminar, siendo incongruente la sentencia que se aparte de dicho límites. Tal postura se funda en que la fijación del objeto en la Audiencia preliminar, en caso no impugnarse o resueltas las impugnaciones, llegará a la cosa juzgada formal y material. También, la consideración contraria llevaría a negar trascendencia a una de las funciones más importantes de la Audiencia Preliminar que es la fijación del objeto procesal, lo cual repercutirá a lo largo de todo el proceso siendo el hilo conductor del mismo.

La otra postura, refiere a la delimitación del objeto procesal a través de los actos de proposición, pudiendo en tal caso apartarse del objeto delimitado en la Audiencia Preliminar para estarse a dichos actos, siempre y cuando no se ve vulnerado el derecho de defensa y el debido proceso legal. Al respecto, se cita el artículo 216 del CGP que bajo el *nomen iuris* de eficacia de las sentencias interlocutorias que no ponen fin al proceso, indica que lo resuelto por las mismas podrá revisarse en la sentencia definitiva en tanto no signifique retrotraer el proceso. Sobre éste último artículo se expiden los autores del CGP Anotado, realizando especial referencia

49 Sentencia 85/2003, TAC 1° T, Castro (r), Salvo, Vázquez, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 1/2005, Ed. FCU, Caso 901 pág. 292.

50 Sentencia 848/2005, TAC 5° T, Presa (r), Fiorentino, Simón, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 2/2006, Ed. FCU, Caso 1.035 pág. 428.

51 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 85.

52 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 85.

53 DE HEGEDUS, “Principio de Congruencia. Su aplicación en las distintas instancias de los procesos civiles y penales”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 1/2000, pág. 26.

a la fijación del objeto. Estos plantean dos hipótesis, cuando se amplía en la sentencia definitiva el objeto, entienden significará retrotraer el proceso en tanto el objeto ampliado requerirá nuevas instancias probatorias y alegaciones de las partes. En cambio, cuando se reduce el objeto, no se ven menguadas las posibilidades de defensa y no se requiere volver sobre instancias procesales perimidas, la reducción del objeto servirá como eventual agravio en la apelación⁵⁴.

En referencia a los razonamientos que vienen de exponerse DE HEGEDUS concluye que cuando el objeto delimitado en la Audiencia ha omitido pronunciarse sobre pretensiones que fueron alegadas por las partes y sometidas a instrucción, y la sentencia definitiva se pronuncia sobre dichas pretensiones sería excesivo considerar que la misma ha incurrido en incongruencia, dado a que no se viola el debido proceso. En cambio, dicha autora, sostiene será incongruente una sentencia que en virtud de lo dispuesto por el artículo 216 del CGP se pronuncia sobre pretensiones que no fueron consideradas⁵⁵. Dicho razonamiento ha sido seguido por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1º, que refiriéndose al objeto, pronuncia: "...que incluso puede ser revisado en sede de sentencia definitiva, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 216 del CGP, en tanto no implica retrotraer el proceso, ya que luego del traslado omitido, las partes contaron con todas las garantías procesales⁵⁶".

Los pronunciamientos de VESCOVI y SUS COLABORADORES parten de la forma en que ha sido delimitado el objeto del proceso. Si en su delimitación han mediado agravios de las partes, habrá que estarse a lo resuelto en la resolución de los mismos⁵⁷. El problema se plantea cuando no ha mediado agravio de las partes. En tal situación los autores refieren a una noción evolutiva del objeto, variante a lo largo del proceso (conciliación, transacción parcial, etc.). En la última situación (cuando no hubo agravios planteados) no surge la voluntad de las partes de reducir el objeto procesal, que es más reducido al que surge de los actos de proposición.

Concluyen los destacados doctros que la solución de atender a los actos de proposición iniciales se inspira en el valor de justicia, quitándole relevancia al consentimiento tácito brindado en la Audiencia Preliminar⁵⁸.

b. Segunda Instancia y Casación

Previo expedirse sobre la congruencia en la segunda instancia y casación, es de recibo referir a una cuestión conexas a la misma. Se parte de lo expresado por DE HEGEDUS que refiere a la demanda como "el punto de referencia obligado de la defensa o excepción que va a adoptar el demandado, y además, pilar fundamental en la determinación del objeto del proceso, de la prueba y el alcance de la sentencia⁵⁹". A la enunciación que realiza De Hegedus, podría agregarse lo referente a la apelación, en cuanto, como se analizará luego, ésta se encuentra limitada por los agravios incoados por las partes. Continuando el razonamiento, dichos agravios a su vez estarán determinados por las pretensiones introducidas en los libelos introductorios. De lo expresado surge la necesidad de concordancia entre los agravios planteados y las pretensiones deducidas, no obstante dicha concordancia que en el caso será entre dos actos de parte, no se identifica con el principio de congruencia, sino con el de preclusión, que siguiendo a Couture se define: "como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal⁶⁰".

En relación a lo que viene de plantearse se pronuncia el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 2º, que dice: "El Tribunal de alzada no puede decidir sobre puntos no propuestos al tribunal de primera instancia (art. 257.2 CGP) ya que el juez de segunda instancia también debe actuar dentro de esos límites del objeto del proceso, ya que la apelación no importa deducción de una nueva pretensión originaria de un nuevo proceso, sino que sólo tiene carácter revisivo de la sentencia. El objeto del proceso, pues continúa siendo el mismo que el de la primera instancia... el ámbito de conocimiento de los tribunales de alzada está limitado por el contenido de las decisiones propuestas a la decisión del inferior⁶¹".

Respecto al alcance de la congruencia en instancias superiores tanto en la apelación como en casación, es de recibo el planteo de MORELLO, que es tomado por VESCOVI en su obra colectiva, dicho autor se expresa gráficamente planteando que la congruencia en instancias superiores se angosta, ya que el correlato de la

54 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 315.

55 DE HEGEDUS, op. cit., RUDP t. 1/2000, pág. 27.

56 Sentencia 76/2000, TAC 1º T, Parga (r), Cafasso, Gutiérrez, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2001, Ed. FCU, Caso 1.010 pág. 681.

57 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 104.

58 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 105.

59 DE HEGEDUS, op. cit., pág. 524.

60 COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pág. 160.

61 Sentencia 15/2004, TAC 2º T, Sosa (r), Sassón, Chediak, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2005, Ed. FCU, Caso 1.242 pág. 978.

congruencia en la primera instancia será la medida de la pretensión, mientras que en segunda instancia se encontrará limitada por los agravios deducidos⁶². Sobre el alcance de la apelación en segunda instancia se ha pronunciado la Suprema Corte, señalando: “Esta Corporación ha sostenido que así como hay una correspondencia entre pretensión y demanda, debe existir la misma relación entre las quejas del recurrente o sus agravios y la decisión del órgano de segunda instancia de mérito, señalándose en S. N°. 457/94, trasladando expresiones de la N°. 145/91 que: ‘Es el agravio o el perjuicio sufrido por el litigante, y manifestado en su recurrencia el que determina los alcances decisorios de la alzada ya que, conforme al principio ‘tantum devolutum quantum appellatum’, son los concretos motivos de agravio los que delimitan el pronunciamiento del tribunal de la apelación...’⁶³”.

c. Laudo Arbitral

A modo de cierre y en consonancia con lo planteado al inicio de este numeral, se agrega la exigencia de congruencia en la resolución del procedimiento arbitral, al respecto el artículo 499.1 y del CGP regula como causales de nulidad del laudo arbitral el haberse expedido sobre puntos no comprometidos o el no expedirse sobre puntos comprometidos⁶⁴.

VI. REMEDIOS A LA INCONGRUENCIA

Con anterioridad a desarrollar los remedios al vicio de incongruencia, se hace preceptivo expedirse sobre la naturaleza del error en que incurre una sentencia viciada de incongruencia. Deberá determinarse si la sentencia incongruente manifiesta un *error in procedendo* o un *error in iudicando*. La determinación del tipo de error en juego brinda la solución que deberá ser adoptada.

COUTURE brinda las siguientes pautas para identificar el *error in procedendo*, dicho autor señala: “consiste en la desviación o apartamiento de los medios señalados por el derecho procesal para su dirección del juicio. Por error de las partes o por error propio, puede con ese apartamiento disminuir las garantías de contradictorio y privar a las partes de una defensa plena de su derecho. Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse⁶⁵”. Sobre el error in iudicando, el insigne procesalista lo refiere al contenido del proceso, dice: “No se trata ya de la forma, sino del fondo, del derecho sustancial que está en juego en él. Éste error consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable⁶⁶”.

La trascendencia de la distinción de marras radica en la consecuencia de cada tipo de error, así el *error in iudicando* implica una sentencia injusta cuya expresión será el agravio. En cambio, la sentencia viciada por *error in procedendo* constituye una causal de nulidad⁶⁷.

La declaración de nulidad implica el reenvío a un tribunal subrogante que continuará el proceso a partir del momento en que se dictó el acto viciado, dado, que como consecuencia de la nulidad caen todos los actos posteriores que sean consecuencia del anulado⁶⁸. Al contrario, el *error in iudicando*, determinará que el tribunal de alzada se pronuncie sobre el mérito del asunto⁶⁹.

La nulidad fruto de un *error in procedendo* acreditará al recurso de nulidad en aquellos sistemas que lo regulan específicamente, en nuestro ordenamiento jurídico se discute la vigencia o no de la acción autónoma de nulidad, cuestión que excede el tema de este trabajo. Normalmente la nulidad se acreditará a través del recurso de apelación, dado el contenido amplio otorgado a dicho medio impugnativo por el artículo 249 del CGP, también procede la casación cuando el error recae en una sentencia de segunda instancia⁷⁰.

El error de fondo y el agravio generado por éste se hará valer mediante la apelación o la casación, según la instancia en que haya acaecido⁷¹.

62 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 85.

63 Sentencia 134/2004 de la Suprema Corte de Justicia, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2005, Ed. FCU, Caso 1.265 pág. 984.

64 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 85.

65 COUTURE, op. cit., pág. 281.

66 COUTURE, op. cit., pág. 281.

67 COUTURE, op. cit., pág. 283.

68 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 106.

69 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 107.

70 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 107.

71 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 107.

Atendidas las cuestiones anteriores queda expedita la vía para pronunciarse sobre la naturaleza del error involucrado en la incongruencia. Puede sostenerse, en postura acompañada por VESCOVI, que la incongruencia determina un error en el fondo, expresando al respecto que “*el vicio de incongruencia importaría error in iudicando en la medida que no pueden entenderse vulneradas las garantías de la defensa en juicio ni se produce anulación del proceso*”⁷².

En igual sentido se pronuncia BARREIRO, que dice: “*El hecho de que el Tribunal se extralimite en sus facultades, fallando por encima de lo pedido, ultrapasando lo pretendido, u omitiendo el pronunciamiento sobre un aspecto planteado por las partes, determina un error de fondo y no meramente adjetivo, error que no afecta la validez formal de la sentencia sino su propia justicia*”⁷³.

Dicha autora, que estudia la incongruencia en la casación refiere a la posición de la Corte en los siguientes términos: “*... así lo entendió la Suprema Corte expresando que la trasgresión de las reglas procesales que atañen al contenido del fallo es una forma de error ‘in iudicando’, este error es la injusticia, que es siempre, en último términos una aplicación inadecuada del derecho*”⁷⁴.

El entendimiento de la Corte, en cuanto en la incongruencia se reproduce un error en cuanto al fondo, que se relevará mediante apelación o casación es prácticamente unánime en la jurisprudencia. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1º, que sostiene: “*El vicio de incongruencia constituye un error in iudicando (no in procedendo), como sostiene VESCOVI... y por ende no justifica la impugnación de nulidad*”⁷⁵.

En similares términos se ha expedido el Tribunal de Apelaciones de Familia 2º, que expresa: “*Se trata de un vicio que no genera nulidad, y pasible de ser relevado por los litigantes mediante la introducción de recursos nominados de aclaración y/o ampliación (arts. 244 y concs. CGP) o subsanado en la apelación (Art. 257 ejusdem)*”⁷⁶.

La sentencia recogida *ut supra*, en términos enteramente compartibles, amplía el espectro de los posibles recursos, mencionando el recurso de ampliación, este recurso es de gran utilidad en los casos de incongruencia por *citra petita*, otorgando a los tribunales la oportunidad de pronunciarse sobre los puntos que han omitido, sin que sea necesario instaurar otra instancia. Sobre la utilización del recurso de ampliación, el Tribunal de Apelaciones de Familia 2º, también expresó: “*En la especie, la sentencia de primera instancia no se pronuncia expresamente respecto de las causales de divorcio esgrimidas por la demandada y reconveniente. Las partes, en su momento no plantearon recursos de aclaración y ampliación pese al supuesto de citra o minus petita. A su vez, tampoco constituye vicio de nulidad y será dilucidado en esta instancia habida cuenta del recurso de apelación planteado*”⁷⁷.

Debe agregarse, acorde con lo dicho en el numeral anterior, que la incongruencia no sólo se extiende a la sentencia definitiva, sino a todas las resoluciones judiciales, así es que cuando la incongruencia está dada en una sentencia interlocutoria, podrá ser relevada a través del recurso de reposición, que podrá deducirse en subsidio al de apelación.

VII. LÍMITES A LA CONGRUENCIA

En este numeral se realizarán una serie de planteos tendientes a ejemplificar las distintas posturas que manifiestan la necesidad de flexibilizar el principio de congruencia. También, se abordará la relación entre principio *iura novit curia* y el de congruencia, buscando identificar pautas para su coordinación, las cuales si bien pueden delimitarse teóricamente, generan importantes dudas y controversias en sus aspectos prácticos.

a. El Principio *Iura Novit Curia*. Su Coordinación con el Principio de Congruencia

El artículo 198 del CGP, citado como base del principio de congruencia, también refiere al principio *iura novit curia*, en tanto incluye dentro del contenido de la sentencia la declaración del Derecho que asiste a las partes. No hay mayores discrepancias doctrinarias en la definición de este principio, DE HEGEDUS expresa: “*el tribunal aprecia los hechos, los califica jurídicamente y aplica en consecuencia la norma que considera adecuada, sin*

72 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 108.

73 BARREIRO, op. cit., págs. 165-166.

74 BARREIRO, op. cit., págs. 166.

75 Sentencia 71/1999, TAC 1º T, Parga (r), Cafasso, Gutiérrez, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2000, Ed. FCU, Caso 1.297 pág. 770.

76 Sentencia 53/1999, TAF 2º T, Bello (r), Silvermann, Viña, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2000, Ed. FCU, Caso 1.309 pág. 773.

77 Sentencia 61/1999, TAF 2º T, Silvermann (r), Bello, Viña, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2000, Ed. FCU, Caso 1.311 pág. 773.

quedar vinculado por las alegaciones jurídicas de las partes⁷⁸". El mencionado principio se funda en la máxima latina "*da mihi factum, dabo tibi ius*"⁷⁹".

Agrega DE HEGEDUS respecto al mismo: "...la elección de la norma de derecho aplicable al caso constituye la manifestación más intensa de la actividad jurisdiccional, correspondiéndole en forma exclusiva, por cuanto debe adecuar su actuación al ordenamiento jurídico. Y ello en la medida en que por un lado, el Juez actúa con independencia de las calificaciones jurídicas de las partes, pero por otro, debe razonar en derecho y aplicar el derecho que corresponda y dentro del marco mayor de referencia que constituye todo el derecho positivo"⁸⁰".

No obstante, el principio *iura novit curia*, debe ceñirse a determinados condicionamientos, para que la calificación jurídica invocada por el tribunal no excede la congruencia.

En primer lugar, no pueden alterarse los fundamentos fácticos de la pretensión, constituyendo estos una "valla inexorable" para el juzgador según expresa DE HEGEDUS⁸¹. La mentada autora sintetiza los límites de dicho principio, sosteniendo que corresponde a la parte la determinación de la pretensión, la cual no podrá ser sustituida por el oficio judicial, a la vez la interpretación del acto de parte hade ser acorde al fin perseguido, debiendo atenderse siempre en tal interpretación a la no vulneración del principio de imparcialidad, así como las garantías de defensa en juicio⁸².

El repertorio jurisprudencial es variado al respecto, la Suprema Corte de Justicia no consideró vulnerado el principio de congruencia al variar el regimen jurídico de horas extras invocado por las partes, al respecto refiere a un pronunciamiento anterior en el que la Corporación expresó: "*difícilmente incurrirá el juez en incongruencia cuando, ejercitando, al amparo del principio iura novit curia, su poder-deber de ubicar la situación fáctica postulada y probada, en la hipótesis normativa pertinente, haga lugar a la pretensión en base a un fundamento legal diverso del invocado, sin modificar el supuesto fáctico propuesto, es decir sin variar la causa petendi... Consiguientemente en la labor de interpretar la demanda, el Juez no se encuentra constreñido ni por la categorización de los actos o negocios ni por la interpretación que de dichos actos o negocios efectúen las partes: es el juez el que individualiza el derecho aplicable, aún en contradicción con lo presupuesto o sugerido por aquéllas...⁸³".*

Al respecto, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 7° entendió pertinente mudar la calificación jurídica realizada por el accionante, basada en la responsabilidad extracontractual a la responsabilidad contractual, manifestando: "*Entonces, debió el a quo definir el correcto asiento legal conforme al principio iura novit curia que... en nada incide en la congruencia del pronunciamiento, que finca en una pretensión de condena⁸⁴".*

No obstante, desde una perspectiva más tradicional, GUERRA discrepa con los planteamientos anteriores, expresando que el principio *iura novit curia*, no admite ninguna mudanza de la pretensión, la cual se encuentra delimitada no sólo con el pedimento, sino también con los acontecimientos en que se funda. El autor continúa su razonamiento expresando que cambiar la calificación jurídica de la responsabilidad invocada implica una vulneración al principio de defensa, lo que se traduce en un fallo incongruente, capaz de atacar los fundamentos mismos del principio a estudio, es decir el principio dispositivo, la bilateralidad, igualdad y legalidad entre otros⁸⁵.

En cuanto a los límites del juzgador para calificar jurídicamente la sentencia, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1° considera: "*Mudar la naturaleza de la acción promovida a una reparatoria de daños o enriquecimiento indebido, excede el ámbito del iura novit curia y significa ingresar en el ámbito del principio de congruencia, en cuanto supone introducir aspectos de hechos que no fueron articulados por el demandante y no sólo modificar en enfoque jurídico de los hechos alegados⁸⁶".*

Por último, cabe referir a la extensión del principio *iura novit curia* al recurso de casación. Según se ha dicho en las instancias procesales superiores el principio de congruencia se angosta en relación a los agravios, a lo que se agrega lo previsto en el artículo 273.2 del CGP en cuanto a la mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas.

78 DE HEGEDUS, op. cit., pág. 519.

79 VESCOVI & COLABORADORES, op. cit., t. VI, pág. 109.

80 DE HEGEDUS, op. cit., pág. 520.

81 DE HEGEDUS, op. cit., pág. 512.

82 DE HEGEDUS, op. cit., pág. 526.

83 Sentencia 88/2004 de la Suprema Corte de Justicia, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 4/2005, Ed. FCU, Caso 1.262 pág. 983.

84 Sentencia 35/2005, TAC 7° T, Couto (r), Bello, López, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 2/2006, Ed. FCU, Caso 1.037 pág. 429.

85 GUERRA, "El Principio *Iura Novit Curia* y el Principio de Congruencia en el Proceso Civil", in: AA.VV: XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, págs. 286-287.

86 Sentencia 152/2005, TAC 1° T, Castro (r), Salvo, Vázquez, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 2/2006, Ed. FCU, Caso 1.021 pág. 425.

Surge la duda de la vigencia del principio *iura novit curia* en materia de casación. Sobre tales cuestiones son enteramente compartibles los planteos de VESCOVI y DE LA RUA, recogidos por DE HEGEDUS, estos manifiestan que la casación no podría realizarse por motivos distintos a los invocados, pero si podrían variarse los fundamentos jurídicos. Se agrega, que si la casación corresponde ante una incorrecta aplicación de la ley, la Corporación puede plantear aquellas interpretaciones que considere correctas⁸⁷.

b. La flexibilización de la Congruencia⁸⁸

Los diversos trabajos al respecto plantean morigerar el principio de congruencia, principalmente apelando a criterios de razonabilidad e interpretación de los actos procesales. Manifiestan que de no incorporarse tales cortapisas se daría lugar a un principio dispositivo intransigente.

DE LOS SANTOS expone la noción activismo procesal, por oposición al rol del juez planteado por MONTESQUIEU, es decir el juez como boca de la ley. El activismo procesal refiere a la necesidad de integración judicial para alcanzar sentencias más justas⁸⁹. La mencionada autora ejemplifica diversas situaciones en donde se tolera la vulneración de la congruencia, refiriéndose a casos del derecho argentino, al respecto De Hegedus realiza un parangón con lo acaecido en nuestro derecho, refiere a la posibilidad de alterar por parte del juez el contenido de las medidas cautelares solicitadas (art. 313 del CGP), también menciona la posibilidad de que recaiga sentencia sobre un tercero de intervención provocada que no ha sido originalmente demandado, siempre que no se vea menguado su derecho de defensa, De Hegedus ilustra la situación refiriéndose a los supuestos del artículo 51 del CGP y 218.2 y 3⁹⁰.

REYES OEHNINGER, también pregona un sistema flexible que identifica con lo que ha dado en llamar discrecionalidad de la congruencia, que implica la vinculación de la misma con principios que prevalecen sobre la misma, como los eficacia e instrumentalidad del proceso, razonabilidad, derecho a una tutela jurisdiccional justa y efectiva, todo lo que se traduce en la necesidad de un sistema menos formalista⁹¹.

Sobre estas cuestiones cabe citar el siguiente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, que expresa: *“En rigor, no se verifica incongruencia por exceso (ultra petita) en la hipótesis de resoluciones judiciales que dan acogida a aspectos complementarios o accesorios que están sustancialmente comprendidos en el objeto del debate e implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda... Ello por cuanto el ajuste o concordancia del fallo, con las pretensiones de las partes no ha de ser literal, sino racional y flexible, siendo de postular un criterio hermenéutico de la demanda que permita la resolución integral del conflicto intersubjetivo de intereses sometido a la decisión judicial, siempre que el fallo se adecue al petitum y su soporte fáctico (causa petendi) estando habilitado el juzgador, en la medida que tal actitud no configure violación de las garantías del debido proceso, ni del ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio (lo que se verificará si introdujera oficiosamente cuestiones de hecho por completo extrañas al objeto litigioso) a extender al fallo a las consecuencias lógicas y naturales que se derivan de la demostración de la fundabilidad de la pretensión y de la certeza de los supuestos fácticos que la sustentan”⁹².*

En cuanto a la valoración de esta tendencia jurisprudencial, cabe apreciar sus raíces filosóficas especialmente en lo que hace a la discrecionalidad del juzgador, en el sistema de common law. También, debe ubicarse el marco de las mismas en el rol previsto para la actividad del juzgador en el CGP, que inmediatamente después de consagrar el principio dispositivo del procesos describe en su artículo 2° el principio de dirección del proceso a cargo del Tribunal, así como el impulso oficial (artículo 3). En este sentido deben anotarse las amplias facultades otorgadas al Tribunal por el artículo 24 del CGP y el poder-deber impuesto de utilizar dichas facultades para utilizar para llegar a *“la verdad de los hechos alegados de las partes”*. Asimismo el artículo 350 prevé reglas especiales en cuanto a la posibilidad de modificar ciertas pretensiones en la audiencia preliminar.

Delimitado someramente el marco normativo y filosófico que dan apoyo a tales posturas, corresponde pronunciarse favorablemente ante estas tendencias jurisprudenciales, las cuales se fundan en la defensa

87 DE HEGEDUS, op. cit., pág. 527.

88 Al respecto se destacan los trabajos de DE LOS SANTOS, “Flexibilización de la Congruencia”, REYES OEHNINGER, “La Congruencia en el Proceso Civil del Siglo XXI”, ambos presentados en las XIII Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, también el trabajo conjunto de CASTRO RIVERA y REYES OEHNINGER, “Algo más sobre la incongruencia en el Código General del Proceso”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 1/2005

89 DE LOS SANTOS, op. cit., pág. 185.

90 DE HEGEDUS, op. cit., RUDP 1/2000, pág. 30.

91 REYES OEHNINGER, op. cit., págs. 328 y ss.

92 Sentencia 339/2003 de la Suprema Corte de Justicia, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 1/2005, Ed. FCU, Caso 916 págs. 295-296.

del valor justicia. No obstante, tal como lo señaló la sentencia citada *ut supra*, éstas encuentran un límite infranqueable, también de carácter normativo y de rango constitucional, que se encuentra determinado por la invulnerabilidad de las garantías de defensa y de debido proceso.

VIII. CONCLUSIÓN

Una primera aproximación a la noción congruencia, la ubica como un atributo de la sentencia, determinado por la armonía entre las pretensiones delimitadas por las partes y el dispositivo del fallo. Dicho entendimiento es seguido por el artículo 198 de nuestro CGP que requiere de la sentencia, un pronunciamiento “*con arreglo a las pretensiones deducidas*”. Será la sentencia el acto procesal en donde se centre normalmente el estudio de la congruencia, analizándose en la misma las diversas variantes que presenta el vicio de incongruencia. Dicho vicio, se analiza normalmente referido al objeto, realizándose una triple clasificación, según se falle más de lo pedido (*ultra petita*), distinto a lo pedido (*extra petita*) o menos de lo pedido (*citra petita*). Sin embargo, la incongruencia no refiere exclusivamente al objeto, ya que puede recaer sobre los sujetos o la causa de pedir, requiriéndose un fallo acorde a los tres elementos de la pretensión.

No obstante, el alcance de la congruencia no se limita exclusivamente a la sentencia, sino que el principio inunda toda la actividad procesal, habrá congruencia en todo pronunciamiento judicial que responda a instancia de parte. El principio se manifestará al determinar el objeto procesal, en la alzada, donde el juzgador estará limitado a la medida del agravio.

La falta de congruencia determina que la sentencia incurra en un *error in iudicando*, que será relevado en la instancia superior, siendo subsanado mediante la vía recursiva. Cobra especial relevancia en los casos de incongruencia por *citra petita*, el recurso de ampliación (art. 244 CGP).

La amplitud y la extensión del principio de congruencia se han explicado recurriendo a los fundamentos del mismo, que son múltiples, en primer lugar esta aparece como emanación del principio dispositivo, también consta de bases constitucionales, en tanto es entendido como un derivado del debido proceso.

También, debe destacarse la vinculación de la congruencia con el principio *iura novit curia*, en cuanto si bien el juzgador se encuentra limitado por las pretensiones de las partes, no lo estará en cambio para calificar jurídicamente a dichas pretensiones

Por último, se destacan una serie de tendencias flexibilizadas del principio, que a través de postulados relativos a la efectividad de los derechos sustantivos, interpretación de los actos de proposición, razonabilidad, plantean morigerar la congruencia, determinando un rol más activo del juez, aunque siempre dentro de los límites del debido proceso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ABAL OLIÚ, Alejandro. *Estudios del Código General del Proceso*, t. II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, s/f.

BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Introducción al Proceso*, 2ª ed. Montevideo: Ediciones Idea, s/f.

BARREIRO, María Virginia. “Principio de Congruencia: Su violación como causal de Casación. Los poderes del órgano de Casación”, in AA.VV. *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 153-167. Montevideo: Editorial Mastergraf SRL, s/f.

CASTRO RIVERA, Alicia & REYES OEHNINGER, Alberto. “Algo más sobre la congruencia en el Código General del Proceso”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 2/1999, págs. 245-275. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4º ed. Montevideo: Editorial B de F, 2004.

DE HEGEDUS, Margarita. “El Principio de Congruencia y el Principio ‘*Iura Novit Curia*’. Su Conciliación”, in: AA.VV. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, págs. 517-528. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, s/f.

----. “Principio de Congruencia. Su aplicación en las distintas instancias de los procesos civiles y penales”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 1/2000, págs. 23-41. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

DE LOS SANTOS, Mabel. "La flexibilización de la Congruencia", in AA.VV, *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 183-200. Montevideo: Editorial Mastergraf SRL, s/f.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*, t. 1. Editorial Universidad, s/f.

GELSI BIDART, Adolfo. "El Principio de Congruencia en todo Proceso". *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, t. 1/1981, págs. 22-33. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

GREIF, Jaime. "El Principio de Congruencia en el Ámbito Civil y algunas variaciones de la Congruencia Penal", in AA.VV, *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 249-268. Montevideo: Editorial Mastergraf SRL, s/f.

GUERRA, Walter. "El Principio *Iura Novit Curia* y el Principio de Congruencia en el Proceso Civil", in AA.VV, *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 269-287. Montevideo: Editorial Mastergraf SRL, s/f.

PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*, t. V. Buenos Aires: Editorial Temis, s/f.

REYES OEHNINGER, Alberto. "La Congruencia en el Proceso Civil del Siglo XXI", in AA.VV, *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 329-344. Montevideo: Editorial Mastergraf SRL, s/f.

TARIGO, Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, 2ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

VESCOVI, Enrique. *El recurso de Casación*, 2º ed. Montevideo: Editorial Idea, 1996.

VESCOVI & COLABORADORES. *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. I. Montevideo: Editorial Ábaco, 1992.

----. *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. III. Montevideo: Editorial Ábaco, s/f.

----. *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. VI. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2000.

EL PRINCIPIO DE NON OLET EN MATERIA TRIBUTARIA

ALBERTO FAGET
Profesor de Derecho Financiero
Universidad de Montevideo (UM)

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el Profesor Francis Querol de la Universidad de Toulouse me invitó a participar con un trabajo en homenaje al Profesor Gerard Tournié lo tomé como un alto honor por lo que significa para mí la Universidad de Toulouse, el Profesor Querol y, en particular, el homenajeado, Profesor Tournié.

Vaya el sentido reconocimiento y el agradecimiento, una vez más, por el aprecio demostrado por tan relevante Universidad, que ha proporcionado a varios profesores uruguayos la oportunidad de intercambios que han sido muy provechosos para comprender los sistemas y regímenes que tanta influencia han tenido en América y, al mismo tiempo, aportar por nuestra parte el estado de la materia en nuestros jóvenes y heterogéneos países de América del Sur.

Gerard Tournié y Francis Querol han sido y son magníficos emprendedores y destacados representantes de la cultura jurídica de Francia.

El punto de conexión de los trabajos que se han solicitado es el Principio de Igualdad, el cual, como expresaré un poco más adelante, tiene diversas proyecciones y presenta la posibilidad de enfoques diversos y a diferente nivel de generalidad o particularidad.

Otros realizarán seguramente un enfoque amplio y general del referido principio.

Para elegir el tema puntual que trataré he tomado en consideración el perfil del homenajeado, el cual, a su profunda formación jurídica suma una extraordinaria cultura general y algo que siempre me impresionó en particular: su curiosidad e interés por la ortodoxia pero también por la heterodoxia, poniendo a todos los temas a encarar un color y un sabor especial, que siempre le han permitido ser un expositor excepcional y muy entretenido.

Entre escribir poco de un gran tema he preferido escribir algo de un tema puntual, el cual seguramente provocaría entretenidos diálogos con el Profesor Gerard Tournié, a quien por el recuerdo y aprecio imagino disfrutando del intercambio y aportando seguramente sabias concepciones propias.

Como veremos mas adelante, *el Principio de Non Olet* encuentra su sustento y cimiento en el Principio de Igualdad.

Antes de ingresar al tema deseo expresar que el mismo me introdujo en el camino de una pequeña investigación, de la cual surgió que, no obstante no existir consenso (jamás lo habrá en temas jurídicos), prácticamente está todo dicho o mucho dicho, aunque, algo siempre se puede agregar.

Y esto es relevante destacarlo por el debido respeto de los autores que citaré y de quienes tomaré no sólo conceptos, sino sus propias palabras que hago mías, pero les pertenecen.

Tal vez si algo creo puedo aportar es respecto de la delimitación del tema, las tendencias y algunas conclusiones que deben tomarse, propuestas para el análisis del lector.

Dicho esto me siento en condiciones de ingresar en tema.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

A efectos de la correcta delimitación del tema es necesario hacer algunas precisiones que eviten ingresar en falsas antinomias.

2.1. El Principio de Igualdad

Como surgirá de otros trabajos con la debida extensión y claridad, cuando se habla de igualdad se hace referencia, o se puede hacer referencia a tres nociones independientes y complementarias:

- *La igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria (Fisco y Contribuyente)*
- *La igualdad de los contribuyentes (debe decirse de los administrados) ante la ley*
- *La igualdad por la ley o por medio de la ley (la ley como instrumento de componer las desigualdades incidiendo en aras de la igualdad o equiparación)*

Son tres avenidas de oportunidad riquísima de análisis general y de situaciones particulares.

En la necesaria opción, he decidido recorrer la avenida de la igualdad de los administrados ante la ley y, en la misma, detenerme puntualmente en el tema que da título al trabajo.

2.2. El Principio de Igualdad de los administrados ante la ley

Preferimos utilizar la expresión administrados a la de contribuyentes, pues el principio rige para los que son contribuyentes y también para los que no lo son, por no configurar el hecho generador de la obligación tributaria. Está claro, no obstante, que los temas que trataremos apuntan a resolver si determinadas circunstancias (ilícitas) inhiben la existencia de obligación tributaria y la condición de contribuyente de alguien que ha cometido ilícitos.

En otros términos, el núcleo central consistirá en dilucidar si está obligado a tributar o no aquel que en principio configura el hecho generador de la misma por la circunstancia de hacerlo en el ejercicio de actividades ilícitas; si califica o no califica como contribuyente por tal circunstancia, lo que no tiene una respuesta obvia y diversos componentes obligan a que se revisen conceptos y principios y se aprecie sobre todo la evolución de encare del tema y las soluciones que se aprecian por el derecho comparado.

Está claro y vale como anticipo, que si la respuesta es afirmativa (califica como contribuyente), lo que está en la base de esta concepción es el principio que denominamos como principio de igualdad de los administrados ante la ley, que reconocería a un administrado que realiza actividades lícitas y a un administrado que realiza en todo o en parte actividades ilícitas como contribuyentes, en estricta condición de igualdad a efectos tributarios.

En la avenida de este principio nos conduciremos, siendo el evento a calificar el cruce de la misma con la calle de los ilícitos y sus efectos en materia tributaria.

2.3. El Principio de Igualdad de los administrados ante la ley, la capacidad contributiva y algo más

La capacidad contributiva es la aptitud de contribuir a soportar las cargas públicas que tiene o de la que carece el administrado, aptitud que implica tomar en consideración aspectos objetivos (riqueza, por ejemplo) y aspectos subjetivos (carga de familia, por ejemplo) para su vigencia y respeto en la máxima expresión posible. Rige, pero de manera menos nítida, en aquellos tributos que toman en consideración manifestaciones aisladas de capacidad tributaria.

Algunas constituciones consagran la capacidad contributiva como principio en forma expresa y otras no lo hacen expresamente y se sustenta – correctamente - que el mismo está implícito en el principio de igualdad, el cual impone que a igual capacidad contributiva igual tributación y a diferente capacidad contributiva diversa debe ser la carga.

Llamamos la atención en que la capacidad contributiva es la causa, principio o fundamento de los impuestos y las especies tributarias son tres: además de los impuestos están las contribuciones especiales y las tasas.

Las contribuciones especiales (de mejora o de seguridad social) se sustentan en el beneficio que recibe el administrado (el mayor valor por la obra pública o la jubilación, por ejemplo, respectivamente).

Las tasas se sustentan en la puesta en funcionamiento de un servicio público por o para el administrado.

Excedería a extremo profundizar sobre estos gigantes conceptos apenas mencionados.

Creo que lo expresado es más que suficiente para que pueda hacerse la siguiente pregunta:

¿Es que no rige el principio de igualdad respecto de las contribuciones especiales y las tasas?

Algunos autores han “cerrado” el tema proyectando a la capacidad contributiva como principio que subyace a todas las especies de tributos^{1 2}.

En mi opinión, reconociendo al principio de igualdad el rango separado y superior al de la capacidad contributiva (que sin duda es la más clara proyección a segundo nivel) debe concluirse que éste rige para las tres especies, siendo el planteo correcto el siguiente:

A igual capacidad contributiva (impuestos) a igual beneficio (contribuciones especiales) y a idéntico funcionamiento del servicio público (tasas) igual tributación. Así expresadas las proyecciones del principio, el mismo no requiere de la “expansión” de la capacidad contributiva para que el principio de igualdad pueda esgrimirse cuando estemos frente a la obligación de tributar (o no) contribuciones especiales o tasas.

2.4. Tributos y Sanciones

El tributo es un recurso ordinario del Fisco que consiste en la prestación coactiva que el sujeto pasivo está obligado a pagar al Fisco en cuanto ocurra o acaezca el hecho generador de la obligación tributaria y que tiene como objetivo esencial el obtener recursos para afrontar los gastos públicos.

La sanción es la consecuencia por una acción u omisión (ilícito tributario o no tributario) que puede ser de naturaleza indemnizatoria (intereses, por ejemplo) o punitiva (multa, comiso privación de libertad, por ejemplo) que lleva como implícito esencial la “coercibilidad”, o sea, no sólo el castigo a quien incurrió en el ilícito sino también que los miembros de la comunidad sientan el estímulo de no imitar al infractor o delincuente en su caso³.

Hay que marcar a fuego estos conceptos esenciales, pues la aparición de tributos con fines extra-fiscales, con propósito de desestímulo (a la importación, al consumo de bebidas alcohólicas, tabacos, cigarrillos y cigarrillos, por ejemplo) ha generado en algunos confusión.

El elemento desestimulante que se pretende con dichos tributos no convierte al comportamiento no deseado (importar, beber, fumar) en ilícito.

1 Sobre la teoría general del Derecho Sustantivo, vé. JARACH, Dino, “El Hecho Imponible”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4/06/71.

2 Vé. VILLEGAS, Héctor, “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”, 4ª. Edición, actualizada, Tomo I, Depalma, 1987, págs. 190 y ss. y 5ta. Edición, ampliada y actualizada, Tomo único, Depalma, 1987, págs. 195 y ss.

3 Vé. Tributo e actividade ilícita, Hugo de Brito Machado, Revista Tributaria e de Finanças Públicas da Academia Brasileira de Direito Tributario, Año 17- 87, julio-agosto 2009, Editora Revista Dos Tribunais, pág. 88 y ss.

Si bien ambos institutos tienen en común la necesidad de fuente legal y no ser prestaciones voluntarias sino coactivas, una cosa es un acto que la ley inviste de hecho generador de una obligación tributaria y otra un acto que la ley califica como infracción o delito.

Todo lo que digamos después no implicará confusión de esta distinción esencial.

La cuestión a dilucidar será más sutil y consistirá en arbitrar las consecuencias de que un mismo acto por un lado sea determinante de una carga tributaria y por otro lado y al mismo tiempo tipifique per sé un ilícito o, alternativamente, sólo esté inmerso en o conectado con una actividad ilícita.

Las combinaciones son varias y eventualmente las conclusiones pueden ser diversas.

En síntesis, todo lo que se dirá parte de la no confusión por mi parte de uno y otro instituto.

3. EL PRINCIPIO DE NON OLET EN MATERIA TRIBUTARIA

El denominado *Principio de Non Olet*, como expresión puntual del principio de igualdad de los administrados ante la ley y frente a todo el sistema jurídico, pretende significar que no hay dinero bueno ni dinero malo a efectos de la tributación.

Frente a esta afirmación, que así planteada (deliberadamente) sacude y preocupa, pues parece ajena a la ética y la moral, se ha sostenido que pretender que se tribute por quienes desarrollan actividades ilícitas es, en cierta medida, una posición saneadora, en cierta medida validante de la ilicitud, en frontal contradicción con la represión del comportamiento ilícito.

Y es el principio de igualdad el que se invoca, como habremos de ver, para sustentar lo contrario, entendiéndose que la no tributación por actividades ilícitas constituiría - por el contrario a lo que se ha expresado - un estímulo en beneficio del infractor, delincuente o inmoral el cual tendría una ventaja frente a quien opera formalmente de manera lícita y moral y debe pagar rigurosamente todos los tributos y para-tributos.

Si todos los administrados deben ser tratados igualitariamente, la ilicitud no puede dispensar a quien configura los hechos generadores de los tributos o para-tributos en el desarrollo de actividades ilícitas y es así que se sustenta *el non olet*, en base al cual se entiende que corresponde la tributación sobre las actividades ilícitas.

Antes de compartir el pensamiento de algunos doctrinos clásicos y algunos actuales que han puesto foco en este tema, corresponde hacer algunas consideraciones a fin de precisar el ámbito correcto de análisis y discusión.

En **primer lugar**, cuando nos referimos a ilicitud estamos apuntando a los ilícitos no tributarios. Parece obvio pero debe estar más que claro que la discusión no pasa por la calificación de la conducta del administrado a la luz de las infracciones y delitos tributarios, por cuanto, si bien puede incurrirse en algún absurdo, aun para el más conservador en la materia el ilícito que eventualmente se concibe como dispensador de la carga tributaria o para-tributaria (y consistentemente de la dispensa de la comisión de infracciones y delitos tributarios) es un ilícito no tributario.

Se está pensando en el contrabando, en el juego clandestino, la prostitución o el tráfico de estupefacientes, por ejemplo.

En **segundo lugar**, no se concibe la ilicitud como elemento esencial del hecho generador de la obligación tributaria o para tributaria. Por ejemplo, está fuera del análisis en el otro extremo y por inconcebible la existencia de un "impuesto al hurto" o un "impuesto a la venta de estupefacientes". Aunque algunos autores tratan el punto, explícita o implícitamente se descarta como factible y legítima esta teórica hipótesis, para lo cual ayuda a evitar confusiones la distinción que hemos realizado ut-supra (2.4.).

En **tercer lugar**, una delimitación correcta del tema debería apuntar a contestar las siguientes preguntas:

¿Se debe o no tributar impuesto a la renta sobre los resultados obtenidos por el desarrollo de actos ilícitos, en forma aislada o profesional?

¿Se debe tributar impuesto al valor agregado por la circulación de bienes o la prestación de servicios prohibidos, ilícitos y reprimidos por la legislación no tributaria y puede o no ser relevante para la conclusión en cada caso el principio de neutralidad que caracteriza a esta especie tributaria?

¿Se deben tributar impuestos aduaneros por la introducción de productos o mercaderías, cuya circulación está prohibida y reprimida?

¿Se debe tributar imposición al capital por los activos afectados al desarrollo de actividades ilícitas, y qué relevancia puede tener para la conclusión, la existencia o aplicación del instituto del decomiso por ilícito?

En **cuarto lugar**, reafirmamos que no es un tema nuevo, sobre el cual no hay consenso pero en el cual apreciaremos la existencia de una clara tendencia a la aceptación de la plena vigencia del *principio del non olet* como proyección específica del principio de igualdad de los administrados ante la ley.

En **quinto lugar**, la fundamentación jurídica en todos los casos se apoya en la consagración constitucional del principio de igualdad y en la concepción doctrinaria denominada autonomista que ha derivado en la consagración en Códigos Tributarios o Normas Generales de similar valor de la siguiente premisa: **“La existencia de la obligación tributaria no será afectada por las circunstancias relativas a la validez de los actos o contratos o a la naturaleza del objetivo perseguido por las partes de éstos, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas”**. Sin que sea necesario puesto que está implícito, para evitar la mínima discusión en algún caso se agrega al párrafo después de una coma, **“su licitud o ilicitud”**.

Corresponde a continuación referir a **la doctrina**.

Las expresiones – *“non olet”* – usadas en el texto por **Hensel** y que utilizó **Bühler** para designar el *“principio del non olet”* son atribuidas a Vespasiano en respuesta a su hijo Tito, que le sugería suprimir el impuesto creado sobre las cloacas o mingitorios públicos, los irónicamente llamados monumenta Vespasiani o simplemente Vespasiani.

De esta manera el emperador romano quiso significar que el dinero no tiene olor, importando esencialmente al Estado el uso que haga de sus tributos y no la circunstancia de que considere ridícula o repugnante la fuente de que procede.

Claro está que en su versión actual las expresiones han perdido el contenido cínico de la anécdota, para impregnarse de elevado sentido ético, cual es el de procurar afectar igualmente la capacidad económica del contribuyente, sin falsos preconceptos o ingenuos pruritos de sentimentalismo ridículo en cuanto a la licitud de la actividad que constituya el hecho generador del tributo⁴.

Amilcar de Araujo Falcao, bajo el título de *“Imposición de las actividades ilícitas, criminosas o inmorales”* expresa que una serie de equívocos han ocurrido en Brasil y en otros países, en materia de imposición de actividades ilícitas, criminosas o inmorales, proviniendo de todas las dudas de no considerar la naturaleza económica del hecho generador. De ello resultan manifestaciones en el sentido de que las actividades ilícitas no deben ser gravadas, porque, de otro modo, el Estado estaría enriqueciéndose con actos prohibidos por él y en cierto modo asociándose a la ilegalidad y sacando provecho de ella.

4 HENSEL, Albert, *“Der Einfluss des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts”*, en el cuaderno N° 3, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, pág. 98, citado por Amilcar de Araujo Falcao en *“El hecho generador de la obligación tributaria”*, Depalma, 1964, llamada al pie de pág.68.

Expresa el mencionado autor que en Alemania, antes de la primera guerra mundial, según **Polland**, eran comunes las decisiones que reputaban ilegítimo hacer incidir al impuesto sobre casas públicas, venta de inmuebles para burdeles, intereses de hipotecas sobre inmuebles explotados como casas de tolerancia, explotación de juegos de azar, actividades de cartomancia, etc. Sin embargo, a partir de 1918, tanto la jurisprudencia como la doctrina se manifestaron en sentido contrario.

Y agrega que en Francia, por ejemplo, se gravan los ingresos provenientes de la prostitución, aunque el fisco adopte una vía indirecta para afectarlos. **Fasolis**, luego de afirmar la neutralidad moral del fisco, agrega al respecto: "...en todos los casos el fisco procura afectarlos por vías tortuosas, recurriendo a subterfugios. Así, en Francia, quienes ejercen tales profesiones, si bien no están comprendidos en la tabla de tarifas de la "contribution des patentes", habitualmente están sujetos a dicho tributo en carácter de "maîtres d'hotel garni", o bien "maîtres d'estaminet" o de "cabaretiers logeurs".

En Brasil, su país, destaca en la década del 60 que la jurisprudencia ha vacilado en cuanto a la imponibilidad de las actividades criminosas o inmorales, inclinándose generalmente por la solución – que nos parece lamentable – de considerar ilegítima la incidencia del impuesto a su respecto.

"Evidentemente es errónea tal manera de entender las cosas.

"Es verdad que ciertos autores, aun aceptando la conclusión de que son imposables las operaciones o actividades mencionadas, formulan restricciones en cuanto a la plenitud de esa interpretación, como es el caso de **Oronzo Quarta**, de **Antonio Berliri** y de **Ottmar Bülher**. Sin embargo, la doctrina predominante se pronuncia por la imposición sin restricciones.

"No puede ser de otra manera, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho generador de la obligación tributaria como un hecho jurídico de acentuada consistencia económica o como un hecho económico con trascendencia jurídica, cuya elección por el legislador debe servir de índice de capacidad contributiva. La validez de la acción, de la actividad o del acto en derecho privado, su juridicidad o antijuridicidad en derecho penal, disciplinario o en general punitivo, finalmente su compatibilidad o no con los principios de la ética o con las buenas costumbres, carecen de importancia para el problema de la incidencia tributaria; por eso le resulta indiferente la validez o nulidad del acto privado mediante el cual se manifiesta el hecho generador: en tanto se halle configurada la capacidad económica legalmente prevista, la incidencia debe tener lugar inevitablemente.

"La tesis contraria representa, según la acertada opinión de **Popitz**, la manifestación de un sentimentalismo ilógico e infundado, y desde el punto de vista tributario conduce – esto sí – a la violación del principio de igualdad fiscal.

"La exoneración tributaria produciría un resultado en verdad contradictorio, porque otorgaría a los contraventores, a los marginales, a los ladrones, a quienes lucran con el robo, el crimen, el juego de azar, el proxenetismo, etc., la ventaja adicional de la exoneración tributaria, de la cual no gozan los contribuyentes con igual capacidad contributiva derivada de la práctica de actividades, profesiones o actos lícitos.

"Oportunas son al respecto las palabras de **Albert Hensel**: "Justamente el principio de igualdad ante el impuesto impide que al deudor de un tributo se permita trasponer las puertas de Eldorado fiscal mediante la realización de actos prohibidos o contrarios a las buenas costumbres".

"He aquí un efecto que surge de la correcta identificación de la consistencia económica del hecho generador: la indiferencia para el derecho tributario de que sea civil o penalmente ilícita la actividad en que se consustancia el hecho generador, no porque en aquella rama del derecho prevalezca un concepto ético distinto, sino porque el aspecto que interesa considerar para la tributación es el aspecto económico del hecho generador o su aptitud para servir de índice de capacidad contributiva.

“En materia tributaria y en cuanto se refiere al hecho generador, podría resumirse esa verdad como lo hizo Hensel al tratar las actividades ilícitas con la fórmula sintética *non olet*: “...A ellas se aplica en un sentido ligeramente modificado el dicho *non olet*”⁵.

Dando un salto generacional desde las opiniones del maestro Araujo Falcao e investigando, encontré en Brasil un muy interesante trabajo de **Mariana Trevizán Pegoraro**, tesis bajo la orientación del Profesor Paulo Abrau Pires Jr., en la cual se hace un análisis de las distintas posiciones doctrinarias y, en lo fundamental, se analiza la última jurisprudencia a nivel nacional y provincial, siendo su conclusión la siguiente:

“Fato gerador da obrigação tributária como um fato jurídico de acentuada consistência econômica, ou um fato econômico de relevância jurídica, cuja eleição pelo legislador se destina a servir de índice de capacidade contributiva. A validade da ação, da atividade ou do ato em Direito Privado, a sua juridicidade ou antijuricidade em Direito Penal, disciplinar ou em geral punitivo, enfim, a sua compatibilidade ou não com os princípios da ética ou com os bons costumes não importam para o problema da incidência tributária, por isso que a ela é indiferente a validade ou nulidade do ato privado através do qual se manifesta o fato gerador: desde que a capacidade econômica legalmente prevista esteja configurada, a incidência há de inevitavelmente ocorrer.

“Através da análise destes casos constata-se que os tribunais pátrios, juntamente com a doutrina mais moderna, avançam no entendimento da aplicação do *princípio do non olet* e da conseqüente tributação dos efeitos advindos de atividades ilícitas. Apesar de afastada a possibilidade de atividades ilícitas integrarem o fato gerador de uma norma de Direito Tributário, nada impede que o aspecto econômico por elas obtido seja objeto de tributação”⁶.

5 Vé. DE ARAUJO FALCAO, Amilcar, ob.cit., pág. 55 y ss.

6 TREVIZÁN PEGORARO, Mariana, “O principio do nono olet no direito brasileiro”. Este trabajo se ubica en Internet con la siguiente clave: http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2006_1/mariana_t.pdf, lo que obtuve con el apoyo del Dr. Daniel Gonzaga.

Se sugiere la lectura completa del trabajo de Trevizán Pegoraro y se transcribe el siguiente apartado de su tesis:

“ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.

Para um melhor entendimento do tema proposto no trabalho, é válida a demonstração prática da aplicação do princípio do *non olet* na tributação de atividades ilícitas. Por tanto, a análise dos casos concretos a seguir, apresenta o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

O primeiro caso jurisprudencial versa sobre um *habeas corpus* ao STJ reclamando a revogação da prisão preventiva e a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal de sonegação fiscal em conexão como crime de tráfico de entorpecentes. Tratando-se de sonegação fiscal de tributos federais, conforme a súmula 122 do STJ

Súmula 122 do STJ: Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do artigo 78, II, a, do Código de Processo Penal.

Cabe à Justiça Federal processar e julgar esse crime e os que lhe forem conexos. Além de indeferir o pedido, ementaram que há a atribuição sobre rendimentos auferidos de atividade ilícita, conforme o já referido artigo 118 do Código Tributário Nacional, independentemente de haver condenação penal, pois a cobrança do tributo não tem caráter de sanção, não se confundindo assim com a eventual pena derivada do Direito Penal. Vejamos a ementa.

PENAL. PROCESSUAL. TRAFICO DE SUBSTANCIAS ENTORPECENTES. SONEGACAO FISCAL. CONEXAO. COMPETENCIA DA JUSTICA FEDERAL. PRISAO PREVENTIVA. REVOGACAO. INADMISSIBILIDADES. “HABEAS CORPUS”.

É possível a tributação sobre rendimentos auferidos de atividade ilícita, seja de natureza civil ou penal; o pagamento de tributo não é uma sanção, mas uma arrecadação decorrente de renda ou lucro percebidos, mesmo que obtidos de forma ilícita. Noticiada a prática de sonegação de tributos federais, cabe à Justiça Federal processar e julgar esse crime e dos que lhe forem conexos (Sum. 122/STJ).

Inadmissível a revogação da prisão preventiva se subsistentes os motivos autorizadores.

“Habeas Corpus” conhecido; pedido indeferido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Processal. Tráfico de substâncias entorpecentes. Sonegação fiscal. Conexão. Competência da Justiça Federal. Prisão preventiva. Revogação. Inadmissibilidade. Precedente da Quinta Turma. Recurso ordinário de Habeas Corpus Nº 7444. Relator: Ministro Edson Vidigal. 23 de junho de 1998. in: Diário da Justiça da União. 1998. Disponível em: www.stj.gov.br Acesso em: 10 abr. 2006.

Em concordância, diz o STF:

Caracteriza, em tese, o crime de sonegação fiscal a subtração da declaração de rendimentos do lucro vultuoso obtido como a prática de tráfico de entorpecentes, pois, conforme inteligência do artigo 118, I, do CTN, o que interessa considerar para a tributação é o aspecto econômico do fato gerador ou a sua aptidão a servir de índice de capacidade contributiva, ainda que proveniente de atos ilícitos ou imorais.

STF, RT 759/552 apud ROSA JR, Luiz Emygdio da. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Por su parte, el gran tributarista italo-argentino **Dino Jarach** bajo el título de “Relaciones entre Derecho Tributario Material y Derecho Privado” expresa que la doctrina, de la cual es exponente relevante, sustenta la denominada autonomía dogmática del derecho tributario frente al derecho civil o privado, y que se resume en los siguientes términos: que en la elaboración de sus conceptos y en el establecimiento de sus normas, el derecho tributario no debe necesariamente estar sometido al derecho privado, ni debe tener una línea coincidente con él, porque ambos derechos regulan relaciones jurídicas distintas, sin que exista una superioridad de los principios del derecho privado sobre los del derecho tributario, ni viceversa.

Ambas materias tienen que ocuparse de relaciones humanas, que encaran desde dos ángulos distintos, para atribuir diferentes efectos jurídicos, los unos desde el punto de vista de las relaciones entre los ciudadanos, que se denominan civiles o comerciales; los otros, desde el de las relaciones de los ciudadanos con el Fisco.

Un mismo hecho de la vida económico-social puede constituir una relación jurídica privada, a la vez que ser un hecho imponible o uno de sus elementos. Pero esta circunstancia no significa que el legislador del derecho tributario esté supeditado al derecho privado en la elaboración de los conceptos legales y que, por lo tanto, el intérprete del derecho tributario esté sometido a los principios y normas o conceptos del derecho privado para interpretar las leyes tributarias.

Esta doctrina ha sido elaborada a través de una larga evolución que parte de la época en que el derecho público se emancipó del derecho privado.

El derecho privado, antes, constituía el conjunto de todos los principios jurídicos que representaban el acervo del derecho de un determinado pueblo. El derecho público prácticamente no existía, porque, mientras no existieran el Estado de derecho y el derecho constitucional, las relaciones del derecho público se regían por la fuerza y no por la ley, a menos que no consideremos como norma de derecho también las relaciones de fuerza que se establecen en virtud de principios institucionales que hacen de la fuerza al único derecho imperante.

Expresa Dino Jarach que “es comprensible que cuando las relaciones entre Estado y particulares se regían por la fuerza, no se elaborasen los principios de derecho público; solamente después de la existencia del Estado constitucional ha surgido y se ha elaborado el derecho público con sus diferentes ramas, entre

Merece destaque outro caso que também envolve sonegação fiscal de lucros advindos do tráfico de drogas disfarçadas de “cápsulas de emagrecimento”, tratando-se de uma sociedade comercial organizada como lucros, como está na ementa relatado:

EMENTA: Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: “non olet”. Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultuosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética. BRASIL, 2006.

Favoravelmente à imputação de sonegação fiscal aos impetrantes do habeas corpus acima citado, o Ministro Sepúlveda Pertence, no relatório, assim se manifesta:

O imposto de renda tem como fato gerador a disponibilidade econômicas, em outra consideração. A origem espúria do aumento patrimonial não é objeto de tutela pelo Direito Tributário, mas objetividade jurídica do Direito Penal. A interferência recíproca entre as noções de crime e de obrigação tributária ensejaria uma posição mais favorável ao fruto da conduta ilícita, pela isenção decorrente.

(...) Fato gerador da obrigação tributária como um fato jurídico de acentuada consistência econômica, ou um fato econômico de relevância jurídica, cuja eleição pelo legislador se destina a servir de índice de capacidade contributiva. A validade da ação, da atividade ou do ato em Direito Privado, a sua juridicidade ou antijuricidade em Direito Penal, disciplinar ou em geral punitivo, enfim, a sua compatibilidade ou não com os princípios da ética ou com os bons costumes não importam para o problema da incidência tributária, por isso que a ela é indiferente a validade ou nulidade do ato privado através do qual se manifesta o fato gerador: desde que a capacidade econômica legalmente prevista esteja configurada, a incidência há de inevitavelmente ocorrer.

BRASIL, 2006.

Através da análise destes casos constata-se que os tribunais pátrios, juntamente com a doutrina mais moderna, avançam no entendimento da aplicação do princípio do non olet e da conseqüente tributação dos efeitos advindos de atividades ilícitas. Apesar de afastada a possibilidade de atividades ilícitas integrarem o fato gerador de uma norma de Direito Tributário, nada impede que o aspecto econômico por elas obtido seja objeto de tributação”.

las cuales han sobresalido el derecho constitucional – esto es, el institucional, fundamental del Estado – y el derecho administrativo.

“El acto de nacimiento del derecho tributario, que es el principio de legalidad, afirmado en las revoluciones emancipadoras, al establecer que sólo puede haber impuesto con la ley, y por ello dar vida a un derecho que será el conjunto de leyes que gobiernan los tributos, marca al mismo tiempo el comienzo del Estado constitucional y representa la primera base del derecho público.

“El derecho tributario ha sido elaborado en época más reciente, a pesar de que, si hay un derecho en el derecho público, es el tributario. Si se me permite una paradoja, el derecho tributario es más derecho que, por ejemplo, el derecho administrativo.

“En efecto, el derecho administrativo tiene actividades regladas y discrecionales, pero priman las discrecionales, de modo que las normas legales son simplemente un marco muy amplio dentro del cual actúa la administración pública, con facultades que permiten a la arbitrariedad o al criterio discrecional de la administración un campo de actividad mucho más grande.

“En materia de actividades regladas, como lo son todas las del derecho tributario sustantivo, no existe este campo de libre actuación de la administración pública y, por lo tanto, estamos frente a un derecho en que las relaciones jurídicas están regidas por la ley y sólo por ella.

“Al emanciparse el derecho público, y el derecho tributario en particular, del derecho privado, se han ido elaborando doctrinariamente los conceptos contenidos en estas leyes, y uno de los primeros puntos de vista sostenidos por la nueva doctrina, especialmente en materia de derecho tributario, ha sido el siguiente: que el carácter de las actividades sometidas a impuesto no depende de la validez o invalidez jurídica, a los efectos del derecho privado, ni de su licitud o ilicitud”.⁷

En nuestra investigación encontramos un excelente trabajo de derecho comparado de **Ambrosio de Jesús Michel Higuera**⁸. En el mismo analiza muy sumariamente el régimen y la jurisprudencia de algunos países.

Respecto de **Brasil** nos remitimos a lo expresado por **Mariana Trevizán Pegoraro**, a cuyo trabajo en tesis nos referimos antes en el cuerpo y nota al pie del presente trabajo.

En **Venezuela** el orden constitucional permite afirmar que excluir como sujetos pasivos de la obligación tributaria a ciertas personas sólo en razón del carácter inmoral o ilegal de las actividades que realicen es violatorio de la Constitución, ya que se estaría contrariando el principio de igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución venezolana y su correspondiente proyección en el campo fiscal. El denominado principio de igualdad tributaria, que se deriva de la interpretación coordinada de los artículos 21, 316, 133 y 135 de dicho ordenamiento fundamental, supone que en condiciones análogas los contribuyentes recibirán igual tratamiento.

En el orden legal, no hay duda que el sistema venezolano acoge *el principio del non olet*. En efecto, el artículo 16 del Código Orgánico Tributario venezolano establece que “la obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas, siempre que se hubiesen producido los resultados que constituyen el presupuesto de hecho de la obligación”. De modo que *el principio del non olet*, por disposición legal expresa, encuentra aplicación plena a nivel nacional en el Estado de Venezuela, y supletoria a nivel estatal y municipal conforme al ámbito de aplicación previsto en el artículo I ejusdem⁹.

7 Vé. “Curso Superior de Derecho Tributario”, Liceo Profesional CIMA, Buenos Aires, 1969, págs.283 a 285.

8 Vé. MICHEL HIGUERA, Ambrosio de Jesús Michel, “El Fisco ante los delitos de cuello blanco”, ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Enero-febrero 2008, pág.71 y ss. Este trabajo se ubica en Internet bajo la siguiente: http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_1/ambrosio%20de%20jesus.pdf

9 Vé. CANDELARIO NIVAR, Juan Bausita, “El Principio del Non Olet”;

En **Argentina** la jurisprudencia sostiene que es una contradicción el hecho de que el Estado prohíba el ejercicio de una actividad y, por otra parte, la legalice sometiéndola a imposición. Nuestra información se está actualizando y seguramente verificaremos cambios en el enfoque de este tema que no podemos volcar al trabajo en este momento.

Respecto de **Perú**, al referirse a la experiencia de ese país, Montoya Jara advierte que no existe precepto alguno que condicione la fiscalidad de la renta obtenida a que la actividad que la origine sea legal o ilegal, de ahí que advierta la conveniencia de que se desconecte el beneficio percibido de la naturaleza ilegal de la actividad que lo genera; además de que estos beneficios devienen en propiedad de quien los obtiene y sirven para financiar su forma de vida, por lo que este autor advierte que la no tributación de quien los genera de modo ilegal, lo privilegia a la par que discrimina a quien mantiene fuentes generadoras calificadas como lícitas¹⁰.

En **Chile** Montoya Jara destaca la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile recaída en la causa seguida por el Servicio de Impuestos Internos contra Juan Pablo Dávila Silva, por delito tributario. En su resolución, el Tribunal Supremo de Chile consideró que no obstante los incrementos patrimoniales atribuidos a dicho contribuyente habían sido obtenidos como resultado de actividades ilícitas ejercidas en su condición de funcionario público, éstas no estaban excluidas de la hipótesis de incidencia del Impuesto a la Renta en la legislación chilena, por lo que confirmó la condena.

Este importante precedente debe ser comprendido en el contexto de una legislación como la chilena que, expresamente, señala que se entiende por renta “los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciba o devenguen, cualquiera sea su naturaleza, origen o denominación” (artículo 2 inciso 1 del D. Ley 824 de 1974). Para la Corte, esta norma evidencia la adhesión de su legislación a la “Teoría del Incremento Patrimonial”¹¹.

Estados Unidos de América tiene un pronunciamiento normativo expreso en la Income Tax Act de 1916. Ese año se reformó la Income Tax Act de 1913, suprimiendo el término “legal” referido al origen de la renta. La Income Tax Act se refiere a “todo ingreso procedente de cualquier fuente de ingreso”¹². Así, quedan sujetas a tributación todas las rentas ilícitas, sin distinguir entre clases de ilícitos ni atender al grado de ilicitud de la actividad.

Se depara el mismo trato al rescate obtenido en un secuestro que a las ganancias derivadas de ventas en el mercado negro. La jurisprudencia utiliza como argumento sustancial para fundamentar la sujeción de las rentas ilícitas, la exigencia en el respeto al principio de igualdad.

En **España**, en la sentencia de la Audiencia Nacional Española de 27 de setiembre de 2004 (caso Nécora) se ha sostenido que el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete, careciendo de todo sentido que mientras que una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la hacienda sea sancionada por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la omisión de dicha figura delictiva, pudiendo además materializarse con tales beneficios, y si se optara por la no tributación del dinero producido por la actividad económica ilegal, se estaría estableciendo una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en esta cadena de inversiones¹³.

En **Italia**, se ha producido una importante evolución debido a las leyes antimafia. La ley 537/1993 de 24 de diciembre ha zanjado las ambigüedades de la jurisprudencia en esta materia, al establecer expresamente en su artículo 14.4 que la renta de los ingresos derivados de actividades ilícitas será gravable, siempre que

<http://derecho.org/juancandelario/Exac/opin/nonolet.html>, citado por Ambrosio de Jesus Higuera, ob cit., pág.71 y ss.)

10 Vé. MONTOYA JARA, Edmóstines, “Apuntes para el diseño de un nuevo Sistema Tributario capaz de enfrentar la amenaza de la corrupción”, XIII Encuentro Internacional de Administradores Tributarios en Argentina, www.iefpa.org.ar/montoya_ed.pdf, citado por Ambrosio de Jesús Higuera, ob.cit., pág. 71 y ss..

11 Vé. MONTOYA JARA, Edmóstines, ob. cit., citado por Ambrosio de Jesús Higuera, pág. 71 y ss.

12 Vé. BACIGALUPO, Silvina, “Ganancias Ilícitas y Derecho Penal”, México, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. http://premium.vlex.com/doctrina/Ganancias_ilicidas_derecho_penal/2300-403,030.html.

13 BACIGALUPO, Silviana, ob. cit.

se cumplan los siguientes requisitos: a) que sean calificables dentro de las categorías de renta del artículo 6 del TUIR; y b) que no estén ya sometidas a secuestro o confiscación penal.

En **Alemania**, la Abgabenordnung establece en sus párrafos 40 y 41 que a los efectos de tributación resulta irrelevante si el comportamiento que da lugar al hecho imponible es contrario a un mandato o prohibición, si atenta contra las buenas costumbres (párrafo 40), si el negocio jurídico queda sin efecto o si se trata de un negocio aparente, siempre y cuando las partes mantengan el resultado económico del negocio jurídico (párrafo 41.1). En este sentido, se entiende que el párrafo 40 sólo determina que los comportamientos contrarios a las buenas costumbres (se pretende abarcar especialmente el negocio de la prostitución) no impiden la tributación, y que en el párrafo 41 lo que se pretende es evitar que quede fuera de tributación un hecho imponible por un mero defecto de forma subsanable.

Ambrosio de Jesús Michel Higuera analiza la jurisprudencia del **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** referidas a la pretensión de algunos miembros de la Unión (Holanda, Alemania y Francia) de aplicar el Impuesto al Valor Agregado sobre las entregas ilegales de estupefacientes. Cabe precisar que ninguno de estos países tenía prevista una norma específica sobre la materia. Éstos argumentaban que se trata de un impuesto general que no permite tratamientos diferenciados entre entregas legales o ilegales, pues ello vulneraría el principio de igualdad que prohíbe el tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete.

Finalmente, el Tribunal se basó en el **“principio de neutralidad fiscal”** para resolver que no es posible admitir este tipo de imposición, pues debe excluirse toda posibilidad de competencia entre un sector económico lícito y otro ilícito. Adicionalmente señalaron que de la entrega de estupefacientes fuera de control, no nace ninguna obligación tributaria, toda vez que estos productos estaban fuera de la cadena de comercialización, al margen de su licitud o ilicitud.

Según **Ambrosio de Jesús Michel Higuera**, si asumimos este razonamiento, tal y como lo manifestó **Edmóstines Montoya Jara** en el XIII Encuentro Internacional de Administradores Tributarios efectuado en Argentina, podría llegar a arribarse a una conclusión totalmente diferente en el caso del Impuesto sobre la Renta. Ello, por la naturaleza de este impuesto que incide sobre las ganancias como resultado al final de un lapso y no en función de operaciones “en específico”, como es el caso del Impuesto al Valor Agregado.

Por otra parte, conforme al principio de neutralidad fiscal, las transacciones que, aunque ilícitas, no estén relacionadas con mercancías cuya comercialización esté prohibida por su propia naturaleza o sus características específicas y que puedan competir con transacciones lícitas, están sujetas a los impuestos normalmente adeudados en virtud de la normativa comunitaria. Hay un precedente respecto de la importación en el territorio aduanero comunitario de alcohol étílico de contrabando procedente de países terceros

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene declarado que el principio de neutralidad fiscal se opone, en materia de percepción del IVA, a una diferenciación generalizada entre las operaciones lícitas y las operaciones ilícitas. De ello se desprende que la calificación de un comportamiento como digno de represión no da lugar, por sí sola, a una excepción a la tributación en concepto del IVA, sino que una excepción de esta índole sólo opera en situaciones específicas en las que está excluida toda competencia entre un sector económico lícito y otro ilícito, debido a las características especiales de determinadas mercancías o de determinadas prestaciones

El alquiler de un emplazamiento destinado a acoger actividades comerciales constituye en principio una actividad económica y, por consiguiente, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva. El hecho de que las actividades llevadas a cabo en el emplazamiento alquilado sean sancionables penalmente, lo cual puede hacer ilícito el arrendamiento, en nada modifica el carácter económico del mencionado arrendamiento y tampoco impide que exista una competencia en este sector, incluso entre las actividades lícitas e ilícitas. De ello se desprende que, en caso de no sujeción, se conculcaría el principio de neutralidad fiscal del sistema del IVA.

El Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Hoge Raad de Nederlanden mediante resolución de 22 de abril de 1998, declaró: El artículo 2 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de

17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los Impuestos sobre el Volumen de Negocios – Sistema Común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme, debe interpretarse en el sentido de que el alquiler de un emplazamiento que se utiliza para la venta de estupefacientes en unas condiciones como las del litigio principal está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

Respecto de operaciones de seguro, ha expresado lo siguiente:por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión que lo dispuesto en la letra a) del punto B del artículo 13 de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede restringir el alcance de la exención de las operaciones de seguro únicamente a las prestaciones efectuadas por los aseguradores autorizados por el Derecho nacional para ejercer la actividad de asegurador.

Con el fin de proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal asumió dilucidar si la explotación ilegal de un juego de azar – ruleta – está comprendida en el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva y si un Estado miembro puede gravar dicha actividad con el Impuesto sobre el Valor Añadido (en lo sucesivo: IVA) cuando la actividad correspondiente efectuada por un casino público autorizado está exenta. Y el Tribunal expresa: como se ha recordado en el apartado 21 de la presente sentencia, de la sentencia Lange antes citada, resulta que el principio de neutralidad fiscal se opone, en materia de percepción del IVA, a una diferenciación generalizada entre transacciones lícitas e ilícitas. De ello se deduce que los Estados miembros no pueden reservar la exención únicamente a los juegos de azar que tengan un carácter lícito.

Recorriendo varios pronunciamientos, el citado autor concluye que en la Unión Europea sí es posible gravar actividades ilícitas, siempre y cuando no se violente el principio de neutralidad fiscal, es decir, son gravables las actividades ilícitas que pueden concurrir en el mercado con actividades lícitas, como por ejemplo mercancías introducidas de contrabando¹⁴.

Constituye un muy interesante tema de investigación que excede el alcance del presente trabajo el análisis minucioso de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

No puedo culminar este trabajo sin mencionar que en **Uruguay**, mi país, está consagrado constitucionalmente el Principio de Igualdad (art. 8) y en el Código Tributario Nacional se dispone, regulando la obligación tributaria que “su existencia no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o contratos o a la naturaleza del objetivo perseguido por las partes en éstos, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas, ni por los convenios que celebren entre sí los particulares”.

4. CONCLUSIONES

1. El Principio de Igualdad constituye un principio general de derecho, el cual ostenta rango constitucional.
2. En materia tributaria en base al Principio de Igualdad de los contribuyentes (de los administrados) ante la ley, a igual capacidad contributiva (impuestos) a igual beneficio (contribuciones especiales) y a idéntico funcionamiento del servicio público (tasas) igual tributación.
3. El hecho generador de la obligación tributaria es la hipótesis normativa prevista en la ley, cuya verificación fáctica determina el nacimiento de la obligación tributaria.
4. La existencia de la obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o contratos o a la naturaleza del objetivo perseguido por las partes en éstos, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas.

14 Ob.cit., pág.71 y ss.

-
5. Se plantea la incidencia que puede tener la configuración del hecho generador de la obligación tributaria en el ejercicio puntual o profesional de actos ilícitos (ilícitos no tributarios) respecto de la existencia (o no) de la obligación tributaria.
 6. Hay quienes sostienen que los actos ilícitos quedan fuera de la tributación por cuanto: a) el legislador tributario sólo prevé las actividades lícitas y b) considerarlas gravadas implicaría la adopción de un criterio saneador y contradictorio con los efectos de la ilicitud en que se ha incurrido y su represión o consecuencias sancionatorias.
 7. La tendencia predominante es la adopción del *Principio de Non Olet*, como proyección y expresión puntual del Principio de Igualdad, en virtud del cual los actos ilícitos no escapan a la tributación, por cuanto: a) el legislador tributario sólo prevé efectos tributarios derivados de la captación de capacidad contributiva, un beneficio especial o el funcionamiento de un determinado servicio, con absoluta prescindencia de la calificación de otra disciplina jurídica privada o pública de dicho evento o del ámbito en el cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria y b) la exclusión de la tributación por la configuración de ilícitos o delitos implicaría la adopción de un criterio de estímulo mediante dispensa, en desmedro del Principio de Igualdad respecto de quien opera en la economía formal, en regla y pagando los tributos que le corresponden.
 8. Sin perjuicio de lo expresado en 7, en el análisis de doctrina y jurisprudencia en el derecho comparado, inclusive en el ámbito de la integración, se puede apreciar lo siguiente:
 - 8.1.No es concebible la exigencia de ilicitud como elemento integrante del hecho generador de la obligación tributaria (no es concebible, por ejemplo, un impuesto al hurto o a la apropiación indebida) y el *Principio de Non Olet* no lo permite ni legitima.
 - 8.2.El *Principio de Non Olet*, como verdadero principio, debe aplicarse tanto cuando el mismo perjudique o beneficie al contribuyente (si un determinado giro está exonerado, el mismo lo está tanto se cuente o no con los permisos habilitantes para su desarrollo; ocurre en materia de seguros, por ejemplo).
 - 8.3.Derivado de los procesos de integración y de armonización tributaria y fundamentalmente respecto del impuesto al valor agregado, ha cobrado especial significación el principio de “neutralidad”, en virtud del cual la afectación directa o indirecta de la “competencia” se ha considerado relevante por el Tribunal Judicial de las Comunidades Europeas para arbitrar sobre la correspondencia o no de la tributación por quienes configuran el hecho generador en un contexto de ilicitud (por ejemplo, en materia de comercialización de estupefacientes y en materia de operaciones de seguros no autorizados).
 - 8.4.En materia de Imposición a la Renta es donde se aprecia una máxima receptividad del *Principio de Non Olet*, verificándose menos cuestionamientos y un mejoramiento de la legislación específica
 - 8.5.La mayoría de la doctrina analizada cuida muy especialmente de que el *Principio de Non Olet* no implique sumar el impacto del incremento patrimonial a efectos fiscales con la figura del decomiso, la cual a su criterio sería excluyente.
 - 8.6.La generación de la obligación tributaria implica que quienes tipifican el hecho generador de la misma en el contexto de una actividad ilícita (ilícito no tributario) sea pasible de la tipificación de infracciones y delitos fiscales (ilícitos tributarios) y de las sanciones correspondientes.

PARTICULARIDADES DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE REPRESENTANTES A DIRECTORES DE SOCIEDADES COMERCIALES

ANDRÉS HESSDÖRFER ROZEN *

1. ALCANCE Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

La amplitud con la que el legislador patrio reguló el instituto de la responsabilidad solidaria de los representantes en el art. 21 del Código Tributario Uruguayo (CTU)¹, nos impone la necesidad de formular una delimitación al objeto de estudio del presente trabajo. Las situaciones comprendidas dentro de la expresión “*representantes legales y voluntarios*” alcanzan a una variedad de sujetos que incluye a padres, tutores, curadores –como hipótesis de representantes legales–, y a todos aquellos sujetos que ejercen la representación de terceros en virtud de un acuerdo de voluntades, como ser el caso de representantes de sociedades comerciales, mandatarios, agentes, y otros.

En virtud de ello, hemos optado por enfocar el análisis únicamente desde la perspectiva de los directores de sociedades comerciales². No se trata de una resolución arbitraria, sino que, por el contrario, pretende centrar la cuestión en el ámbito en el que entendemos este régimen reviste mayor interés; tanto desde el punto de vista jurídico, como del económico. A través de la hipótesis del director de sociedades comerciales, procuraremos destacar los aspectos teóricos y prácticos más relevantes de aquellas situaciones en que los directores deben afrontar el escollo de asumir frente al Fisco la obligación de dar cumplimiento a los adeudos tributarios de la sociedad en forma solidaria.

2. EL DIRECTOR COMO INSTRUMENTO IMPRESCINDIBLE PARA MANIFESTAR LA VOLUNTAD DE SOCIETARIA

Sin ánimo de soslayar de la extensa discusión que en el pasado ha generado la naturaleza de las personas jurídicas, y en particular respecto de su naturaleza de sujeto de derecho independiente³, resulta inobjetable la necesidad del soporte humano, que le permita a la sociedad interactuar y relacionarse con terceros, a los efectos de desarrollar su giro y cumplir con su objeto social. La existencia de una organización jurídica y económica, como es la sociedad comercial durante su etapa de actividad, requiere de personas físicas que constituyan tal organización⁴.

1 *Profesor Aspirante de Derecho Financiero I y II en la Universidad de Montevideo.

Art. 21 del CTU: “*Los representantes legales y voluntarios que no procedan con la debida diligencia en sus funciones, serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias que correspondan a sus representados. Esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubieron actuado con dolo*”.

2 Art. 1 Ley N° 16.060: “*Habrà sociedad comercial cuando dos o más personas, físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca*”.

3 Frente a esta cuestión, se han expuesto dos tesis: la de la ficción, y la de la realidad independiente.

La doctrina, con apoyo legislativo, es conteste en señalar que existen elementos básicos que deben estar presentes para que una persona jurídica constituya un sujeto independiente de los sujetos que la integran, pasible de derechos y obligaciones. Así, está consensuado que debe tratarse de una organización de personas y bienes, con un interés o un fin, contando con el debido reconocimiento del Estado.

SAVIGNY es seguramente el más destacado exponente de la teoría de la ficción. Señala dicho autor que la personería jurídica era el mero resultado de una concesión del legislador, quien creaba artificialmente y con fines específicos un ser con capacidad jurídica, que podía asemejarse a la del sujeto individual.

Por su parte, quienes conciben a la persona jurídica como una realidad independiente, afirman que estos organismos sociales son capaces de ser sujetos de derecho, dado que existen naturalmente, y que el ordenamiento jurídico no hace más que reconocerles tal capacidad, siendo su nacimiento independiente del reconocimiento que le de el Estado. (Vé. CESTAU, Saúl, “*Personas*”, 5ª edición, FCU, Montevideo, 1999, Vol. 1, pág. 32 y ss., y VÉSCOVI, Enrique, “*Introducción al Derecho*”, 20ª edición, BdeF, Buenos Aires, 2001, pág. 83 y ss.)

4 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “*Derecho Societario. Parte General. Los Órganos Societarios*”, Heliasta, Buenos Aires, 1999, pág. 18.

La Ley N° 16.060, de Sociedades Comerciales (LSC), distingue la función de administración de la función de representación, más allá que, como regla general, ambas confluyen en el mismo órgano⁵. Conceptualmente, es posible distinguir la función de administración de la de representación de la siguiente manera: mientras que la primera supone la gestión diaria de los negocios sociales, así como la toma de decisiones -gestión interna de la sociedad-, la segunda implica un contacto con el ámbito externo, exteriorizando la voluntad societaria. Así, podemos afirmar que la función de representación se caracteriza fundamentalmente por la realización de conductas constitutivas de actos jurídicos imputables a la sociedad, mientras que la de administración tiene como atribución principal la adopción de decisiones⁶. Desde la óptica del Derecho Civil, afirma GAMARRA que el rasgo distintivo de la representación es la eficacia directa que el obrar del representante tiene sobre el patrimonio del representado⁷. De este modo, podemos apreciar claramente dos ámbitos: el del representado, que verá afectado su patrimonio por los actos llevados a cabo por el representante; y el del representante, que comprometerá un patrimonio ajeno, perteneciente a su representado⁸.

OLIVERA GARCÍA sintetiza con meridiana claridad la referida distinción al afirmar que: “[p]or administración cabe entender la gestión interna de la sociedad, en virtud de la cual se toma decisión sobre los asuntos sociales. La representación, en cambio, implica la manifestación externa de la voluntad social. La exteriorización del querer social (...)”⁹. En definitiva, la función de administración será aquella destinada a formar la voluntad, mientras que la función de representación será la que permitirá exteriorizarla¹⁰.

Funciones de administración y representación confluyen a menudo en la figura del director, sujeto que en razón de su particular posición institucional, le corresponde ejercer funciones de “dirección, de control de los procesos económicos, financieros y comerciales de la sociedad que administran y en consecuencia, tareas y cometidos de diversa naturaleza que en ocasiones se concretan en la propia ley y en otros casos se conectan a los deberes inherentes al cargo, que se materializan en la promoción y ejecución de nuevas operaciones y relaciones jurídicas con terceros y socios”¹¹. Dada esta convergencia, y amplitud de tareas desarrolladas, es que hemos centrado nuestro interés en la figura del director de sociedades comerciales.

3. RESPONSABLES TRIBUTARIOS

De manera de proseguir un orden lógico en el análisis del tema de estudio, corresponde introducir el fenómeno de los responsables tributarios, señalando sus características, los fines perseguidos mediante su designación, y las particularidades que emergen del caso en cuestión.

3.1. Naturaleza de la obligación del responsable en materia tributaria

A menudo nos encontramos con definiciones de responsable, formuladas a partir de sus diferencias con el contribuyente, en lugar de centrarse en sus rasgos propios. En efecto, nuestro derecho positivo provee una definición de responsable como “la persona que sin asumir la calidad de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones de pago y los deberes formales que corresponden a aquél (...)”¹².

5 Art. 79, inc. 1º, LSC.

6 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Derecho Societario. Parte General. Los Órganos Societarios” cit., pág. 576.

7 GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, 4ª edición, FCU, Montevideo, 2005, Tomo I, pág. 16. El citado autor entiende que el fundamento se refleja en el art. 1254 del Código Civil Uruguayo, que dispone: “El contrato que hiciere una persona a nombre de otra estando facultado por ella o por la ley, producirá respecto del representado, iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

8 BERRO, Federico, “Responsables Tributarios”, AMF, 1990, pág. 13.

9 OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “Responsabilidad Tributaria de los Directores de Sociedades Anónimas”, en La Justicia Uruguaya, 1980, Tomo LXXXI, pág. 353.

10 ARAMBEL, Nancy, en “Análisis Exegético de la Ley 16.060 Sociedades Comerciales”, obra dirigida por GAGGERO, Eduardo, PÉREZ IDIARTEGARAY, Saúl y RIPPE, Siegbert, FCU, Montevideo, 1992, Tomo I, pág. 75 a 77.

11 VENTURINI, Beatriz y RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita, “Nuevamente sobre la naturaleza de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas frente a terceros”, en La Justicia Uruguaya, Tomo CXXXV, 2007.

12 Art. 19 CTU.

Siguiendo esa línea argumental, encontramos definiciones doctrinarias que señalan que, mientras el contribuyente es obligado por deuda propia, el responsable lo es por deuda ajena. En este sentido, sostiene BLANCO que es posible formular una división de criterios, distinguiendo entre quienes sostienen que la nota diferencial entre contribuyente y responsable se encuentra en la propiedad o ajenidad de la deuda, y aquellos que entienden que la distinción radica en el presupuesto de hecho de la deuda de cada uno¹³.

Conforme a la tesis de VALDÉS COSTA, existe un único elemento diferenciador entre contribuyente y el responsable, que es la naturaleza de la responsabilidad. Mientras que el contribuyente sería responsable por deuda propia, el responsable lo sería por una deuda ajena¹⁴. Este criterio es recogido por la Ley Fiscal Argentina (LFA), que distingue a texto expreso entre responsables por deuda propia y responsables por deuda ajena¹⁵. No obstante, el destacado tributarista argentino GIULIANI FONROUGE se ha apartado de la terminología de la LFA, designando con la expresión responsable a todas aquellas personas que por mandato de la ley están obligadas al cumplimiento de la prestación tributaria sin ser deudores de la obligación¹⁶.

En este último sentido, FERREIRO LAPATZA entiende que el nacimiento de la obligación del responsable requiere la realización de dos presupuestos de hecho diferentes. El presupuesto de hecho del que deriva la obligación tributaria del contribuyente, y el presupuesto de hecho del que deriva para el responsable la obligación responder solidaria o subsidiariamente por tal obligación¹⁷. En consonancia, SHAW define al contribuyente como aquel sujeto que está vinculado naturalmente al hecho generador, y al responsable como aquel cuyo vínculo depende exclusivamente de la designación legislativa¹⁸.

Desde nuestra óptica, entendemos que la distinción entre “propiedad” y “ajenidad” de la deuda es jurídicamente inexacta, aunque resulta una manera práctica y gráfica de describir la situación en que se encuentra cada deudor. Sostenemos que es imprecisa desde el punto de vista jurídico, en virtud de que ambas deudas –la del contribuyente y la del responsable– sólo pueden catalogarse como propias. La diferenciación entre la obligación de uno y otro deudor radica en el presupuesto de hecho. En el caso del contribuyente, dicho presupuesto será el acaecimiento del hecho generador del tributo, mientras que para el responsable será la ley –y las condiciones que ésta establezca– que lo declaren como tal.

En todo caso, podríamos referirnos a obligaciones conexas, donde la obligación del contribuyente es principal, y la del responsable accesoria. De esta manera, y por regla general de derecho¹⁹, extinguida por cualquier motivo la obligación principal, se extinguirá la obligación del responsable. Si fuere el responsable quien diera cumplimiento de la obligación, éste contará con el derecho de repetición frente al contribuyente²⁰.

3.2. ¿Qué fin persigue la designación de responsables tributarios?

Entendemos que el objetivo trazado con la designación de responsables tributarios - solidarios en este caso - determinados por la ley²¹ es nada más ni nada menos que la tutela del crédito fiscal. Esta afirmación la realizamos en el entendido que la norma por la cual se designa a un sujeto como responsable provoca dos grandes efectos, los cuales redundan en un beneficio para la tarea recaudatoria.

13 BLANCO, Andrés, “Los agentes de retención y de percepción en el Derecho Uruguayo”, en Revista Tributaria N° 166, IUET, Tomo XXIX, Numero 166, enero – febrero 2002, Pág. 6 y ss.

14 VALDÉS COSTA, Ramón, “Curso de Derecho Tributario”, 2ª edición, Depalma - Temis - Marcial Pons, Buenos Aires - Santa Fe de Bogotá - Madrid, 1996, pág. 313.

15 Arts. 5 y 6 de la ley N° 11.683 de la República Argentina.

16 GIULIANI FONROUGE, Carlos M., “Derecho Financiero” Depalma, Buenos Aires, 1965, Vol. 1, pág. 376.

17 FERREIRO LAPATZA, José Juan, “Curso de Derecho Financiero Español”, 15a edición, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 386.

18 SHAW, José Luis, “Impuesto al Valor Agregado. Hecho Generador”, Acali, Montevideo, 1978, pág. 21.

19 El artículo 1251 del CC, siguiendo la regla romana “*accessorium sequitur principale*” dispone: “El contrato se llama principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”.

20 La parte final del art. 19 del CTU consagra, entendemos que de manera meramente declarativa, el derecho de repetición. Sostengo el carácter declarativo, en razón de que la propia naturaleza de la obligación del responsable otorgaría este derecho.

21 Nuestra legislación recoge el principio que limita la responsabilidad solidaria a los casos que las partes así lo establecieran, o que la ley lo determinase. Dicho precepto puede apreciarse en el art. 1391 del CCU, así como en el art. 20 del CTU.

En primer lugar, promueve el desempeño diligente del cargo. Entendemos que, si en el ejercicio de sus funciones, el responsable es conciente que su actuar puede comprometer su patrimonio personal, y no exclusivamente el de la sociedad, habrá de ser más cauteloso en la toma de ciertas decisiones, elevando significativamente el nivel de diligencia en el desarrollo diario de sus tareas.

En segundo lugar, destacamos el fin clásico de la responsabilidad solidaria: la garantía que para cualquier acreedor constituye la posibilidad de exigir la totalidad del crédito tanto a su deudor, como a un sujeto ajeno a la relación al momento de contraerse la obligación²². Resulta claro que la alternativa de reclamar indistintamente al contribuyente y al responsable solidario colabora a mitigar los riesgos generados por deudores insolventes. De esta manera, la tarea recaudatoria se torna más eficiente, elevándose las posibilidades de lograr la íntegra satisfacción del crédito²³. La designación de responsables solidarios permite que la Administración determine según su conveniencia a quién reclamar, desentendiéndose de la dilucidación de las relaciones internas entre contribuyente y responsable, y la eventual repetición de lo pagado. En efecto, la Administración Fiscal no está obligada a dirigirse en vía principal al sujeto pasivo y subsidiariamente al responsable, sino que es libre para hacer valer su pretensión contra uno u otro o contra ambos al propio tiempo. Asimismo, la liquidación del impuesto llevada a cabo frente a uno de ellos produce todos sus efectos también respecto al otro²⁴.

3.3. Cualidades a las que deben atenderse para la designación del responsable tributario

Ya expuestos los fundamentos que motivan la designación de responsables tributarios, corresponde ahora estudiar los elementos que habrán de ser ponderados en el sujeto designado, de manera de nombrar a aquel que resulte más conveniente para los intereses recaudatorios del Estado. En este caso, la designación no estará signada por el criterio rector de la capacidad contributiva, sino por parámetros diversos, entre los que se destacan los nexos jurídicos o económicos que posee con el destinatario legal tributario²⁵, elementos que se aprecian con claridad en la particular situación que nos disponemos analizar.

Asimismo, debemos considerar la designación del responsable como consecuencia del riesgo de insolvencia del contribuyente, sea este por mala administración, o por fraude. En adición, sostiene VALDÉS COSTA que el fundamento también se encuentra relacionado con el deber de todo representante de dar cumplimiento a las obligaciones de sus representados que la ley o el contrato ponen a su cargo, so pena de responder frente a su representado²⁶.

3.4. Derecho de repetición

Debe destacarse aquí que, por regla general, y sin perjuicio del estudio particular enfocado en la responsabilidad del art. 21 del CTU que realizaremos más adelante, el sujeto designado responsable que da cumplimiento a la obligación del contribuyente tiene derecho a ser resarcido. Según ha sido sostenido, el pago del responsable solidario produce un enriquecimiento injusto en el contribuyente que se libera, frente a la Administración, de una deuda que, según la ley, debía ser satisfecha por éste último²⁷. Es por ello que el responsable tiene siempre el derecho esencial a ese resarcimiento por cualquier medio jurídico: repercusión,

22 La solidaridad en la deuda, o solidaridad pasiva, lejos está de constituir una novedad. Sus orígenes pueden encontrarse en los casos de plures rei promittendi del Derecho Romano, referidas también por los autores como obligaciones correales. Se trata pues de obligaciones "en que existiendo pluralidad de acreedores o deudores, cualquiera de aquellos puede, en virtud de una cláusula del acto que le dio origen o de una disposición de la ley, exigir de cualquiera de los últimos, el cumplimiento íntegro de la prestación". (Así, CARAMES FERRO, José M., "Curso de Derecho Romano", 10ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976, págs. 95 y 96).

23 GIANINNI, Achille Donato, "Instituciones del Derecho Tributario", Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957, pág. 124; FERREIRO LAPATZA, José Juan, "Curso de Derecho Financiero Español" cit., pág. 386; GIULIANI FONROUGE, Carlos M., "Derecho Financiero" cit., pág. 376; OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "Responsabilidad Tributaria de los Directores de Sociedades Anónimas" cit.

24 GIANINNI, Achille Donato, "Instituciones del Derecho Tributario" cit., pág. 126.

25 VILLEGAS, Héctor B., "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", 8ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 337.

26 VALDÉS COSTA, Ramón, "Curso de Derecho Tributario" cit., pág. 335 y 336.

27 FERREIRO LAPATZA, "Curso de Derecho Financiero Español" cit., pág. 387.

retención, percepción, repetición –aunque la ley no lo establezca- por la indiscutible razón de que se trata de una responsabilidad por una deuda que, en principio, no le es suya²⁸.

Como ya hemos mencionado, entendemos que el derecho de repetición surge de la accesoriedad de la obligación, y no de la ajenidad de la deuda.

4. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE REPRESENTANTES: ANÁLISIS DEL ART. 21 DEL CTU Y SU APLICACIÓN A LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES COMERCIALES

4.1. Elementos contenidos en el art. 21 del CTU

El texto del art. 21 del CTU nos provee varios elementos que tornan la responsabilidad solidaria de representantes en un régimen particular de responsabilidad tributaria, el cual merece un análisis pormenorizado desde la aplicación a la dinámica societaria.

El art. 21 del CTU impone responsabilidad solidaria a aquellos representantes legales o voluntarios que no procedan con la debida diligencia en las obligaciones tributarias que corresponden a sus representadas. La extensión de la responsabilidad estará limitada al valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubieren actuado con dolo.

Del texto legal entendemos que emanan cuatro elementos medulares para la aplicación del régimen del art. 21 del CTU a los directores de sociedades comerciales, a saber: a) alcance del concepto de representantes; b) criterios para determinar la debida diligencia; c) limitación de la responsabilidad; y d) derecho de repetición. Asimismo, corresponde amalgamar éste régimen particular con las disposiciones generales contenidas en el art. 19 del CTU, así como las normas de responsabilidad previstas en la LSC para los directores de sociedades comerciales.

4.2. Representantes

De manera de ceñirnos al objetivo planteado primeramente, no ahondaremos en la representación como instituto general, sino en la presencia de dicha facultad dentro del espectro atribuciones que le caben al director de sociedades comerciales. Con ello, mantenemos a un lado a los representantes legales, así como a otras especies de representante contractual.

Considerando que existen diversas formas de desempeñar los cargos dentro del directorio de una sociedad comercial, corresponde analizar cuáles son aquellas hipótesis que quedan comprendidas dentro del concepto de representantes, empleado por el legislador al regular la responsabilidad solidaria en el art. 21 del CTU.

En lo que resultó un apartamiento de la redacción provista por el art. 28 del Modelo de Código Tributario para América Latina (MCTAL)²⁹, el legislador nacional dio un giro más genérico al sujeto alcanzado por la norma. Mientras que el MCTAL formula un listado que incluye a directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad reconocida, el CTU se limitó a referirse a “*representantes legales y voluntarios*”.

Esta divergencia entre el MCTAL y el art. 21 del CTU ha dado lugar al surgimiento de dos posiciones doctrinarias: una minoritaria, que entiende que basta con revestir el cargo de director para estar alcanzado

28 VALDÉS COSTA, Ramón, “Curso de Derecho Tributario” cit., pág. 313.

29 El art. 28 del MCTAL, fuente inmediata del art. 21 del CTU, dispone: “*Son responsables solidarios en calidad de representantes: 1) Los padres, los tutores y los curadores de los incapaces; 2) Los directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad reconocida; 3) Los mandatarios, respecto de los bienes que administren y dispongan; 4) Los síndicos de quiebras o concursos, los liquidadores de las sociedades en liquidación, los administradores judiciales o particulares de sucesiones.*”

La responsabilidad establecida en este artículo se limita al valor de los bienes que se administren, a menos que los representantes hubieran actuado con dolo. Dicha responsabilidad no se hará efectiva si ellos hubieran procedido con la debida diligencia.”

por el art. 21 del CTU, y otra, mayoritaria, que por el contrario, afirma que no es suficiente detentar el cargo, sino que necesariamente deben encontrarse presentes facultades efectivas de representación.

La primera tesis afirma que no existen antecedentes que indiquen que el legislador uruguayo haya pretendido apartarse de la solución provista en el MCTAL, en la cual los directores de personas jurídicas calificaban como responsables, sin hacer referencia a su legitimación para manifestar la voluntad societaria frente a terceros. En este mismo sentido, sostienen que, en la medida que las decisiones de la sociedad son tomadas en forma conjunta, tanto por los directores que gozan de facultades de representación como por los que no, no existe razón alguna para reposar la responsabilidad solidaria por las obligaciones tributarias únicamente sobre los primeros³⁰.

En sentido contrario, la doctrina mayoritaria –con amplio recibo jurisprudencial–, sostiene que los directores de sociedades comerciales responden solidariamente únicamente en la medida en que tengan atribuida la representación voluntaria de la sociedad. Dicha teoría parte de la inferencia que puede realizarse de la intención del legislador, cuando resolvió apartarse del texto del MCTAL. Sin perjuicio de ello, no surge de las transcripciones de las discusiones parlamentarias referencia alguna respecto de esta cuestión. Sin perjuicio, en tesis a la cual adherimos, entienden que será necesario que se confiera la facultad de representación, sea por estatutos, o por acta de asamblea –ordinaria o extraordinaria en su caso–, posibilitando así al director actuar en nombre de la sociedad, relacionándose y obligándola frente a terceros. Por ende, no bastaría con integrar el directorio para estar alcanzado por el art. 21 del CTU, sino que dicho supuesto debe necesariamente verificarse de modo conjunto con la facultad de representación, que es la que, en definitiva, podrá hacer incurrir a la sociedad en el incumplimiento de obligaciones tributarias³¹.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), ha sido constante en sus fallos en el sentido de dispensar de responsabilidad solidaria a directores “aparentes”³². El TCA ha entendido que el mero hecho de encontrarse registrado como miembro del órgano directivo de una sociedad ante el Fisco no es elemento suficiente para ser responsabilizado bajo el art. 21 del CTU, siendo improcedente el reclamo en forma solidaria en los casos en que el director no ha sido investido de facultades de representación, ni ha tenido participación efectiva en la formación y manifestación de la voluntad de la sociedad³³.

En definitiva, entendemos acertado y fundamentalmente razonable admitir la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria del art. 21 del CTU únicamente en los casos en que confluyan las cualidades de director y representante, por ser esta la solución que emerge del tenor literal de la norma. Teniendo especialmente en consideración la naturaleza aflictiva de éste régimen de responsabilidad, la interpretación de su alcance debe ser estricta. Por ello, si el texto refiere a “*representantes legales y voluntarios*”, resulta inapropiado extender la aplicación a sujetos que, ocupando cargos similares, no tienen facultades de expresar la voluntad de la sociedad, ni a obligarla frente a terceros.

4.3.1. Debida diligencia

Como fuera expresado, el art. 21 del CTU aplica a todos los casos en que el actuar del representante no esté embebido de la diligencia debida. Sin embargo, la norma hace un distinguo entre dos hipótesis alternativas: culpa y dolo. La actuación de una u otra manera determinará la extensión de la responsabilidad del representante. Si fuere con culpa, la responsabilidad estará ceñida al valor de los bienes administrados o de que disponga; y si fuere con dolo, la responsabilidad será ilimitada. Hete aquí la importancia de delimitar con precisión ambos conceptos. En efecto, si bien la violación de las leyes, estatutos o reglamentos sociales

30 En este sentido se han pronunciado OLIVERA GARCÍA, NOBOA y MAZZ. Vé. OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “Responsabilidad Tributaria de los Directores de Sociedades Anónimas” cit., NOBOA, Rafael, “La Responsabilidad Tributaria de los Administradores de Sociedades comerciales en la Legislación Uruguaya”, en Revista de Derecho Tributario, IUET N° 20, 1977, pág. 789; y MAZZ, Addy, “Curso de Derecho Financiero y Finanzas”, FCU, Montevideo, 1991, 3ª edición, pág. 246.

31 VALDÉS COSTA, Ramón, VALDÉS DE BLENGIO, Nelly y SAYAGUÉS ARECO, Eduardo, “Código Tributario de la República Oriental del Uruguay – Comentado y concordado”, 5ª edición, FCU, Montevideo, 2002, pág. 283.

32 No nos referimos aquí al criterio de aparente en los términos del art. 53 de la LSC, sino al caso de un individuo que figura como representante, sin ejercer en la vía de los hechos tal cargo.

33 Vé. jurisprudencia compilada en VALDÉS COSTA, VALDÉS DE BLENGIO Y SAYAGUÉS ARECO, “Código Tributario de la República Oriental del Uruguay – Comentado y concordado” cit., págs. 290 y 291.

apareja la responsabilidad civil de la sociedad, son los encargados de representarla quienes deben responder por los perjuicios, en virtud de ser éstos quienes forman la voluntad de la sociedad y la manifiestan frente a terceros³⁴.

En lo que refiere a culpa, debemos tener presente que, por tratarse de un estándar jurídico, su contenido es dinámico y dependerá tanto de circunstancias de hecho, como de los sujetos a los cuales se pretenda calificar, por lo que resulta imposible aplicar un patrón único a todos los sujetos alcanzados por el art. 21 del CTU. Para los directores de sociedades comerciales, entendemos que las exigencias de cuidado deben apreciarse en función de dicha profesión y de las normas que la rigen. Así, entendemos debe recurrirse a la LSC, cuyo texto sienta pautas de conducta para directores y administradores, exigiéndoles que obren de manera leal, y con la diligencia de un buen hombre de negocios³⁵.

La diligencia del buen hombre de negocios entraña un *plus* respecto de la diligencia del buen padre de familia, en razón de tratarse de alguien conocedor de los negocios, que hace de ese cargo su profesión habitual³⁶, y del cual se presupone capacidad técnica, experiencia y conocimientos³⁷. A nuestro entender, dentro del amplio elenco de factores que el director debe atender en función de su cargo y profesión, se encuentra la adecuada gestión tributaria de la sociedad³⁸. Ello, sin perjuicio de que la tarea la desarrolle directamente el director, o en caso de no contar con los conocimientos necesarios en la materia, recurra al asesoramiento de terceros. En todo caso, deberá ocuparse y, por qué no, preocuparse de la misma.

Algo más dificultosa puede resultar la determinación de la hipótesis de dolo. Entendemos que, a tales fines, debe atenderse a la naturaleza del vínculo que existe entre el Fisco y el contribuyente, de manera de sentar el criterio con el cual debe ser aplicado a la situación planteada. La obligación tributaria es definida por nuestra legislación como *“el vínculo de carácter personal que surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el presupuesto de hecho previsto en la ley”*³⁹. Más allá de sus particularidades –las cuales indudablemente deben ser ponderadas– resulta evidente que el CTU considera el concepto de obligación como parte del ámbito de la teoría general del derecho, y no de ninguna rama en particular⁴⁰. Consecuentemente, el dolo debe ponderarse bajo los mismos parámetros que son empleados en sede de responsabilidad contractual para el caso de incumplimiento de cualquier obligación, por encontrarnos ontológicamente frente a una situación de idéntico carácter⁴¹.

De este modo habrá dolo, y consecuentemente extensión ilimitada de la responsabilidad, en aquellos casos en que surja con claridad que el director tuvo la voluntad de no dar cumplimiento a la obligación tributaria que la ley ha puesto a cargo de la sociedad. Entendemos que la intencionalidad es el elemento diferenciador entre una hipótesis de culpa y una de dolo⁴². Discrepamos con que se limite esta hipótesis, o que sea asimilada al

34 PÉREZ FONTANA, Sagunto F., “Manual de Sociedades Anónimas”, FCU, Montevideo, 1983, pág. 156.

35 Art. 83 de la LSC.

36 MERLINSKY, Ricardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, 2ª edición, Carlos Álvarez, Montevideo, 2008, pág. 63.

37 HALPERIN, Isaac, y OTATEGUI, Julio, “Sociedades Anónimas” 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 549.

38 Criterio recogido en las Recomendaciones de la VIII Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario de Lima, 1977.

39 Art. 14 CTU: “(Obligación tributaria).- La obligación tributaria es el vínculo de carácter personal que surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el presupuesto de hecho previsto en la ley.

Le son aplicables las normas propias o específicas en la materia, correspondiendo las del derecho privado, en caso de disposición expresa o subsidio.

Su existencia no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o contratos o a la naturaleza del objetivo perseguido por las partes en éstos, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas, ni por los convenios que celebren entre sí los particulares.

Se consideran también de naturaleza tributaria las obligaciones de los contribuyentes, responsables y terceros, referentes al pago de anticipos, intereses o sanciones, o al cumplimiento de deberes formales”.

40 VALDÉS COSTA, VALDÉS DE BLENGIO Y SAYAGUÉS ARECO, “Código Tributario de la República Oriental del Uruguay – Comentario y concordado” cit., pág. 249.

41 En este sentido, GAMARRA afirma: “la responsabilidad contractual es aquella que proviene del incumplimiento de cualquier obligación, aunque no tenga por fuente el contrato. Por consiguiente la terminología no resulta del todo adecuada; es mejor hablar de ‘responsabilidad por el incumplimiento de una obligación’ (...).” GAMARRA, Jorge, “Responsabilidad Contractual. I. El Incumplimiento”, 1ª edición, FCU, Montevideo, 1996, págs. 8 y 9.

42 GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo” cit. Tomo XVII, Vol.1, pág. 203.

dolo en materia infraccional⁴³. Consecuentemente, no será necesaria en este caso la realización de maniobras tendientes a evadir injustificadamente el pago de tributos, pues es debido diferenciar el ámbito de aplicación del derecho tributario material, del ámbito en el cual resulta aplicable el derecho tributario infraccional.

4.3.2. La excepción al régimen del art. 21 del CTU: art. 95 del Título 4° del Texto Ordenado de la DGI de 1996

Como singular excepción al régimen general de responsabilidad previsto en el art. 21 del CTU, resulta oportuno señalar lo preceptuado en sede de Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas (IRAE), régimen que proviene del ya derogado Impuesto a la Renta de la Industria y Comercio (IRIC), anterior al CTU⁴⁴. Dicha norma dispone que los socios de sociedades personales, o directores de sociedades contribuyentes responden solidariamente por las obligaciones derivadas del IRAE en cabeza del contribuyente, sin referir de modo alguno a la negligencia del responsable. Como es posible apreciar, se trata de un régimen que se aparta de la solución general prevista en el art. 21 del CTU.

La convivencia de estos dos sistemas en nuestro derecho nos plantea la disyuntiva entre la conveniencia de un régimen de responsabilidad subjetiva o uno de responsabilidad objetiva. Para valorarlo de manera apropiada, debemos apreciar cuáles son los beneficios y perjuicios que ambos aparejan tanto para el Fisco como para el responsable solidario.

Desde la perspectiva del ente recaudador, podría afirmarse que un régimen de carácter objetivo es más beneficioso, puesto que provee a la Administración de un sujeto más a quien reclamar, sin la necesidad tener que acreditar ningún tipo de conducta por parte del director. Empero, entendemos que existen argumentos suficientes para inclinarse a favor de un régimen de responsabilidad subjetiva, el cual habrá de redundar en resultados beneficiosos para ambas partes.

En primer lugar, responsabilizar únicamente cuando el actuar es negligente, puede constituir un estímulo más para que el director actúe de manera apropiada, ya que en el obrar diario procurará realizar sus tareas de manera tal de resultar exento de responder personalmente por las obligaciones de la sociedad. No podemos imaginar perjuicio semejante para el Fisco que un director desinteresado en el pago de los tributos de la sociedad, por ser éste conciente que la diligencia empleada no será ponderada. Ante una situación de crisis empresarial, en la que sea imposible cumplir con todos los acreedores, la no consideración de la diligencia empleada parece apta para provocar desinterés en el director de dar cumplimiento a los adeudos tributarios, priorizando el pago de otros créditos que le permitan seguir operando.

En segundo lugar, los regímenes de responsabilidad objetiva, que comprometen el patrimonio de los sujetos responsables, desestiman a los profesionales de mayor capacidad. Parece razonable que un sujeto altamente calificado no esté dispuesto a asumir riesgos de semejantes dimensiones, en los que la determinación de su responsabilidad estará desprovista de toda consideración respecto de la corrección, rectitud, pericia y prudencia de su obrar.

Por último, y como consecuencia natural de lo anterior, los únicos sujetos que estarían dispuestos a asumir tales condiciones serían los de menor capacidad, o, lo que puede ser peor aún para los intereses del Fisco, los insolventes. Es probable que quien no tenga nada por perder sea más propenso a asumir riesgos de semejantes dimensiones⁴⁵.

En suma, entendemos que los beneficios de un régimen de responsabilidad subjetiva son ostensibles. Lamentablemente, el legislador no tomó la excelente oportunidad que la reforma tributaria aprobada en 2006 le brindó para unificar el régimen de responsabilidad, adecuando toda la legislación a las disposiciones del

43 Tesis esgrimida por BERRO (Vé. BERRO, Federico, "Responsables Tributarios" cit., pág. 43).

44 Art. 95 del Título 4° del Texto Ordenado de la DGI de 1996: "(Responsabilidad solidaria): Los socios de sociedades personales o directores de sociedades contribuyentes, serán solidariamente responsables del pago del impuesto". Esta redacción proviene del decreto-ley N° 14.252 de 22 de agosto de 1974, y el antiguo Título 4° del Texto Ordenado de la DGI. La posterior aprobación del CTU, con un régimen diametralmente opuesto, generó incertidumbre y posiciones encontradas respecto a la vigencia de esta norma, o a su eventual derogación tácita por el CTU. La Reforma Tributaria aprobada en 2006 por la Ley N° 18.083 zanjó la discusión, conviviendo en la actualidad ambos regímenes.

45 En este sentido, LOAIZA KEEL, Carlos, "La responsabilidad tributaria de los socios y directores: interpretación jurídica orientada política y económicamente" en "Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales", FCU, Montevideo, 2006, pág. 341.

CTU. Por el contrario, “revitalizó” el régimen introducido en nuestra legislación por el IRIC, zanjando toda duda respecto de su vigencia.

4.4. Limitación de la responsabilidad

La responsabilidad solidaria que puede caberle al director de una sociedad comercial podrá encontrarse limitada en su cuantía, y estará ceñida a un determinado período de tiempo.

4.4.1. Limitación cuantitativa

Como mencionáramos, el quantum de la responsabilidad solidaria del art. 21 del CTU estará limitado o no en función del actuar del director. Mientras que en los casos en que haya culpa la responsabilidad estará acotada, responderá ilimitadamente por las obligaciones de la sociedad si hubiese actuado con dolo. Podemos apreciar aquí la trascendencia de la apropiada determinación del alcance de uno y otro concepto, en virtud de que éste será el fundamento para asentar o no una limitación a la cuantía de la responsabilidad del director.

El legislador estableció como límite a la responsabilidad personal del director en los casos de culpa el valor de los bienes que administre o que disponga. Esta reseña al valor de los bienes no es más que un límite que discrecionalmente ha establecido el legislador, comprometiendo en todos los casos el patrimonio del director. Una vez verificados los extremos del art. 21 del CTU, responderá solidariamente con su patrimonio, tal como lo indica su naturaleza de sujeto designado responsable solidario. En efecto, de haber cumplido en tiempo y forma, el director hubiese empleado legítimamente fondos de la sociedad.

En este sentido, será imprescindible determinar cuál es el valor de los bienes, y cuáles son aquellos bienes que se consideran que dispone el director; extremos que no fueron resueltos expresamente por el art. 21 del CTU. La norma no nos brinda régimen alguno de valuación, ni precisiones respecto al alcance de la expresión “*de que disponen*”, imprescindible para establecer un mojón en el límite cuantitativo por el que deberá responder solidariamente el director.

Desde nuestra perspectiva, entendemos pertinente hacer un análisis finalista de la norma. De este modo, el art. 21 del CTU propone tener en consideración la actitud del representante, lo cual resulta evidenciado por la divergencia de soluciones para el caso de culpa respecto del de dolo. En este sentido, entendemos que en los casos de culpa, deberán tenerse en cuenta aquellos bienes de los cuales el director hubiese podido disponer para el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad; sea dinero, o en su caso, bienes de relativamente sencilla realización. Bajo esta postura, debemos excluir de los bienes que determinarán la limitación, activos intangibles como el valor llave, autorizaciones gubernamentales, derechos de propiedad intelectual, entre otros, aún cuando se traten de un patrimonio relevante de la empresa. El justificativo a esta posición, es que director jamás hubiese podido disponer de ellos para cumplir en tiempo y forma la obligación tributaria de la sociedad.

Una última cuestión relativa a los bienes gira en torno al valor que debe asignárseles. Ante la ausencia de previsiones en el art. 21 del CTU, entendemos que en primer lugar deberá atenderse a las normas particulares de valuación que puedan surgir del impuesto adeudado⁴⁶. De no contar la norma tributaria con disposiciones de esa índole, deberá considerarse el valor que surja de los balances de la sociedad, formulado acorde a las normas contables adecuadas⁴⁷. En caso de que existiera objeción de cualquier naturaleza respecto al valor que le fuera asignado por la sociedad, podrá en todo caso recurrirse una pericia contable que determine el valor de mercado de los bienes.

4.4.2. Limitación temporal

El criterio temporal, necesario para la determinación de cuáles tributos quedan comprendidos en éste régimen responsabilidad, es otro aspecto relevante que no fue resuelto de forma expresa por el legislador. La Dirección General Impositiva (DGI) entiende que la responsabilidad solidaria del director alcanza a todos los tributos que se hubieren devengado durante su gestión. Por el contrario, el Tribunal de lo Contencioso

46 Así, el IRAE, en sus arts. 30 a 37 establece normas específicas de valuación. Lo mismo ocurre con el Impuesto al Patrimonio (PAT), que ofrece normas de valuación para personas físicas (art. 9), y para personas jurídicas (art. 15), remitiéndose este último a las disposiciones del IRAE.

47 Vé. arts. 87 a 103 de la LSC

Administrativo (TCA), en tesis compartida por la doctrina mayoritaria, sostiene que el director es responsable únicamente por los tributos que fueran exigibles durante su gestión, prescindiendo del momento en que acaeció el presupuesto fáctico previsto por la norma tributaria. Esto es, será responsable aquel director que poseía facultades de representación al momento en que la obligación tributaria debió ser pagada, y no aquel que ejercía el cargo cuando el hecho generador se verificó⁴⁸.

Por nuestra parte, adherimos plenamente a la última tesis, en el entendido que el acaecimiento del presupuesto de hecho normativo no guarda relación alguna con el actuar del director, lo cual es premisa fundamental para la aplicación del régimen de responsabilidad del art. 21 del CTU. La diligencia del director en el cumplimiento de obligaciones tributarias puede apreciarse únicamente cuando dichas obligaciones resultan exigibles, y no en un momento previo y ajeno a él, como lo es la verificación del hecho generador. Consecuentemente, los tributos que resultarán incluidos en el marco de la responsabilidad del art. 21 del CTU son aquellos que fueren exigibles durante la gestión del director, aunque éste no hubiera participado en los hechos que dieron lugar al nacimiento de la obligación tributaria.

4.5. Derecho de repetición

Como señaláramos anteriormente, el CTU proclama expresamente el derecho de repetición del responsable que da cumplimiento a las obligaciones de su representada. Sin embargo, existen ciertas particularidades en el caso que nos ocupa, que lo hacen merecedor de una reflexión puntual respecto de la procedencia del derecho del director a resarcirse.

En función de nuestra posición acerca de los parámetros que debemos emplear para apreciar la diligencia exigida a los directores por el art. 21 del CTU, es que corresponde analizar las normas de conducta previstas en la LSC para directores de sociedades comerciales. Frente al esquema de competencia amplia que propone la LSC, apenas pautada por la genérica referencia a la “*gestión de los negocios sociales*”⁴⁹, la responsabilidad no puede quedar limitada o acotada de principio, como sí ocurre en el caso de los accionistas asambleístas. Este esquema no se limita únicamente a responsabilizar por la trasgresión de normas legales y estatutarias. Por el contrario, considera también la actuación comercial de los directores mediante estándares como el deber de lealtad y el deber de debida diligencia comercial, sancionando con responsabilidad cuando se infringen estos deberes, definiendo estas hipótesis como “*faltas de gestión*”⁵⁰.

La importancia del régimen de responsabilidad de los directores de sociedades comerciales no radica en su aplicación efectiva, sino en su efecto preventivo, ya que éste aumenta el cuidado en el manejo de los negocios societarios, y colabora a reflexionar ante la tentación de postergar los intereses de la sociedad en beneficio de los propios⁵¹.

Ahora bien, considerando las exigencias de conducta que el director tiene frente a la sociedad, y que la aplicación del art. 21 del CTU está condicionada a un actuar inapropiado, ¿podemos igualmente afirmar que los directores poseen derecho de repetición en este caso?

La respuesta a esta interrogante debemos buscarla en el contenido de la obligación por la cual responde el director en virtud del art. 21 del CTU, y en su adecuada interpretación en función de la naturaleza del régimen.

Ésta responsabilidad frente al Fisco comprende únicamente la obligación tributaria de la sociedad representada entendida en sentido estrictamente material⁵². Así lo sostiene nuestra doctrina más destacada, en el entendido que la

48 Para este punto, vé. BERRO, Federico, “Responsables Tributarios” cit., pág. 33 y ss.

49 Art. 79 inc. 1° de la LSC.

50 MILLER, Alejandro, “Sociedades Anónimas”, AMF, Montevideo, 2005, págs. 89 y 90.

51 HALPERIN, Isaac, y OTATEGUI, Julio, “Sociedades Anónimas” cit., pág. 544.

52 Podemos encontrar en doctrina extranjera dos posiciones demarcadas respecto de la inclusión de las sanciones dentro de la obligación tributaria. Por un lado, GIANININI entiende que la relación jurídico tributaria está dotada de un contenido complejo, integrado tanto por la deuda tributaria a cargo del contribuyente a favor del ente público, como por obligaciones y derechos de naturaleza y contenido diversos, tanto del ente público como de la persona sujeta a la potestad estatal (GIANNINI, Achille Donato, “Instituciones de Derecho Tributario” cit., pág. 67 a 69). En cambio, JARACH entiende inadmisibles el planteo de la relación compleja, ya que existen claras diferencias entre los deberes de colaboración con la Administración pública, las relaciones que nacen de las infracciones y pretensiones a las multas o sanciones correspondientes y la relación propiamente dicha, cuyo objeto es la prestación del tributo (JARACH, Dino, “Curso Superior de Derecho Tributario”, Liceo Profesional Lima, Buenos Aires, 1969, tomo 1, pág. 159).

inclusión de las sanciones en el inciso final del art. 14 CTU⁵³ tiene como único fin declarar su pertenencia al derecho tributario, sin que ello implique que integren la obligación tributaria en sentido estricto⁵⁴. Por otra parte, en virtud de su carácter excepcional, el instituto de la responsabilidad solidaria debe ser interpretado de manera restrictiva. Por ello, realizando una lectura conjunta de los arts. 14 y 21 del CTU, se desprende claramente que las sanciones no forman parte de la obligación tributaria, sino que “*se consideran también de naturaleza tributaria*”⁵⁵, y que por ende no estarán alcanzadas por la responsabilidad del art. 21 del CTU.

En consecuencia, el director que responda solidariamente por el art. 21 del CTU, lo estará haciendo por una obligación que nació en cabeza de su representada, y que, en efecto, de haberse cumplida en tiempo y forma, lo habría hecho con toda certeza empleando el patrimonio de la sociedad para el pago. La obligación tributaria nace con la verificación del hecho generador, independientemente del modo de actuar del director. A raíz de ello, si cumpliera con los adeudos de la sociedad representada en forma solidaria tendrá, en todos los casos, derecho a ser resarcido por ese pago.

Ahora bien, las consecuencias del incumplimiento de obligaciones tributarias van mucho más allá de un reclamo de pago por parte de la DGI. De verificarse el incumplimiento, pueden ocasionarse perjuicios a la sociedad suficientes para atemperar, o incluso neutralizar, el monto que el director tiene derecho a reembolsarse. Un ejemplo paradigmático es el del régimen de suspensión de certificados⁵⁶ el cual procede en caso de incumplimiento de obligaciones tributarias, y que conlleva la muerte *de facto* de la empresa. Sin el certificado de vigencia anual, la sociedad no podrá enajenar o gravar bienes inmuebles y vehículos automotores; distribuir utilidades a título definitivo o provisorio; importar o exportar; e incluso solicitar préstamos a instituciones de intermediación financiera, entre otras⁵⁷.

Otro claro perjuicio que puede padecer la sociedad en virtud de la omisión del director de dar cumplimiento en tiempo y forma a las obligaciones tributarias de su representada es la posibilidad de que ésta última sea incluida en un listado de carácter público, confeccionado por la DGI, que contiene nombre y demás datos identificatorios de los contribuyentes que se encuentran morosos en el pago u omisos en la presentación de las declaraciones juradas de tributos. Este mecanismo, sin perjuicio de su dudoso apego a la Constitución, es innegablemente capaz de deteriorar la imagen en plaza de una empresa, y de ocasionarle, consecuentemente, graves perjuicios económicos y comerciales en general.

Como apreciamos a través de estos dos ejemplos, las posibles circunstancias que puede atravesar la sociedad en razón del incumplimiento de sus directores, en adición a los naturales perjuicios y desgastes que el reclamo fiscal en vía administrativa y judicial implica, son de gran magnitud. Por ello, de verificarse alguna de estas hipótesis, u otra de similar índole, la sociedad estará legitimada para ejercer la acción social de responsabilidad (ASR) prevista en el art. 391 de la LSC contra el director negligente⁵⁸. Mediante de la ASR, la sociedad entablará el reclamo por todos los perjuicios ocasionados en virtud del actuar inapropiado del director, a los efectos de resarcir la merma

53 Ut supra 37

54 En este sentido, VALDÉS COSTA, VALDÉS DE BLENGIO Y SAYAGUÉS ARECO, “Código Tributario de la República Oriental del Uruguay – Comentado y concordado” cit., págs. 249 y 250.

55 BERRO, Federico, “Nota a la Sentencia 5/87 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Resolución 4377/87 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de 13er Turno”, en Revista de Derecho Tributario, N° 78, 1987.

56 Vé. MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo, “Curso de Derecho Comercial”, actualizado por Siegbert Rippe, FCU, Montevideo, 1999, Tomo III, págs. 163 y 164. Para un estudio pormenorizado del instituto de la suspensión de certificados, vé. SHAW, José Luis “Inconstitucionalidad de la suspensión del Certificado Único de la D.G.I. por medidas cautelares”, en Revista Tributaria N° 200, IUET, 2007.

57 Arts. 80 y ss. del Título 1 del Texto Ordenado de la DGI de 1996.

58 Art. 391 LSC: “El administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

Estarán exentos de responsabilidad quienes no hayan votado la resolución y hayan dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro de un plazo no mayor a diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella. La abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causas de exención de responsabilidad.

Si el opositor no hubiera asistido a la reunión que haya aprobado la resolución deberá solicitar su reconsideración procediéndose luego como se dispone en el inciso anterior.

Cuando se trate de actos o hechos no resueltos en sesiones del directorio, el director que no haya participado en los mismos no será responsable (inciso segundo del artículo 83), pero deberá proceder en la forma dispuesta en el inciso precedente en cuanto lleguen a su conocimiento”.

ocasionada en el patrimonio de la sociedad. La procedencia de la ASR será analizada en función de lo dispuesto en el art. 83 de la LSC, y la falta de diligencia será presupuesto indispensable para el andamiaje de la ASR. Así, podemos establecer cierto paralelismo entre la responsabilidad del art. 21 del CTU con la ASR en virtud de los parámetros exigidos para la procedencia de ambas, sin soslayar las diferencias que entre ellas evidentemente mantienen. Esto es, si la DGI pudo aplicar con éxito el art. 21 del CTU al director, es altamente probable que las condiciones estén dadas para que, posteriormente, la sociedad entable una ASR contra su representante.

Dada la convivencia de ambos regímenes, podemos afirmar que si bien por regla general el derecho de repetición existe, por la vía de los hechos dicho derecho podría quedar atemperado, e incluso sin efecto alguno, en virtud del reclamo patrimonial que la sociedad pueda hacer al director por los perjuicios ocasionados. Cada caso estará signado por las condiciones particulares que lo envuelvan, mas resulta absolutamente posible que un director deba abonar a la sociedad más de lo que debía recibir de la misma por vía de repetición, en razón de una misma situación de hecho.

5. CONCLUSIONES

Del análisis realizado podemos extraer, en resumidas cuentas, las siguientes conclusiones relativas a las singularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria de representantes del art. 21 del CTU, a los directores de sociedades comerciales:

i) El concepto de representantes admite únicamente la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria a los directores con facultades de representación. En virtud de los principios que rigen el instituto de la responsabilidad solidaria, el alcance de la norma debe ser interpretado con carácter restrictivo. Consecuentemente, no debe extenderse la aplicación del art. 21 del CTU a sujetos que, ocupando cargos de dirección, no tienen facultades de expresar la voluntad de la sociedad, ni a obligarla frente a terceros.

ii) El elemento subjetivo de la responsabilidad, sea culpa, sea dolo, deberá analizarse en función de la profesión de director. Así, será de aplicación el estándar del buen hombre de negocios, ya que entendemos que la gestión fiscal de la sociedad forma parte del elenco de tareas en que el director debe prestar especial cuidado, asesorándose debidamente cuando fuera necesario. En relación al dolo, entendemos que deberá evaluarse con el mismo criterio con el cual se evalúa en cualquier vínculo obligacional. De este modo, nos enfrentaremos a una hipótesis de dolo en aquellos casos en que exista intención del director de no dar cumplimiento a las obligaciones tributarias de la sociedad. Asimismo, abonamos a la conveniencia de los regímenes subjetivos de responsabilidad, por sobre aquellos que responsabilizan a los directores sin atender a su correcto o incorrecto desempeño.

iii) La responsabilidad patrimonial del director para los casos de culpa estará limitada al valor de los bienes que administre o de que disponga. Los bienes a ser considerados serán aquellos pasibles de ser empleados para satisfacer los créditos de la sociedad, no debiéndose considerar aquellos que no fueren realizables.

En principio, entendemos que deberá atenderse a las normas de valuación del tributo en particular. De no existir tales disposiciones, se deberá tomar el valor contable de los bienes, siendo posible practicar las pericias necesarias para determinar el valor de mercado, en caso de discrepancias. En todos los casos, el director responsable deberá hacer frente a la deuda con su patrimonio personal. La expresión "*bienes que administre o que disponga*" no refiere a los bienes con los que deberá hacer frente, sino un límite fijado discrecionalmente por el legislador para determinar el alcance cuantitativo de la responsabilidad.

iv) Por regla general, y por disposición expresa del CTU, el director que responda solidariamente por la deuda de la sociedad tendrá derecho de repetición. Ello no vedará a la sociedad de ejercer la ASR, en virtud del perjuicio patrimonial padecido. En consecuencia, puede darse la hipótesis en que, por más que el director efectúe la acción de repetición, el mismo salga económicamente perjudicado. Dicha situación se verificará en los casos en que los perjuicios patrimoniales padecidos por la sociedad excedan el monto de la obligación tributaria abonada por el director.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE.

FELIPE ROTONDO TORNARÍA

A partir de octubre de 2009 existe este órgano en carácter de autoridad judicial superior del Reino Unido, al ponerse en vigencia la reforma constitucional aprobada por ley de 2005, en su Parte 3.

De esta manera, la Cámara de los Lores dejó de ser la más alta instancia judicial, debiéndose recordar que –a tales efectos– participaban prácticamente sólo los doce Law Lords como Comité de Apelación de esa Cámara¹.

A continuación se indicarán los aspectos más relevantes de la reforma:

1. OBJETIVO

Enfatizar orgánicamente la separación de poderes, como consecuencia de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ya existía la separación funcional por lo que la reforma ha sido vista como “*cosmética*”, aunque también se ha advertido que podría estimular un mayor sentido de legitimidad en la elaboración del ordenamiento jurídico y, a la vez, constituir un “*desafío*” con respecto a la acción de los otros órganos de gobierno².

También se ha dicho que se trata de un paso “*hacia una mayor valoración de fuentes supraleales y garantistas*” y, además, “*un cambio importante de paradigmas constitucionales aplicados por la judicatura: el reemplazo del tradicional principio de soberanía del Parlamento británico por el de supremacía constitucional*”³, facilitando el control de las leyes en relación al respeto de los derechos fundamentales y al ajuste a las normas comunitarias. Este último aspecto de conformidad con la ley (“Act”) de Derechos Humanos de 1998 y la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo art. 6º exige un juicio “*justo y público*” por parte de un “*tribunal independiente e imparcial establecido por ley*”.

2. INTEGRACIÓN

2.1 La Suprema Corte cuenta con doce miembros (“Justices”). La primera integración se hace con los Lores de Apelación, los que –en tanto ejerzan funciones judiciales– no podrán intervenir en las sesiones y votar en la Cámara de los Lores^{4/5}.

2.2 Los nuevos miembros no pertenecerán más a ese órgano y tienen un procedimiento de designación complejo, que se centra en la actuación de una Comisión de Selección que tomará en cuenta méritos, conocimientos y experiencia jurídica de los candidatos en relación a las diversas zonas del Reino Unido, efectuándose la designación (formal) por la Reina, en base a recomendación del Primer Ministro, acto “*debido*” efectuado ante “*notificación*” del nombre del candidato por parte del Lord Canciller, la que se origina –a su vez– en aquella Comisión.

Esta está integrada por el Presidente y el Vicepresidente de la Suprema Corte, un miembro del Comité Judicial de Designaciones y sus equivalentes en Escocia e Irlanda del Norte, a los que nombra el Lord Canciller sobre recomendación de los cuerpos jurídicos similares respectivos.

1 Presidido formalmente por el Lord Canciller, el cual en los últimos años ya no actuaba en función jurisdiccional.

2 Conf. John Alder. *Constitutional and administrative law*. 7ª edición, Londres 2007, p. 79, 148 y 155.

3 Jaime Arancibia Mattar. *El Mercurio*. Santiago de Chile, 12-X-2009.

4 Antes podían votar si bien ello no lo hacían en la práctica; además sólo intervenían en cuestiones jurídicas, especialmente las que incidieran en la organización o funcionamiento judicial a la vez que, por otro lado, evitaban expresar opiniones relativas a materias relacionadas con asuntos litigiosos de su jurisdicción.

Por otra parte los Lores judiciales gozaban de inamovilidad en sus cargos y tenían un específico régimen de funcionamiento, con oficinas separadas en Westminster.

5 Cuando cesen en la nueva Corte podrán volver a la Cámara de los Lores, como miembros de pleno derecho.

La Comisión debe consultar a jueces superiores con antigüedad, al Lord mencionado, al Primer Ministro de Escocia, al Primer Secretario de la Asamblea de Gales y al Secretario de Estado de Irlanda del Norte.

2.3 La “calificación” de los miembros de la Corte Suprema surge de haber ejercido un alto cargo judicial por, al menos, dos años o por haber practicado la profesión ante Cortes superiores por, al menos, quince años.

Duran en sus cargos por todo el tiempo de su buen comportamiento, siguiendo un criterio que se remonta al Act of Settlement de 1700 en relación a los jueces superiores; la remoción requiere acuerdo de ambas Cámaras del Parlamento⁶.

Existe el tope de 70 años de edad establecido en la “Judicial Pensions and Retirement Act” de 1993, para los jueces superiores.

2.4 Dado lo antes indicado, importa señalar que se ha modificado el rol del Lord Canciller, quien ocupaba una anómala posición ya que era “nominalmente el jefe del sistema judicial pero también el Ministro del Gobierno a cargo del sistema de cortes y presidía la Cámara de los Lores”; ahora pasa a cumplir actividad administrativa, como Secretario de Estado para la Justicia y deja de presidir esa Cámara, aunque mantiene un escaño en ella⁷.

En cuanto al Comité Judicial de Designaciones antes citado, actúa con autonomía técnica y cuenta con quince miembros designados por la Reina con “recomendación” del Lord Canciller; ese número puede ser aumentado, con un procedimiento que incluye la aprobación del Parlamento. Duran en sus cargos por un período que, con sus renovaciones, no puede superar los diez años.

A este Comité corresponde seleccionar a quienes serán nombrados jueces en los distintos niveles, limitando al Lord Canciller ya que sólo puede proponer o, en su caso, designar a las personas que aquel seleccione.

3. FUNCIONES

La Suprema Corte es el máximo órgano de alzada en causas civiles y penales para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte y sólo para las civiles en relación a Escocia; las apelaciones se fundan en razones de derecho y requieren ser franqueadas por la respectiva Corte de Apelación o autorizadas por la propia Suprema Corte.

Se le han transferido, también, las funciones del Comité Judicial del Consejo Privado de la Corona como la más alta corte de apelación para los territorios de ultramar y algunos miembros de la Comunidad británica⁸.

Además ejerce atribuciones de otra naturaleza, que conforman una autonomía administrativa importante: puede fijar reglas de funcionamiento interno y posee cierta autonomía financiera.

6 Sobre este punto, el texto mantiene la “ambigüedad” de normas anteriores según señala Alder, op. cit, p. 156.

7 J. Alder, citado, p. 79. En la presidencia de la Cámara de los Lores no tenía las mismas atribuciones del Speaker de la Cámara de los Comunes; con la reforma de 2005, aquella Cámara elige su propio Speaker.

8 El Consejo Privado “es el descendiente del medieval Consejo interno de asesores de confianza del Rey. A través de los siglos, muchos de sus funciones fueron transferida al Parlamento o a los Ministros. Sus miembros son designados por la Reina, a propuesta del Primer Ministro, y cualquier ciudadano británico es elegible. Hay normalmente más de 400 Consejeros Privados, incluyendo ministros del Gabinete, jueces superiores y un conjunto de personas destacadas que han ganado la aprobación del Primer Ministro. A veces se dice que el Gabinete es un comité del Consejo Privado, aunque no existe base legal para esta afirmación. Pero los ministros del Gabinete así como los líderes políticos de la oposición son invariablemente designados Consejeros Privados. Una razón para tal designación es el juramento de (mantener) secreto que formulan y que ayuda a que los asuntos de gobierno queden fuera del dominio público. (...) El rol del Consejo Privado es esencialmente formal; es necesaria su aprobación para el ejercicio de ciertas prerrogativas reales, por ejemplo para las “Statutory Orders in Council”, cuando el Parlamento confiere al Ejecutivo el dictado de ‘leyes’ en esa forma”.

El Comité Judicial de ese Consejo Privado era la Corte de Apelaciones para aquellos pocos países del Commonwealth que decidieron mantener ese régimen. (...)”. Alder, cit, p.87.

4. FUNCIONAMIENTO⁹

La presentación de los abogados de ambas partes es efectuada ante una sub sección o cámara (“*panel*”) de tres o cinco miembros, en sesión pública. Las decisiones son adoptadas, usualmente, por cámaras de siete o nueve miembros.

El procedimiento está regulado por “*Rules*” contenidas en un instrumento legal de julio 2009, y “*practice directions*” complementarias (serán “Reglamentos de la Corte Suprema”), dictadas con la finalidad de garantizar una justicia accesible, eficaz y justa.

Previo a su dictado corresponde oír al Lord Canciller, a diversas instituciones, profesionales y universitarias, que están nominadas en el Acta de Reforma y también a órganos que representen a quienes puedan verse afectados por las referidas reglas.

5. ANOTACIÓN FINAL

La reforma anotada implica, de algún modo, un pasaje de un Estado “*legislativo*” a un “Estado *constitucional*” si bien dentro de un sistema en el cual la Constitución no es rígida, destacándose el valor fundamental de los derechos humanos en el respectivo ordenamiento jurídico, con un control jurisdiccional que se ejerce en forma separada –orgánica y funcionalmente – de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

⁹ La nueva Corte funciona en edificio propio, Middlesex Guildhall, frente al Parlamento

EL NO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DERECHO AMBIENTAL

NATALIA VELOSO

1. ENCUADRAMIENTO GENERAL

El objeto del presente trabajo es el análisis particular de uno de los principios propios del Derecho Ambiental: el principio de incorporación.

La Ley N° 17.283 de 28 de noviembre de 2000 definió el concepto de medio ambiente otorgándole un significado amplio comprensivo de elementos humanos y naturales¹.

Asimismo, en su art. 6° estableció los **principios propios del derecho ambiental**, los cuales han sido definidos como *“aquellas directivas o lineamientos que orientan y fundamentan la adopción de ciertas medidas de gobierno. Por su generalidad, no contienen soluciones concretas al amplio o indeterminado número de casos a los que pueden ser aplicados, sino meros enunciados básicos, que cuando refieren a materias como la ambiental, pueden formar parte de una política de Estado, que supera los acotados períodos que corresponden a cada administración”*.²

Respecto a la función de estos principios, la propia Ley N° 17.283 en su art. 6° establece que los mismos deberán ser los **orientadores de la política nacional ambiental** a adoptar por el Poder Ejecutivo y que *“Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse en la aplicación de las normas y competencias de protección del ambiente y en su relación con otras normas y competencias”*³.

Tales principios, enumerados por dicho artículo son los siguientes:

- a.- El **principio de distinción**: el mismo prevé que el Uruguay se distinga entre los demás países como un país natural, desde una perspectiva económica, cultural y social del desarrollo sostenible.
- b.- El **principio preventivo**: dicho principio consiste en la priorización de la prevención de daños ambientales sobre la sanción de los mismos.
- c.- El **principio precautorio**: es aquel por el cual se establece que la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.
- d.- El **principio de incorporación**: por el cual se entiende que no podrán invocarse derechos adquiridos en caso de imposición de nuevas exigencias ambientales, las que deberán ser graduales y progresivas (principio cuyas consecuencias jurídicas se analizarán más adelante en detalle).
- e.- El **principio de participación**: por el que se considera que *“la protección del ambiente constituye un compromiso que atañe al conjunto de la sociedad”*.
- f.- El **principio de transectorialidad**: por el que se prevé la necesidad de coordinación entre los sectores públicos y privados involucrados.
- g.- El **principio de la adecuada información ambiental**: por el cual se prevé que la información se encuentre disponible y sea accesible para cualquier interesado; y
- h.- El principio de **cooperación internacional**: por el cual se busca el fomento y la promoción de la cooperación entre países y organizaciones internacionales.

1 Marcelo COUSILLAS - “La protección constitucional del Ambiente”, en “Reflexiones sobre la Reforma Constitucional de 1996”, FCU, pág. 144.

2 Marcelo COUSILLAS – “El Principio contaminador pagador”.

3 Art. 6° de la Ley N° 17.283 in fine

Pues bien, en el marco de estos principios, corresponde ahora delimitar el objeto de estudio del presente trabajo, el cual no es otro más que el análisis particular del **principio de incorporación** (art. 6 lit. c).

El texto de dicho literal establece que: *“Constituye un supuesto para la efectiva integración de la dimensión ambiental al desarrollo económico y social, la incorporación gradual y progresiva de las nuevas exigencias, sin que por ello deba reconocerse la consolidación de situaciones preexistentes”*.

Dicho literal, no hace otra cosa más que reconocer el principio especial del Derecho Ambiental conocido como el **“No reconocimiento de los derechos adquiridos”**, en tanto prevé a texto expreso que no tendrá por qué reconocerse la consolidación de situaciones jurídicas preexistentes cuando tengan que incorporarse nuevas exigencias.

Ahora bien, corresponde entonces analizar cuáles son las consecuencias jurídicas de este principio y concretamente, como se conjuga el mismo con la responsabilidad por hecho lícito e ilícito del Estado.

2. NOCIÓN GENERAL DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

Si bien la teoría general de los derechos adquiridos excede el objeto de este trabajo, corresponde otorgar una noción básica de la misma a los efectos de comprender el tema a estudio.

Los derechos adquiridos son aquellos que *“que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte del él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos”*⁴.

En este sentido, la doctrina administrativista ha estudiado este tema respecto de los derechos que ingresan al patrimonio a través de un acto administrativo sosteniendo que los actos que generan derechos adquiridos, adquieren por este hecho el carácter de *inmutabilidad*, el cual determina que su revocación resulte ilegítima. En efecto, la inmutabilidad de un acto no refiere a que el mismo sea inmutable, sino a que su mutación resulta ilegítima⁵.

Quiere decir, que conforme a la teoría de los derechos adquiridos, cuando un acto administrativo genera derechos que ingresan al patrimonio de una persona (ej: se resuelve un concurso y con ello el funcionario adquiere el derecho a ocupar un determinado cargo), dicho acto adquiere inmutabilidad, lo cual no es otra cosa más que la imposibilidad de revocarlo sin incurrir en ilegitimidad.

En este sentido, también se ha dicho que *“la estabilidad del acto administrativo es la restricción a la revocabilidad del acto y ella deriva de las condiciones de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos. Aquí sí estamos ante la inmutabilidad. Aquí aparece la cosa juzgada administrativa”*⁶.

Asimismo, se ha sostenido que el concepto de estabilidad del acto administrativo *“refiere a la inmutabilidad de la situación creada por el acto administrativo y no deriva de la definitividad ni de la firmeza del mismo sino de las reglas de fondo que rigen esa situación y, en particular, de la existencia de derechos adquiridos. Su fundamento radica en la seguridad jurídica”*⁷.

En efecto, el fundamento de la estabilidad del acto administrativo no es otro que **la seguridad jurídica**, con base normativa en los arts. 7 y 72 de la Constitución y consagrada por tanto como un principio general de Derecho de máximo valor formal.

Como bien se ha sostenido: *“Si la cosa juzgada administrativa o estabilidad consiste en la inmutabilidad del acto administrativo (...), si ésta depende de la situación de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos; si al igual que la cosa juzgada judicial su fundamento es la seguridad jurídica, ella existe aún en el caso de un acto administrativo ilegítimo. Las mismas razones existentes para predicar la inmutabilidad de una sentencia injusta, existen para predicar la inmutabilidad de un acto administrativo creador de derechos aunque este sea ilegítimo”*⁸.

Es que *“si el acto administrativo ha adquirido firmeza, para su revocación no basta alegar la ilegitimidad del acto sino que deberán existir otras razones de interés público que la impongan y por su puesto ello será posible sino existen derechos adquiridos. Justamente en esto consiste la “cosa juzgada administrativa” o la estabilidad del acto: en la restricción a su revocabilidad, o dicho de otro modo en su inmutabilidad, sin que interese si el acto sea legítimo o no”*⁹.

4 Sentencia N° 008-1996 del Tribunal Constitucional Peruano, fundamento N° 15, citada en “Teoría de los derechos adquiridos y derechos cumplidos”, publicado en <http://www.editum.org/Teoria-de-los-derechos-adquiridos-y-derechos-cumplidos-p-364.html>

5 Augusto DURÁN MARTÍNEZ – “Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa”, UCUDAL, Montevideo, 1997, pág. 30.

6 Augusto DURÁN MARTÍNEZ – “Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa” cit., pág. 32

7 Carlos E. DELPIAZZO – “El principio de la seguridad jurídica en el mundo virtual”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VI, n° 11, pág 17 y sigtes..

8 Augusto DURÁN MARTÍNEZ – “Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa” cit., pág. 33.

9 Augusto DURÁN MARTÍNEZ – “Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa” cit., pág. 35.

Abundando en lo que viene de decirse, corresponde señalar que no es procedente sostener que no se admiten derechos adquiridos en contra de la legitimidad por contraposición del principio de juridicidad con el de seguridad jurídica.

En efecto, dicha contraposición de principios no es tal, en tanto en la relación Administración-administrado está inmersa la noción de servicialidad que impone a la Administración la obligación de asegurarle al administrado certeza jurídica respecto a los derechos emergentes de actos de la propia Administración.

Asimismo, tal como lo ha sostenido la mejor doctrina *“la cuestión no se resuelve contraponiendo sin más seguridad jurídica vs. legitimidad porque ¿no se compromete acaso, la legitimidad cuando se quebranta la seguridad?”*¹⁰.

Por otra parte, respecto a este supuesto conflicto, se ha sostenido que: *“si se considera como lo hace la doctrina alemana, que la confianza jurídica, como principio general del derecho, integra la legalidad, no puede existir antinomia”*¹¹.

En definitiva, puede concluirse que son derechos adquiridos aquellos que ingresan a nuestro patrimonio por el dictado de un acto administrativo o legislativo y que adquieren por ello el carácter de inmutabilidad, lo que determina que su supresión resulte ilegítima por violentar la seguridad jurídica y la confianza legítima.

3. DELIMITACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE NO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DERECHO AMBIENTAL

Pues bien, teniendo en cuenta esta noción general de derechos adquiridos, corresponde ahora plantearse qué quiso decir el legislador cuando en el art. 6° lic. c) de la Ley N° 17.823 sostuvo que en materia de derecho ambiental deberán aceptarse la *“incorporación gradual y progresiva de las nuevas exigencias, sin que por ello deba reconocerse la consolidación de situaciones preexistentes”*.

La primera derivación que se desprende de este texto legal es que en materia de Derecho Ambiental, deberán incorporarse las exigencias que progresiva y gradualmente imponga el Estado, **sin que para negarse a incorporarlas, pueda invocarse la existencia de derechos adquiridos**.

Ahora bien, ¿qué consecuencias tiene que no puedan invocarse derechos adquiridos?, ¿es lo mismo decir que no se reconocerán derechos adquiridos a decir que no se indemnizará por los daños que pueda generar la incorporación de nuevas exigencias?, ¿qué sucede si una nueva exigencia tiene como consecuencia la inviabilización del negocio del administrado?, ¿es necesario indemnizar en estos casos? y en caso afirmativo, ¿el Estado responderá por hecho ilícito o por hecho lícito?

Al análisis de las siguientes interrogantes se dedicarán los próximos apartados.

En primer lugar, el hecho de que no puedan invocarse derechos adquiridos tiene consecuencias sobre la naturaleza de la situación jurídica que va a ser vulnerada por el acto que desconoce la situación anterior.

Si se considera que estamos ante un derecho adquirido – por ejemplo, derecho de una empresa a seguir trabajando bajo determinadas exigencias- entonces la incorporación de una nueva exigencia que modifique sustancialmente las condiciones de trabajo anteriores podría determinar la vulneración de una situación jurídica subjetiva protegida (derecho subjetivo adquirido) y con ello incurrir en ilegitimidad.

No obstante, en función de lo establecido por la norma anterior, no podrían en este caso invocarse derechos adquiridos a seguir trabajando bajo las mismas condiciones ya que no puede alegarse la situación jurídica subjetiva invocada (derecho subjetivo adquirido en este caso) y con ello se suprimiría la eventual ilegitimidad.

En segundo lugar, corresponde analizar cuáles son las consecuencias de no poder invocar derechos adquiridos.

En efecto, la consecuencia de no poder invocar derechos adquiridos es que **la mutación del acto que conllevó determinados derechos no deviene ilegítima**. Quiere decir, que la imposición de nuevas exigencias (aun cuando sean contrarias a las anteriores) no resulta ilegítima.

Ello es así en tanto el fundamento de los derechos adquiridos es que el derecho ingresó al patrimonio y por tanto, no puede ser suprimido por quien lo otorgó sin incurrir en ilegitimidad. Por tanto, si no se recono-

10 Mariano BRITO - “Los derechos adquiridos en la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia”, en Anales del Foro, Año 1998, N° 88-89, pág. 55.

11 Pedro José Jorge COVIELLO - “La protección de la confianza del administrado”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 375.

cen los derechos adquiridos en materia ambiental, quiere decir que no se adquiere el derecho a trabajar bajo determinadas exigencias, por lo que si no se tiene tal derecho, entonces la imposición de una modificación en las exigencias no es ilegítima en tanto no vulnera una situación jurídica tutelada.

En tercer lugar, la mención realizada en la norma a texto expreso de que en materia ambiental no se reconocerán derechos adquiridos **tira por tierra el fundamento por el cual se reconocen los derechos adquiridos, esto es, la seguridad jurídica y la confianza legítima.**

En efecto, si la norma dice expresamente que en materia ambiental no se reconocerán situaciones pre-existentes consolidadas, entonces a partir del momento de la publicación de la misma, nadie puede decir que la actitud del Estado había hecho nacer en él la confianza legítima de que su situación se iba a mantener incambiada.

Todo lo contrario, a partir de esta norma todo aquel que realice una actividad reglamentada o susceptible de ser reglamentada por el Derecho Ambiental sabe que no adquiere el derecho a seguir trabajando o gozando de su propiedad bajo las circunstancias actuales.

Ello es así en tanto la propia naturaleza dinámica del Derecho Ambiental determina la necesidad de acompañar los constantes avances en la materia a través de constantes nuevas exigencias.

Con lo cual, quien realiza actividad reglada o susceptible de ser reglamentada por el Derecho Ambiental sabe de antemano que no adquirirá el derecho a seguir gozando de su propiedad o del trabajo en las condiciones actuales, por lo que nunca podrá nacer en él la confianza legítima de que dichas condiciones no serán modificadas, cayendo así el fundamento mismo de los derechos adquiridos.

En cuarto lugar, **no corresponde confundir la imposibilidad de invocar derechos adquiridos con la imposibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios.**

Téngase en cuenta que tal como lo ha sostenido nuestra Suprema Corte de Justicia *“Es inadmisibile confundir la cuestión de legitimidad de un acto jurídico, con la cuestión de responsabilidad por su emisión”*¹².

Tal como dijimos, la imposibilidad de invocar derechos adquiridos tiene como consecuencia que la imposición de nuevas exigencias que modifiquen la situación anterior no resulta ilegítima.

Es notorio que al no configurarse la ilicitud¹³, no se configura uno de los elementos de la responsabilidad del Estado que es el hecho ilícito.

Ahora bien, que la Administración no incurra en ilicitud no quiere decir que no deba indemnizar a los particulares por los daños que pudiesen devenir de las nuevas exigencias, en tanto, como veremos a continuación, en determinados casos el Estado debe indemnizar aun por su actividad lícita.

4.- CONJUGACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTIVIDAD LÍCITA

Tal como ya se ha señalado, la imposibilidad de alegar derechos adquiridos ante una nueva exigencia estatal en materia ambiental tiene como consecuencia que el administrado no podrá oponerse a cumplirla alegando su ilegitimidad por violación de derechos adquiridos.

No obstante, dicha imposibilidad de alegar ilegitimidad por invasión de la esfera subjetiva, no impide que sí pueda verificarse responsabilidad por actividad lícita del Estado, en tanto tal como lo indica su nombre, para que se verifique este tipo de responsabilidad no es necesario que exista ilicitud.

Pues bien, en este apartado analizaremos como se conjuga el principio de incorporación establecido en el art. 6 lit c) de la Ley 17.283 con la responsabilidad por hecho lícito y si en el caso particular de imposición de nuevas exigencias, se configuran los supuestos necesarios para que el Estado pueda incurrir en responsabilidad por hecho lícito.

4.1 Recepción de la Responsabilidad por actividad lícita del Estado en la Doctrina y Jurisprudencia

Nuestra Doctrina y Jurisprudencia han admitido pacíficamente la existencia de responsabilidad estatal por la actividad lícita del Estado (ya sea por acto administrativo o legal).

12 Sentencia de la S.C.J. n° 2/96 de 1 de febrero de 1996, L.J.U., Caso 13.041.

13 La ilicitud ha sido definida como la *“lesión de derechos, intereses o situaciones jurídicamente protegidas”*. Enrique SAYA-GUÉS LASO – *“Tratado de Derecho Administrativo”*-, T.I, Montevideo, 1963, p. 615; No 431.

SAYAGUÉS enseñaba que *“a veces existe la obligación de indemnizar sin que pueda imputarse a la Administración ilegalidad alguna.”*

El fundamento de dicha responsabilidad, ha estado principalmente en la igualdad ante las cargas públicas, como corolario del principio de igualdad reconocido en la constitución.¹⁴

Así, MAYER ha sostenido que la actividad del Estado *“no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material... habrá lo que se llama el sacrificio especial... que debe indemnizarse”*¹⁵.

También PRAT ha afirmado respecto a este tipo de responsabilidad que *“Es el caso de medidas adoptadas en aras del bienestar general, dictadas legítimamente, pero que ocasionan a uno a varios particulares un perjuicio excepcional y que nada justifica que éste o éstos lo soporten o lo sufran, cuando es toda comunidad que se beneficia de dichas medidas”*.¹⁶

DURAN MARTÍNEZ sostiene que *“Si el Estado provoca un daño a un sujeto, ya sea por hecho de la Administración o por un acto jurídico-cualquiera sea su naturaleza-rompe esa distribución proporcional. Al romper esa distribución provoca una desigualdad. El principio de igualdad o más específicamente el principio de igualdad ante las cargas públicas impone la reparación del daño sin atender a elemento subjetivo alguno a fin de restablecer el equilibrio roto.”*¹⁷

GORDILLO señala que *“no existe en principio y en el estado actual de la jurisprudencia, responsabilidad del Estado por leyes legítimas, aunque ocasionen daños; pero no creemos que categóricamente pueda decirse que “en nuestro derecho el Estado no responde civilmente por los actos legislativos”*¹⁸.

Asimismo, nuestra jurisprudencia ha recogido la tesis de la responsabilidad por hecho lícito de la Administración en varias oportunidades (Ver L.J.U. Casos 12000, 12271, 13041 y 15547).

4.2 Requisitos para que se configure la responsabilidad del Estado por hecho lícito

Nuestra jurisprudencia y Doctrina han asentado un principio básico que es que no cualquier actividad legítima del Estado que cause un daño al administrado es susceptible de ser indemnizada.

Por el contrario, para que se configure la responsabilidad del Estado por hecho lícito es necesario que se cumpla acumulativamente con dos requisitos¹⁹:

- a) *Especialidad del daño*: el acto o hecho debe **afectar a un número limitado de titulares**. Es necesario que el daño sea soportado por un grupo específico de personas. Si el daño es soportado por la generalidad de la sociedad, no se verifica uno de los presupuestos básicos para que se configure la responsabilidad por actividad lícita del Estado en tanto no se habrá vulnerado el principio de igualdad ante las cargas públicas.

En definitiva podría concluirse como lo hace ROLLAND que *“para dar derecho a reparación, el perjuicio sufrido debe ser un perjuicio especial, excepcional, anormal. Lo que da a un perjuicio el carácter de perjuicio especial, es que él recae sobre una persona determinada o ciertas personas determinadas de una manera que excede en mucho el perjuicio sufrido por el conjunto del público. El pone a la víctima en una situación anormal, excepcional. Es precisamente, en esto que la igualdad de las cargas se rota en su detrimento”*²⁰.

- b) *Que implique una supresión total o parcial, directa o indirecta del derecho o interés legítimo protegido*: para que se verifique la responsabilidad del Estado es necesario que el acto lícito **suprima** el derecho o el interés legítimo tutelado. Si el acto simplemente implica una limitación al ejercicio de esa situación subjetiva entonces no cabrá la indemnización.

14 Lorenzo SANCHEZ CARNELLI -“Responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, legislativa y jurisdiccional”- F.C.U., Montevideo 2005, Pág. 54; Augusto DURÁN MARTÍNEZ. -“Casos de Derecho Administrativo”- Volumen I. Ingranusi, 1999, Universidad Católica. Pág.195.

15 Otto MAYER - “Derecho administrativo alemán”, Bs. As., t. IV, 1954, p. 217, citado en caso 12000 de L.J.U.

16 Julio PRAT-“Derecho Administrativo”- Tomo 4, Vol. 2, Montevideo, 1978, Pág. 71

17 Augusto DURÁN MARTÍNEZ. -“Casos de Derecho Administrativo”- Volumen I. Ingranusi, 1999, Universidad Católica. Pág.195.

18 Agustín GORDILLO - “Tratado de Derecho Administrativo”, Parte General, Tomo II, ed. Macchi López, Bs. As. 1975, Citado en caso 12000 de L.J.U.”.

19 Caso 12000 de L.J.U.

20 L. ROLLAND - “Recueil perodique et critique”, 1938, cuadernos 6°, p. 43, citado en caso L.J.U. 12000.

En este sentido, es muy ilustrativo el leading case en materia de responsabilidad por actividad lícita en derecho ambiental titulado "*Lucas v. South Carolina Coastal Council*"²¹ en el cual se introdujo el "*total taking test*" para evaluar en qué circunstancias correspondía indemnizar por la actividad regulatoria del Estado y en cuales no.

En este caso, el demandante (Lucas) compró una propiedad frente a una playa en 1986. En 1988, se dictó la Beachfront Management Act (Ley de Manejo de Frentes Costeros) para la protección de dichas áreas, estableciendo la prohibición de construir en dichas zonas, entre las cuales, quedaba comprendida la propiedad del actor.

El actor demandó al Estado de Carolina del Sur sosteniendo que la prohibición de construir implicaba una reducción tal de su derecho que importaba en los hechos una verdadera expropiación sin justa compensación y que por tanto debía indemnizársele.

Por su parte, el Estado de Carolina del Sur alegó que no correspondía compensación alguna en tanto el dictado del Beachfront Management Act comprendía un ejercicio válido de su poder de policía no constituyendo una expropiación indirecta.

A la luz de determinar si correspondía o no indemnización, la corte aplicó el "*total taking test*" sosteniendo que una regulación que priva al propietario de todo el beneficio económico que éste esperara obtener del uso de su tierra, constituye una expropiación indirecta, disponiendo así la necesidad de indemnizar.

El "*total taking test*" no hace más que apreciar uno de los requisitos que nuestra Doctrina considera necesarios para el nacimiento de la responsabilidad por hecho lícito, esto es, que la exigencia o regulación impuesta signifique una verdadera supresión del derecho regulado. Para lo cual, determinan que para que exista supresión, se debe privar al titular de la totalidad de la ventaja para la cual adquirió el derecho.

En este caso, la regulación prohibía construir sobre la propiedad que adquirió el actor. Si bien otros jueces disidentes sostuvieron que igualmente la propiedad seguía sirviendo para acampar, nadar, navegar, etc., lo que se consideró fue que el propietario la había adquirido para construir y que si la regulación suprimía esa posibilidad, en los hechos se había producido un "*taking*" o expropiación indirecta sin indemnización. Por lo que correspondía indemnizar.

Por lo tanto, podemos apreciar como esta solución de derecho anglosajón se encuentra alineada con lo sostenido por nuestra Doctrina acerca de que para que exista responsabilidad por actividad lícita del Estado el daño debe implicar una **supresión total o parcial, directa o indirecta del derecho o interés legítimo protegido**.

En síntesis, debe concluirse que para que se configure responsabilidad por actividad lícita del Estado, no basta con que ese obrar la haya generado un daño a la persona sino que además es necesario que dicho **daño** haya sido **especial** (a una persona en especial o a un determinado grupo) y que además **haya suprimido total o parcialmente, directa o indirectamente un derecho o interés protegido**.

4.3 Conjugación de la responsabilidad por hecho lícito con el art. 6 lit c) de la Ley N° 17.283.

Corresponde ahora analizar cómo se conjuga la responsabilidad por hecho lícito del Estado con la norma referida. En efecto, como ya se analizó anteriormente, la imposibilidad de invocar derechos adquiridos hace a la ilegitimidad o no de la actuación estatal, mas no a la existencia de responsabilidad estatal.

Por tanto, al margen de la calidad de lícita o no de la actividad del Estado, corresponde analizar cuándo se configura responsabilidad por actividad lícita del Estado cuando este establece exigencias a los particulares en materia ambiental, ya sea a nivel reglamentario o a nivel legal.

En este sentido, corresponde aplicar los mismos criterios que se aprecian para la existencia de responsabilidad por hecho lícito. Es decir, analizar en el caso concreto si se verifican los requisitos para que exista responsabilidad por actividad lícita: la especialidad del daño y supresión del derecho.

En este sentido, si los daños producidos por las exigencias establecidas por el Estado deben ser soportados por la sociedad en su conjunto, **entonces no se verificará responsabilidad alguna**.

Asimismo, si dichas exigencias ambientales son simples limitaciones, que si bien generan perjuicios económicos no aparejan la supresión total o parcial, directa o indirecta de un derecho o interés legítimo, entonces **tampoco habrá responsabilidad del Estado**.

21 South Carolina Supreme Court, 505, U.S, 1003 (1992), cuyo texto complete puede encontrarse publicado en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=505&invol=1003>

En cambio, el Estado responderá por la imposición de exigencias ambientales si las mismas implican una supresión del derecho o interés legítimo y esa exigencia en pos del interés general debe ser soportada por un grupo de personas determinadas o por una sola persona.

A modo de ejemplo, un caso de responsabilidad por actividad lícita del Estado podría verificarse si a las empresas de un determinado sector se les impone la obligación de contar con un sistema costosísimo de filtros que hace inviable la continuidad económica de dicha industria.

En dicho caso, a pesar de que la medida pueda ser legítima, igualmente se incurriría en responsabilidad por actividad lícita en tanto se habría puesto una exigencia a unas pocas empresas en pos del interés general.

Por tanto, se habría verificado una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas en tanto las empresas integrantes de dicha industria deberían afrontar un importante costo en beneficio de todos.

Asimismo, dicha exigencia, por su altísimo costo, deviene imposible la continuidad de la empresa en tanto supone un gasto cuya amortización suprime todas las ganancias de la misma por un tiempo prolongado, por lo que se hace imposible subsistir y en definitiva, se traduce en una supresión del derecho al trabajo.

En tal caso, se verifican los dos requisitos para la existencia de responsabilidad estatal por actividad lícita, por lo que el Estado incurre en responsabilidad y corresponderá la indemnización.

En definitiva, el Estado únicamente responderá por la imposición de exigencias ambientales si las mismas implican una supresión de los derechos o intereses legítimos y esa exigencia en pos del interés general no es soportada por la totalidad de la sociedad sino por personas determinadas.

Asimismo, téngase en cuenta que la conclusión arribada es coherente con la otra parte de la norma en análisis que, si bien establece que no se reconocerán derechos adquiridos, también dice que la incorporación de nuevas exigencias será *gradual y progresiva*.

Siguiendo este razonamiento, corresponde analizar qué se entiende por “gradual y progresiva”. En efecto, si bien la norma no define que quiere decir con ello, dicho concepto puede ser analizado a la luz de los planteos doctrinarios en torno a los requisitos necesarios para incurrir en responsabilidad por actividad lícita.

En este sentido, si partimos de la base de que el legislador a través de esta norma pretendió salvar la responsabilidad del Estado, tanto por hecho ilícito (lo que hizo a través del no reconocimiento de derechos adquiridos) como por hecho lícito, debemos concluir que la alusión a que las exigencias sean graduales y progresivas radicó en un intento de salvar también la responsabilidad por hecho lícito.

En efecto, como ya vimos anteriormente, el no reconocimiento de los derechos adquiridos salva la posibilidad de que el Estado pueda incurrir en responsabilidad por hecho ilícito en tanto si el derecho no ingresó al patrimonio, entonces no se puede vulnerar la esfera ajena y sin hecho ilícito, no hay responsabilidad por actividad ilícita.

Ahora bien ¿qué pasa con la responsabilidad por actividad lícita? En mi opinión, el legislador, previendo que el Estado incurre en responsabilidad por actividad lícita únicamente si mediante su exigencia suprime el derecho tutelado, impuso al mismo la obligación de que las exigencias sean graduales y progresivas, a los efectos de evitar reclamos por este tipo de responsabilidad.

De este modo, el legislador salvó ambos tipos de responsabilidades. La responsabilidad por actividad ilícita a través del no reconocimiento de los derechos adquiridos y la responsabilidad por actividad lícita a través de la obligación de que las exigencias sean graduales y progresivas.

Por tanto, debe concluirse que a la luz de lo establecido por el art. 6 líc c) de la Ley N° 17.283 el Estado no puede ser responsabilizado nunca (ni por actividad ilícita ni lícita) por la imposición de exigencias ambientales, aún cuando las mismas generen perjuicios económicos a determinadas personas, siempre y cuando las mismas no violen la gradualidad y la progresión exigidas por la ley.

5. CONCLUSIONES

1.- Son derechos adquiridos aquellos que ingresan a nuestro patrimonio (ya sea a través de un acto administrativo o legislativo) y que adquieren por ello el carácter de inmutabilidad, lo que determina que su supresión resulte ilegítima.

2.- La imposibilidad de invocar derechos adquiridos en materia ambiental tiene como consecuencia que la imposición de nuevas exigencias que modifiquen la situación anterior no resulta ilegítima, mas no debe confundirse la legitimidad de un acto con la posibilidad de reclamar por los daños y perjuicios por el irrogados.

3.- Nuestra jurisprudencia y doctrina admiten pacíficamente la existencia de Responsabilidad del Estado por su actividad lícita, ya sea legislativa o administrativa.

4.- Para que se configure tal responsabilidad es necesario que se cumplan con dos supuestos: la especialidad del daño y la supresión total, parcial, directa o indirecta de la situación jurídica subjetiva tutelada.

5.- En el ámbito del derecho ambiental, y a la luz de la norma a estudio, el Estado no puede ser responsabilizado ni por actividad lícita o ilícita por las exigencias ambientales que imponga, siempre que las mismas cumplan con la condición de ser graduales y progresivas, entendiéndose tales como aquellas que no suprimen situaciones jurídicas subjetivas tuteladas.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ASIAÍN PEREIRA, Carmen

Religión en la educación pública. Deberes del Estado a la luz del Derecho Humanitario internacional.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto

Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

La religión en la educación pública uruguaya: régimen legal

RELIGIÓN EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA

Deberes del Estado uruguayo a la luz del Derecho Humanitario Internacional

CARMEN ASIAÍN PEREIRA¹

INTRODUCCIÓN

Este trabajo fue expuesto en el IX Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, cuyo tema central fue “Religión en la Educación Pública”. En orden normativo jerárquico ascendente, en el panel destinado al caso uruguayo se analizó por otros ponentes la regulación legal y reglamentaria en lo concerniente a la Religión en la Educación Pública en Uruguay, luego el marco constitucional, y luego mi trabajo se ocupó del enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su incidencia sobre el ordenamiento jurídico uruguayo.

Así, los destacados colegas que me han precedido han analizado, en primer lugar, el **SER de la Educación en nuestro país**, tal y como está regido por la normativa legal y reglamentaria, incluso describiendo cómo esta normativa ha sido interpretada, tanto por el aplicador del Derecho, como por los habitantes llamados a desplegar la tarea educativa desde sus disciplinas². Y en el SER de la Educación Pública en el Uruguay, se constató la ausencia absoluta del factor religioso, ausencia reflejada tanto en los contenidos educativos, como en la consideración y respeto hacia la composición plural de los destinatarias de la Educación –las personas-, en desconocimiento de la diversidad religiosa presente en la sociedad. Así, vimos y veremos que no necesariamente la normativa infraconstitucional –y por sobre todo- la interpretación que de la misma se ha hecho y se hace, se condice con los mandatos constitucionales, ni con sus principios inmanentes.

En segundo orden, se reseñó por parte del segundo panelista³, el marco constitucional uruguayo y sus principios informadores, piedras sillares del Derecho al decir del Maestro Brito⁴, dibujándose no ya el *ser* de la presencia de la religión en la Educación, sino cómo esta **PUEDE SER** dentro del principio de juridicidad, es decir, sin conculcar la carta, e incursionándose en el **DEBER SER** de la religión en la Educación Pública de acuerdo a los principios inmanentes en la carta.

Deslindado el concepto de *laicidad*, por oposición, del concepto de *laicismo*, quedó claro que la Constitución no impone la solución que los uruguayos nos hemos dado desde la normativa infravalente hasta la práctica, de lo que se deriva que la religión tiene cabida, es decir, *puede ser* en la Educación pública. Más aún, quedó demostrado que por imperativo constitucional, más allá de que la religión puede ser, *debe ser* en la Educación., en primer lugar porque la Constitución misma valora expresamente el hecho religioso, al exonerar de impuestos al culto, y porque de su articulado, así como de sus principios informadores se deriva una ineludible consideración del ser humano en su dignidad y proyecciones. Por ello, el Estado *no debe –no debería-* ignorar aquello que es –el hecho religioso en la sociedad- y *debe*, no sólo reconocer el hecho religioso, sino también facilitar a las personas el gozo del derecho fundamental a la Libertad Religiosa en toda su plenitud, por ser de aquellos derechos inherentes a la personalidad humana, además de derivarse de la forma republicana de gobierno, y todo ello en aras del respeto del pluralismo en la sociedad.

Nosotros en este ensayo trataremos de reforzar esta idea del **DEBER SER** del Uruguay en materia de presencia de la religión en la Educación Pública, haciendo foco en las obligaciones que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Estado Uruguayo, habida cuenta de que el Derecho Humanitario Internacional, junto con la carta constitucional y los principios generales y fundamentales del Derecho conforman el llamado “**bloque de los derechos humanos**”⁵. Este orden internacional vincula al Estado uru-

1 Profesora Adjunta de Derecho Constitucional I y II, Universidad de Montevideo, URUGUAY. Miembro del CONSORCIO LATINOAMERICANO DE LIBERTAD RELIGIOSA, miembro de su Consejo Directivo

2 ROTONDO TORNARÍA, Felipe, “La Religión en la Educación Pública Uruguaya: Régimen Legal”, IX Coloquio del Consorcio latinoamericano de Libertad Religiosa, Mvdeo, agosto, 2009.

3 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Enseñanza Religiosa en la Educación Pública. Marco Constitucional Uruguayo, IX Coloquio del Consorcio latinoamericano de Libertad Religiosa, Mvdeo, agosto, 2009.

4 BRITO, Mariano, Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva, Mvdeo, Ed. Universidad de Montevideo, pp 37 y sigs, y en toda su obra.

5 RISSO FERRAND, Martín, Derecho Constitucional T.I, Mvdeo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, pp. 41 y ss., 117 y ss. y 379 y ss.

guayo, que como sujeto de Derecho Internacional y miembro de la comunidad *no puede ni debe* desconocer su mandato.

Y es que el Uruguay no es una isla ajena al avance de la civilización occidental ni de sus conquistas en el terreno de los derechos humanos, y en especial, en materia de pleno goce de la Libertad Religiosa en todas sus manifestaciones, incluida la religión en la educación pública. En todos los países de la región, amén de los Estados Unidos de América y de los países de Europa –salvo Francia– el factor religioso está presente en las currículas de una forma u otra, mientras que en el Uruguay la religión está proscrita del ámbito educativo.

Pero el Estado Uruguayo no puede –no debe por razones filosóficas, humanitarias ni jurídicas– continuar sosteniendo una postura “*prescindente*”⁶ en materia religiosa.

CONTENIDO DE LA EXPOSICIÓN

Abordaremos el tema de los *deberes del Estado Uruguayo en relación a la presencia de la religión en la Educación* desde tres órdenes:

En primer orden será abordado desde la esencia de la **Educación**, es decir, desde lo que la Educación es y lo que implica educar a un ser humano, abordaje que calificaremos de **antropológico-científico**, habida cuenta de que la Educación es para el hombre, a la vez que es una ciencia social perteneciente a la cultura humana.

El segundo abordaje intentará ser **filosófico**, analizando desde el fundamento filosófico de la **Libertad Religiosa**, su significado, contenido y alcance en sus diversas manifestaciones. Resaltará como primordial dentro de sus manifestaciones, la presencia de la religión en la Educación, como un derecho ínsito en la Libertad Religiosa, para su pleno y efectivo goce.

En tercer lugar, haremos un abordaje propiamente **jurídico**, elencando las **normas internacionales vinculantes** que imponen a los Estados el deber de incluir en las currículas algún tipo de Educación acerca de las religiones en general o una Educación conforme a la religión de pertenencia. Esta obligación es asumida por los Estados como forma de dar cumplimiento efectivo al respeto y promoción de la Libertad Religiosa y para hacer posible su pleno y efectivo goce por sus habitantes. Pero luego de haberse asumido mediante los mecanismos jurídicos internacionales correspondientes, vincula imperativamente a los Estados, erigiéndose en deberes para el Estado.

DESDE LA EDUCACIÓN ¿QUÉ ES EDUCAR A UN SER HUMANO?

Desde esta perspectiva antropológica que también ensaya ser científica, no pretendemos abordar el vasto universo de la Educación, pues excede a nosotros, así como al objeto de nuestro estudio. Nos limitaremos a destacar aquellos aspectos de la esencia de la Educación, es decir, de lo que la Educación es, en cuanto tienen relación con la inclusión del **hecho religioso**, como propio del ser humano, de la **religión**, como fenómeno cultural principal y de **las religiones** en general, como forjadoras de la cultura y protagonistas de la historia.

Para acercarnos a una respuesta, es necesario como “cuestión previa y prejudicial”⁷ preguntarnos ¿qué es el hombre?, es decir, ¿quién es aquel destinatario de la Educación?

6 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Derecho Público, Mvdeo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 63

7 HERRANZ, Mons. Julián, La Libertad Religiosa: tres preguntas, en Congreso Latinoamericano Sobre Libertad Religiosa, Lima, Perú, 2000, Pontif. Univ. Católica del Perú, Fondo Editorial 2001, pp. 15 a 26.

¿Qué es el hombre?

“De la atenta consideración histórica, filosófica, sociológica y ética de la naturaleza de la persona humana y de la dignidad que le es propia –comúnmente reconocidas por las diversas culturas humanas dignas de este nombre-, fueron surgiendo y quedaron técnicamente formulados los derechos fundamentales”⁸, luego recogidos a modo de cristalización tras un proceso de convergencia doctrinal, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Fruto de la evolución del pensamiento humano y de las corrientes ideológicas que, enraizadas en la tradición judeo-cristiana, decantan en un progresivo y sostenido reconocimiento de la dignidad y naturaleza humanas, el hombre queda colocado como **centro y fin del Derecho**.

Las diversas instituciones sirven al hombre, en reconocimiento de su dignidad. “Es precisamente la persona humana el fundamento y el fin de la vida social”⁹. Y el Derecho, ordenamiento de normas y principios para la convivencia social, es **para** el hombre, y en tanto éste necesita del concurso y el auxilio de la sociedad y del Estado, y de la seguridad para desarrollar todos los atributos de su personalidad. Pues el Estado, “*ser instrumental para el interés general*”, carece de existencia sustantiva, sólo es un ser para otros, para que los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente sus fines propios. Su naturaleza es *subsidiaria*¹⁰. Y en su tarea de servir al hombre, estas instituciones deben apreciar y atender al hombre, en definitiva tomar al hombre **tal y como el hombre es**, es decir, respetando su esencia, su naturaleza, su realidad óntica¹¹, sin pretender encasillarlo en el modelo de la corriente ideológica de moda.

Observando al hombre, vemos que es y ha sido desde la prehistoria un *ser religioso*, condición que lo distingue del resto de los seres animados. Será también un ser gregario, un ser social, un animal político, pero desde los orígenes de la humanidad, desde las cavernas, el hombre ha mostrado una inquietud hacia lo trascendente, una tendencia a religarse y religar el mundo con Dios (no otra cosa es la religión, que religarse y religar al mundo con Dios¹²), característica peculiar que ha mantenido hasta el presente.

La dimensión trascendente del hombre debe ser respetada por las diversas instituciones –entre ellas el Derecho y el Estado- en orden a atender a la esencia del hombre, sin menoscabar su estructura ideológica ni ontológica, sin negarlo.

De ahí que **una Educación que sustraiga del universo cultural destinado a transmitirse al educando ser humano, aquella dimensión trascendente que está ínsita en el hombre, no sería una verdadera Educación**. Sería una no-Educación. Estaría renga, por haber retaceado del bagaje cultural una porción que el hombre mismo valora como fundamental, a veces más aún que el conocimiento académico.

Entonces, ¿qué Educación brindamos, en realidad, cuando enseñamos a leer y escribir, a sumar y restar, incluso a manejar una computadora –aporte valioso, por cierto-, cuando formamos en el deporte, en las diversas lenguas, en astronomía, y en la extensa ramificación de las ciencias y letras que ha experimentado el saber, pero omitimos deliberadamente un área que el hombre mismo considera fundamental?

¿Estamos realmente teniendo presente quién es el hombre, nuestro educando?

¿Qué es educar?

Atendiendo a lo que significa educar a una persona, una primera aproximación a su significado diría que es un **proceso que toca y abarca integralmente toda la personalidad del ser humano** –infante, joven o adulto- y **la desarrolla**. De ahí que educar, como hemos expresado, no se limita sólo a instruir conocimientos, a informar acerca de datos y al desarrollo de habilidades técnicas –aunque también lo sea-. La formación de la personalidad de un hombre –en respeto de lo que el hombre es- implica no soslayar su dimensión trascendente. Más aún, una formación integral de la personalidad del hombre supondrá el abrirle el camino a la búsqueda de la verdad, cualidad ésta también exclusiva del hombre, búsqueda que siempre deberá transcurrir en un ámbito de libertad, para que el encuentro de la verdad pueda acontecer sin presiones, pero también sin represiones ni retaceos de información.

Se dirá: si inculco a una persona en una determinada convicción o creencia, entonces la estaré determinando hacia la adhesión a dicha convicción o creencia.

8 HERRANZ, Mons. J., op. Cit.

9 HERRANZ, Mons. J., op. Cit.

10 BRITO, Mariano, Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva, Mvdeo, Ed. Universidad de Montevideo, pp 222 y sigs.

11 BRITO, Mariano, Derecho Administrativo, op. Cit. pp. 253 y ss, 669 y ss, 694 y ss.

12 NAVARRO FLORIA, Juan G., El Derecho a la Objeción de Conciencia, Argentina, Ed. Abaco abril 2004, pág. 12.

Más allá de que la experiencia ha demostrado la falsedad de tal afirmación, corresponde preguntarnos: ¿es realmente libre para elegir abrazar una u otra creencia, u incluso para optar por no adoptar ninguna, quien no conoce siquiera sus valores y credo fundamental? **¿Es libre quien no conoce?** ¿No estamos influyendo negativamente en nuestros educandos cuando les ocultamos una porción esencia de la realidad?

El proceso de formación de una personalidad exige el abrir el campo a las convicciones e ideas religiosas¹³.

¿QUÉ IMPLICA LA RELIGIÓN EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA? LOS TRES NIVELES DE APROXIMACIÓN A LA RELIGIÓN EN LA EDUCACIÓN

Existirían al menos tres niveles posibles de presencia de la religión en la Educación pública.

El primer nivel de aproximación tiene relación con el **respeto mínimo** debido por el Estado y por los habitantes, al pluralismo religioso existente en la sociedad.

En este sentido, habrán de evitarse aquellas prácticas y normativa que desconozcan y violenten el derecho a la Libertad Religiosa de los habitantes.

Un ejemplo aberrante en nuestro derecho lo constituye la reciente Resolución del Consejo Directivo Central de la Universidad de la República que niega la posibilidad a estudiantes y docentes de eximirse de la realización de actividades universitarias por motivos religiosos¹⁴, desconociendo el **derecho a celebrar las festividades religiosas**.

Otro ejemplo de violación de la Libertad Religiosa lo ha constituido la falta de tolerancia hacia la **vestimenta religiosa** de los concurrentes a la Universidad de la República. Tal fue el caso de una religiosa (hermana de una congregación de la Iglesia Católica) que concurría a clase vistiendo su hábito¹⁵, a lo que la asociación de estudiantes se opuso, promoviendo el dictado de una resolución de las autoridades que prohibiera tal vestimenta, interpretando que así se preservaba la "*sagrada*" laicidad del Estado, con más tinte de laicismo que de laicidad propiamente dicha.

Otro ejemplo es el de los Testigos de Jehová, que se encuentran inhibidos por su religión de rendir honores a otra entidad que no sea su Dios¹⁶ y se enfrentan ante el conflicto de tener que cumplir con ciertos *ritos laicos*, como el juramento a la Bandera, la reverencia a Próceres, al Himno patrio, o a ser ellos abanderados.¹⁷

Los ejemplos negativos dados son sólo indicadores de la ardua tarea que los uruguayos tenemos por delante para el goce pleno y efectivo de la Libertad Religiosa en sus diversas manifestaciones, que implicará la remoción o el dictado de normas.

Pero también hemos violentado la Libertad Religiosa mediante una **distorsionada interpretación de la laicidad en la enseñanza**, interpretación que ha conducido, mediante una pretendida pero sólo aparente imparcialidad, a la **proscripción de los temas religiosos de la enseñanza pública**, derivando no en una enseñanza laica (en el sentido de neutral, pero también plural, que revele la multiplicidad de credos en la sociedad), sino a lo que se ha calificado como "*ignorancia religiosa obligatoria*".

La postura que postula la total prescindencia del Estado respecto al fenómeno religioso (que ni Varela quiso) y que en este entendido veda del acceso al conocimiento acerca de las religiones a sus educandos, se ha tornado en lo que la doctrina denomina "**secularismo fundamentalista**", es decir, aquel adoctrinamiento impartido por el Estado que impone una sola visión del mundo: aquella en la que las religiones no existen. Y esta postura ideológica es presentada con pretensión de asepsia como la única sostenible. En realidad responde a **una toma de posición más** –entre tantas– ante el fenómeno religioso. Lo único que tiene de única esta postura filosófica es que es la única que niega el factor religioso.

13 ROBBERS, Gerard, Religious Instruction in the European Union, en Congreso Latinoamericano Sobre Libertad Religiosa, Lima, Perú, 2000, Pontif. Univ. Católica del Perú, Fondo Editorial 2001, pp. 239, traducción de la autora.

14 Res. N° 15 de 28/10/08, Consejo Directivo Central, Universidad de la República, resuelve "*no hacer lugar a las solicitudes de exención de actividades universitarias, justificadas en motivos de origen religioso*".

15 DE LA ROSA, Pablo, Profesor de la Facultad de Sociología, Universidad de la República. Testimonio

16 NAVARRO FLORIA, J, *El Derecho a la Objeción de Conciencia*, en varias citas, op.Cit.

17 ASIAÍN PEREIRA, C. *Hábeas Conscientia y Objeción De Conciencia*, en *Anuario de Derecho Administrativo* T. XV, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

Al negar algo que es, -el fenómeno religioso como protagonista de la sociedad-, esta errónea interpretación del Principio de Laicidad del Estado, conduce a que en las escuelas no se enseñe la realidad como es. Se imparte, por consecuencia, una no-Educación.

Es éste otro gran desafío para la sociedad y el Derecho uruguayos, más difícil de subsanar que el anterior, ya que no es pasible de resolución mediante la simple eliminación de las normas infractoras, sino que reclama un **cambio de mentalidad** en todos y cada uno de los estamentos de la sociedad uruguaya, hacia un pluralismo y respeto de la Libertad Religiosa plenos, sin cortapisas.

De modo que un primer nivel de aproximación al tratamiento de la religión en la Educación pública guarda relación con aquella faz negativa de la Libertad Religiosa, que impone a los poderes públicos, así como a la generalidad de las personas, abstenerse de aquellas prácticas que puedan menoscabar el goce y ejercicio de la Libertad Religiosa de los demás, destinada a preservar la **inmunidad de coacción** de la persona.

Primero, y antes que nada, **habrá de removerse de nuestro ordenamiento jurídico aquellos obstáculos, verdaderos escollos** que dificultan, cuando no niegan y atropellan el derecho y la *“libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”* (art. 18 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

En Uruguay habrá que excavar el terreno en profundidad, para remover los escombros no sólo del pasado, sino también de hoy, que constituyen rémoras a la buena cimentación y posterior edificación del edificio de la Libertad Religiosa, tan caro a la democracia plural y al Estado de Derecho.

Una vez limpio el terreno, podremos cimentar y construir. Pero antes debemos remover aquellas medidas aberrantes –como la Resolución represora citada de la Universidad de la República- con las que lamentablemente nos hemos acostumbrado a convivir y que en su conjunto, y por la malinterpretación que hemos hecho del concepto de laicidad, nos han conducido a una actitud de indolencia en la materia.

Sólo una vez depuesta la actitud de negación del lugar de lo religioso en lo social, podremos comenzar a dar cumplimiento a la faz positiva de la Libertad Religiosa, consistente en la obligación positiva que pesa sobre los poderes públicos de **promocionar la Libertad Religiosa** de sus habitantes¹⁸, mediante la adopción de medidas y la implementación de mecanismos de salvaguarda, a la par que de fomento de la libertad religiosa de sus habitantes, **promocionando el derecho a la formación de la conciencia para evitar un condicionamiento negativo del mismo**¹⁹.

El cabal cumplimiento de las dos facetas de la Libertad Religiosa, tanto de la faz negativa -inmunidad de coacción y abstención de prácticas avasallantes- como de la faz positiva –obligación de promover, facilitar, propiciar el efectivo goce y ejercicio de la Libertad Religiosa- *“requieren para su efectividad la existencia de un marco jurídico-político adecuado, que es lógicamente el propio de una sociedad democrática”*²⁰, poniéndose de relieve la interrelación existente entre democracia, desarrollo y respeto de los derechos fundamentales.

Un segundo nivel de aproximación a la presencia de la religión en la Educación pública consistiría en **instruir acerca** de las diversas religiones en el mundo, su influencia a lo largo de la historia, en la cultura de los pueblos –incluso en sus ordenamientos jurídicos-, su injerencia en las artes, en la moral, en las costumbres, su incidencia en la tradición de los pueblos, en conceptos básicos como el de familia, matrimonio, el cuidado de los hijos, el respeto debido a valores, por enumerar sólo algunas nociones teñidas de influencia religiosa, en lo cultural, en la moral y en la ética.

Motivaciones de diversa índole imponen esta solución;

Desde el punto de vista **estadístico** se comprueba el dato de la existencia y cantidad de adherentes a las distintas religiones en una sociedad determinada. Un criterio de representatividad, fundamental a la democracia, demanda que el estudio de las religiones integre la currícula.

Una razón de tipo **histórico** demuestra que determinadas religiones han formado parte inescindible o han tenido influencia, en la tradición de cada país.

Desde el punto de vista **cultural**, la religión es parte esencial del patrimonio de civilización que se ha de transmitir y enseñar.

Y, por último, una razón **psicopedagógica** señala que no es posible conseguir una formación completa de la personalidad sin la presencia de ese componente esencial que es el desarrollo de la dimensión religiosa²¹.

18 MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional*, en *Congreso Latinoamericano Sobre Libertad Religiosa*, Lima, Perú, 2000, Pontif. Univ. Católica del Perú, Fondo Editorial 2001, p. 214

19 MARTÍN SANCHEZ, I, op. cit

20 MARTÍN SANCHEZ, I., op. Cit.

21 FORNÉS, Juan, *La Libertad Religiosa y la enseñanza de la religión en los centros educativos*, en *Congreso Latinoamericano Sobre Libertad Religiosa*, Lima, Perú, 2000, Pontif. Univ. Católica del Perú, Fondo Editorial 2001, p. 242.

Esta última motivación va un poco más allá de la simple instrucción acerca de las religiones y las creencias, y sugiere una formación religiosa determinada. Pero, agregamos, será imprescindible al menos el conocimiento de que esta dimensión trascendente es crucial para una gran porción de la humanidad.

¿Cómo entender los hechos históricos sin conocer las ideas que subyacían en sus pueblos y en sus protagonistas, muchas veces imbuidas de convicciones religiosas, cuando no constituían éstas su principal móvil?

¿Cómo apreciar el arte -ya sacro, ya profano, y este último por oposición al anterior- sin conocer las deidades objeto de veneración y el simbolismo encerrado en sus figuras, objetos y escenas reproducidas?

¿Cómo entender las comunicaciones y las relaciones humanas, sin conocer la diversidad de pensamiento, conciencia y religión?

Más aún, ¿cómo podemos enseñar a **convivir pacíficamente**, respetando la **diversidad** reinante en la sociedad, si no hemos aprendido desde la escuela que existen distintas creencias tras las cuales se aglutinan los hombres y en torno a las cuales ordenan toda su vida familiar, social, moral, su aspecto físico, sus costumbres, su conducta, su tiempo?

¿Cómo enseñaremos a **respetar al que es distinto si en la escuela no hemos enseñado que la sociedad es plural en materia religiosa**? Pues, sin perjuicio de la multiplicidad de formas mediante las que el hombre ha encontrado respuesta a las preguntas existenciales de *qué es el hombre, de dónde viene y hacia dónde va*, se destaca su convicción de trascendencia y su relación con el ser supremo. Todas las religiones tienen un mínimo ético común y valores comunes que traspasan las barreras religiosas, siendo compartidos también por el humanismo.

Uno de dichos valores es la **dignidad del ser humano** y los derechos inherentes a él. La pacífica convivencia entre los semejantes es un ideal perseguido por todas las religiones e ideologías humanistas.

Pues la Educación –y la Educación religiosa en particular- ha sido enfatizada como uno de los medios más efectivos de fomentar la tolerancia, comprensión y respeto mutuo a través de las fronteras de la fe y de la cultura en las sociedades plurales, (opinión de la Comisión de Derechos Humanos Res. 1994/18 y Res. 1998/18), **pudiéndose impartir en nuestros tiempos de pluralismo sin menoscabar la Libertad Religiosa o de creencias de los demás**²².

Por religión en la Educación pública podemos aludir, ya sea a la enseñanza acerca de las diversas religiones existentes, incluida la instrucción acerca de los contenidos dogmáticos de las religiones (segundo nivel de aproximación), o a la enseñanza en la religión, es decir, entendida como formación en la religión de pertenencia (tercer nivel de aproximación), a lo que la cita refiere.

Pero por ahora podemos abordar un segundo nivel de aproximación a la religión en la Educación pública, que no sólo no contraría, sino que por el contrario cumplimenta el mandato constitucional y el bloque de los derechos humanos que rige sobre nuestro ordenamiento, que sería el de **informar acerca de las religiones y otras cosmovisiones no religiosas**.

No sólo apuntaría a informarse **acerca de las religiones**, lo que ayudaría a comprender al diverso y enseñaría a convivir con la alteridad. También permitiría **aprender de las religiones** los valores propugnados por éstas, sobre todo aquellos comunes a todas, habilitando la incorporación libre, voluntaria e informada, de valores.

Nuevamente, no será posible la formación de una conciencia libre en la ignorancia.

En la propagación de los ideales de justicia y de paz comunes a todas las religiones, éstas colaboran con los fines primordiales del Estado. Por ello, deben ser consideradas por los poderes públicos como aliados, formadores de seres humanos íntegros, no como males u opio de los pueblos de los cuales el celoso e infalible Estado nos debe librar.

¿O no enseñamos acerca de la existencia de partidos políticos, de equipos deportivos rivales, del pluralismo de ideologías? Es más, enseñamos no sólo que existen estas diversas agrupaciones humanas, sino también el ideario que las sustenta, lo que facilita su comprensión.

Un tercer nivel de aproximación, propio de sociedades de largo arraigo y tradición democrática y que es el propugnado por los instrumentos internacionales, es el de ofrecer o habilitar por parte del Estado, la **formación religiosa de sus alumnos de acuerdo a las convicciones o creencias de sus padres o de ellos mismos, en régimen pluralista**, es decir, ofreciendo formación religiosa en cada una de las religiones existentes, según el grupo de destinatarios de la misma.

22 THORSON PLESNER, Ingwill, *Promoting tolerance through religious education*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, LINDHOLM, T., DURHAM, Jr., W.C., TAHZIB-LIE, B.G., editors, Koninklijke Brill NV, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 791 a 812 (traducción de la autora).

Esta opción no supone en absoluto un desmedro del carácter neutral del Estado en materia religiosa. **El Estado se mantiene no confesional.** No adhiere a una u otra religión. Pero como tampoco niega el fenómeno religioso presente en la sociedad, más aún, **valora a las religiones por su contribución** a la formación en valores de sus habitantes, por compartir un ideario común de justicia y paz, y por considerar, además, que el habilitar la formación religiosa en el ámbito escolar contribuirá a fomentar la **pacífica convivencia entre los ciudadanos y el espíritu de tolerancia**, porque es esencial a la formación de la personalidad humana, y en ese entendido opta por ofrecer o habilitar que aquellos que lo deseen, puedan recibir formación de la religión de su pertenencia en las aulas públicas.

Varios son los presupuestos de este sistema.

En primer lugar, **nunca será una materia obligatoria**, pudiendo eximirse los padres respecto a sus hijos, o ellos mismos según su edad, si no desean recibir formación religiosa de tipo alguno. Como alternativa para éstos, podrá ofrecerse formación en valores de corte humanista, sin signo religioso alguno.

La formación religiosa será brindada en **régimen plural**. Deberán cubrirse las demandas de los miembros de cada comunidad educativa considerada como una unidad. Es decir, ningún fiel de ninguna religión quedará sin cobertura en la formación de su religión de pertenencia. A la vez, no habiendo interesados en recibir determinada formación religiosa en una comunidad educativa (una clase, una escuela, una comunidad, según se organice), no será necesario impartir educación en ese credo dado, en esa comunidad.

La formación religiosa será **impartida por personas designadas por cada confesión religiosa**, haciéndose ésta responsable de suministrar a los formadores. La evaluación de los alumnos en estos cursos no debería pesar a la hora de la promoción escolar en el sentido de obstaculizarla.

El Relator especial de las Naciones Unidas, Manfred Novak²³, quien este año inspeccionó nuestro sistema penitenciario, elevando críticas desde el punto de vista humanitario que provocaron la adopción de medidas por parte de las autoridades públicas, se ha expedido en varias oportunidades acerca de la religión en la Educación pública. Reconociéndolo un derecho humano fundamental, va más allá de la instrucción acerca de las religiones, sosteniendo que un sistema de Educación pública que imparta formación en una religión o creencia en particular, será permisible en tanto existan provisiones que permitan exenciones o alternativas no discriminatorias a la misma.

La Recomendación 1202 de la Asamblea Plenaria del Consejo de Europa (2/2/1993) subraya que *“el conocimiento de la propia religión y de los propios principios éticos, es una condición previa a toda verdadera tolerancia y puede igualmente servir de defensa contra la indiferencia y los prejuicios”*.²⁴

Más aún, desde los imperativos de lo que la Educación de un ser humano es, un ilustre pedagogo español²⁵ señala que *“no se puede hablar de educación en sentido propio, de educación real y auténtica, a menos que ésta cumpla la condición de perfeccionar todas las manifestaciones de la naturaleza humana”*, pues *“Una Educación responde a todas las exigencias de la naturaleza humana cuando estimula el desarrollo intelectual que capacita al hombre para alcanzar la verdad; el desarrollo moral que le capacita para buscar y realizar el bien; el desarrollo estético que le capacita para apreciar y realizar la belleza; el desarrollo técnico que le capacita para descubrir la utilidad de las cosas y emplearlas y para crear cosas útiles; y el desarrollo religioso que ayuda al hombre a relacionarse con Dios”*, o a optar por no relacionarse en absoluto, agregáramos nosotros.

No somos ajenos al escándalo que puede causar en nuestra tradición batllista un planteo de este tipo. Es que desde la mitad del siglo XIX hemos estado sosteniendo esta postura como verdad absoluta, sin haber reparado en las soluciones que se ha dado el derecho comparado.

Seguimos apelando a José Pedro Varela, que culminó su obra en 1877, para otra realidad, para un Estado que era aún confesional, para una sociedad que no presentaba los rasgos de pluralismo religioso que exhibe la actual. Por sobre todo, la evolución en el pensamiento y desarrollo de los derechos humanos no había alcanzado en ese entonces el actual grado de madurez.

Mirando hacia el pasado, nos hemos quedado estancados en Varela, sin haber incorporado ni asimilado las enseñanzas de nuestro prócer Artigas, que entronizó la promoción de *“la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable”*²⁶. El lema *“sean los orientales tan ilustrados como valientes”*, que seguimos divulgando

23 NOVAK, Manfred. y VOSPERNIK, T., *Permissible Restrictions on Freedom of Religion of Belief*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. cit., pp. 147 a 172 (traducción de la autora).

24 MARTÍN SANCHEZ, Isidoro, *El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internaciona*, en *Congreso Latinoamericano Sobre Libertad Religiosa*, op. Cit, p. 227

25 GARCIA HOZ, V., *La libertad de Educación y la Educación para la libertad*, en *Persona y Derecho*, 6 (1979), p. 17, citado por FORNÉS, J., op.cit., p. 243

26 Instrucciones del Año XIII, que portaban los diputados orientales (uruguayos) a la Asamblea Constituyente a celebrarse en Buenos Aires, a efectos de plasmar estos principios en la futura Constitución; 3º instrucción.

do en las escuelas y que signa nuestra moneda²⁷, ¿podemos considerarlo realmente cumplido si retaceamos información a los “ilustrados”?

Hemos avanzado en materia educativa en muchas áreas. Hemos entregado una computadora por alumno en la escuela primaria pública. Bienvenido sea ese signo de progreso que se erige en herramienta para el desarrollo intelectual y técnico del futuro adulto. Pero: ¿informática si y religión no? ¿No es por lo menos insuficiente, cuando no sectaria nuestra Educación?

No se trata de cambiar ni nuestro Derecho ni el espíritu que lo ha inspirado. Varela mismo previó algún tipo de formación religiosa ya en 1877. Nuestra Constitución no la prohíbe, más aún, complementada la Carta por la vía del art. 72 con aquellos derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno, tal solución resulta impuesta, por ser la forma más plena del respeto a la Libertad Religiosa. Si a estas consideraciones agregamos las obligaciones impuestas por el Derecho Humanitario Internacional, entonces el deber de brindar instrucción o formación religiosa en las escuelas públicas en régimen plural se alza como ineludible.

Perteneciendo la Libertad Religiosa a aquel núcleo duro de derechos inalienables, inderogables, imprescriptibles, que se imponen a los Estados aún por sobre sus constituciones si éstas no lo recogieran, que conocemos como *ius cogens*, entonces queda más patente aún el deber del Estado de brindarla.

“El Estado neutral no puede imponer una verdad religiosa, pero debe asumir una actitud de apertura hacia las diferentes ideas religiosas. Siendo responsable –conjuntamente con los padres– de la formación de la personalidad de los jóvenes, como contrapartida, el Estado tiene también responsabilidad por la dimensión religiosa de su personalidad. **El rechazar la religión completamente, relegándola a horarios tardíos o a los domingos y el ignorar la búsqueda de la verdad discriminaría contra la religión.** Y esto, nuevamente, significaría una **contradicción respecto a la neutralidad del Estado.** Más aún, rechazar la religión significaría fallar en la tarea formativa de la personalidad integral del niño”²⁸.

DESDE LA LIBERTAD RELIGIOSA FUNDAMENTO, ALCANCE Y ÁMBITOS

La Libertad Religiosa ha merecido el calificativo de “primer libertad” o “primordial libertad” por parte de los artífices del “Bill of Rights” de los Estados Unidos. *“Religious liberty is often referred to as the “First Freedom” because the Framers placed it first in the Bill of Rights. Yet it is not merely first in order: it is a fundamental freedom on which so many of our other freedoms rest”*.²⁹

Ha sido también considerada el “origen de todas las libertades”³⁰, y su plena vigencia en un Estado ha sido considerada el **mejor indicador del grado de respeto de las demás libertades y ergo, del grado de democracia de la sociedad.**

Para un breve repaso de su fundamento filosófico, se parte de premisas y principios generales del Derecho, recogidos en nuestro caso por el ordenamiento jurídico de fuente interna e internacional, que constituyen desarrollos de la **ESCUELA DEL DERECHO NATURAL**³¹:

Existen valores anteriores a las normas, que están por encima de ellas.

Las normas los reconocen, no son la fuente de ellos. Así, la Sección de Derechos, Deberes y Garantías de nuestra Constitución reconoce la preexistencia de derechos y libertades de titularidad del hombre por ser tal, que el Derecho sólo viene a reconocer y en tanto tales a tutelar, garantizando su ejercicio a sus titulares. Ni el Estado ni el Derecho son fuente de tales derechos ni valores.

El Estado y el Derecho están al servicio del hombre, son instrumentales al hombre, no a la inversa. Y la tutela de los derechos del hombre es una exigencia óptica del Derecho, sin la cual dejaría de llamarse Derecho. No es concesión graciosa del Estado.

Dentro de ese haz de derechos fundamentales, la Libertad Religiosa se alza como **DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL.**

27 Moneda de diez pesos

28 ROBBERS, G., op. Cit, p. 239, traducción de la autora

29 <http://www.firstfreedom.gov/>, United States Department of Justice, First Freedom Project. *“La Libertad Religiosa es frecuentemente conocida como la “Primera Libertad” porque al redactar la Carta de Derechos sus artífices la colocaron en primer lugar. Pero no sólo está primera en orden: es una libertad fundamental sobre la cual muchas de nuestras libertades se apoyan.”*

30 Congreso Internacional del Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (CALIR), *“La Libertad Religiosa, Origen de Todas las Libertades”*, Buenos Aires, abril, 2008.

31 ASIAÍN PEREIRA, Carmen, *Hábeas conscientia y objeción de conciencia*, en *Anuario de Derecho Administrativo*, T. XV, Fundación de Cultura Universitaria, Mvdeo, 2008

El Prof. Dr. Ariel David Busso³² estableció una serie de principios en relación al derecho a la Libertad Religiosa, que resultan fácilmente trasladables al derecho a la religión en la Educación pública, por ser aquella la base fundante de ésta:

El centro está puesto en el hombre y en su dignidad como **PERSONA**, reconociéndose como valor la promoción integral de la persona humana.

En tal sentido, es la “persona” quien es “sujeto de derechos y obligaciones”.

El reconocimiento de este derecho deriva de un modelo objetivo de valores: se valora al hombre en su dignidad y por ello se le respetan sus derechos, es decir, **lo debido a él**.

Pues el hombre no es sólo materia, sino que también tiene “conciencia”. Esta “conciencia” posee la obligación moral de **buscar la verdad sin coacción exterior**. Es en función de esta relación natural a la verdad y para que la búsqueda de la verdad pueda tener lugar sin trabas, que la persona debe poder hacerlo en un ámbito de libertad. Es entonces en función de la dignidad del hombre y para habilitar su tendencia innata a la búsqueda de la verdad, que se lo reconoce titular de derechos, erigiéndose en primer lugar la Libertad Religiosa como pilar.

Y el derecho a la Libertad Religiosa del hombre tiene fundamento en ese **deber correlativo** que posee de buscar la verdad.

Pues no es la verdad en sí la que es sujeto de derechos (ni el eventual error), sino la persona misma quien los ostenta. No es que se parta de un relativismo que sostiene la igual valía de cualquier afirmación con pretensión de verdad. Es en función del reconocimiento a la dignidad humana y al hombre, sujeto de derechos, que se le reconoce lo que le es debido.

Así, en sentido afirmativo, el reconocimiento del derecho a la Libertad Religiosa y de todas sus manifestaciones y ámbitos implica el **derecho por parte de su titular a exigir de los otros el respeto del mismo**, en todas sus manifestaciones y ámbitos, incluyendo el de impartir y recibir enseñanza religiosa y el de elegir la formación religiosa para sus hijos.

En sentido negativo, implica la capacidad del titular de no ser impedido de obrar en el sentido ordenado por su conciencia, de acuerdo a un orden axiológico real. Implica para la autoridad –y también para sus congéneres- una obligación de respeto, entendida como **inmunidad de coacción externa** en materia religiosa o de conciencia.

Esta fundamentación extrae del **Tomismo** el concepto de que la libertad está en relación con la **finalidad del hombre** y de su innata tendencia a la búsqueda del bien.

Definiendo el Tomismo el *ius* como “lo justo”, “lo propio”, resulta que el *ius* es un objeto, es “la cosa debida en justicia a alguien”.

En tal entendido, si el Derecho es lo justo, es decir, lo debido por justicia a alguien, una norma injusta dejaría de ser Derecho, por faltar a su exigencia óntica. De modo que, siguiendo esta línea de pensamiento, las normas violatorias de la Libertad Religiosa, por atentar contra la naturaleza y dignidad del hombre, no serían dignas de obediencia –aunque sí serían coactivas- y seguro no serían dignas de integrar un ordenamiento jurídico que quiera reputarse Derecho.

Pues “*el Derecho y el Estado al igual que todas las instituciones sociales, son para el hombre, para el hombre real de carne y hueso, para los seres humanos individuales*”³³, puesto que “*el Derecho o sirve para el hombre o no sirve para nada*”.

En lo atinente a la Educación, **implicará para los poderes públicos** no sólo la obligación de respetar y no estorbar la formación religiosa de sus habitantes, sino también la de **propender a su desarrollo, para que el hombre pueda alcanzar la meta del encuentro de la verdad**. Si el Estado suprime áreas del conocimiento le estará impidiendo o dificultando al hombre el poder cumplir con su deber correlativo a su derecho de Libertad Religiosa: la búsqueda.

Y la efectividad del derecho a la formación de la conciencia requiere, en primer lugar, una forma de Estado democrático, laico –no laicista- y pluralista, en el que concurran libremente las diversas creencias religiosas e ideológicas, para que sea posible elegir una determinada religión o convicción, u optar por carecer de ellas.

Un Estado que impone determinada ideología oficial –como aquella que sostiene que la religión no tiene cabida en la Educación ni en la sociedad ni en el Derecho- estará incurriendo en el llamado secularismo fundamentalista o **adoctrinamiento**³⁴, tildado de “totalitarismo laicista” o “laicismo estridente”³⁵. En ellos **no es factible una realización efectiva del derecho a la formación de la conciencia**.

32 BUSO, David Ariel, *La Libertad Religiosa y su fundamento filosófico*, en actas del Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa, Lima, Perú, 2000, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2001, pp. 71 a 82

33 RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, 14ª Ed., Porrúa, 2003, p. 322

34 MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier y NAVARRO-VALLS, Rafael, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. cit., pp. 209 a 238 (traducción de la autora).

35 LINDHOLM, T., *Introduction, Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, p. lxix

La ausencia del pluralismo religioso e ideológico –es decir, la existencia de la opción única, como ocurre en la Educación pública uruguaya- es la **negación de la posibilidad de elección**³⁶.

LOS ÁMBITOS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

La doctrina ha identificado lo que es considerado el núcleo normativo del derecho inderogable a la Libertad Religiosa o de creencias, en tanto derecho humano de aplicación universal codificado en instrumentos internacionales de derechos humanos. Este núcleo está constituido por aquellos valores, verdaderos **contenidos esenciales**, ínsitos en la Libertad Religiosa, **inescindibles** de la misma, en definitiva, los **estándares mínimos** que un régimen respetuoso de la Libertad Religiosa debe exhibir³⁷, para ser considerado Estado del Derecho.

Queda así condensado el núcleo normativo del derecho a la Libertad Religiosa o de creencias en ocho componentes esenciales:

1. **Libertad interna** (forum internum): toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho que incluye la libertad de tener, adoptar, mantener o cambiar de religión o de creencias. Este fuero interno jamás podrá ser limitado ni restringido, ni aún por ley motivada en el interés general;
2. **Libertad externa** (forum externum): toda persona es libre de **manifestar** su religión o creencia, tanto individual como colectivamente, tanto en público como en privado, mediante la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia³⁸.
3. **Inmunidad de coacción**: Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección³⁹.
4. **No discriminación**: Los **Estados están obligados** a respetar y asegurar a todos los habitantes de su territorio y bajo su jurisdicción el derecho a la libertad de religión o de creencias sin distinción de tipo alguno, como raza, color de la piel, sexo, idioma, religión o creencias, opiniones políticas u otras, origen nacional u otro, propiedad, nacimiento u otra condición.
5. **Derechos de los padres y tutores**: los Estados están obligados a respetar la libertad de los padres o guardianes legales de los hijos, de forma de asegurar que éstos reciban una **Educación religiosa y moral** conforme a sus propias convicciones⁴⁰, protegiéndose el derecho a la Libertad Religiosa o de creencias del niño según la evolución de sus capacidades.
6. **Libertad de las comunidades religiosas y personalidad jurídica**: derecho de las confesiones religiosas a gozar de estatus jurídico y a ser titulares de derechos e intereses como comunidades. Las confesiones religiosas son sujetos titulares del derecho a la Libertad Religiosa por sí mismas, de lo que se deriva el **Principio de Autonomía** en los asuntos propios a su misión. No es éste más que un aspecto del derecho a manifestar la religión o creencias no sólo individual sino colectivamente.
7. **Límites a las restricciones permisibles a la libertad externa**: los únicos límites legítimos a la Libertad Religiosa o de creencia serán aquellos prescritos por ley y que sean necesarios para la protección de la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos de terceros.
8. **Inderogabilidad**: los Estados no pueden suspender ni derogar ni incumplir las garantías establecidas para la protección del derecho a la Libertad Religiosa o de creencias, ni siquiera en tiempo de emergencia pública⁴¹.

De entre los contenidos esenciales de la Libertad Religiosa descriptos, estándares mínimos para que ésta se considere respetada, existe un **fuero impenetrable a la autoridad**, el fuero interno, a libertad interna. Los Estados están absolutamente impedidos de interferir de forma alguna con este fuero interno.

Se ha puesto de relieve que una de las formas más comunes de interferencia del Estado en el fuero interno o íntimo de las personas es por medio del “lavado de cerebros”, el adoctrinamiento ideológico u otras formas de manipulación⁴².

36 MARTÍN SANCHÉZ, Isidoro, *El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional*, en *Congreso Latinoamericano Sobre Libertad Religiosa*, op. Cit., p. 222

37 LINDHOLM, T., DURHAM, Jr., W.C., TAHZIB-LIE, B.G. & GHANEA, N, (Editors) *Introduction, Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. cit pp. xxvii a xlvi.

38 Art. 18, Declaración Universal de los Derechos Humanos

39 Art. 18 (2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU 1966

40 Art. 18 (4), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU 1966

41 Art. 4 (2), Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ONU 1966

42 NOVAK, Manfred y VOSPERNIK, T., *Permissible Restrictions on Freedom of Religion or Belief*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. cit., p. 148.

Pues bien, la imposición por parte del Estado uruguayo de una sola postura ideológica en materia religiosa –aquella que sostiene que nada tiene que hacer la religión en el ámbito público y que el fenómeno religioso no debe integrar las currículas de los planes educativos–, por ser impartida no como una postura ideológica o filosófica más, sino como la única verdad sostenible, y más aún, no asumiéndose el dogmatismo que esta postura encierra, sino por el contrario, exponiéndose la postura con pretensiones de imparcialidad, es un caso claro de los denunciados como de **adoctrinamiento ideológico**. Este verdadero secularismo fundamentalista interfiere constriñendo el fuero íntimo, violentando su impenetrabilidad absoluta.

Mediante este *adoctrinamiento secularista*, el Estado está **transgrediendo uno de los límites rígidos de la Libertad Religiosa**, según ésta es concebida por la Corte Europea y la doctrina actual y mayoritaria en la materia. En efecto, cuando el Estado omite la promoción de un verdadero pluralismo religioso en la sociedad, así como de sus manifestaciones externas, está asumiendo una **postura equivalente al “sostener” una determinada creencia** (el secularismo, es decir, la no-religión) con preferencia sobre las demás (religiones o creencias). Esto es lo que ocurre cuando se sostiene una interpretación radical del principio de neutralidad, que deriva fácilmente en el **secularismo fundamentalista**, otra forma de intolerancia.⁴³

Desde una perspectiva jurídica, el derecho a la Educación religiosa o moral conforme a las propias convicciones o creencias integra el núcleo esencial del derecho a la Libertad Religiosa.

Es considerado uno de los estándares mínimos que los Estados están llamados a cumplir, una suerte de **deber positivo del Estado**, para la promoción de la tolerancia, en interés del menor y mediante el respeto del derecho de los padres a formar a sus hijos según sus convicciones o creencias⁴⁴, y así merecer el calificativo de Estados respetuosos de la Libertad Religiosa, y por ende, del Estado de Derecho.

Desde dentro de cada confesión religiosa, titular por sí misma de derechos y libertades y en concordancia con el Principio de Autonomía, la Educación religiosa de las generaciones venideras **no es sólo un derecho, sino un deber de los fieles**, un deber asimilable al de cumplir con los mandatos y preceptos religiosos, de celebrar las festividades, realizar los ritos y ceremonias y al de abstenerse de las prohibiciones establecidas por el credo de pertenencia.

Por consiguiente, para el efectivo y pleno goce y ejercicio de la Libertad Religiosa, la persona debe contar con **garantías adecuadas brindadas por el Estado** –ser instrumental para el bien común⁴⁵– para que sea efectiva su *“libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”* (art. 18 Declaración Universal de los Derechos Humanos). Es que *“no basta ni es tan fácil proclamar simplemente en la Constitución la existencia de determinadas libertades si no se las completa con garantías adecuadas”*⁴⁶.

Apuntan los autores extranjeros citados que siendo éstos los estándares mínimos, muchas sociedades han avanzado en la protección de la Libertad Religiosa, cumpliendo con creces el mínimo exigible.

Así vemos que en materia de religión en la Educación pública, algunos países europeos como el Reino Unido, van más allá de la simple enseñanza acerca de las religiones o las creencias, embarcándose en la oferta de formación religiosa según la demanda de la composición plural de los alumnos.

Las barreras que ponen algunos Estados a la Educación religiosa de los niños han sido puestas de relieve como ejemplo de **violaciones graves** a los derechos humanos, en tanto entorpecen la transmisión de la tradición religiosa a las siguientes generaciones y en tanto alimentan la ignorancia religiosa acerca de determinados grupos en particular, alejando las posibilidades de formar personas tolerantes, respetuosas y capaces de construir una convivencia pacífica en la diversidad.

El problema es que las violaciones a la Libertad Religiosa no están motivadas en el desconocimiento del derecho, sino en base a sostener que las limitaciones impuestas se encuentran caso a caso, justificadas⁴⁷.

Pues no han sido sólo los regímenes enarbolados en fundamentalismos religiosos los que han atropellado la Libertad Religiosa de sus habitantes, sino también los regímenes racionalistas, laicistas y las ideologías ateas los que han causado las más severas violaciones a la Libertad Religiosa y de creencias de aquellos que se atreven a disentir⁴⁸.

43 MARTÍNEZ-TORRON, J., y NAVARRO-VALLS, R, *Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe, Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, p 235

44 VAN BUEREN, G., *The Right to Be the Same, The Right to Be Different: Children and Religion*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. cit., pp. 561 a 570.

45 BRITO, Mariano, *Derecho Administrativo. Su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*, Mvdeo, Ed. Universidad de Montevideo, pp. 222 y ss. y en toda su obra.

46 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, op.cit., p. 109

47 NOVAK, Manfred y VOSPERNIK, T, *Permissible Restrictions on Freedom of Religion or Belief* en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op cit, pp. 147 a 172.

48 LINDHOLM, T., *Philosophical and Religious Justifications of Freedom of Religion of Belief* en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. cit., p. 26 (traducción de la autora).

Entonces, en Uruguay proclamamos una libertad de cultos como si fuera sinónimo de Libertad Religiosa, sin detenernos a analizar si cumplimos con los contenidos esenciales de esta Libertad Religiosa, entre los cuales la formación religiosa -o al menos la enseñanza acerca de las religiones en la Educación pública- se erige como fundamental.

Nos jactamos de una libertad, que es en realidad una **libertad de indiferencia**, cuando no de prescindencia del fenómeno religioso imperante en la sociedad. Y lo hacemos, no sólo a contracorriente del proceso de “deseccularización” que está teniendo lugar globalmente en el mundo⁴⁹, sino lo que es peor, en desconocimiento de la naturaleza y dignidad humanas, con desdén de lo que implica Educar, y en violación flagrante de uno de los elementos fundamentales de la Libertad Religiosa y de creencias.

DESDE EL DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL

Precisiones previas

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plasmado en los tratados internacionales que han celebrado los sujetos de derecho público internacional, no es sólo un referente al que acudir para fundamentar una postura, ni para adornarla. **Es Derecho vigente y vinculante, integrante del ordenamiento jurídico**, y dentro de éste, se encuentra jerarquizado por encima o a la par que las constituciones, conformando el **Bloque de los Derechos Humanos**⁵⁰.

Su núcleo duro, constituido por determinados derechos inalienables, imprescriptibles, inderogables, constituye el **Derecho Imperativo** o *ius cogens*, imponiéndose aún por sobre las Constituciones⁵¹.

Muchos ordenamientos jurídicos –como el uruguayo- han integrado por suscripción estos tratados internacionales o regionales. En tales casos, su carácter vinculante se deriva de su condición de obligación asumida por el Estado de respetar este Derecho -*pacta sunt servanda*-, cuyo apartamiento comprometería su responsabilidad internacional.

Pero aún para aquellos sujetos de Derecho Público Internacional que no han adherido a dicho ordenamiento internacional, de todas formas éste es vinculante por su carácter de **Derecho Consuetudinario de contenido imperativo**.

De modo que, sea o no el Estado parte de este tipo de tratados referidos a los derechos humanos, su supremacía normativa rige en virtud del mandato de la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**⁵².

Este derecho no derogable ni aún en tiempos de emergencia pública⁵³, se impone por encima de la Constitución Nacional, en la hipótesis de que ésta no lo recogiera. En tanto refiere al **bloque de derechos humanos**⁵⁴, este conjunto de normas es **de aplicación directa en el orden interno**⁵⁵. Es decir, aún en la hipótesis de que el Uruguay no fuera parte de estos instrumentos internacionales, esos “actos de valor y fuerza internacional que obligan a la República Oriental del Uruguay” quedarían colocados “por encima de los actos constitucionales uruguayos.”⁵⁶

En cuanto a las personas, constituye un derecho directamente aplicable y reclamable interna e internacionalmente en diversos ámbitos e instancias: O.E.A., Corte Interamericana de Derechos Humanos y eventualmente Corte Internacional de Justicia.

El Uruguay ha suscripto casi la totalidad de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Aún cuando no los hubiera suscripto, o en el caso de instrumentos no susceptibles de suscripción por no ser tratados

49 LINDHOLM, T. ““Philosophical and Religious Justifications of Freedom of Religion of Belief”, en “Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook”, op. cit., p. 36.

50 RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional T.I.*, op. cit.

51 Conformes RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, T. I, op. Cit. y CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, op. cit.

52 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, art. 53 según la cual los Estados se encuentran obligados al cumplimiento de un mínimo común de respeto de valores considerados fundamentales por la comunidad internacional, derechos cuyo respeto se impone a los Estados por sobre la autonomía de su voluntad y que resultan inderogables (Derecho imperativo).

53 LINDHOLM, T., *Introduction, Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. cit, pp. xxxix

54 RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional T I*, op. Cit. pp. 369 y ss.

55 ALVAREZ, A., *Curso sobre Derecho Internacional*, Instituto Artigas del Servicio Exterior, Montevideo, 1973, citando a Eduardo Jiménez de Aréchaga

56 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, 2002, p. 42

—como la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones⁵⁷— de todas formas quedaría obligado a su respeto por recoger el **núcleo duro** de derechos tan fundamentales y de aceptación tan amplia a nivel internacional, que es considerado parte del **Derecho Consuetudinario Internacional**⁵⁸, parte del *ius cogens* o Derecho Imperativo citado.

Por otra parte, según consigna el Acta Final de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de la ONU de 1993⁵⁹, *“todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados”*, de lo que se deriva que no será posible amparar uno u otro de los derechos proclamados en forma aislada, o la mayoría, dejando alguno de lado. El respeto, salvaguarda y más aún, promoción de todos y cada uno de los derechos fundamentales se impone a los Estados, como **deber positivo del Estado**, comprometiendo su responsabilidad.

Luego, a efectos de lograr una aplicación armónica y pacífica de los derechos fundamentales, éstos deberán conciliarse entre sí. Pero no será ajustado a Derecho soslayar uno en aras de otro, ni ignorar ninguno, ni siquiera apelando a la arraigada tradición cultural, histórica o religiosa de la nación⁶⁰, como nuestro lema de la “ESCUELA LAICA, GRATUITA Y OBLIGATORIA”, al menos en la interpretación negacionista que se le ha dado.

Normativa Internacional General

El ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos garantiza en general el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a su religión o creencias y garantiza a los niños el acceso a la Educación religiosa correspondiente a la religión o creencias de sus padres.

Nos avocaremos primero a las fuentes que tratan la religión en la Educación pública con carácter general, junto con otros derechos y libertades, para luego detenernos en la normativa específica en materia de Educación y religión.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Como latinoamericanos se nos impone destacar en primer lugar este instrumento de 2 de mayo de 1948⁶¹, anterior a la Declaración Universal y con contenido similar⁶².

La Declaración comienza considerando *“Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana”* y que en virtud de esa dignificación es que *“sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad”*, ... que *“los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”*.

Se desprende de la afiliación al **iusnaturalismo**, en tanto reconoce la preexistencia de los derechos de la persona, no del ciudadano, ni del jurídicamente capaz.

La Declaración desde su **Preámbulo** parte del presupuesto de un *“orden moral”* que legitima e inspira al orden jurídico desde el punto de vista de su fundamento filosófico, lo que denota la preocupación por adherir a un **orden axiológico**, que por los valores que propugna resulta digno de ser luego plasmado en normas, escapando así a una concepción puramente positivista. *“Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.”*

La Libertad Religiosa está proclamada en el art. III, incluyendo el derecho de *“profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”*, lo que incluye, como se analizó, la Educación como forma de manifestación y de práctica en público, tanto como en privado.

En sede de Educación prevé que toda persona tiene derecho a una Educación inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas (art. XII).

Se reconoce que es muy genérica y poco concluyente la previsión de la Declaración en punto a la religión en la Educación pública. Lo que es diáfano es su vocación de adherir a un orden axiológico que valora al

57 Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55]

58 LINDHOLM, T., DURHAM, Jr., W.C., TAHZIB-LIE, B.G., *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Koninklijke Brill NV, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. Xli.

59 Celebrada en Viena, Austria, junio de 1993

60 LINDHOLM, T., DURHAM, Jr., W.C., TAHZIB-LIE, B.G. & ROAN, M.M., *Conclusion and Agenda for the Future*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, op. Cit., . 847

61 O.E.A. Res. XXX, 9ª Conferencia Internacional de los Estados Americanos, 2-V-1948, Bogotá

62 ASIAÍN PEREIRA, Carmen, *Derecho Sanitario y Libertad de Conciencia en Uruguay, Estudio comparado de libertad de conciencia y Derecho Sanitario en Iberoamérica*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, en impresión.

espíritu como *finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría*, por lo que no estarán en línea con la Declaración aquellos sistemas que soslayan lo religioso en la sociedad y pretendan formar personas morales con prescindencia de tal cualidad del espíritu.

La Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 establece ya desde su artículo 2º, inciso 1º la titularidad de toda persona, por ser persona, sobre los derechos y libertades que la Declaración Universal proclama, sin admitir discriminación por religión, entre otras⁶³. La Libertad Religiosa fue incluida por uno de los más célebres redactores de la Declaración, dentro del denominado “tercer pilar”⁶⁴, pilar compartido con las facultades del espíritu, las libertades políticas y los derechos políticos fundamentales.

Sin perjuicio de posterior ampliación del concepto, ha sido la Declaración la que ha proveído la definición de Libertad Religiosa de uso más generalizado, en su artículo 18, que ya hemos comentado:

Art. 18: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.*”

El artículo 26,2, en sede de Educación apunta los fines a los que la misma debe tender: “*La Educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz*”. Las finalidades a las que apunta esta norma –como se ha expuesto en este trabajo– sólo son alcanzables mediante una educación integral, que incorpore el factor religioso y enseñe acerca de la diversidad en que éste se desarrolla en la sociedad.

Otros instrumentos internacionales se ocupan de la presencia de la religión en la Educación, en términos similares a la Declaración Universal, mediante una aproximación y alcance genéricos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵

Su aporte (artículo 18) consiste en que agrega una inhibición a las autoridades y a los particulares de “menoscarlas”, refiriendo a las manifestaciones de la Libertad Religiosa:

Tras describir el contenido, manifestaciones y alcance de la Libertad Religiosa⁶⁶, y a modo de “Observación general sobre su aplicación” (art. 18.2), establece en el inciso 2 que “*Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección*”, estando esta libertad “*sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás*”.

Incluye un compromiso de los Estados Partes (inciso 4) de “*respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la Educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”.

Si este compromiso de ser garantes de la Educación religiosa y moral de los hijos lo asumen los Estados, entonces se trata de un deber de los Estados el facilitar, propender, propugnar a que se cumpla, quedando fuera de la esfera de su discrecionalidad. **Es un deber de Estado.**

El art. 27 se ocupa especialmente de las **minorías raciales y religiosas**, estableciendo que “*no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.*”

La Educación y dentro de ella, la formación religiosa y la enseñanza acerca de las religiones quedan protegidas por esta **obligación negativa** asumida por los Estados de “**no negar**” estas expresiones de la vida cultural, ni la práctica de la propia religión.

63 Art. 2,1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de ... religión ... o cualquier otra condición*”

64 GRAMAJO, Juan Manuel, *La Libertad Religiosa en el Derecho Constitucional, Anuario Argentino de Derecho Canónico*, Tomo X, 2003, Buenos Aires, p 53-64.

65 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Ley N° 13.751.

66 Art. 18.1. “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁷

Compromete a los Estados a “*adoptar medidas*” ... “*hasta el máximo de los recursos de que disponga*”, para el logro de la “*plena efectividad de los derechos*” reconocidos.

Según la observación general sobre su aplicación, pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional, estas obligaciones incluyen tanto obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado, no restringiéndose a la adopción de medidas legislativas, compromiso que “no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración”. Los Estados quedan obligados a garantizar los derechos proclamados.

Específicamente en el art. 2º inciso 2º los Estados asumen un compromiso de **no discriminación** por razón de religión.

El art. 13 reafirma el “*derecho de toda persona a la Educación*”, la que debe “*orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales*”. Asimismo, “*la Educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.*”

La libertad de los padres o tutores “*de hacer que sus hijos o pupilos reciban la Educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*” es reiterada en este instrumento. La Observación general sobre la aplicación de este precepto recoge la opinión del Comité, que explica que este elemento “*permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión*”, aludiendo a lo que hemos denominado segundo nivel de aproximación de la religión en la Educación pública. Agrega dicha opinión que aún “*la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia*” será también acorde al Pacto en tanto “*se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores*”, en términos similares a las salvedades establecidas por otros instrumentos internacionales atinentes al punto.

Salvaguardando el principio de no-discriminación mediante la habilitación de exenciones, la implementación del tercer nivel de aproximación –formación religiosa en las escuelas públicas- en virtud del Pacto, deviene legítimo.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁶⁹

Protege las manifestaciones de la Libertad Religiosa en su art. 12:

“Libertad de Conciencia y de Religión. 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.* 2. *Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.* 3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.* 4. **Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la Educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.**”

Se reitera el compromiso de los Estados de “*respetar los derechos y libertades reconocidos*”, así como de “*garantizar su libre y pleno ejercicio*”, “*sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole*” (art. 1), pactándose por los Estados el “**Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**” para efectivizarlos (art. 2).

Ergo, **los Estados están obligados a acomodar sus ordenamientos jurídicos para hacer efectivo el derecho de los educandos a la Educación religiosa y moral de pertenencia de los padres o tutores.** Para el efectivo cumplimiento de este deber asumido por los Estados, no resulta suficiente el delegar en las confesiones religiosas la obligación, desentendiéndose de la misma. Como se expuso al hablar de lo que es la Educación, ella debe comprender la integralidad de las manifestaciones culturales. El Estado no deja al arbitrio de las instituciones deportivas la práctica del deporte. Tampoco entrega –en nuestro caso- las computadoras del

67 Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Uruguay por Ley N° 13.751

68 Artículo 2, 2 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

69 de 22 de noviembre de 1969, incorporada a nuestro derecho por Ley N° 15.737 de 8/3/1985

Plan Ceibal⁷⁰, para que los escolares se arreglen solos con ellas. Como valora tanto el deporte, como la informática, se asegura de que estas **actividades sean impartidas en el ámbito escolar, propendiendo a una Educación integral que se logra por la interrelación dentro del mismo sistema educativo, de todos los contenidos formativos.**

Desde el punto de vista jurídico, no sería acorde a Derecho que el Estado, obligado primario en virtud del Pacto a esta prestación, relegara la prestación en los particulares, desentendiéndose de ella. Más que una delegación, constituiría una suerte de sustitución en la persona del obligado primario –el Estado-, con mengua de la seguridad jurídica y fáctica de que los destinatarios efectivamente reciban la prestación, y en franca violación del principio de igualdad de los habitantes.

Desde la dignidad de la persona humana titular de este derecho, el desentendimiento de parte del Estado de la obligación entrañada, redundaría en la negación del derecho para aquellos carentes de la posibilidad fáctica de acudir a instancias de formación religiosa ajenas al sistema educativo estatal, ya por pobreza, ya por indisponibilidad de tiempo de sus guardianes, ya por ignorancia.

Nuevamente se recalca: cuando el Estado quiere asegurarse que el educando reciba instrucción en informática, que practique algún deporte, que investigue en las ciencias, en virtud de valorar estas disciplinas, las incluye en los programas escolares, liceales o superiores. Por ello, desde la ciencia de la Educación, el Estado estaría renunciando a un principal cometido.

Y esta negación del derecho -antijurídica en sí- es además explícitamente condenada por el Pacto, cuando en su art. 27.2, en sede de "Suspensión de garantías"⁷¹, excluye dicha posibilidad, es decir, no autoriza la suspensión del derecho de libertad de conciencia y religión.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"⁷²

También se ocupa de proteger y evitar desigualdades en este terreno. En su artículo 3 reitera la obligación de no discriminación⁷³ por motivos religiosos, y en sede de Derecho a la Educación (art. 13)⁷⁴, propicia el "*pluralismo ideológico*" y la capacitación para la participación efectiva en una sociedad democrática y pluralista, favoreciendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre grupos raciales, étnicos o religiosos, considerando que estas actividades favorecen "*el mantenimiento de la paz*".

Esta idea de que **la paz y la convivencia pacífica** de los futuros adultos en una sociedad sólo se logra mediante una **formación pluralista** que respete el derecho a la información, en la que los educandos aprendan a convivir y a compartir lo cotidiano con personas diversas desde el punto de vista étnico y religioso, pero además conociendo y comprendiendo las ideas que rigen a estos grupos religiosos, para así tolerar y respetar a sus fieles, se yergue como **principio inspirador** de varios de los instrumentos internacionales y regionales citados. Es también un principio valorado desde las ciencias de la Educación.

70 Plan "Conectividad Educativa de Informática Básica para el Aprendizaje en línea" (CEIBAL) es un proyecto socio-educativo del Estado aplicado en los centros educativos primarios del país, que implementa en Uruguay la iniciativa "One Laptop per Child" (OLPC), impulsada por el científico estadounidense Nicholas Negroponte, del Instituto Tecnológico de Massachusetts. www.ceibal.edu.uy

71 Art. 27 inciso 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

72 Aprobado por Ley N° 16.519 de 22/7/05

73 Artículo 3. Obligación de no Discriminación. "Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

74 Artículo 13 Derecho a la Educación. Inciso 2. "Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la Educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la Educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz."

La Convención de los Derechos del Niño⁷⁵

Recalca la plena vigencia del derecho internacional, en el sentido de que nada de lo dispuesto en la misma afectará sus disposiciones (art. 41).

Considerando en su Preámbulo que el niño debe “*ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad*” y “*teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño*”, la Convención reitera varios de los principios recogidos en instrumentos citados, estableciendo que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados y asegurarán su aplicación a cada niño, independientemente de su religión –entre otras-, mediante la adopción de “*todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*”

Imbuídos de este espíritu, los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los **derechos y los deberes de los padres** o tutores, en relación a la formación a impartir a los niños (art. 5 y 14), así como el derecho a la **Libertad Religiosa del niño** (art. 14), en términos similares al plasmado por el Derecho Humanitario Internacional.

Atendiendo especialmente al cuidado de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, estipula que se preste particular atención para propiciar “*que haya continuidad en la Educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico*”, con lo cual la religión es llamada a colación para incorporarse a una Educación integral, en respeto del contexto familiar, tradicional, cultural del niño (art. 20), reconociéndose “*el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*” (art. 27.1).

Previsión similar contienen las **Convenciones de Ginebra** respecto a niños “*huérfanos o separados de sus familias*”, “*para que se les procuren, en todas las circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la Educación*”⁷⁶, confiándose ésta preferentemente a personas de su misma nacionalidad, lengua o religión⁷⁷. En casos de evacuación del país, “*la Educación de cada niño, incluyendo la Educación moral y religiosa de elección de sus padres, será provista con la mayor continuidad posible mientras se encuentre en el extranjero*”⁷⁸. A tales efectos, en el documento de identidad del menor deberá constar su religión, si la tuviere.

Volviendo a la Convención de los Derechos del Niño, compartiendo los mismos principios de las Convenciones de Ginebra, y en el entendido de que el desarrollo espiritual y moral del niño son fundamentales, así como el mantenimiento de su tradición cultural, es que la Educación del niño deberá estar encaminada a: “*desarrollar la personalidad*” ... “*hasta el máximo de sus posibilidades*”; inculcar al niño el respeto de los derechos, libertades y principios fundamentales consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; así como el respeto de **su propia identidad cultural**, de su idioma y **sus valores**, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las **civilizaciones distintas de la suya**; prepararlo para asumir la una vida **responsable en una sociedad libre**, con **espíritu de comprensión, paz, tolerancia, y amistad** entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y **religiosos** y personas de origen indígena (art. 29). Es este el espíritu de que está imbuida la Convención, para atender especialmente los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, “*a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma*” (art. 30).

Son los principios informadores de la Convención, así como el espíritu que lo imbuye el que tiende a las metas de reconocer la dimensión espiritual, también en el niño y en tal sentido, protegerla y propender a su desarrollo, atendiendo especialmente a su tradición –religiosa, étnica, lingüística-, y todo ello no sólo en reconocimiento de la dignidad humana, sino también como medio idóneo de alcanzar una convivencia pacífica.

La Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes de 2005⁷⁹

En sintonía con la anterior, proclama las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 17), así como el principio de no-discriminación en base a la religión, entre otras (art. 5). Como novedad, prevé el **Derecho a la objeción de conciencia** (art. 12), explicitándolo sólo para el caso del servicio militar obligatorio (art. 12).

75 ONU, Asamblea General, Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, aprobado por Ley N° 16.137, 20, Nov., 1990

76 Convención de Ginebra IV, de 12/8/1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, art. 24

77 Convención de Ginebra IV, art. 50 y Protocolo Adicional II, art. 4(3)(a).

78 Protocolo Adicional I, art. 78

79 De 11/10/2005 en Badajoz, España, aprobado por Ley N° 18270, D.O.25/4/008

Considerando la contribución de los jóvenes y su compromiso con “una cultura de paz y el respeto a los derechos humanos y a la difusión de los valores de la tolerancia y la justicia” (art. 3), proclama el derecho a la Educación, la que “fomentará la práctica de valores” y propenderá a “la aceptación de la diversidad, la tolerancia”, entre otros fines.

La Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones⁸⁰

Hace de enlace entre la normativa internacional general y la particular sobre la religión en la Educación pública, pues, con ser general, ofrece un desarrollo pormenorizado de los contenidos y manifestaciones de la Libertad Religiosa. Sin ser vinculante para los Estados, constituye una autorizada pauta de interpretación de los derechos, verdadera explicitación de sus contenidos.

Varias consideraciones preceden su articulado, de las que destacamos:

1. Que el **desprecio y la violación** de la Libertad Religiosa o de creencias **ha sido causa de guerras y grandes sufrimientos** a la humanidad, especialmente cuando ha instigado al odio entre los pueblos;
2. “Que la religión o las convicciones, para quien las profesa, **constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida**”, imponiéndose su íntegro respeto y garantía;
3. “Que es esencial promover la **comprensión, la tolerancia y el respeto** en las cuestiones relacionadas con la libertad de religión y de convicciones”;
4. Que la Libertad Religiosa está **llamada a contribuir** a los **objetivos de paz mundial, justicia social y amistad** entre los pueblos, así como a la **eliminación** de las ideologías o prácticas de **discriminación racial**;
5. Que aún se advierten manifestaciones de intolerancia y discriminación religiosa en algunos lugares del mundo.

Las **prácticas discriminatorias** basadas en la religión o en las creencias –como la proscripción del uso de vestimenta o símbolos religiosos en el ámbito educativo público-, el **desprecio hacia la religión** en general que supone el destierro del tema religioso de las aulas –como en nuestra interpretación laicista de la neutralidad del Estado-, la **violación flagrante de la Libertad Religiosa** –como la de la Resolución de la Universidad de la República que impide invocar motivos religiosos para eximirse de actividades universitarias- constituyen claras transgresiones a la Libertad Religiosa o de creencias.

Pero existen además diversas e inimaginadas **formas veladas de menoscabar el derecho**, como cuando se imparte una Educación sutilmente tendenciosa y **condenatoria de las religiones en general**, o cuando se tilda a la religión en sí de **retrógrada y superada**⁸¹, lo que hizo necesario “*independizar el Estado de toda religión*”⁸², para la liberación del adoctrinamiento religioso en la Educación⁸³. Lo mismo cuando desde la doctrina iuspublicista se sostiene que el Estado “*nada tiene que hacer ante el hecho religioso*”, pues nuestro país ha consagrado una **laicidad abstencionista**, cuya Constitución (art. 5) le veda de intervenir en temas religiosos desde la separación Iglesia – Estado de 1918⁸⁴, a diferencia del Estado neutral. Por este motivo defiende el doctrino citado la Resolución del Consejo Directivo Central de la Universidad de la República que no hizo lugar a “las solicitudes de exención de actividades universitarias justificadas en motivos de origen religioso”, pues, sostiene, la laicidad uruguaya de corte “abstencionista” implica que el Estado está vedado de propiciar de forma alguna el fenómeno religioso: “no sostiene, apoya, defiende, sustenta, auxilia, fomenta, facilita, religión alguna”.

Para poner de manifiesto este tipo de atropellos y reconducir al Estado hacia la postura propugnada de respeto de los derechos en juego, a la vez que denunciar las situaciones atentatorias y contravenciones, adquiere especial relevancia detenerse en esta Declaración.

Reza el art. 2.2. “*se entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.”*”

80 Asamblea General, ONU, Res. N° 36/55 de 25/11/1981

81 SANGUINETTI, Julio María (ExPresidente), *La Ley y la Moral, Diario El País, Mvdeo, 23/11/08*

82 SANGUINETTI, Julio María, *¿Educación o adoctrinamiento? Diario El País, Mvdeo., 21/9/08*

83 El Estado Uruguayo fue confesional durante la vigencia de su primera constitución (1830 – 1918), por lo que se enseñaba la Religión Católica en las escuelas, previéndose la posibilidad de eximirse de recibirla quienes no la profesaren.

84 SEMINO, Miguel Angel, *Estado y Religión, Semanario Búsqueda, 17/4/08, Mvdeo, pág. 47, y La enseñanza y la laicidad Semanario Búsqueda, 20/11/08, pág. 83 y 84 y en ¿Y la laicidad?, http://www.forobatllista.com/showaNews.asp?tf_newsId=4245#*

La exclusión de la religión propuesta por los autores citados⁸⁵ configura, a los efectos de la Declaración, una forma de intolerancia y discriminación, amén de negar los derechos fundamentales, constituir una “ofensa a la dignidad humana” y una “negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”, merecedora de condena por violación de los derechos y libertades fundamentales, y ser considerada “un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones” (art. 3).

Reitera la Declaración el deber de los Estados de adoptar medidas eficaces para prevenir estos males mediante la promulgación o derogación de leyes u otras medidas adecuadas (art. 4).

En cuanto al contenido de la Libertad Religiosa o de creencias, la Declaración lo explicita tras proclamar dicha libertad (art. 1⁸⁶). Según el art. 6 dicho derecho “comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

- a) La de **practicar el culto** o de **celebrar reuniones** en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de **enseñar la religión** o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de **observar días de descanso y de celebrar festividades** y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional”.

La enseñanza de la religión, la observancia de los feriados religiosos –con la exención de los deberes jurídicos en dichos días- es parte esencial del derecho a la Libertad Religiosa, quedando sustraída a la esfera de discrecionalidad del poder público.

En sede de Educación, la Declaración tiene también algo que decir. El art. 5 reitera la prerrogativa de los padres o tutores del niño de “organizar la vida” de conformidad con su religión o sus convicciones, según la Educación moral, religiosa o de convicciones de elección, **vedándose las imposiciones en este sentido** (inc. 2).

Queda prohibido, por consiguiente, el adoctrinamiento estatal consistente en asimilar religión a atraso y en el relegamiento de la religión a la esfera de lo privado, proscribiéndola del sistema educativo. El **secularismo fundamentalista** impuesto por el Estado como única postura concebible es una franca contravención de la Declaración.

Ordena que se eduque al niño “en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás” (inc. 3), propendiendo especialmente a “su desarrollo integral” (inc. 5).

La Observación General N° 22 de la ONU⁸⁷

Ccomplementa el contenido de la Libertad Religiosa explicitado por la Declaración citada, expresando “la observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales, sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el **uso de prendas de vestir o tocados distintivos**, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo”.

La sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos⁸⁸

Que proclamó a la libertad de pensamiento, conciencia y religión como **una de las bases fundamentales de una sociedad democrática**, coadyuva a su vez, a desentrañar su esencia: “En su dimensión religiosa, constituye uno de los elementos vitales que forjan la **identidad de los creyentes y de su concepción de vida**, pero es también un **valor precioso para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes**. El **pluralismo esencial a una sociedad democrática**, que ha costado ganar a través de los siglos, **depende de ello**”.

Una sociedad sólo podrá reputarse democrática cuando conste que resguarda integralmente el derecho a la Libertad Religiosa y de creencias de sus componentes.

85 SANGUINETTI, Julio María y SEMINO, Mmiguel Angel, op.cit

86 Art. 1: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”.

87 ONU, Sesión N° 48 de 20/7/1993, en UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993)

88 Kokkinakis C/Grecia, 17 CEDH 397 (1994), 25 de mayo de 1993, párrafo 53

NORMATIVA INTERNACIONAL ESPECÍFICA SOBRE RELIGIÓN EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA

La UNESCO⁸⁹

“El comienzo del tercer milenio es el escenario del retorno a lo espiritual”, que clama por su centralidad en los terrenos de lo social, lo político, cultural y ético, oponiéndose a (o incluso rechazando) la cultura materialista dominante, a medida que la demanda religiosa aumenta, dice hoy Doudou Diene, ex Director de UNESCO⁹⁰.

Con la percepción de que *“puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”*⁹¹, se funda la UNESCO con el ambicioso objetivo de construir la paz en la mente de los hombres mediante la Educación, la cultura, las ciencias naturales y sociales y la comunicación, *“con el fin de asegurar el respeto universal de la justicia, de la ley, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, de sexo, de idioma o de religión, que la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos”* (art. 1 de su Constitución). Con tal fin, los Estados signatarios están *“resueltos a asegurar a todos el pleno e igual acceso a la Educación, la libre búsqueda de su verdad objetiva y el libre intercambio de las ideas y conocimientos”*.

En el ámbito educativo, tras comprender que **las religiones y creencias son capaces de hacer contribuciones cruciales** a la paz, la globalización, el desarrollo, los derechos humanos, el medio ambiente, el aislacionismo basado en la identidad étnica o religiosa, y otras cuestiones similares, la UNESCO ha promovido la creación de centros académicos para la facilitación del diálogo interreligioso, enfatizando el valor esencial del intercambio de conocimientos entre civilizaciones, favoreciendo la proximidad cultural y espiritual y el pluralismo, mediante el reconocimiento de que la alteridad puede ser enriquecedora.

La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de la UNESCO⁹² se ocupa especialmente de la religión en la Educación. Proscribe todas las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, entendiéndose por tal *“toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole”* que tenga por finalidad o efecto destruir o alterar la igualdad de trato (art. 1.1), así como *“excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza”*.

Se excluye de la enseñanza también cuando –como en nuestro sistema educativo– se retacean los contenidos naturales de la Educación, como los referidos a las religiones, habida cuenta de que *“la Educación debe tender al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y a reforzar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que debe fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales o religiosos, y el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”* (art. 5).

Y máxime cuando este instrumento reitera la consabida libertad de los padres o tutores de dar a sus hijos *“la Educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones”*, con la salvaguarda de que *“no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones”* (art. 5.b).

Uruguay es parte de esta Convención, que *“no admitirá ninguna reserva”* (art. 9).

En un esfuerzo por influir en *“la mente de los hombres”* a través del diálogo, la UNESCO organizó en febrero de 1989 un simposio internacional sobre **la Contribución de las Religiones Mundiales a la Implementación de los Derechos Humanos**, bajo el lema *“no hay paz en el mundo sin paz religiosa”*⁹³.

Los esfuerzos en este sentido continuaron en la Declaración de Barcelona de 1994 sobre el **Rol de la Religión en la Promoción de una Cultura de Paz**, estableciendo que *“las culturas dan a las religiones su lenguaje y las religiones dan a las culturas su sentido último”*.

89 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

90 DIENE, Doudou, Director de la Secretaría de la UNESCO 1977-2001, actual Relator Especial de la ONU, *UNESCO's Facilitation of Freedom of Religion or Belief*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. Cit, pp. 203 a 208, traducción de la autora,

91 UNESCO, Preámbulo de la Constitución, Conferencia de Londres, 16 de Nov., 1945

92 París, 14 de diciembre de 1960, aprobada por el Uruguay el 03/05/2004

93 DIENE, Doudou, Director de la Secretaría de la UNESCO 1977-2001, actual Relator Especial de la ONU, *UNESCO's Facilitation of Freedom of Religion or Belief*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. Cit, pp. 203 a 208, traducción de la autora.

Es que **la religión** no es **protegida** simplemente por sí misma ni en virtud de la libertad de conciencia individual, sino también y fundamentalmente por los **propósitos humanitarios a los que sirve**⁹⁴.

Son importantes los aportes normativos de la UNESCO, pero más aún el espíritu y principios en los que se basa, en el sentido de **valorar el factor religioso**, para protegerlo no sólo como derecho humano fundamental, sino **como elemento de pacificación y de promoción del Derecho Humanitario en general**.

Fuera ya del ámbito de la UNESCO, la **Declaración sobre los Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas**⁹⁵ realiza valiosos aportes en materia del goce y ejercicio de la Libertad Religiosa en el ámbito educativo, despejando dudas, aclarando alcances y profundizando las garantías para la efectividad del derecho.

Parte de considerar en su Preámbulo que *“la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven”*, y de reconocer *“la necesidad de lograr una aplicación aún más eficiente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”* en lo atinente a las minorías.

Los Estados deberán proteger la existencia y la identidad de las minorías –religiosas, en lo que nos respecta y adoptar medidas para ello (art. 1), fomentando especialmente el derecho de las minorías a *“disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión”*, y expresarlas y desarrollarlas libremente, en privado y en público, individualmente así como en comunidad (art. 3), y el *“derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional”*.

Se prevé expresamente que *“los Estados deberán adoptar medidas en la esfera de la Educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías”* (art. 4.4) y deberán cooperar en *“el intercambio de información y de experiencia, con el fin de promover la comprensión y la confianza mutuas”* (art. 6).

No es del resorte de los Estados el decidir difundir o informar acerca de las tradiciones religiosas de las minorías existentes en el país: es un deber de Estado, ordenado a la consecución de su “estabilidad política y social”. Sólo conociendo estas culturas y tradiciones podremos comprender, tolerar y respetar a quienes las profesan.

Cuando la Declaración se detiene en la protección de las minorías, parte del supuesto de que estos derechos son compartidos por grupos mayoritarios, pues las medidas de garantía adoptadas por los Estados *“no deberán ser consideradas prima facie contrarias al principio de igualdad”* (art. 8).

Pautas para la Educación religiosa en las escuelas públicas en Europa:

Como doctrina autorizada en la materia (no como derecho vinculante para nuestro país), analizaremos algunos desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios elaborados en Europa.

El **Consejo de Europa**⁹⁶ es fundado dentro del contexto de los movimientos de postguerra destinados a promover la unidad europea. Entendiendo que la *“cooperación entre religión y democracia es no sólo posible sino necesaria”* y que *“el principal riesgo para la democracia es el extremismo, entendido como una perversión de la religión”*⁹⁷, se establece un sistema de protección de la Libertad Religiosa que redundará en la suscripción de la **Convención Europea**⁹⁸, modelo de efectividad en la protección de los derechos humanos, debido a la tutela jurisdiccional creada para garantizar los derechos proclamados: la **Corte Europea de Derechos Humanos**.

Tanto la Convención como la Corte sostienen que constituye un deber de los Estados el impartir algún tipo de enseñanza religiosa en las escuelas públicas. *“El Estado está obligado a promover activamente la tolerancia, especialmente a través de medidas educativas (por ejemplo, impartiendo cursos de historia comparativa de las religiones en las escuelas, mediante la cooperación con instituciones educativas, etc.)”*.

En este sentido, se recomendó la implementación de medidas legislativas y educativas apropiadas, como la inclusión de información fáctica objetiva acerca de las religiones establecidas y sus principales variantes, en la currícula básica, así como la información acerca de la naturaleza y actividades de los llamados “nuevos movimientos religiosos”. Siempre que los maestros respeten las creencias de los alumnos y se abstengan

94 LLEWELLYN, D. y CONDÉ, H.V., *Freedom of Religion or Belief under International Law*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, op.cit., p. 132, traducción de la autora

95 ONU, A.G., Res. 47/135 de 18/12/1992

96 Fundado en Londres, 5/5/1949

97 MARTÍNEZ-TORRON, J. y NAVARRO-VALLS, R., *Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe*, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, op. cit., pp. 209-238

98 Creada por el Consejo de Europa en 1950

de hacer proselitismo, **la presencia de pluralismo religioso parece adecuarse más a la actitud neutral del Estado**, y por otra parte, resulta más educativa para los estudiantes que la **ficticia ausencia de la religión** en la enseñanza.⁹⁹

Por ello, la nota dominante en la mayoría de los países europeos es la presencia de algún tipo de Educación religiosa como parte de la currícula escolar, o al menos como parte de la Educación impartida durante el horario escolar y en las instalaciones de la escuela pública¹⁰⁰.

Esto explica el hecho de que la **Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización de Seguridad y Cooperación de Europa (OSCE)** haya convocado a la formación de un Consejo Asesor de Expertos sobre Libertad de Religión o Creencias, quienes reunidos en Toledo en **marzo de 2007** elaboraron unas pautas acerca de cómo enseñar acerca de las religiones y creencias, a ser utilizadas en los 56 Estados de la región de la OSCE:

Los Principios Orientadores de Toledo sobre la Enseñanza acerca de Religiones y Creencias en las Escuelas Públicas.¹⁰¹

Se destacan sus principios inspiradores expuestos en su Prefacio y su Síntesis:

- Los recientes acontecimientos en todo el mundo, los procesos migratorios y las persistentes **ideas equivocadas acerca de las religiones** y las culturas han realzado la importancia de cuestiones relacionadas con la tolerancia y la no discriminación, así como la libertad de religión o creencias, para la OSCE, convirtiendo esta decisión en una de sus prioridades.
- La OSCE *“pide a los Estados participantes que aborden las causas originarias de la intolerancia y la discriminación fomentando políticas y estrategias nacionales de Educación integrales, así como medidas para despertar la conciencia pública que mejoren el entendimiento entre las diferentes culturas, etnias, religiones o creencias y fomenten el respeto mutuo”* y *“aspiren a prevenir la intolerancia y la discriminación contra cristianos, judíos, musulmanes y miembros de otras religiones”*¹⁰².
- Es importante que los jóvenes adquieran una mejor comprensión de la **función que cumplen las religiones en el mundo plural de hoy en día**, lo que torna necesaria una Educación de este tipo, ya que la **ignorancia** aumenta la probabilidad de que se produzcan malentendidos, estereotipos y conflictos.
- Su finalidad es contribuir a una **mejor comprensión de la creciente diversidad religiosa en el mundo** y de la presencia cada vez más patente de la religión en el ámbito público, descansando su razón de ser sobre dos principios clave:
 - 1º El carácter positivo de una enseñanza que haga hincapié en el derecho de todos a la Libertad Religiosa y de creencias;
 - 2º La capacidad de la enseñanza sobre las religiones y creencias para reducir los malentendidos y estereotipos que tanto daño hacen.
- Los planes de estudios serán **inclusivos** y deberán prestar especial atención a hechos cruciales, históricos y contemporáneos, en el ámbito de las religiones y creencias; mostrar sensibilidad hacia las diferentes interpretaciones de la realidad y el principio de multiplicidad de perspectivas; y tener presentes las distintas manifestaciones locales de pluralismo religioso y laico presentes.
- La enseñanza acerca de las religiones y creencias es una responsabilidad esencial de las escuelas que no debe minar o pasar por alto el **papel de la familia** y de las **organizaciones religiosas** o de creencias en la trasmisión de valores a las generaciones venideras.

Estas pautas, elaboradas por los más destacados especialistas para los 56 Estados europeos de la región son más que concluyentes respecto a la pertinencia de la religión en la educación pública, al menos en lo que denominamos segundo nivel de aproximación, es decir, la enseñanza acerca de las religiones o creencias.

99 MARTÍNEZ-TORRON, J. y NAVARRO-VALLS, R., *Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe, en Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, op. cit., pp. 209-238

100 THORSON PLESNER, I. *Promoting Tolerance through Religious Education en Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, op. cit., p. 801

101 OSCE/ODIHR 2008, disponible en <http://www.osce.org/odihr>

102 Decisión N° 13/06 sobre la lucha contra la intolerancia y la discriminación, y el fomento del respeto y el entendimiento mutuos, 5º párrafo, Consejo Ministerial de la OSCE, Bruselas, 4-5, Dic., 2006, en http://www.osce.org/documents/mcs/2006/12/22565_es.pdf.

Trasuntan indubitablemente una previa valoración de las religiones en sí por su potencial y efectiva contribución a los ideales de paz y convivencia entre los pueblos, así como por su formación en valores humanos.

He ahí un ejemplo próximo –por lo reciente y lo cercano culturalmente– de la actitud estatal debida ante el rol de la religión en el ámbito educativo, imitable, por cierto.

A MODO DE CONCRECIÓN PARA EL URUGUAY

El método jurídico impone, para la solución del caso concreto de la presencia de la religión en la Educación Pública en el Uruguay, la consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Este ordenamiento se encuentra integrado no sólo por leyes y reglamentos, sino también y fundamentalmente por las normas que, por revestir mayor jerarquía –como la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que conforman el Bloque de los Derechos Humanos–, deben primar por sobre la normativa infravalente al momento de aplicar el derecho al caso concreto.

El Estado uruguayo no puede desentenderse de los instrumentos internacionales que ha suscripto, que le imponen obligaciones en este sentido, sin violentarlo, sin incurrir en incumplimiento de los compromisos asumidos con la comunidad internacional, sin exponer su responsabilidad, pero por sobre todo, porque esto supondría fallarle al hombre, destinatario y fin de su razón de existencia.

Se han esgrimido argumentos de diverso orden para justificar la actitud negacionista y aislada del Uruguay: su larga tradición laicista –de fuente legal y consuetudinaria, no constitucional– y la interpretación de que determinadas normas constitucionales vedarían la presencia de la religión en la Educación Pública. Pero la tradición, amén de no ser fuente de derecho, no sería esgrimible para retacear la libertad, según dicta el Derecho Internacional

Una de las normas esgrimidas como escollo a la presencia de la religión en la Educación Pública es, no el art. 5º, que no la veda, sino el art. 58 en sede de funcionarios públicos, que prohíbe para éstos, en los lugares y las horas de trabajo, “*toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie*”, en el entendido de que incluir la religión sería una actividad proselitista.

Varios son los argumentos disponibles para refutar esta tesis. En primer lugar, el significado del término proselitismo. Definido éste como “*anuncio e intento de convicción a los demás para que adhieran a una doctrina religiosa en particular*”, no incurriría en tal práctica quien enseñara **acerca de las religiones o creencias** (segundo nivel de aproximación de la religión a la Educación Pública). Tampoco quienes impartieran aun **formación religiosa**, a aquellos alumnos cuyos representantes legales optaran por que la recibieran en una determinada religión, pues en rigor, ya serían adherentes, no “foráneos a convencer”.

Pero además, la actividad está vedada sólo para los funcionarios públicos, no para el resto de los habitantes. Por consiguiente, para el caso de que se brindara formación religiosa (tercer nivel de aproximación) bastaría con que –como aconsejan los instrumentos internacionales y la doctrina– la impartiera personal designado por la religión de pertenencia, que no ejercieran función pública mediante tal formación. Cassinelli Muñoz¹⁰³, comentando esta disposición sostiene que la prohibición se circunscribe a la actividad de los funcionarios públicos “*en los lugares y horas de trabajo*”, por lo cual no podrá extenderse a quienes no se encuentren comprendidos en los supuestos normativos. Entiende que nos brinda un argumento “a contrario”, para decir que según el criterio constitucional, el **proselitismo** en sí mismo –que define como la expresión del pensamiento destinada a convencer a otros y a hacer prosélitos– sólo está prohibido en los lugares y horas de trabajo respecto a los empleados públicos. Adhiriendo a esta interpretación podemos afirmar que fuera de los específicos supuestos de la norma constitucional prohibitiva, es legítima y conforme a nuestro derecho interno –más allá del amparo internacional del derecho humanitario– la presencia de la religión en la Educación Pública.

Esto si nos circunscribiéramos al derecho interno. Dentro de él se impone la remoción de aquellos escollos, verdaderos inhibidores del pleno y efectivo goce y ejercicio de la Libertad Religiosa, vigentes en el ámbito de la Educación Pública, a los que aludimos, como lo es la resolución de la Universidad de la República (organismo autónomo) que avasalla los feriados religiosos de algunas minorías. Esta tarea de excavar en profundidad el terreno, para remover escombros, es previa y condiciona la posterior cimentación y erección del edificio de la Libertad Religiosa. Primer nivel de aproximación de la religión a la Educación Pública.

Y aún luego de removidas aquellas rémoras al goce pleno y efectivo de la libertad religiosa, será necesario que el Estado abandone su actitud de pasividad cercana al “*laissez faire*” de un superado Estado Liberal en materia de efectividad de derechos fundamentales, para asumir un accionar positivo, que propicie, fomente,

asegure, tutele, el derecho a la libertad religiosa de sus habitantes, lo que implica incluir el factor religioso –por valorarlo– en la Educación Pública, al tiempo que incluye el deporte, la informática y el resto de los contenidos educativos.

Pues “No basta ni es tan fácil proclamar simplemente en la Constitución la existencia de determinadas libertades si no se las completa con garantías adecuadas”¹⁰⁴.

Pero somos parte, además, de un Derecho Humanitario Internacional que es directamente aplicable internamente y que conforma, junto con las normas constitucionales y los principios fundamentales del derecho, el Bloque de los Derechos Humanos. En caso de existir conflicto –que puede ser aparente– entre la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos, la interpretación armónica dentro de dicho Bloque de Derechos Humanos indica en primer lugar optar por la interpretación de las normas que evite tal conflicto, armonizándolas. En segundo lugar, si el conflicto no es posible de remediar mediante la armonización, entonces, se deberá optar, dar preferencia a la norma que mejor proteja o reconozca el derecho en cuestión¹⁰⁵. En tal caso, se deberán privilegiar las normas internacionales que protegen las manifestaciones de la Libertad Religiosa, uno de cuyos estándares mínimos es la inclusión de algún tipo de enseñanza acerca de la religión –cuanto menos– en la Educación Pública.

Si a esto agregamos las normas constitucionales que reconocen la libertad religiosa y de conciencia (arts. 5, 54 y 72) y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos (arts. 41 y 68) entonces adquiere mayor vigor nuestra tesis de que el Estado uruguayo está obligado por el Derecho Humanitario Internacional, por su Derecho interno y por la esencia de los bienes y valores en juego (Educación para el hombre), a incluir la religión en la Educación Pública.

Estamos en falta.

Si acatáramos el mandato humanitario, cumpliríamos además con los imperativos de una Educación integral apuntada hacia la formación plena de todas las dimensiones del ser humano, entre las cuales su vocación de trascendencia y religiosidad se destacan.

En el país que se ha jactado de ser “el país menos religioso del mundo”¹⁰⁶, resulta que el 80% de la población se confiesa perteneciente a alguna religión o creencia¹⁰⁷, conformándose un creciente pluralismo religioso debido a la diversidad de credos presentes, en una tendencia francamente ascendente, manifestada tanto por el creciente número de adeptos a las diversas religiones, como por la multiplicidad de expresiones de religiosidad que con mayor diversificación adquieren relevancia en nuestra sociedad. Las profecías del positivismo no se han verificado en la realidad.

Es que el hombre es un ser religioso. Por lo que la Educación –toda ella– debe ser enfocada a un **SER** que es un **SER RELIGIOSO**.

104 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, Mvdeo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 109

105 RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional T.I*, Mvdeo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, pp. 117 y ss.

106 EIRIN FAVA, S., *Libertad religiosa y neutralidad: normativa jurídica en Jornadas sobre Estado de Derecho, Educación y Laicidad*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988, pp. 180-81.

107 DA COSTA, Néstor (compilador), *Guía de la Diversidad Religiosa de Montevideo*, CLAEH, Montevideo, 2008, Ed. Santillana SA, p. 16.

ENSEÑANZA RELIGIOSA EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA. MARCO CONSTITUCIONAL URUGUAYO *

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ¹

- I -

1. El tema de la primera parte de este coloquio es “Religión en la educación pública.” El título de la exposición que se me ha adjudicado es “Marco Constitucional. Laicidad y Laicismo”.

2. Los términos “laicidad” y “laicismo” son polisémicos. No solamente su sentido ha evolucionado a través de los tiempos, sino que se les ha asignado diversos sentidos aun en una misma época.²

A veces esos términos han sido empleados como sinónimos y otras veces con significados diferentes. Y en este último caso, a veces se les ha asignado sentidos absolutamente contrarios y otras veces perfectamente conciliables, pese a su diversidad.

3. Nuestra Constitución no habla ni de “laicidad” ni de “laicismo”. Prefiero entonces no emplear mi tiempo en desentrañar el sentido de esos términos puesto que ello, aparte de ser una gran y permanente fuente de malos entendidos, no interesa a nuestra Constitución. Si hubiere interesado esos términos habrían sido recogidos por nuestro constituyente que por cierto los conocía, sobre todo porque en este tema la influencia francesa en nuestro medio es evidente,³ la laicidad está consagrada a texto expreso en la Constitución gala de 1958 y la expresión “laico”, “laica” o sus derivados figura en nuestra normativa infravalente desde muy larga data. Por algo estos términos no están en la Constitución.

4. Por eso, más que esforzarme a encontrar un sentido de los términos de “laicidad” o “laicismo” que se ajuste a nuestra Constitución o indicar los sentidos que no se ajusten a ella, prefiero ignorar esos términos y pensar en el tema central de este coloquio que es la *religión en la educación pública* y cómo encarar este tema en nuestro marco constitucional.

Por razones de tiempo limitaré mi análisis estrictamente a la enseñanza, sin referirme a la práctica religiosa en los institutos estatales ni al hecho de lucir símbolos religiosos en las instituciones públicas de enseñanza.⁴

1 Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

2 * Exposición formulada en el marco del IX Coloquio Anual organizado por el Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, sobre *Religión en la Educación Pública y Coloquio sobre Derecho y Religión*, realizado en la Universidad de Montevideo, los días 6 y 7 de agosto de 2009.

Sobre los conceptos de *laicidad* y *laicismo* ver CAGNONI, J.A., *Conceptos de laicidad y laicismo*, en *Jornadas sobre Estado de Derecho, educación y laicidad*. Facultad de Derecho y Ciencias sociales, Cuadernos 2ª serie, N° 7. Montevideo, 1988, pp. 13 y ss.; BARBÉ DELACROIX, J.M., *Laicismo y laicidad: manifestaciones contemporáneas*, en *Jornadas sobre Estado de Derecho ...*, pp. 27 y ss.

3 DA SILVEIRA, P., “Laicidad, esa rareza”, en *PRISMA*, Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 1995, N° 4, pp. 154 y ss.

4 Sobre este último punto ver: “Avis del Consejo de Estado francés, N° 346.893, de 27 de noviembre de 1989”, en GAUDEMONT, Y./ STIRN, B./ DAL FARRA, T./ ROLIN, F., *Les grands avis du Conseil d’État*. 2^e édition. DALLOZ, Paris, 2002, pp. 225 y ss.; COMBARNOUS, M., “L’enfant, l’école et la religion”, en *La Revue Administrative. Le Conseil d’État et la liberté religieuse*, 52^e année, numéro spécial 2. P.U.F., Paris, 1999, p. 71; ARNOULT, E./ MONNIER, F., *Le Conseil d’État. Juger, conseiller, servir*, Découverte Gallimard-Histoire, Paris, 1999, p. 55; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso Administrativo*. F.C.U., Montevideo, 2007, pp. 554 y ss.; LABACA ZABALA, M.L., “El principio de laicidad como límite a determinadas manifestaciones de pertenencia religiosa dentro de los centros docentes públicos en Francia”, en *La Justicia Uruguaya*, año 2008, t. 138, pp. D. 125 y ss.

He optado así por alterar el título de mi exposición tratando de coordinar el tema que se me ha asignado con el título del Coloquio y bautizar mi ponencia con el nombre de “Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo.”

Aclaro que, si bien los términos *estatal* y *público* no son exactamente coincidentes, como en el Uruguay cuando nos referimos a la enseñanza pública lo hacemos con relación a la estatal y no a la privada aunque sea abierta al público, me referiré exclusivamente a la enseñanza en las instituciones estatales.

- II -

1. Efectuada la precisión que antecede, corresponde otra, ¿qué entiendo por marco constitucional uruguayo?

2. Lo de uruguayo no requiere mayor explicación. Refiere al marco constitucional que rige en el Uruguay. Mayor explicación en cambio requiere la expresión *marco constitucional*.

3. Por cierto que con la expresión marco constitucional comprendo a la Constitución de 1967 y sus enmiendas. Pero no solo eso.

En tiempos de *neoconstitucionalismo*,⁵ las constituciones se han cargado de principios y de valores y se basan en general en la dignidad de la persona humana. En nuestro país eso ha ocurrido por lo menos desde la Constitución de 1830, y es reforzado por la de 1918 que incorporó el actual artículo 72 que reconoce los derechos, deberes⁶ y garantías no enumerados por la Carta pero que son inherentes a la persona humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Esos derechos, deberes y garantías inherentes a la persona humana son anteriores y superiores a la Constitución: son supraconstitucionales. La Constitución no los crea; se limita a reconocerlos. Y, al reconocerlos, extiende sobre ellos la misma protección por ella prevista al resto de la Constitución, es decir, si una ley los desconoce puede ser declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, conforme a lo establecido por los artículos 256 y siguientes.⁷

Esos principios supraconstitucionales conforman con la Constitución lo que, adoptando una expresión acuñada por los franceses, podríamos llamar *bloque de constitucionalidad*.⁸

Ese *bloque de constitucionalidad* es lo que configura el marco constitucional.

Ese marco constitucional está constituido por el texto constitucional “en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes”, como decía BIDART CAMPOS,⁹ pero también con los principios generales de Derecho que derivan de la persona humana.

4. El neoconstitucionalismo, al descubrir que la Constitución es una verdadera norma jurídica de máximo valor y fuerza y de aplicación directa a la sociedad,¹⁰ nos ha hecho recordar que toda la normativa infravalente debe ser interpretada *conforme a la Constitución*¹¹ o, como antes lo expresaron los americanos

5 DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al neoconstitucionalismo”, en prensa en *Estudios Jurídicos*. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N° 7

6 El término “deberes” es incluido en la Constitución de 1934.

7 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los principios generales de derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, en BRITO, M./ CAJARVILLE PELUFFO, J.P./ DELPIAZZO, C.E./ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Los principios en el derecho administrativo uruguayo*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2009, pp. 98 y ss.

8 GUARIGLIA, C.E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*. La Ley Uruguay. Buenos Aires, 2009, pp. 194 y ss.

9 BIDART CAMPOS, G.J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar. Buenos Aires, 1995, p. 20.

10 GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta. Madrid, 2006, pp. 50 y ss.

11 LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel Derecho. Barcelona, 1994, pp. 337 y ss.

del norte cuyo concepto de Constitución como superior norma jurídica adoptamos, “*in harmony with the Constitution*”.¹²

Con la precisión que se ha efectuado, esa interpretación debe realizarse conforme al *bloque de constitucionalidad* o en *armonía* con ese bloque de constitucionalidad.

Ello incluye por cierto la interpretación del propio texto constitucional; este debe interpretarse *conforme a* o en *armonía con* los principios supraconstitucionales.

5. Y el neoconstitucionalismo nos ha mostrado también que la interpretación de la Constitución no puede ser literal y congelada en el tiempo, sino que la Constitución debe ser *sobreinterpretada*.¹³

El intérprete asume una particular importancia en esa sobreinterpretación, porque lo hace desde su contexto cultural. Y tan relevante es la cultura que hoy se la menciona como un elemento más del Estado Constitucional de Derecho.¹⁴

La importancia que han adquirido los principios en el mundo del Derecho y la recepción de ellos en el texto constitucional hace que en la interpretación del marco constitucional además de la subsunción se emplee, y a menudo predomine, la ponderación.¹⁵ Ponderación que no implica arbitrariedad sino que se efectúa con razonabilidad.

La Constitución es rígida pero el Derecho es dúctil, como dice ZAGREBELSKY.¹⁶ La Constitución solo se puede reformar por los procedimientos especialmente establecidos en ella, que son distintos de los previstos para la elaboración de la ley. Pero su interpretación no necesariamente coincide con lo que dijeron o quisieron decir los *Padres Fundadores*, puesto que sus términos son polisémicos y adquieren diferentes significados en los distintos contextos culturales en que puede aplicarse la misma Carta según la época, por lo que pueden variar con el tiempo.

6. El marco constitucional uruguayo es, pues, la Constitución de 1967 con sus enmiendas en lo que dice, insinúa y calla, más los principios generales del derecho que derivan de la naturaleza humana, interpretados desde el contexto cultural del Uruguay de hoy.

- III -

1. Efectuadas las puntualizaciones que anteceden en cuanto a qué entendemos por marco constitucional uruguayo y advertido que **desde** él tenemos que encarar cualquier asunto jurídico, o mejor dicho **desde** la perspectiva de la dignidad de la persona humana ya que, en definitiva, merced a los aportes del neoconstitucionalismo podemos ver hoy sin vacilación que de la dignidad de la persona humana emana toda la energía del sistema jurídico, corresponde plantearnos una pregunta elemental: ¿tiene el Estado competencia para educar?

2. Si la respuesta es negativa aquí termina nuestra presentación, puesto que si el Estado no puede educar no tiene sentido plantearnos si puede impartir enseñanza religiosa. Si, por el contrario, la respuesta es afirmativa, podemos continuar con nuestro tema.

3. La pregunta procede porque GRANERIS, al estudiar el pensamiento de Santo TOMÁS DE AQUINO en materia cultural, decía: “El Estado no *manda* a la Cultura; en cambio debe limitarse a *pedir*. Nosotros

12 FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, en *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Uruguay. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2003, N° IV, p. 36.

13 GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’...”, loc. cit., p. 55.

14 HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, México, 2003, pp. 21 y ss.

15 ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, p. 351; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, pp. 524 y ss.

16 ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, Madrid, 2005.

creemos que el Estado sabe todo y enseña todo; el Aquinatense parece haber pensado que el Estado no sabe nada y a lo más puede ir a la escuela.

Bromas aparte, Santo Tomás nos inculca que la cultura vive y debe vivir con vida propia. Y quizá tenía razón. Cuando la ciencia y el arte se dejan influir por elementos extraños, pierden todo valor y todo prestigio; y cuando el elemento extraño es el político, el cambio resulta monstruoso y el resultado es humillante. Porque el Estado tiene preocupaciones inmediatas demasiado inferiores a las culturales y está especializado en el uso de medios demasiado enérgicos para alcanzar sus fines; por lo cual sucede con gran facilidad que invierte el orden de valores y adjunta la cultura a los fines de la economía.¹⁷

4. Una rápida lectura de nuestra Constitución basta para admitir la competencia del Estado para prestar servicios de enseñanza. En efecto, los artículos 202 a 205 de la Constitución están destinados a entes de enseñanza, uno de ellos –la Universidad de la República– necesario; y el artículo 71 refiere a la enseñanza estatal –dice oficial, lo que comprende a la estatal– en los niveles de enseñanza primaria, media, superior, industrial y artística, así como a la educación física.

Y en el segundo inciso de ese artículo 71, redactado en términos tan amplios que comprende no solo a las instituciones privadas sino también a las públicas, prescribe que “se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos”.

El Estado, así, no solo puede enseñar,¹⁸ transmitir conocimientos, sino también educar.¹⁹ El Estado no solo puede transmitir conocimientos sino también puede –y en algunos aspectos debe– cavar hondo, moldeando la personalidad conforme a determinados valores éticos y cívicos.

5. Lo expuesto no significa descartar el pensamiento de Santo Tomás.

La esencia del pensamiento de Santo Tomás radica en que la cultura pertenece al ámbito de la libertad y, por ende, la enseñanza y la educación son, por su origen y por su naturaleza, privados, y eso permanece. El Estado presta servicios de enseñanza y educa, en el estricto marco del principio de subsidiariedad,²⁰ en ayuda, pero no en suplencia ni entorpeciendo la actividad privada.²¹ Sin sustituir a la actividad privada, el Estado puede desarrollar actividad educativa.

- IV -

1. Admitido así que el Estado puede enseñar y educar en el marco del principio de subsidiariedad, procede analizar la cuestión de la enseñanza religiosa en las instituciones públicas.

2. El punto nos lleva al artículo 5 de la Constitución.

Este artículo dice:

“Artículo 5º.- Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales,

17 GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. EUDEBA, Buenos Aires, 1977, p. 172.

18 Según el Diccionario de la Real Academia Española, *enseñar* en sus primeras cuatro acepciones es: “Instruir, doctrinar, amaestrar con reglas o preceptos. 2. Dar advertencia, ejemplo o escarmiento que sirva de experiencia y guía para obrar en lo sucesivo. 3. Indicar, dar señas de algo. 4. Mostrar o exponer algo, para que sea visto y apreciado.” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A. Buenos Aires, 2002, t. I, p. 925.

19 *Educación* es: “Dirigir, encaminar, doctrinar. 2. Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc. *Educación de la inteligencia, la voluntad*. 3. Desarrollar las fuerzas físicas por medio del ejercicio, haciéndolas más aptas para su fin. 4. Perfeccionar, afinar los sentidos. *Educación del gusto*. 5. Enseñar los buenos usos de urbanidad y cortesía.” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario ..., t. I, p. 865.

20 “Encíclica *Quadragesimo anno*”, en IRIBARREN, J./GUTIÉRREZ GARCÍA, J.L., *Once grandes mensajes*. BAC. Madrid, 1993, p. 93; “Encíclica *Centesimus annus*”, en IRIBARREN, J./GUTIÉRREZ GARCÍA, J.L., *Once grandes ...*, pp. 806 y ss.

21 DURÁN MARTÍNEZ, A., “El principio de subsidiariedad y la Universidad”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Vivir es combatir*. Ediciones de la Plaza. Montevideo, 2004, pp. 245 y ss.

cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.”

Este artículo proviene de la Constitución de 1918. La única diferencia con el texto original radica en que este contenía la palabra **actualmente** entre los términos “consagrados” y “al culto”, que el texto actual no contiene.

Para una correcta inteligencia de este artículo es preciso tener en cuenta que el artículo 5 de la Constitución de 1830 decía: “La religión del Estado es la Católica Apostólica Romana”.

Con la Constitución de 1918 nuestro Estado dejó de ser confesional para ser no confesional.²² Ese fue el objetivo principal de la reforma del artículo 5.

En 1830, la Constitución adoptó en este punto la solución tradicional en Iberoamérica; en 1918 se adoptó la solución –en lo que refiere a la separación– que hoy predomina. Ni siquiera la Iglesia en estos tiempos exige un Estado confesional. “El Concilio Vaticano II ha reafirmado solemnemente que ‘la comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomos, cada una en su propio terreno’.”²³

3. El texto vigente básicamente establece cuatro cosas:
 - a) afirma la libertad de cultos;
 - b) dispone la separación de la Iglesia Católica y del Estado;
 - c) reconoce a la Iglesia Católica la propiedad de todos los templos construidos total o parcialmente con fondos estatales;
 - d) exonera de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.

4. La libertad de cultos en realidad ya existía, estaba comprendida genéricamente en el término *libertad* contenido en el artículo 130 de la Constitución de 1830, que presenta una redacción casi igual al actual artículo 7 y hunde sus raíces en el pensamiento artiguista. En efecto, el numeral 3º de las Instrucciones del Año XIII decía: “promoverá la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable”.²⁴

Si analizamos la Constitución vigente vemos que la libertad religiosa se desprende naturalmente de los artículos 7, 10, 29, 38, 39 y 72. La libertad de cultos es propia de una sociedad pluralista, que es un rasgo esencial del Estado Constitucional de Derecho. La primera oración del artículo 5 no es sino una explicitación de un principio general contenido en los artículos expresados, que se explica como una introducción a la separación de la Iglesia y el Estado y exoneración tributaria que dispone seguidamente.

La segunda oración, “el Estado no sostiene religión alguna”, es la fórmula adoptada por el Constituyente para imponer la separación aludida. Se separa de la Iglesia Católica y, en virtud del principio de libertad de cultos que conlleva la igualdad, no sostiene –es decir, no profesa– religión alguna. Eso quiere decir que el Estado no es religioso,²⁵ pero ello no significa que deba ser indiferente al fenómeno religioso.²⁶

El reconocimiento del dominio de los templos a la Iglesia Católica no es sino una medida para solucionar una situación de hecho creada por el régimen anterior de Estado confesional. Pero revela, además, una separación benévola.

22 SEMINO, M.A., “La libertad religiosa en las Constituciones latinoamericanas”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1964/1965, t. 62, p. 257; KORZENIAK, J., *Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*. F.C.U. Montevideo, 2001, pp. 339 y ss.

23 PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”. *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*. Librería Editorial Arquidiócesana. Montevideo, 2005, p. 199.

24 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los derechos culturales como derechos humanos en el derecho constitucional uruguayo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre derechos humanos*. Universidad Católica del Uruguay. “Dámaso Antonio Larrañaga”/ Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999, pp. 36 y ss.

25 CAGNONI, J.A., *El derecho constitucional uruguayo*. Montevideo, 2006, p. 154.

26 RISSO FERRAND, M., *Derecho constitucional*. F.C.U., Montevideo, 2006, t. 1.

La exoneración impositiva indica también que la separación de la Iglesia y del Estado ha sido del tipo benévolo.²⁷ En efecto, la Constitución, al exonerar de impuestos, efectúa una medida de fomento. Si fomenta una actividad es porque la considera valiosa. De manera que, en virtud de la libertad de cultos existentes, puede afirmarse que nuestro Estado es imparcial ante las diversas religiones, pero ante la medida de fomento dispuesta cabe concluir que no es neutral ante el fenómeno religioso.

Esto es coherente en una Constitución como la nuestra que tiene por centro a la persona humana. Y la persona humana es un todo indisoluble con una triple dimensión: individual, social, trascendente. Ese artículo 5 supone así un respeto por esa dimensión trascendente. Y ello es fiel reflejo de la intención de los constituyentes que pretendieron actuar con un espíritu de verdadera tolerancia.²⁸

Por eso no estimo de recibo posturas que sostienen que el artículo 5 establece un tipo de separación neutral entre la Iglesia y el Estado,²⁹ o que impone una actitud prescindente del Estado ante el fenómeno religioso³⁰ o que impide al Estado apoyar, alentar, auxiliar o fomentar la acción religiosa de terceros o instituciones de enseñanza privada que tengan un contenido misional de propagación de la fe, más allá de la exoneración tributaria prevista en el texto constitucional.³¹

5. Con gran rigor REMOLINA explicaba que “la formación es un proceso educativo que consiste en propiciar, favorecer y estimular la explicitación, desarrollo y orientación de las virtualidades y dinamismos de la persona humana.”³²

Esas virtualidades y dinamismos radican en lo que se suele llamar facultades: “la sensibilidad (con su correspondiente imaginación, creatividad y afectividad); la razón (en su doble dimensión teórica y práctica o voluntad) y la facultad de lo trascendente tanto con relación a lo humano (relación Yo - Tú) como a lo sagrado o religioso (facultad de lo divino).”³³

“La formación es integral cuando el proceso educativo se refiere al desarrollo del conjunto armónico de dichas facultades y abarca la totalidad potencial del ser humano.”³⁴

La formación implica imprimir una orientación. Se forma para algo. No hay formación neutra; ella responde o debe responder a los ideales y objetivos de una determinada cultura.³⁵

Como el desarrollo humano no depende solamente de lo material sino también, y principalmente, de lo moral, el elemento religioso desempeña para ese desarrollo un papel principal.³⁶

La religión integra la cultura, pero la verdadera, como observaba atinadamente MARITAIN, la trasciende.³⁷ De ahí la importancia de la religión. Con razón LACAN hablaba del triunfo de la religión al señalar que ella da sentido a las cosas. Allí donde los científicos comienzan a experimentar angustia, la religión da respuestas que la ciencia no puede dar.³⁸

27 VÁZQUEZ, C., “Calificación del Estado uruguayo en materia religiosa”, en *Jornadas sobre Estado de Derecho ...*, p. 145; LORENZO DE VIEGA JAIME, S., “Calificación del Estado uruguayo en materia religiosa”, en *Jornadas sobre Estado de Derecho ...*, p. 150.

28 MARTÍNEZ, M.C., *Ante la nueva Constitución*. Colección de clásicos uruguayos. Biblioteca Artigas, vol. 48, Montevideo, 1964, p. 198.

29 KORZENIAK, J., *Primer curso ...*, p. 340.

30 CASSINELLI MUÑOZ, H., *Derecho Público*. F.C.U., Montevideo, 1999, p. 58.

31 CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Pluralismo religioso y acción estatal”, en *Jornadas sobre Estado de Derecho ...*, pp. 169 y ss.

32 REMOLINA, G. (S.J.), “Reflexiones sobre la formación integral”, en *Orientaciones Universitarias*. P.U.J., Bogotá, 1999, N° 19, p. 71.

33 REMOLINA, G. (S.J.), “Reflexiones ...”, loc. cit., p. 71.

34 REMOLINA, G. (S.J.), “Reflexiones ...”, loc. cit., p. 71.

35 REMOLINA, G. (S.J.), “Reflexiones ...”, loc. cit., p. 72.

36 MARITAIN, J., *Religion et culture. Desdée de Brouwer et Cie*, Éditeurs. Paris, 1930, p. 20.

37 MARITAIN, J., *Religion et ...*, p. 25.

38 LACAN, J., *El triunfo de la religión*. Paidós, Buenos Aires, 2005, pp. 77 y ss.

“La religión pretende dar o expresar la inteligibilidad de la existencia en su integralidad y totalidad. ... Es imposible entendernos integralmente sin la totalidad. ... Es posible dar una formación prescindiendo de la totalidad, pero no sería una formación integral.”³⁹

Una adecuada educación que pretenda formar al ser humano en toda su dimensión exige una formación integral.

6. De lo expuesto se deduce que el artículo 5 de la Constitución no impide la enseñanza religiosa en los institutos estatales de enseñanza. Es más, interpretado este artículo en el contexto de la Constitución y sobre todo desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, cabe concluir que esa enseñanza se impone cuando ella es requerida. La libertad de cultos impide que se imponga una enseñanza religiosa, pero la libertad de enseñanza expresamente garantizada por el artículo 68 comprende el derecho a recibir esa instrucción si se desea, puesto que todos tenemos derecho a una formación integral. La actividad del Estado, que solo se justifica finalizada al bien común, determina esta respuesta.

El rechazo de la enseñanza religiosa en los institutos estatales en base exclusivamente al artículo 5 de la Constitución configura así una conducta inconstitucional por errónea interpretación de nuestro marco constitucional.

- V -

1. Determinada la viabilidad constitucional de la enseñanza religiosa en las instituciones estatales, cabe plantearnos una nueva pregunta: ¿qué religión enseñar?

2. El artículo 5 de la Constitución es muy claro al respecto. Al decir que todos los cultos son libres, está brindando a ellos un tratamiento igualitario. Este tratamiento igualitario se confirma en la parte final del artículo cuando dispone que la exoneración impositiva prevista recae sobre los templos consagrados al culto de las diversas religiones. En consecuencia, cabe afirmar en principio que todas las religiones pueden ser enseñadas.

3. La respuesta precedente nos lleva a otro problema: ¿es posible enseñar todas las religiones existentes?

La respuesta a esta interrogante es evidente: no es materialmente posible.

4. ¿Qué hacer entonces ante esta imposibilidad material?

Una alternativa, razonando en base a un rígido criterio positivista formalista, sería decir: si todos los cultos son libres, si el Estado no profesa religión alguna, si en virtud del principio de igualdad no puede haber discriminaciones, si no se puede enseñar todas las religiones, corresponde no enseñar ninguna. En buen romance, *religión para todos o para nadie*.

Esta actitud significa privar a todos los estudiantes estatales de una educación integral.

Pero el positivismo formalista ya está superado. El ordenamiento jurídico está compuesto no solo por normas sino también por principios. Normas y principios configuran así reglas de derecho.⁴⁰

Normas y principios se diferencian por tener estos una mayor indeterminación y abstracción.⁴¹ Por otro lado, ALEXY observa que los principios son mandatos de optimización, es decir, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.⁴²

39 REMOLINA, G. (S.J.), “Reflexiones ...”, loc. cit., p. 82.

40 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los principios generales ...”, loc. cit., p. 98.

41 CASSAGNE, J.C., *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Buenos Aires, 1987, Anticipo de “Anales, año XXX”, sagrada época, N° 25, pp. 24 y ss. DURÁN MARTÍNEZ, A., *Los principios generales ...*, loc. cit., p. 99

42 ALEXY, R., *Teoría de los derechos ...*, p. 67.

“Se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”⁴³

Por eso, en el ámbito de la interpretación y aplicación de los principios más que la subsunción procede la ponderación, con su triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴⁴

Si no se puede satisfacer la necesidad de todos, por lo menos se debe satisfacer la de la mayoría. El principio de igualdad cede, en la especie, ante el derecho a la formación integral de la mayoría.

Si se puede impartir enseñanza solo sobre una religión, será así sobre la de la mayoría de la población; si se puede sobre dos, se enseñará, además, la que le sigue en importancia numérica en la sociedad, y así sucesivamente.

- VI -

1. Precisada qué religión o qué religiones enseñar, cabe determinar quién enseña.
2. El fin del Estado es el bien común, es decir, crear las condiciones de hecho propicias para el adecuado desarrollo de la persona humana.⁴⁵

Pero ese bien común que persigue el Estado es, como dice DABIN, el *bien común temporal*. “La realización del bien religioso, el encuentro del alma con Dios, por íntimas que sean las relaciones consideradas, se operará, en cierta medida socialmente, por la mediación de un bien que puede llamarse asimismo público: el *bien público religioso*. Pero el cuidado de ese bien público religioso ya no incumbe al Estado.”⁴⁶

De esto se deriva que la enseñanza de las diversas religiones corresponde a las respectivas iglesias. Aclaro que tomo el término *iglesia* en su máxima extensión, pues se ha generalizado y abarca también otros casos que estrictamente no se identifican con ese término como el judaísmo e islamismo.⁴⁷

3. Ante la exigencia de enseñanza religiosa por parte de los educandos públicos, el Estado, como gerente principal del bien común, debe procurar satisfacerla en la medida de sus posibilidades haciendo factible que esa enseñanza se produzca. Esto incluye la apertura de sus aulas a la Iglesia, o a las iglesias, según corresponda, para que ella o ellas impartan la enseñanza requerida.

4. El pluralismo que impera en el Uruguay de hoy conjugado con las nuevas tendencias constitucionales que predominan en el mundo occidental, en líneas generales admisibles en nuestro sistema, nos llevan a esta posición. Esto supone una lectura del artículo 5 de la Constitución distinta de la que ha predominado en el siglo XX que ha llevado a una práctica excepcional con relación a la que ha predominado en el mundo occidental, pero más respetuosa de la intención de sus redactores y del propio texto y contexto de nuestro marco constitucional.

43 ALEXY, R., *Teoría de los derechos ...*, p. 68.

44 ALEXY, R., *Teoría de los derechos ...*, pp. 524 y ss.

45 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Importancia política de la Defensa Nacional y las Fuerzas Armadas”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 67 y ss.

46 DABIN, J., *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*. Editorial Jus. México, 1946, pp. 59 y ss.

47 ASIAÍN PEREIRA, C., “El gran desafío del derecho eclesiástico (o religioso) del Estado en el Uruguay: su existencia misma como rama del derecho”, en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C.U., Montevideo, 2006, t. XIII, p. 15.

LA RELIGIÓN EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA URUGUAYA: RÉGIMEN LEGAL

FELIPE ROTONDO TORNARÍA¹

1. ÁMBITO AL CUAL REFIERE LA EXPOSICIÓN.

Se tratará el régimen proveniente de normas con valor y fuerza de ley, sin considerar la normativa superior o sea la que surge del bloque de constitucionalidad conformado por los principios generales de derecho, la Constitución y las normas internacionales, incluso derivadas de tratados o convenios², que será objeto de análisis por los colegas que expondrán a continuación.

Ello sin perjuicio de señalar que la interpretación de las leyes debe ser efectuada desde la base y de conformidad con dicho bloque. Por tanto corresponde expresar que la Constitución uruguaya prevé que *"El Estado no sostiene religión alguna"* (art. 5^o) y que los funcionarios públicos, como lo son los docentes de la Enseñanza estatal, tienen prohibida *"toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie"* (art. 58).

Se hará, también, una mención de actos administrativos relativos al tema.

Este refiere a la *"educación pública"*, calificación que en el Uruguay suele identificarse con la brindada por el Estado; en ello incide la propia normativa constitucional que contiene disposiciones sobre la *"Enseñanza Pública Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística"*, a fin de establecer reglas básicas de su organización, y lo hace con respecto a la brindada por entidades estatales^{4/5}.

2. LEY GENERAL DE EDUCACIÓN VIGENTE, N°.18.437 DE 12-XII-2008.

Contiene *"Principios de la educación pública estatal"* (Capítulo IV del Título I), piedras sillares de la actividad educativa en el sector estatal; así los de *laicidad, gratuidad, igualdad de oportunidades*, bases que se agregan a los principios de la educación en general: *obligatoriedad* (desde la educación inicial de niños de 4 y 5 años y hasta la educación media básica y superior), *diversidad e inclusión educativas, participación*, en especial del educando, y *libertad de cátedra*.

1 Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo en la Univ. de Montevideo y de Derecho Administrativo en la Univ. de la República

2 El art.12.4 del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley No.15.737 de 8-III-1985, establece que *"los padres, y su caso, los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"*. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 16.137 de 28-IX-1990, art.14.1, que *"los Estados parte respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión"*. La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (UNESCO), aprobada por ley 17.724 de 24-XII-2003, art. 5°, que Los Estados Partes *"convienen en que educación debe tender al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana (...)"* y *"en que debe respetarse la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales 2°, de dar a sus hijos, según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones; en que, además, no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones (...)"*. La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, aprobada por ley 18.270 de 19-IV-2008, art. 22, prevé que *"Los jóvenes tienen derecho a la educación"* y los Estados Parte *"reconocen su obligación de garantizar una educación integral, continua, pertinente y de calidad"*. Ese derecho incluye *"la libertad de elegir el centro educativo y la participación activa en la vida del mismo"*.

3 Vigente desde la reforma constitucional de 1918, ya que según la Carta de 1830, art. 5°, la Religión del Estado era la Católica Apostólica Romana. Ya antes sin embargo, por ley 3411 de 6-IV-1909, se había suprimido *"toda enseñanza y práctica religiosa en las escuelas del Estado"*.

4 Art. 202 de la Carta: exige que dichos niveles de la *"Enseñanza Pública"* sean regidos por uno o más Consejos Directivos Autónomos y de inmediato trata de *"Los demás servicios docentes del Estado (...)"*.

5 Los institutos privados de enseñanza en ejercicio de la libertad de enseñanza, cumplen una actividad de interés público que determina la exoneración constitucional de impuestos nacionales y departamentales, art. 69. Con respecto a ellos *no* se ha generalizado la terminología de *"enseñanza pública de gestión privada"*.

Más adelante la ley alude a los principios de *autonomía y coordinación*, con respecto a lo que llama “*Sistema Nacional de Educación Pública*” (denominación del Título III).

3. LAICIDAD.

Trataremos el principio de Laicidad. El art 17 de la ley citada dispone que se “*asegurará el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de la información y conocimiento que posibilite una toma de posición consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias*”.

No existen temas excluidos del ámbito educativo público siempre que se traten de acuerdo con lo dispuesto por esa norma, de manera de asegurar una posición libre, personal y consciente del educando, sin imponerse opiniones de ninguna índole y con el deber de garantizar la confrontación leal y fundada de “*saberes y creencias*”, conocimientos y convicciones, lo cual comprende múltiples temas, incluidas las creencias religiosas.

En cuanto a la libertad de cátedra, el art. art. 11 de la ley establece que “*El docente, como profesional, es libre de planificar sus cursos*”, si bien debe realizar “*una selección responsable, crítica y fundamentada de los temas y las actividades educativas, respetando los objetivos y contenidos de los planes y programas de estudio*”.

Su inciso 2º reitera que “*los educandos tienen la libertad y el derecho de acceder a todas las fuentes de información y de cultura, y el docente el deber de ponerlas a su alcance*”⁶.

4. FORMACIÓN MORAL Y CÍVICA.

La ley establece *finés* para la actividad educativa que dicen relación con la “*formación del carácter moral y cívica de los alumnos*”, la cual debe ser atendida en todas las instituciones docentes acorde con lo que establece el art. 71 de la Constitución. Si esta formación no existiera, no habría educación sino mera instrucción⁷.

Entre los “*finés*”, el art. 13 de la ley 18.437 incluye el “*promover la justicia, la solidaridad, la libertad, la democracia, la inclusión social, la integración regional e internacional y la convivencia pacífica*”; “*procurar que las personas adquieran aprendizajes que les permitan un desarrollo integral relacionado con aprender a ser, aprender a aprender, aprender a hacer y aprender a vivir juntos*”; “*formar personas reflexivas, autónomas, solidarias (...)*”; “*propender al desarrollo de la identidad nacional desde una perspectiva democrática (...)*”; etc.

De manera que supone una educación en *valores*, propios de un sistema democrático republicano cuyo centro es la persona humana; se tienen, pues, los de libertad, respeto a la vida, la convivencia, el respeto mutuo, la responsabilidad cívica, la solidaridad.

Sin ellos la educación sería una *enseñanza vestibular*, porque los temas relevantes quedarían fuera del proceso enseñanza-aprendizaje.

El Maestro del Derecho Constitucional uruguayo Justino Jiménez de Aréchaga decía que “*Educar es incorporar a alguien a un cierta tradición cultural, infundiéndole principios y los principios jamás son neutros*”; que “*(...) la dogmática del Estado democrático se integra con el dogma de la libertad, que por eso mismo, el Estado democrático debe permitir la difusión de otros dogmas, pero (...) en cuanto docente, en cuanto organizador de instituciones de enseñanza, debe difundir y explicar los dogmas en los cuales el Estado democrático se funda (...)*”⁸. Esos “*dogmas*” son las bases fundamentales de la nacionalidad contenidas en las Secciones I y II de la Constitución, “*De la Nación y su soberanía*” y “*Derechos, deberes y garantías*”.

6 La ley anterior 15.739 de 28-III-1985, art 1º, establecía que “*La enseñanza-aprendizaje se realizará sin imposiciones ni restricciones que atenten contra la libertad de acceso a todas las fuentes de la cultura. Cada docente ejercerá sus funciones dentro de la orientación general fijada en los planes de estudio y cumpliendo con el programa respectivo, sin perjuicio de la libertad de cátedra en los niveles correspondientes*”. El art. 2º que “*Se garantizará plenamente la independencia de la conciencia moral y cívica del educando La función docente obliga a la exposición integral, imparcial y crítica de las diversas posiciones o tendencias que presente el estudio y la enseñanza de la asignatura respectiva*”.

7 Enseñar es sinónimo de mostrar, educar viene de duc, lat, encaminar hacia la cultura.

8 Justino Jiménez de Aréchaga. La Constitución Nacional s/f. T. II , p. 99 y sigs.

5. LEY ORGÁNICA UNIVERSITARIA.

La ley 18.437 regula, básicamente, la actividad docente a nivel pre-universitario, si bien de su texto y como ley general de educación resulta claro que los principios señalados se proyectan a todos los niveles educativos, incluido el universitario. Esto importa porque a veces se ha entendido que la laicidad no tiene aplicación en este nivel y se vería sustituida por la libertad de cátedra; ello se debe que la laicidad en el nivel superior de estudios tiene lógicamente una aplicación específica.

La ley universitaria vigente No. 12.549 de 16-X-1958, art. 2º, bajo la denominación de “fines” de la Institución prevé que *“Le incumbe (...) acrecentar, difundir y defender la cultura (...) y contribuir al estudio de los problemas de interés general y propender a su comprensión pública; defender los valores morales y los principios de justicia, libertad, bienestar social, los derechos de la persona humana y la forma democrático-republicana de gobierno”*.

Por su parte, su art. 3º refiere a la libertad de cátedra, a la que califica como *“derecho inherente a los miembros del personal docente”*. *“Se reconoce asimismo a los órdenes universitarios, y personalmente a cada uno de sus integrantes, el derecho a la más amplia libertad de opinión y crítica en todos los temas, incluso aquellos que hayan sido objeto de pronunciamientos expresos por las autoridades universitarias”*.

6. ESTATUTO DEL DOCENTE DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE EDUCACIÓN PÚBLICA (ANEP)⁹.

Su art. 3º establece como deberes específicos del docente, *“b) Responder a las exigencias de una educación integral del alumno, propendiendo al libre y armónico desarrollo de su personalidad; c) Respetar la individualidad de los educandos, ajustándose en su conducta a los principios de dignidad, igualdad y solidaridad humana; d) Garantizar plenamente la independencia de la conciencia moral y cívica del educando, ya que la función docente obliga a la exposición integral, imparcial y crítica de las diversas posiciones o tendencias relativas al estudio y la enseñanza de la asignatura respectiva; e) Abstenerse de hacer proselitismo de cualquier especie en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de las mismas, ni permitir que los bienes o el nombre del Ente sean usados con tales fines. La violación de este inciso será preceptiva causal de destitución”*.

El art. 4º trata de los derechos y, entre ellos, b) la libertad de conciencia y de opinión, *“sean estas de orden religioso, filosófico, político o de cualquier otra índole, dentro del más estricto marco de laicidad, preservando la libertad de los educandos ante cualquier forma de coacción”*

7. LAICIDAD: CONSIDERACIÓN GENERAL.

En carácter de breve explicación sobre el principio de laicidad, digamos que *“el Estado no adopta una religión ni adhiere a una corriente de pensamiento filosófico; pero “su neutralidad no implica desconocer ni rechazar los hechos sociales y las instituciones sociales concernientes al ejercicio de la libertad religiosa, con el límite del orden público”¹⁰; “no puede adoptar o promover a través de sus instituciones docentes una religión determinada, pero no puede desconocer la dimensión religiosa del hombre como actitud existencial ante el mundo, como una concepción de la vida y el del mundo (...)”, y sí promover “el pluralismo de la cultura”¹¹.*

También que la reserva respetuosa *“no es una neutralidad de ignorancia y menos una neutralidad de desprecio”*. Al Estado *“no le compete hacer de sus habitantes, fieles, de tal o cual religión, pero está obligado a procurar a todo hombre, las condiciones de desarrollo, de ciencia y de libertad, imprescindibles para que pueda plantearse fácil y claramente el problema religioso”*.

“La negativa, el silencio sistemático del hecho religioso es un acto de religión. Un Estado se hace religioso ‘al revés’ si actúa de tal manera que hace difícil a sus habitantes el planteo claro y la resolución libre del problemas religioso

9 Cuerpo normativo formal que rige a los docentes de dicho Organismo, Ente Autónomo del Estado, que comprende la enseñanza inicial, primaria, media básica y superior, y actividades de educación terciaria, no universitaria. Ese cuerpo es un reglamento, ya que se trata de normas generales y abstractas provenientes de un acto administrativo del jerarca del Ente.

10 José Aníbal Cagnoni. Conceptos de laicidad y laicismo. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 2ª Serie No. 7, Mdeo.1988, p.19.

11 Raquel Fata Moreira. Manifestaciones del principio de laicidad en la enseñanza. Cuadernos No.7 cit, p. 27.

(...)”¹². El reformador José Pedro Varela decía que “*el ateísmo es también una doctrina religiosa, por más absurda que pueda considerarse*”¹³

El Consejo Directivo Central de la Universidad de la República ha dicho en ese sentido que “*La educación democrática debe ser incuestionablemente laica en sus contenidos y procedimientos, de modo de no constituirse en un instrumento del poder coyuntural, sino de la autorrealización de los ciudadanos. Se trata de una educación que, respetando la conciencia de cada protagonista de la misma, le brinde las posibilidades de acceder a todas las ideas, sin exclusiones dogmáticas, y discernir libremente según su propio modo de pensar*”¹⁴.

8. LAICIDAD : CONTINUACIÓN.

Es que la educación no puede dejar de lado lo que es propio de las personas, ya que –de otra modo – no contribuye a su perfeccionamiento en todas sus dimensiones, biológicas, sociales, psicológicas, espirituales que la hacen un ser libre y racional, una unidad y una totalidad en sí.

La laicidad no debe ser prescindencia ni intolerancia; tampoco mera tolerancia, sí tolerar es padecer, admitir incluso a disgusto; es respeto de los demás, de sus creaciones y opciones en lo religioso, filosófico, político.

Por lo mismo, “*el docente tiene el deber de saber, para no omitir y el de responsabilidad, para no falsear*”¹⁵; su exposición no debe omitir posibles posiciones diversas, sin preferir ninguna de manera que implique proselitismo, y por otro lado, ser crítica, o sea no sentar conclusiones definitivas, en actitud de imposición.

“*Cuando se respeta la personalidad del educando, todo puede ser materia de análisis, de acuerdo a la experiencia individual y social de cada uno, (...); “la laicidad no es sinónimo de antirreligiosidad; respeta todos los valores de la persona, todas sus creencias, filosóficas, religiosas, artísticas; se identifica, sí, con libertad y dignidad humanas (...); “la laicidad es una postura vital de respeto, a través de todo el proceso educativo*”¹⁶.

La cuestión es si resulta “a-religiosa”, ya que no puede ni debe obligarse a nadie a actuar en contra de su conciencia, pero tampoco puede impedirse actuar de acuerdo con ella, en la medida que esta actuación no implique lesión de bien ajeno.

9. CUESTIONES PLANTEADAS EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA.

9.1 Medidas configuradoras de una laicidad positiva.

Se trata de medidas que facilitan el ejercicio de la libertad religiosa o que ayudan a efectuar manifestaciones de índole religiosa.

9.2 Ejemplos en esa línea.

9.2.1 El Reglamento de Evaluación y Pasaje de Grados del Nivel medio de Educación¹⁷, a partir de 1986 prevé que “*las inasistencias por motivos religiosos*” se consideran “*justificadas*”¹⁸, lo que se extendió al Ciclo Básico.

12 León Cortiñas Peláez. Entes Autónomos de Enseñanza. La Justicia Uruguaya T. 46 Doctr, p. 85”.

13 La Educación del Pueblo (1874), Capítulo XI “La Enseñanza Dogmática”, publicación de la Cámara de Representantes- Obras de José Pedro Varela (III). Mdeo. 1990. También expresó que “*Cada hombre debe educarse a sí mismo, debe hacerse que los niños sean los descubridores de la verdad*” y que “*la educación ha sido creada, no para recibir pasivamente algunas palabras, fechas, hechos, sino para ser activa en la adquisición de la verdad, inspirarse en un profundo amor de lo verdadero y observar los procedimientos para investigarlos*”; aludía al “*cuidado de desarrollar la moralidad, los principios religiosos comunes a todas las creencias, los sentimientos de tolerancia y caridad*”.

14 Documento del Consejo Directivo Central de la Universidad de la República, cit por César I. Aroztegui, en Cuadernos citado en nota anterior, p.52.

15 Agapo Luis Palomeque. Alcance y significación teórico-prácticos de la laicidad.

16 Iris Florentino. La laicidad. Mdeo, 1973, págs. 15, 56-57.

17 Ordenanza No. 31 de la ANEP.

18 Resolución No.2 Acta 71 de 22-IX-1986. A esos efectos “*los padres, tutores o curadores, dentro del lapso de quince días de*

9.2.2 La Resolución No. 7 Acta 26 de 9-V-1994 del Consejo Directivo Central de la ANEP, justificó *“las inasistencias registradas por los estudiantes de Educación Media o Formación y Perfeccionamiento Docente (...) a partir del día viernes desde la puesta del sol y hasta el día sábado a la puesta del sol, por motivos religiosos”*¹⁹.

9.2.3 Resolución del Consejo antes citado, No. 20 Acta No. 14 de 25-III-2009, en cuya parte expositiva se transcribe el informe de su Dirección de Derechos Humanos, según el cual *“la laicidad es una cuestión de interés general formulada para preservar en mejor medida los derechos de los estudiantes a recibir una educación libre de condicionamientos”* y que logró *“reconocimiento jurídico”* *“como forma de promover derechos y nunca debe ser pensada entonces como instrumento para limitarla. Que en respeto de la laicidad así entendida no se enseñe religión en la Educación Pública ni se promuevan prácticas religiosas no significa que desde la misma no se deba promover el respeto de todas ellas en un plano de igualdad, así como en un plano también de igualdad con el respeto al derecho de no tener religión alguna”*.

La resolución dispone que no se computen faltas de los estudiantes por razones religiosas, con un límite de cuatro días por año lectivo; que se instruya a los docentes para que no fijen escritos o pruebas, *“en los días en que uno o más alumnos hayan solicitado exoneración de concurrir a clase por motivos religiosos y la solicitud haya sido aceptada”* y *“en el caso de los exámenes, si no es posible fijar una fecha que no coincida con esos días, se le debe habilitar al alumno o alumnos dentro del mismo período la fijación de una mesa especial para otro día, siempre y cuando el o los estudiantes se hayan inscripto para el mismo”*; que *“aquellos estudiantes que por motivos religiosos debidamente probados prefieran no asistir a clase los días sábados tendrán prioridad para ser inscriptos en aquellos centros educativos públicos o en grupos donde no se imparten clases ese día”*.

9.2.4 Resolución del Consejo de Educación Secundaria de 20-VII-2005, sesión No. 37²⁰, relativa al juramento de fidelidad a la Bandera Nacional y a la incidencia de su omisión en la prosecución de los estudios²¹.

Por ese acto se hizo saber a las Direcciones liceales que, *“ante planteamientos fundados”* sobre la aplicación de la normativa al respecto, deberán elevarse las actuaciones al propio Consejo, *“el cual procederá en base a los criterios establecidos”* en la parte expositiva de la resolución, en la cual se tiene en cuenta –especialmente– que *no existe norma legal que impida la continuación de los estudios*; efectúa, por otra parte, desarrollos de interés sobre derechos fundamentales de las personas, entre ellos la libertad religiosa y el derecho a la educación²².

9.3 Posición diversa.

En posición opuesta a la que emerge de los actos mencionados en 9.2, el Consejo Directivo Central de la Universidad de la República, por 8 votos en 15, el 28-X-2008 tomó una resolución que niega excepciones

iniciados los cursos, deberán informar por escrito al Director que su hijo no concurrirá los días sábado por razones religiosas”.

19 La resolución es de carácter general, pero fue dictada ante gestión de la Asociación Uruguaya de los Adventistas del Séptimo Día.

20 Comunicada por Circular No. 2666/005.

21 El estudiante omiso no será evaluado en reunión de profesores ni en exámenes.

22 Se transcribe parcialmente dicha parte expositiva: *“Considerando. 1) Que la ley No. 9943 de 20-VII-1943, art. 28, prevé la obligación de “todo ciudadano natural o legal” de “prestar juramento de fidelidad a la Bandera Nacional, en acto público y solemne”, encomendando a las instituciones de enseñanza –públicas y privadas– la realización de actos a fin de que “los alumnos presten ese juramento en idénticas condiciones. (...) La ley citada dispone que no se expedirán “títulos profesionales o técnicos sin que el interesado acredite en forma el cumplimiento de esta obligación” (art. 28 inciso 3º) (...). 2) Que por (...) se reguló (...) las medidas conducentes a que los estudiantes posean la constancia del cumplimiento de la jura. A su vez, a fin de asegurar “la fiscalización efectiva” se dictó la resolución (...). 3) Que se estima pertinente mantener la vigencia de dichas Circulares, sin perjuicio de considerar situaciones como la de obrados, delimitándose –entonces– las obligaciones de que se trata en relación al ejercicio de derechos fundamentales de las personas reconocidos por la Constitución y por normativa internacional ratificada por nuestro país (...)”* (aquí alude a las Convenciones Americana de Derechos Humanos y sobre Derechos del Niño). 4) *“Que el análisis de las situaciones de referencia será efectuado ante fundados planteamientos que realicen los interesados y mediante exclusiva decisión del Consejo, a cuyos efectos se tendrá en cuenta: A) Que las personas nacidas en la República, de menos de 18 años de edad, tienen suspendida la ciudadanía según el art. 80 ordinal 1º de la Constitución y por su parte, los extranjeros no pueden obtener, en tal caso, la ciudadanía legal. B) Que tratándose de personas de esa edad, están sujetos a patria potestad o tutela, siendo sus padres o tutores quienes los representan, por los que los actos de aquellas no revisten –por sí– plena validez. C) Que existe la obligación constitucional de adquirir un nivel de enseñanza, hasta la “media, industrial o agraria” (art. 70 de la Carta), lo que se ha desarrollado por normas legales. 5) Que en la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce, por su parte, el derecho a la educación y el deber del Estado de “fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria (...), hacer que todos los niños dispongan y tenga acceso a ella” (art. 28). El “inculcar al niño el respeto de su propia identidad cultural, de su idioma o valores nacionales del país en que vive, del país que sea originario (art. 29 c), no puede interpretarse en contradicción con los principios antes señalados”*.

dirigidas a contemplar la situación de fieles cuyo credo religioso les impida asistir a clases o realizar alguna actividad académica²³.

9.4 Criterios con relación a las medidas indicadas precedentemente.

9.4.1 Viabilidad y pertinencia de la laicidad positiva.

Se entiende que las medidas identificadas como de laicidad positiva no implican proselitismo ni sostienen una religión determinada ni las religiones en general. Asumen –sí– que las personas, en ejercicio de su libertad, tienen una posición religiosa que quieren expresar por su cuenta y no dejan de apoyar lo que es propio de la libertad de cada persona, de conciencia, de opinión, de comunicación del pensamiento.

“Coherente con su misión de servir la libertad del espíritu humano, en el planteamiento y solución de las opciones metafísicas, el Estado laico afirma que si la laicidad le impide brindar directamente la formación religiosa, no le impide facilitarla”²⁴. El Estado trata de compatibilizar la prestación de sus servicios con las libres opciones de los habitantes, en este caso los estudiantes.

9.4.2 Laicidad asimilada a neutralidad (rígida).

En esta posición se ha dicho que *“la única actitud del Estado compatible con el pluralismo religioso es aquella que se traduce en una prescindencia, en una indiferencia, en una abstención del Estado frente al fenómeno religioso”; “no solo en cuanto tolera esa diversidad sino además en cuanto no vuelca el peso del Estado (...) de esa organización jurídica y política de toda la colectividad en favor o en contra de una u otra postura religiosa, o a favor o en contra de la mera postura religiosa o a-religiosa”²⁵.*

10. CONTENIDOS CURRICULARES Y RELIGIÓN.

En este campo, interesa analizar si dichos contenidos incluyen temas de religión o tratan acerca del factor religioso o si –al contrario– existe al respecto antirreligiosidad o a-religiosidad.

10.1 Criterio general.

Bien se ha dicho que *“La democracia es dignidad humana, autonomía y capacidad de decisión; desde esa visión la laicidad no inhibe el factor religioso, si se tiene en cuenta que el hecho religioso es la consecuencia del ejercicio de derechos consagrados (...) Se falta a la laicidad si se impone contenidos pero también si se priva de ellos, al privar de conocimiento e información”²⁶.*

23 La Asesoría Jurídica aconsejó aprobar *“una directiva, exhortando que ante peticiones de esta naturaleza, y en lo razonablemente posible, los diferentes servicios universitarios atiendan la situación concreta de estudiantes, cuyo credo religioso los obligue a abstenerse de realizar labores en determinados días”* y el Rector expresó que se estaría reconociendo *“una diversidad de actitudes y opciones y al reconocerla se la respeta y en la medida de sus posibilidades los servicios pueden tenerla en cuenta”*. Con el criterio contrario se dijo que *“la libertad también es que las personas no le impongan a la Universidad una cierta religión, (...)”*.

24 León Cortiñas Peláez. Op. cit. Agrega que en el ámbito docente, la noción de laicidad *“se analiza como el deber del docente de respetar escrupulosamente las ideas filosóficas que pudieran haber recibido sus alumnos en el hogar”* y anota que la circular del ministro Jules Ferry de 17-XI-1883 puede considerarse hoy como entonces el breviario en la materia; ella decía: *“Si alguna vez estáis embarazados por saber hasta dónde os está permitido ir en cierta enseñanza, he aquí una regla práctica. En el momento de proponer a vuestros alumnos un precepto, una máxima cualquiera preguntaos si conocéis la existencia de un solo hombre recto que pueda sentirse chocado por lo que vais a decir. Preguntaos si un padre de familia, subrayo, uno solo, presente en vuestra aula y escuchándoos, podría de buena fe negar su asentimiento a lo que os oirá decir. En caso afirmativo, absteneos de decirlo; en caso negativo, hablad audazmente porque lo que vais a transmitir al niño no es vuestra propia sabiduría, es la sabiduría del género humano, es una de esas ideas universales que varios siglos de civilización han hecho penetrar en el patrimonio de la humanidad. Por estrecho que pueda pareceros un campo de acción así limitado, haceos un deber de honor no salir jamás de él, permanecer más acá de dicho límite más bien que de profanarlo: nunca tocaréis con demasiado escrúpulo a esa cosa delicada y sagrada que es la conciencia del niño”*.

25 Juan P. Cajarville Peluffo. Pluralismo religioso y acción estatal. Cuadernos No. 7 cit., p. 161.

26 Héctor Gros Espiell. El laicismo hoy. Crisis y actualidad. www.chasque.net/frontpage/relacion/0604/laicismo.htm

10.2 La cuestión en la educación pública.

En esta existen escasísimas referencias *acerca* de las religiones y, en todo caso, no se trata de de considerarlas específicamente sino de atender su incidencia en desarrollos históricos, aspectos sociológicos, etc.

Se mencionan ejemplos al respecto.

a) Entre los *“contenidos vertebrales”* de Ciencias Sociales, correspondiente al Plan Ciclo Básico-Nocturno 2009 (Circular 2884), se incluye *“Conflicto de valores y creencias. Se sostiene que los individuos o grupos tienen conciencia de los valores y creencias que orientan su acción, de sus significados e intencionalidades porque es condición básica para la libertad, la cooperación y para ejercer los derechos democráticos”*.

b) En la Educación Media Superior Plan 2003, Orientación Humanística- asignatura Historia, y con relación a la conquista y colonización españolas aparece un ítem sobre *“La Iglesia y la cultura”*.

c) En el Ciclo Básico-Reformulación 2006, 2º año, asignatura Historia, la Unidad 2 corresponde a *“El Escenario americano y la experiencia europea”* y entre los llamados *“conceptos claves”*, se tiene la Iglesia Católica.

En el 3er. año, asignatura Educación Social y Cívica, la Unidad I, *“Convivencia Social”*, comprende *“Las necesidades humanas como fundamento de la vida social (biológicas, sociales, económicas y culturales)”* y *“Las normas de convivencia: morales, religiosas, usos sociales, jurídicas, semejanzas y diferencias”*.

11. NORMATIVIDAD Y REALIDAD.

El Derecho es un conjunto de normas pero también de valores a los que aquellas se dirigen y de vivencias de la realidad humana.

En el tema considerado importa –precisamente– lo que es vivido por los estudiantes; por lo mismo, el currículum explícito y también el implícito, que se aprende a través de la sola permanencia en la institución educativa; también por cierto el ausente, lo que está omitido.

Al respecto los principios y normas, todos reglas de derecho, van en una línea de formación plena de la personalidad del educando, que –sin embargo– muchas veces no llega a concretarse en virtud especialmente de los aspectos implícitos indicados, que llevan a que –incluso– en materia de valores no se traten, siquiera, aquellos en los cuales existe un consenso social generalizado.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencias de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 5to Turno N° 557/2007 de 29 de agosto de 2007, y de 1er Turno N° 711/2009 de 2 de diciembre de 2009.

DEI-CAS, Bárbara

¿Es procedente la acción de nulidad contra las decisiones de las personas públicas no estatales relativas a conflictos individuales de trabajo?

¿ES PROCEDENTE LA ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA LAS DECISIONES DE LAS PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES RELATIVAS A CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO?

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 5^{TO} TURNO N° 557/2007 DE 29 DE AGOSTO DE 2007, Y DE 1ER TURNO N° 711/2009 DE 2 DE DICIEMBRE DE 2009.

1.- Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to turno, N° 557/2007 de 29 de agosto de 2007, emitida en los autos caratulados “P. D. c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios (C.J.P.P.U.). Contencioso Anulatorio”:

La mayoría de los integrantes de tal Tribunal, entendieron en el referido fallo que el mismo carece de competencia para conocer en el asunto planteado por el actor, al pretender la anulación de la **resolución** emitida por el Directorio de la C.J.P.P.U. **que dispuso su despido**.

En efecto, se dispone que “(...) tanto el art. 106 de la ley N° 12.803 como el art. 34 inc. 2 de la ley N° 17.783 asignaron competencia a la Justicia del Trabajo en conflictos individuales de trabajo, buscando de ésta manera, la óptica propia de aquellos Tribunales especializados en la materia.

A continuación, se expresa que, “En autos, el actor pretende se anule la resolución que lo vinculara con la demandada, de manera que no se discute que dicho vínculo tiene su origen exclusivamente en una relación típica de trabajo, tampoco se discute que la controversia de fondo finca en decidir si el actor fue bien o mal despedido por la demandada, y siendo estas temáticas propias de los órganos especializados del Trabajo esta Sala no es competente para entender en el presente proceso”.

La pretensión de autos “(...) se genera claramente en un conflicto derivado de una relación de trabajo entre actor y demandado, y ello es lo que define la competencia, independientemente de lo que se reclame o de la fundamentación jurídica de la petición, de manera que no interesa si el reclamo tiene contenido patrimonial o no, sino su objeto; si éste se origina en una relación de trabajo y el interés en juego es individual, entonces se convoca la competencia especializada de la justicia laboral.

El art. 34 de la ley N° 17.738 es por demás claro y al establecerse en él que los Tribunales del Trabajo serán competentes para entender en “*todas las reclamaciones*” que deriven de un conflicto individual de trabajo está en definitiva estableciendo una competencia exclusiva y excluyente de los órganos especializados en la materia, sin importar a los efectos competenciales que la reclamación contenga o no una pretensión económica, se persiga o no una sentencia de condena, declarativa o constitutiva. La expresión gramatical “*todas*” determina que cualquiera sea la materia u objeto perseguido por el actor será siempre susceptible de ser decidido por la Justicia del Trabajo, de manera que no hay mérito para excluir la pretensión planteada en autos de aquella competencia, máxime cuando resulta de interés de la Administración de Justicia que sea resuelto por los órganos especializados en la temática.

La incompetencia material de esta Sala proviene también del carácter de norma especial que cabe asignarle al art. 34 citado que priva por sobre la general del art. 11 aludido por la parte actora. Incluso ésta última disposición al referir a “*prestaciones*”, hace referencia al carácter de afiliado del reclamante y no a la calidad de funcionario o dependencia laboral, compartiéndose en este aspecto lo expuesto en la contestación sobre doctrina y jurisprudencia anteriores a la ley N° 17.738 y relativas al Acto Institucional N° 9.

De ésta manera, si la naturaleza de la pretensión del actor contra el demandado es de carácter laboral, encarta en el régimen de competencia del art. 34 y no del art. 11, reservado sólo para aquellos casos en que el “*bien de la vida*” que se reclama tiene como fundamento un conflicto de trabajo de carácter individual”.

2.- Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er turno, N° 711/2009 de 2 de diciembre de 2009, emitida en los autos caratulados “M. H. c/ Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (I.N.I.A.). Contencioso Anulatorio”:

La mayoría de los integrantes de tal Tribunal, entendieron en el referido fallo que el mismo carece de competencia para conocer en el asunto planteado por el actor, al pretender la anulación de la resolución emitida por el Directorio del I.N.I.A., a través de la cual se decide **rescindir el contrato de trabajo** celebrado con el actor.

Es decir que, como en el caso anteriormente referido, no se discute la existencia de una relación laboral entre las partes, sino que la legitimidad de la decisión de ponerle fin a la misma de manera unilateral.

También entendió que el asunto que se plantea es un conflicto individual de trabajo que determina la competencia por razón de materia, y fundamenta su fallo en lo manifestado por su Homólogo de 5to Turno en la anteriormente citada sentencia interlocutoria N° 557/2007 de 29 de agosto de 2007.

Agrega que en la especie, "(...) cabe distinguir las resoluciones que dicta I.N.I.A. en el ámbito de sus cometidos específicos de aquéllas que refieren a la vinculación con su personal. La resolución atacada se regula por la normativa de la actividad privada y, en especial, por la del derecho laboral, tal como resulta de la interpretación de lo dispuesto por el art. 24 de la Ley N° 16.065 y por los arts. 2, 21, 22 y 50 del Estatuto del Funcionario".

"¿Es procedente la acción de nulidad contra las decisiones de las personas públicas no estatales relativas a conflictos individuales de trabajo?".

I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Sin perjuicio de la existencia de otras sentencias, aunque escasas, que han emitido nuestros Tribunales de Apelaciones en lo Civil respecto a la cuestión que se plantea en el presente trabajo, se consideró conveniente exponer y analizar solamente dos de ellas, en virtud del objeto sobre el que se expiden, los fundamentos que se otorgan, así como de su cercanía en el tiempo.

En lo que respecta a su objeto, consiste en la pretensión de funcionarios que se desempeñan en personas públicas no estatales, de que se declare la nulidad de actos emitidos por ellas, a través de los cuales se decide prescindir de sus servicios -despido o rescisión del contrato de trabajo- por parte de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil.

Asimismo, se consideró relevante darlas a conocer en mérito a que las personas públicas no estatales, además de tener una naturaleza jurídica especial, que ha llevado a estar reguladas por normas jurídicas propias, tienen un procedimiento de **impugnación de sus actos** particular y que en general, es similar en la mayoría de ellas.

Al respecto, se entiende que, "no siendo aplicable el régimen propio de los [actos] emanados de órganos estatales, se ha generalizado un régimen -con ligeras variantes, a veces de denominación, a veces de plazos, que no tienen explicación clara- para la impugnación de los actos de las personas públicas no estatales, que consiste en un recurso interno dentro de la persona pública y luego una impugnación jurisdiccional ante un Tribunal de Apelaciones del Poder Judicial"¹.

A pesar de ello, no todos los actos o decisiones que emanan de las personas públicas no estatales y que, en virtud de su **contenido**, puedan eventualmente llegar a menoscabar derechos de otras personas, corresponde sea su juridicidad evaluada por dichos Tribunales de Apelaciones, planteándose un conflicto de competencia, tal como acaece en las sentencias a estudio.

En efecto, cabe señalar que de su lectura, surge que cuando la pretensión del actor tiene una **naturaleza laboral**, es decir, que si el reclamo "se origina en una relación de trabajo y el interés en juego es individual, entonces se convoca la competencia especializada de la justicia laboral" (Sentencia del T.A.C. de 5to turno, N° 557/2007 de 29 de agosto de 2007), o cuando "el asunto que se plantea es un conflicto individual de trabajo que determina la competencia por razón de materia" (Sentencia del T.A.C. de 1er turno, N° 711/2009 de 2 de diciembre de 2009).

Entonces, corresponde preguntarnos, en virtud del carácter especial que tiene el procedimiento de impugnación de los actos dictados por las personas públicas no estatales, cuál o cuáles son los argumentos que tales Tribunales, entre otros, han encontrado y posteriormente utilizado a efectos de fundamentar su incompetencia para entender en los mismos.

¹ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO; "Sobre las personas públicas no estatales. A propósito de la ley N° 16.736", en "Sobre Derecho Dependiente", tomo I, F.C.U., 1ª edición, Montevideo, año 2007, pág. 626.

II.- CONCEPTOS PREVIOS

Previamente a exponer y a analizar tales fundamentos, es conveniente recordar y precisar brevemente determinados conceptos que, a mi entender, al estar expresamente mencionados en las sentencias a estudio -o vinculados con ellos- son relevantes a efectos de que el lector pueda entender la cuestión planteada en el presente trabajo, y eventualmente, arribar a sus propias conclusiones.

En primer lugar, cabe diferenciar las nociones de competencia y jurisdicción de los distintos tribunales que existen en nuestro país.

Por un lado, la **jurisdicción** se encuentra definida en el inciso 1º, artículo 6º de la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, N° 15.750 de 24 de junio de 1985, al disponer que, “*Es jurisdicción de los tribunales la potestad pública que tienen de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada (...)*”.

Por otro lado, la **competencia** se encuentra precisada en el inciso 2º, artículo 6º de dicho cuerpo normativo, al establecer que, “*(...)Es competencia la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales de una misma materia (...)*”.

Al respecto, se ha establecido que la expresión jurisdicción en su sentido más amplio, “corresponde a todos los órganos jurisdiccionales considerados en su conjunto, ya que la potestad pública de administrar justicia es única, pero en concreto y por razones de elemental practicidad, la jurisdicción se fracciona y se distribuye entre los diversos órganos que forman el Poder Judicial. Surge así, naturalmente, el concepto de competencia como distribución y como atribución de la jurisdicción entre los diversos órganos jurisdiccionales”².

Es decir que, “Entre competencia y jurisdicción existe una verdadera diferencia. Algunos autores (...) consideran que esta diferencia no es de carácter cualitativo sino meramente cuantitativo: mientras la jurisdicción es el poder que corresponde a todos los magistrados considerados en su conjunto, la competencia es la jurisdicción que, en concreto, corresponde a cada magistrado”.

Otros autores en cambio, estiman que la diferencia es cualitativa y no solamente cuantitativa. Es decir que, “la competencia no es una parte o una porción de la jurisdicción, sino que es otra cosa distinta. La jurisdicción es una función, en tanto que la competencia es la aptitud para ejercerla; la jurisdicción supone una actividad, la competencia, la facultad para desarrollarla”³.

En segundo lugar, en virtud del contenido de los argumentos plasmados en las referidas sentencias, es conveniente hacer referencia al criterio de distribución de la **competencia material**, respecto del cual se ha afirmado que “es sinónimo de distribución de los asuntos judiciales en virtud de la calidad, índole, condición, característica, propiedad, esencia o sustancia del objeto del proceso”⁴.

Al respecto, también se entiende que “La atribución de competencia en razón de la naturaleza del litigio, es decir, en razón de su materia, está determinada por un modo de ser del litigio, independiente de su relación con el lugar y con el tiempo en que ese litigio se haya planteado, así como de su valor o cuantía”⁵.

Dicho criterio de distribución de la competencia, se vincula al “**principio de especialización**” de los tribunales, que se encuentra regulado en el artículo 22.4 de la ley N° 15.982 de 18 de octubre de 1988, a través de la cual se sanciona el Código General del Proceso (C.G.P.), al rezar que “*En base a la naturaleza de la materia, su importancia práctica y el volumen de los asuntos que se tramiten, se procurará en cualquier departamento del país, la especialización de los tribunales, tanto en primera como en segunda instancia, conforme con lo que disponga la ley orgánica respectiva*”.

En tercer lugar, y por último, es importante tener presente el concepto y objeto del proceso **contencioso anulatorio** vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Tal procedimiento desde el punto de vista conceptual, tiene por objeto la revisión jurisdiccional respecto del ajuste de una determinada decisión (premisa menor) a la regla de Derecho (premisa mayor), con la consecuente emisión de un pronunciamiento (conclusión) que sólo podrá confirmar o anular el acto en proceso”⁶.

Desarrollando las características del contencioso anulatorio en nuestro Derecho, agrega que el control que se ejerce en el mismo, “no es un control sobre el mérito del acto (su conveniencia, oportunidad o eficacia) sino

2 Enrique TARIGO; “Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código”, tomo I, 4ª edición, F.C.U., Montevideo, año 2003, pág. 101.

3 Enrique TARIGO; “Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código”, ob. cit.; pág. 101.

4 Nelson E. LOUSTAUNAU; “La jurisdicción del trabajo. Criterios de distribución de competencia en materia laboral”, F.C.U., 1ª edición, Montevideo, año 2007, pág. 26.

5 Enrique TARIGO; “Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código”, ob. cit.; pág. 110.

6 Daniel Hugo MARTINS; “Acción de nulidad”, en “El Poder y su control”, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Serie Congresos y Conferencias, N° 1, pág. 217.

un control de juridicidad: el acto se anula sólo si es contrario a una regla de derecho o dictado con desviación de poder”.

Asimismo, se señala que, “la existencia del contencioso anulatorio posibilita el examen, en vía jurisdiccional de aquellas decisiones administrativas que gozan del privilegio de ejecución directa por la propia Administración”, precisándose que “la acción anulatoria es un instrumento vital para contrarrestar dicha prerrogativa administrativa y el contencioso que ella origina permite un contralor imparcial de la actuación administrativa, a los efectos de la reparación pura de los derechos lesionados”⁷.

III.- NOCIÓN DE CONFLICTO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Estudio aparte merece la noción de “**conflicto individual de trabajo**”, la cual como surge de los argumentos que se exponen en las sentencias a estudio, es fundamental para determinar la competencia material de los Tribunales laborales en nuestro país, y por ende, en virtud de tal especialización, la incompetencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil.

En efecto la **Ley N° 12.803 de 30 de noviembre de 1960**, a través de la cual se crea el primer Juzgado Letrado de Trabajo, establece en su artículo 106 que tal tribunal “*entenderá en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo*”.

Por lo tanto, cabe preguntarnos: ¿cuándo estamos frente a un “**conflicto individual de trabajo**”?

Al respecto, se ha expedido, en reiteradas oportunidades, nuestra doctrina especializada en la materia, la que en general ha entendido que, “la determinación del concepto de conflicto individual de trabajo supone dos operaciones sucesivas: a) fijar la noción de conflicto de trabajo, y b) determinar cuando un conflicto de trabajo puede considerarse individual”⁸.

Por un lado, respecto a la **noción de conflicto**, entiende que evoca la idea de contienda, de oposición de intereses, de enfrentamiento entre dos partes que efectúan afirmaciones diferentes o tienen pretensiones contrapuestas o incompatibles.

Por otro lado, en lo que refiere a la **noción de trabajo**, afirma que está vinculado con la concepción de trabajo, aceptada en el derecho laboral, ya que “No todo trabajo es objeto del derecho laboral sino sólo el que posee ciertas características. Pese a que por razones de costumbre y de economía idiomática se suele utilizar corrientemente en nuestra disciplina la mera expresión “trabajo”, se sabe que con ella se está aludiendo no a todo trabajo sino sólo al que da origen a una relación laboral”.

Respecto a tal noción de “conflicto individual de trabajo”, es decir, como “toda contienda derivada de una relación laboral”, algunos autores le agregan la referencia al trabajo subordinado, sosteniendo que es “toda contienda derivada de una relación laboral o del trabajo subordinado”, señalando que la competencia material de la justicia del trabajo alcanza a “todo lo derivado del trabajo subordinado”⁹.

Cabe mencionar que también existe otra postura respecto a la noción de “conflicto individual de trabajo”, al entender que “en el concepto de “asuntos originados en conflictos individuales de trabajo”, trabajo no tiene por qué significar exclusivamente trabajo subordinado”¹⁰.

A continuación, agrega que “Sostener que, cuando la disposición hace referencia a “trabajo” refiere a trabajo subordinado, supone incluir en la norma una consideración que la misma no contiene. El intérprete no se encuentra habilitado a hacer distinciones cuando la norma no los hace. Ello significa que, por lo menos en el derecho uruguayo, es posible efectuar un reclamo ante la Justicia del Trabajo relativo a un trabajo prestado que no se encuentre regulado por el derecho del trabajo, sino por ejemplo, por el derecho civil o por el derecho administrativo.

Es importante señalar que, “La interpretación que se realice del alcance de la competencia material de la justicia del trabajo necesariamente deberá ser amplia, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva del derecho de trabajo y los intereses que protege”¹¹.

7 Héctor GIORGI; “El contencioso administrativo de anulación”, Montevideo, año 1958, págs. 27 y 28.

8 Américo PLA RODRÍGUEZ; “La noción de conflicto individual de trabajo”, en La Justicia Uruguaya, doctrina, tomo 23, págs. 195 y sigtes..

9 Oscar ERMIDA URIARTE; “La competencia material de la Justicia del Trabajo”, en la Revista uruguaya de Derecho Procesal, tomo I, año 1983, F.C.U., pág. 91.

10 Cristina MANGARELLI; “Competencia material de la justicia del trabajo”, en “Veinte estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez”, F.C.U., 1ª edición, Montevideo, año 2004, pág. 125.

11 Cristina MANGARELLI; “Competencia material de la justicia del trabajo”, ob cit. pág. 129.

Al respecto, también se ha expedido nuestra jurisprudencia laboral -y como está plasmado en los dos fallos a estudio- al sostener, que desde hace largo tiempo, "(...) la naturaleza de la norma no incide en la consideración de si el conflicto es un conflicto de trabajo. En esta línea debe mencionarse la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 57/82 que establece que si la pretensión tiene su causa en una relación laboral, el poder-deber de decidirla es exclusivo de la Justicia Laboral "cualquiera que fuere la naturaleza del derecho aplicable: específicamente laboral, civil, o de derecho público"¹².

Corresponde mencionar que en general se define al **conflicto individual** de trabajo en contraposición a lo que se entiende por **conflicto colectivo**, "(...) en función del interés cuya tutela se solicita al Juez en uno y otro caso. El conflicto individual refiere a la tutela de un interés concreto de uno o varios individuos; de un interés de carácter singular, relativo a un sujeto individualmente considerado. En el conflicto colectivo, existe generalmente un sujeto colectivo y un interés colectivo, esto es, un interés que es susceptible de ser extendido a todo un grupo, que afecta de modo indiferenciado a un conjunto laboral en cuanto tal"¹³.

Asimismo, se considera que los conflictos de trabajo, "poseen tres características esenciales que los diferencian de los conflictos de intereses regulados por el proceso común:

1°. Se trata de controversias sociales, de carácter clasista.

2°. Se singularizan por la desigualdad o desequilibrio de las partes.

3°. Aportan la forma excepcional y original de los conflictos colectivos"¹⁴.

Por último, es importante señalar que la Justicia especializada en la materia laboral, entiende en los **conflictos individuales de derecho**, quedando excluidos de su competencia los conflictos individuales de interés.

Ello, surge de la referida ley N° 15.982 de 18 de octubre de 1988 (C.G.P.), al disponer en sus artículos 11.1 que, "*Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto (...)*"; y 25. 1 a través del cual se establece que el Tribunal "(...) *En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (...)*".

IV.- COMPETENCIA MATERIAL DE LOS TRIBUNALES LABORALES

Una vez definido el objeto sobre el cual son competentes para fallar los tribunales especializados en la materia laboral, cabe investigar las diversas normas jurídicas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico que prevén y regulan dicha competencia, y en base a las cuales los Tribunales de Apelaciones en lo Civil que intervinieron en las sentencias a estudio, también se apoyaron para declararse incompetentes en razón de la materia.

Como fuera referido con anterioridad, la **competencia material** de los tribunales laborales se encuentra regulada en el artículo 106 de la **ley N° 12.803 de 30 de noviembre de 1960**, que establece respecto a la competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Trabajo que consiste, "(...) *en primera instancia en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo*".

Cabe destacar que sucesivas leyes, "fueron adicionado otros grupos de litigios a la competencia material de la justicia del Trabajo, por ello debemos considerar que en una forma accidental, la competencia material de estos Tribunales hoy ya no es solamente la definida en la norma en estudio"¹⁵.

Asimismo, la **ley N° 15.750 de 24 de julio de 1985**, denominada Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, refiere en su artículo 66° a la **competencia material de los Juzgados Letrados de Primera Instancia Penales, del Trabajo**, de Aduana, así como del Tribunal de Faltas, y expresamente dispone que: "... *tendrán las competencias que las leyes especiales les asignen*". También, el artículo 71° cuando define la competencia material de los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior, reitera la expresión: "*las competencias que les asignen las leyes especiales respectivas...*".

Entre tales normas especiales, y partiendo de aquellas que se aplican a todas a las personas públicas no estatales, se encuentra el inciso 3°, artículo 765 de la Ley de Presupuesto, N° **16.736 de 5 de enero de 1996**,

12 Cristina MANGARELLI; "Competencia material de la justicia del trabajo", ob. cit., pág. 124.

13 Cristina MANGARELLI; "Competencia material de la justicia del trabajo" ob. cit. pág. 121.

14 Helios SARTHOU; "Proposiciones sobre un Derecho Procesal Laboral autónomo", en "Trabajo, Derecho y Sociedad", tomo II, F.C.U., Montevideo, año 2004, pág. 114.

15 Nelson E. LOUSTAUNAU; "La jurisdicción del trabajo. Criterios de distribución de competencia en materia laboral", ob.cit., págs. 26 y 27.

por el que se indica que, *“Los funcionarios de las personas públicas no estatales se regularán por el derecho laboral común, sin excepción alguna”*.

De manera particular, encontramos, a la ley N° 16.065 de 6 de octubre de 1986, a través de la cual se regula la creación y cometidos del Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (I.N.I.A.), en cuyo artículo 24° se establece que, *“(...) su régimen de funcionamiento será el de la actividad privada, especialmente en cuanto a su contabilidad, estatuto de su personal y contratos que celebre”*.

Asimismo, en el Estatuto del Funcionario o Personal del I.N.I.A., se dispone respecto al régimen jurídico aplicable al mismo que, *“El contrato de trabajo del personal con el Instituto se regirá por las normas del derecho privado (art. 24 de la ley N° 16.065 de 6.10.89) y por las que aquí se determinan”* (artículo 2°).

Existen otras disposiciones normativas que refieren al vínculo laboral que une a las personas públicas no estatales con sus funcionarios, tal como la ley N° 17.437 de 20 de diciembre de 2001 que regula la reforma de la Caja Notarial de Seguridad Social, y cuyo artículo 23 entiende que **será competente la Justicia del Trabajo**, *“(...) en todas las reclamaciones que se originen por conflictos individuales emergentes de la relación laboral entre la Caja Notarial de Seguridad Social y sus empleados”*.

A su vez, la ley N° 17.738 de 7 de enero de 2004, a través de la cual se reglamenta la reforma de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios (C.J.P.P.U.) respecto a sus empleados, establece en el artículo 34°, lo siguiente:

“La relación de trabajo de los empleados de la Caja se rige por el derecho laboral. En todas las reclamaciones que se originen por los conflictos individuales emergentes de la relación laboral entre la Caja y los empleados será competente la Justicia de Trabajo”.

Como bien, y en pocas oportunidades se ha afirmado, respecto a los conflictos individuales de trabajo planteados por los empleados de las personas públicas no estatales y, la competencia de la Justicia laboral, *“llevan a la conclusión de que -en aquellos conflictos- no resulta viable la demanda de anulación ante los Tribunales civiles”*¹⁶.

Sin perjuicio de que tal conclusión, fue formulada para la C.J.P.P.U., puede extenderse a todas las personas públicas no estatales en general y al I.N.I.A. en particular -como así se desprende de las sentencias a estudio- ya que el referido inciso final del artículo 765 de la ley N° 16.736 establece categóricamente que, *“Los funcionarios de las personas jurídicas públicas no estatales se regularán por el Derecho laboral, sin excepción alguna”*.

Por último, cabe destacar que recientemente nuestra jurisprudencia especializada en la materia laboral, se ha expedido respecto a cuáles son los Tribunales competentes en nuestro país para resolver los conflictos individuales de trabajo que se plantean entre las personas públicas y sus respectivos funcionarios.

En efecto, en la Sentencia emitida por el Tribunal de Apelaciones de lo Civil de 3° turno, N° 60/2010 de 23 de marzo de 2010, se entendió que existe competencia especializada en hipótesis en las que intervienen personas públicas no estatales, ya que *“el Legislador prevé expresamente respecto de tales personas jurídicas que en la dilucidación de conflictos laborales la competencia es la laboral”*.

A continuación, agrega que *“Es en todo caso, como expresa PLA RODRÍGUEZ -al analizar si la noción de “trabajo” requiere que sea prestado en la actividad privada-, que existe una moderna tendencia doctrinaria que llevará a incluir dentro del Derecho del Trabajo a los funcionarios públicos y que “algo de eso ya ha ocurrido con el trabajador que actúa en los Organismos Paraestatales o en las personas públicas no estatales. Se suele considerar que queda regido por el Derecho Laboral, salvo en los aspectos en que expresamente rigen normas diferentes”* (Curso, t. 1, vol. 1, edición Idea, 1990, p. 99)”.*”*

V.- PERSONAL DE LAS PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES

Previamente a analizar el régimen jurídico que en general rige a las relaciones laborales entre los funcionarios y las personas públicas estatales donde desarrollan sus actividades, se recordará a continuación, y de manera sucinta, algunas generalidades de dichas personas.

Desde hace largo tiempo, se entiende que las mismas, *“no integran la estructura estatal, no son administraciones públicas en el significado preciso que atribuimos a esa expresión (...) El régimen jurídico de*

16 Felipe ROTONDO TORNARÍA; *“La Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios. Presentación de su nueva ley orgánica”*, en *“Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni”*, FCU, Montevideo, año 2005, pág. 304.

estas personas públicas no estatales es de origen legal y se encuentra establecido en sus respectivas leyes orgánicas¹⁷.

Asimismo, todas ellas tienen una característica común: no son estrictamente creaciones, en cuanto realidades, sino transformaciones; todas son secciones o pedazos de la Administración Central estatal que se cortan, se seccionan y se transforman en entidades no estatales. Esta es una característica común a todas ellas¹⁸.

Otra característica repetida en ellas, “que surge ya de su denominación, es que se rigen por Derecho público, por eso son públicas”. Pero cabe destacar que respecto de algunas de ellas respecto a “(...) su funcionamiento, contabilidad, control, régimen o estatuto del personal y contratación, se les aplicará el régimen de la actividad privada, no por Derecho público¹⁹”.

Como se mencionara con anterioridad, las **decisiones** que dictan los órganos de las personas públicas no estatales “no son actos administrativos (...) contra las decisiones de dichos órganos no proceden los recursos administrativos ni la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (...) dichas decisiones se impugnan conforme a las reglas especiales que hubiere establecido la ley (...) Si no existieran tales reglas, se aplican las normas del derecho común, y especialmente, en cuanto a la competencia judicial, el art. 100, N° 1, B, del Código de Organización de los Tribunales²⁰”.

Respecto al **personal** que se desempeña en las personas públicas no estatales, tradicionalmente se señalaba que quienes trabajan para estas entidades no son funcionarios públicos y se les aplica el Derecho Laboral, sin perjuicio de las disposiciones especiales que pudieran existir.

Como se mencionara con anterioridad, el inciso 3°, artículo 765 de la Ley de Presupuesto, N° 16.736 de 5 de enero de 1996, reza: *“Los funcionarios de las personas jurídicas públicas no estatales se regularán por el derecho laboral común, sin excepción alguna”*.

Cabe destacar que si bien los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, fundamentan las decisiones contenidas en sus fallos, entre otros aspectos, en dicha disposición normativa, hay en la doctrina nacional especializada determinadas dudas en lo que respecta al ámbito de aplicación de la misma, es decir, si se aplica a todas las personas públicas no estatales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, o solamente a las que se crean a través de ella.

En ese sentido, se ha entendido que “extraído del artículo que integra, parecería que comprende a todas las personas públicas no estatales existentes, y que los “funcionarios” de todas ellas se van a regir por el Derecho laboral común “sin excepción alguna”. Pero cuando así lo leo, lo desmembré del artículo que integra; porque este es el inciso 3°, y los dos incisos anteriores se refieren, no a todas las personas públicas no estatales, sino a las que se crean por esta ley. Entonces, a pesar de la expresión literal absoluta y total que parece cubrir a todas las personas públicas no estatales -y que borraría para todas las anteriormente existentes cualquier apartamiento del “derecho laboral común”- a mí me queda la duda sobre si efectivamente se refiere a todas o sólo a las que se crean por esta ley”²¹.

A continuación, agrega que “las dudas no terminan ahí; porque esa afirmación tan tajante de que los “funcionarios” se van a regular “por el derecho laboral común, sin excepción alguna”, aun restringida a estas que ahora se están creando, aparece precisamente contradicha por otras disposiciones de esta misma ley”.

A modo de ejemplo, cabe citar a los funcionarios de la Institución Plan Agropecuario, que se rigen por un estatuto aprobado por la Junta Directiva, y sólo en lo no previsto lo van hacer por las normas del Derecho común. Entonces ya no es tan cierto que se regulan sin excepción alguna por el régimen del Derecho laboral común.

También en lo que refiere a los trabajadores de las personas públicas no estatales, se ha señalado que “no son funcionarios públicos y por lo tanto las normas que rigen a estos no los alcanzan. En consecuencia, se aplican las reglas del derecho laboral, sin perjuicio de las disposiciones expresas que existieren²²”.

No solo nuestro legislador, doctrina y Tribunales de Apelaciones en lo Civil, se han expedido respecto a la naturaleza y régimen jurídico aplicable a la relación laboral existente entre los funcionarios de las personas

17 Enrique SAYAGUES LASO; “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo II, 7ª edición, F.C.U., Montevideo, año 2002, pág. 217.

18 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO; “Sobre las personas públicas no estatales. A propósito de la ley N° 16.736”, en “Sobre Derecho Dependiente”; ob. cit., págs. 611 y 612.

19 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO; “Sobre las personas públicas no estatales. A propósito de la ley N° 16.736”, en “Sobre Derecho Dependiente”; ob. cit. págs. 613 y 614.

20 Enrique SAYAGUES LASO, “Tratado de Derecho Administrativo”, ob. cit., pág. 223.

21 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO; “Sobre las personas públicas no estatales. A propósito de la ley N° 16.736”; ob. cit. págs. 624 y 625.

22 Enrique SAYAGUES LASO, “Tratado de Derecho Administrativo”, ob. cit., pág. 222.

públicas no estatales y éstas, sino también, lo ha hecho la jurisprudencia especializada en la materia laboral, tanto previa como posteriormente a la existencia de las referidas disposiciones normativas.

Cabe destacar la sentencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo, N° 83/980 de 29 de mayo de 1980 -recaída en un asunto a través del cual un funcionario de la Caja de Jubilaciones Bancarias le demanda a ésta el pago de determinadas prestaciones laborales- ya que en ella, dicha sede cambia radicalmente su postura respecto al tema²³.

En efecto, en casos análogos presentados con anterioridad, declinaba la competencia, por entender que "(...) las personas públicas no estatales son órganos que integran la estructura del Estado en la parte referente a la administración (...) si la persona pública no estatal demandada ha incurrido en violación de las normas que regulan la relación de empleo, que es estatutaria, de derecho público, el diferendo no debe dirimirse ante la Justicia laboral, porque su jurisdicción se limita a conocer en los "conflictos individuales de trabajo", es decir, los que atañen a las relaciones laborales derivadas de contratos concertados individualmente entre particulares" (sentencia N° 96/978 de 27 de marzo de 1978).

La referida sentencia N° 83/980, es de una importancia destacable ya que "no se ciñe a la idea de que a la Justicia del trabajo sólo le corresponde conocer cuando se controvierte sobre la apelación de normas de Derecho laboral (...) el cambio observado en la especie contentada es muy sugestivo, pues el Tribunal introduce en la solución de la litis algunos elementos específicos de Derecho público, aparentemente no planteados en el debate inicial (...) Y a pesar de la connotación publicista que impregna a ciertos pasajes de la sentencia (lo que hubiera sido suficiente para sustraer a la contienda de la sede laboral, según la aludida tesis restrictiva), acepta implícitamente que el "conflicto" está en la órbita de su competencia"²⁴.

También es importante resaltar, la concepción que en dicho fallo se tiene del vínculo laboral que existe entre las personas públicas no estatales y sus funcionarios, al entender que:

"el Tribunal no expresa consideraciones sobre los puntos que, en 1978, le llevaron a declararse incompetente: la naturaleza pública del organismo y del Derecho aplicable y, fundamentalmente, el concebir al vínculo laboral como una relación "de Derecho público". Sin embargo, al decir "dentro del ámbito laboral privado", parecería que está caracterizando de modo diferente a esa relación de empleo (...) Esta **asimilación del vínculo que une a las personas públicas no estatales con su personal con la relación de empleo privado**, era prevalente en la jurisprudencia laboral -hasta que el citado fallo del T.A.T. obstó a tal conclusión-, y había sido expuesta con claridad por el Juzgado de Trabajo de 4° Turno, al decir que "**las relaciones de servicio de ese personal son de naturaleza privada**"²⁵.

Es decir que, la sentencia 83/980 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo, "tiene no solamente la trascendencia de afirmar la competencia de esta magistratura en los juicios promovidos por el personal de las personas públicas no estatales contra sus empleadores, sino también de modificar su concepción sobre el vínculo existente entre esas instituciones y sus empleados".

Por último, cabe resaltar que respecto a la índole de la relación laboral que existe entre los funcionarios dependientes de las personas públicas no estatales con las mismas, también se ha expedido recientemente nuestra jurisprudencia especializada, al disponer que "Los empleados de las personas públicas no estatales no son funcionarios públicos, **son trabajadores de la actividad privada y como tales se rigen por el derecho laboral**"²⁶.

Entonces, se puede afirmar que "(...) los **tribunales competentes** para conocer en reclamaciones originadas en conflictos individuales de trabajo de los funcionarios de personas públicas no estatales, son los Juzgados de Primera Instancia del Trabajo en Montevideo y los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior"²⁷.

Por ende, se puede afirmar que, todo reclamo laboral originado en un conflicto individual de trabajo entre un funcionario y la persona pública no estatal en donde se desempeña, corresponde sea entablado a través de la correspondiente demanda ante los Tribunales especializados en la materia laboral, y no por una demanda anulatoria ante los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, ya que en atención a lo que se mencionara con anterioridad, estos últimos no tienen competencia para resolver tal clase de pretensión.

23 Sentencia N° 83/980 de 29 de mayo de 1980, emitida por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo, publicada en La Justicia Uruguaya, tomo 81, caso N° 9340, año 1980.

24 Carlos N. SACCHI; "Reclamaciones laborales del personal de los organismos públicos no estatales", nota de jurisprudencia publicada en La Justicia Uruguaya, tomo 81, caso N° 9340, año 1980.

25 Carlos N. SACCHI; "Reclamaciones laborales del personal de los organismos públicos no estatales", ob. cit.

26 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 2° turno, N° 113/003 de 15 de diciembre de 2003, publicada en el Anuario de Jurisprudencia Laboral, año 2003, caso N° 806, F.C.U., Montevideo, año 2004, pág. 344.

27 Nelson E. LOUSTAUNAU; "La jurisdicción del trabajo. Criterios de distribución de competencia en materia laboral", ob.cit., pág. 86.

VI.- CONCLUSIONES

En virtud de lo que viene de exponerse -resultado de un breve trabajo de investigación legislativa, doctrinal y jurisprudencial- y sin perjuicio de que el lector pueda arribar a sus propias conclusiones, se pueden realizar determinadas afirmaciones a efectos de intentar responder la cuestión planteada en el presente trabajo.

Entonces, ¿es procedente la acción de nulidad contra las decisiones de las personas públicas no estatales relativas a conflictos individuales de trabajo?

Del estudio de la legislación nacional analizada, resulta que existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas normas -generales y particulares- que determinan que en todo lo que refiere a los funcionarios de las personas públicas no estatales va a regir el Derecho laboral, por lo que se puede concluir que es competente para resolver eventuales reclamaciones laborales de aquellos, la Justicia laboral.

En otros casos, expresamente se establece que los reclamos, originados por conflictos individuales que emerjan de una relación laboral entre las personas públicas no estatales y sus funcionarios, serán competentes para resolverlos los tribunales laborales, en virtud, entre otros aspectos, del “principio de especialización”.

También nuestra doctrina nacional se ha expedido respecto al tema, que en base a la competencia material de los tribunales, y a la noción del conflicto individual de trabajo, ha considerado que son competentes para dilucidar las reclamaciones que se originen en una relación laboral entre las personas públicas no estatales y sus funcionarios, los tribunales especializados en la materia laboral.

Por último, cabe señalar que nuestra jurisprudencia -especializada como no especializada en tal materia- ha variado a lo largo del tiempo su postura tanto en lo que refiere a la naturaleza del vínculo que existe entre las personas públicas no estatales con sus funcionarios, como a cuáles son los tribunales competentes para resolver eventuales conflictos de trabajo entre ellos.

De todas maneras, y a efectos de otorgar una respuesta preliminar a la cuestión planteada, cabe constatar que la tendencia que se viene afirmando en la jurisprudencia, es considerar que no sería procedente la acción de nulidad ante los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, contra las decisiones de las personas públicas no estatales relativas a conflictos individuales de trabajo.

Dra. Bárbara Dei - Cas



INFORMACIONES

Discurso del rector de la Universidad de Montevideo, al asumir su cargo

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

DISCURSO DEL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, AL ASUMIR SU CARGO

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO

Señor Presidente de la República Dr. Tabaré Vázquez
 Señor Rector Emérito de la Universidad de Montevideo Dr. Mariano Brito
 Sr. Nuncio de su Santidad
 Se. Ex presidente de la República Dr. Julio María Sanguinetti
 Directivos de la Universidad e invitados
 Señoras y señores.

En primer lugar quiero destacar y agradecer la presencia del Señor Presidente, que en días ciertamente colmados de trabajos y obligaciones ha tenido a bien visitar nuestra universidad como presidente de todos los uruguayos pero, en este caso, especialmente como una muestra de afecto hacia quien es destinatario de nuestro homenaje. El Dr. Vázquez ha conducido a lo largo de estos años las más altas responsabilidades de nuestro país con singular aprobación ciudadana, y al mismo tiempo –en la medida de sus posibilidades- no ha descuidado su condición de profesional médico y de universitario; no obstante, gestos como el que hoy protagoniza, Señor Presidente, demuestran que sabe y quiere atender lo importante, también en el campo de los sentimientos, aunque no sea urgente.

Esta tarde, pues, con la presencia del Señor Presidente de la República y de algunos distinguidos visitantes, la Universidad de Montevideo –su Consejo Superior, directivos y docentes- ha querido ofrecerle este sencillo homenaje al Profesor Dr. Mariano Brito, entregándole el diploma que acredita el título con el que nuestra Universidad quiso distinguirlo y agradecerle sus trece años de desvelos al frente del Rectorado, para el que fuera reelegido varias veces en forma extraordinaria.

La dedicación profesional y humana del Dr. Mariano Brito ha estado en estos años indisolublemente unida al ser de la Universidad de Montevideo. Ha cumplido un papel singular, con su impulso, su estilo y sus convicciones, en que se pudiera abrir un nuevo surco universitario en el país, en diálogo abierto y permanente con otras universidades, organizaciones cívicas y autoridades del país. Ha contribuido con su trabajo y visión a que la Universidad de Montevideo asumiera el reto de contribuir al crecimiento y difusión del conocimiento y a la forja de personalidades jóvenes. Está en juego no sólo el futuro de la sociedad uruguaya, sino también, dentro de nuestro arco de posibilidades, el dar respuestas en momentos en que hay mayor progreso, mayor información, mayor comunicación pero donde crecen las complejidades vitales.

En el plan de desarrollo aprobado durante el rectorado del Dr. Brito, la UM ha querido “renovar la vocación de servicio a la sociedad con la que nació y para la cual postuló una nueva cultura de trabajo”. Esta decisión ha significado una profundización en la calidad de la educación y un compromiso más activo con la sociedad, que hoy quiero reafirmar ante el Señor Presidente de la República; es esa misma calidad y compromiso que buscamos imprimir como un distintivo en las mujeres y en los hombres que egresan de esta casa de estudios superiores. Calidad que es capacidad de trabajo y búsqueda de la verdad, compromiso que es actitud de servicio y afán serio de cambio.

Sin duda las convicciones, la serenidad y la apertura del Dr. Mariano Brito han contribuido a que la Universidad de Montevideo vaya desplegando esa tarea, esa meta y esa ilusión.

Simultáneamente Mariano nunca dejó de querer y reconocer a la Universidad de la República. En ella hizo su carrera docente donde llegó a ejercer como catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho hasta el año 2005. Era un profundo agradecido a esa casa de estudio de la cual nunca se alejó. Y en típica postura del universitario con mentalidad amplia que siempre tuvo, procuró y consiguió mantener excelentes vínculos y trabajar de consuno con todas las universidades.

* Le comprenden las generales de la ley, decimos los abogados cuando el testimonio puede resultar subjetivo o cargado de parcialidad en favor de una determinada visión de los hechos o de las personas. Es mi caso, a la hora de hablar de Mariano me comprenden las generales de la ley.

Cuando pienso en él me nacen tres ideas principales: el agradecimiento que le debemos; el constituirse como punto de referencia humano e institucional, y la consideración de su hombría de bien.

Lo primero □el agradecimiento- por todo lo que ha supuesto su labor al frente de la Universidad y en los diversos escenarios en los que la libertad de la educación y el servicio eficaz de la universidad estaban en juego; en lo personal tengo que agradecerle las largas charlas que mantuvimos antes de que me tocara tomar asumir como Rector. Recuerdo muy bien esos encuentros, en los que yo tomaba nota de sus ideas, de las evaluaciones realizadas sobre los hechos y sobre las personas, también de las anécdotas que permiten poner color a la vida de una institución. No sé cuantas veces hablamos, en su casa y en la mía, a lo largo de los meses que separaron el anuncio de mi nombramiento y la efectiva toma de posesión del cargo, un tiempo particularmente rico y necesario para mí, porque no fue una tarea fácil, que hoy de lo agradezco públicamente.

En segundo lugar quiero destacar que el Dr. Brito fue y continúa siendo nuestro punto de referencia. Son notas inapreciables a la hora de adoptar una decisión con tranquilidad, recurrir a su consejo, por su experiencia adquirida en sus numerosas y altas responsabilidades, por su trayectoria como profesor universitario y la propia como Rector de nuestra institución, por la prudencia y al mismo tiempo la valentía de su carácter.

Hay también una tercera consideración que es sobre la hombría de bien de Mariano Brito, que la mayor parte de ustedes conocen tan bien como yo; por eso están acá: es un hombre de principios y de convicciones firmes. La familia, los amigos y discípulos, el bien común, la patria, Dios. Estos son sus afectos, a los que sirve como buen servidor. Decía Saint Exupery que el hombre se conoce por la cantidad y la calidad de sus vínculos. Conociendo esos vínculos a los que está unido Mariano, lo conocemos a él mismo.

Esa hombría de bien lo ha llevado a un compromiso con la verdad que quizás haya podido alguna vez despertar incompreensión en ciertos ambientes. Pero es esa misma hombría de bien lo que lo ha llevado a reconocer sin mezquindad el acierto ajeno, sea de quien sea, provenga de donde provenga.

Afirma el refrán popular que “cree el ladrón que son todos de su condición”. Con una visión más positiva podría decirse: “cree la persona de bien que todos son igualmente buenos”. Mariano Brito piensa bien de todos los demás como primera actitud, y esta característica -no demasiado frecuente- se fundamenta en su convicción de que pensar bien es una forma de acertar. Al mismo tiempo es un hombre justo, que no teme contristar cuando debe adoptar una decisión severa o emitir un juicio duro. Tanto lo uno como lo otro puede hacerlo porque sabe distinguir a la persona de sus acciones, que pueden no ser siempre acertadas; sabe confiar en las personas y respetar su intimidad.

En la hombría de bien de Mariano Brito deseo destacar un último aspecto, que es su trato cordial con todos, al margen de todo interés político y de cualquier tipo de intencionalidad: es verdadera caridad cristiana, de viejo y renovado cuño. ¡Cuántos hombres y mujeres piden hoy un corazón y unos oídos amables para encontrar sentido a sus vidas!, y qué difícil es —a veces- dejar de lado nuestros propios intereses para atender a los demás. Éste es, también, el empeño de nuestra universidad, que ha tenido en su Rector Emérito un ejemplo.

* Estas breves consideraciones, aunque merecidas y justas, seguramente incomodarán a Mariano. Debo recordar, no obstante, que tanto las responsabilidades como los honores en su vida no le llegaron sin esfuerzo, sin trabajo paciente, y seguramente en medio de muchas alegrías y también de momentos duros y difíciles. El saber es un bien arduo, la vida universitaria exige dedicación y generosidad. Detrás de muchos docentes de nuestras universidades hay muchas horas de trabajo, seguramente en la oscuridad, de renunciadas desconocidas para la mayoría, de tenacidad en proyectos que no son fáciles de desarrollar en nuestro medio, en el tiempo que dejan otras ocupaciones. Y, además, está la familia en primer lugar. Como muchos de nuestros grandes docentes, Mariano Brito ha sabido aprovechar el tiempo y entregarse con ilusión a su tarea; ahí están sus numerosos discípulos que no desmienten este juicio.

Un verdadero docente se sabe comunicar con los estudiantes y despertar vocaciones de gente joven, a los cuales no solamente traslada generosamente sus conocimientos, les presta sus libros y sus observaciones, sino que también los conoce, los orienta, los sigue de cerca, los apoya cuando flaquean, o los corrige cuando se equivocan. Y los discípulos acuden a él porque saben que los espera.

La formación de los docentes en nuestra universidad es uno de nuestros empeños más firmes, se halla presente en el plan de desarrollo universitario y confiamos en que el Diploma de Docencia Universitaria pueda continuar enriqueciéndose con el aporte de nuestros mejores profesores.

El verdadero maestro no sólo sabe generar discípulos en torno suyo sino que sabe recorrer con ellos el camino. Primero son discípulos y luego se van transformando en colegas, con quienes la búsqueda de la verdad que es tarea tan propia del universitario, se transforma en meta compartida, en un diálogo fecundo que también preserva la juventud de espíritu. Ese estilo de vida, que tan bien conocemos todos quienes nos dedicamos a la apasionante tarea de enseñar, el mismo ambiente que nos permite el contacto con los jóvenes, mantienen a su vez la propia juventud. Un cierto gusto por la sorpresa del descubrimiento; un entusiasmo por esa lograda ponencia del colega en la jornada de estudio especializado o el congreso; un compartir horas de trabajo y de estudio que abren horizontes, perspectivas diferentes, líneas de estudio novedosas, formas renovadas de encarar los nuevos hechos sociales, son todas características de la tarea universitaria que no termina nunca.

Brito cultiva esa juventud de espíritu que lo hace entusiasmarse y mostrar ese regocijo sin ocultarlo. En su cátedra de Derecho Administrativo, con el grupo del Anuario o con los integrantes del Instituto. Siempre ha tenido la capacidad de ponerse a disposición de los alumnos. Vaya si es un acto de desprendimiento con algo tan valioso como el tiempo, explicar a quien lo requiera lo que para otros pueda resultar casi evidente. Vaya si es un acto de generosidad saber atender siempre con afecto y respeto las preguntas que a veces puedan resultar excesivas o inoportunas.

*Tengo la impresión de que su interés por el Derecho Administrativo proviene del interés por profundizar en la difícil combinación entre, por un lado, los deberes del Estado y sus funciones y responsabilidades con el manejo del interés público y la gestión del bien común, y por el otro lado la libertad del ciudadano en la sociedad, su necesaria participación y el respeto a su intimidad, la necesidad de asegurarle espacios de iniciativa cultural y económica. Hoy es frecuente hablar de la adecuada articulación entre el sector público y el sector privado, pero esto no ocurría hace algunos años. En esa fundamental articulación está actuando el Derecho Administrativo, que regula cómo debe efectuarse ese diálogo, que ordena las necesarias actuaciones del cuerpo social organizado en el Estado, de la sociedad civil agrupada a veces en cuerpos intermedios y de la legítima autonomía de las personas humanas, cada una de ellas responsables también del bien común y cada una de ellas con una libertad que deriva de su condición fundamental de haber sido queridas por el Creador desde antes de la constitución del mundo.

Un docente debe tener convicciones, por las que puede jugarse llegado el caso; el entusiasmo por el trabajo no puede detenerse. La calidad de la educación de la que hablaba al comienzo de mi exposición es un esfuerzo permanente para ser mejores, esfuerzo de los docentes que deben mostrarse coherentes con lo que creen, también esfuerzo de los estudiantes, y –finalmente– respuesta adecuada de la universidad para sostener ese esfuerzo y conducirlo a su fin propio. La coherencia entre sus convicciones y su actuación, en su trabajo como abogado y como docente, en todos los planos, es característica de Mariano Brito.

* Habrían muchas otras cosas para decir. Como laboralista que soy puedo recordar su actuación profesional como abogado de los empleados de ONDA o del fondo social de vivienda para los funcionarios del puerto, pero no puedo entrar en el análisis de sus aportes científicos en la especialidad que cultiva; seguramente algunos de los presentes están mejor habilitados para hacerlo y lo han hecho ya como surge de las palabras iniciales de Cajarville y Delpiazco en el volumen que recoge los “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito, coordinados por Carlos Delpiazco”, publicado en abril del año 2008 por la Fundación de Cultura Universitaria. Deseo señalar sí aquí su carácter de Director Fundador del Anuario de Derecho Administrativo que desde hace años constituye un principalísimo aporte de la doctrina y el análisis de la jurisprudencia de esa rama jurídica. La copiosa publicación académica de Mariano queda prolijamente reseñada en el volumen en su homenaje que recién mencionara.

No debería terminar sin aludir a su actuación en la actividad pública. Porque Mariano supo hacer compatible el estudio del derecho y su docencia, con el servicio al Estado. Fue en ese ámbito Asesor legal de la Presidencia de la República, Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, Secretario de la Presidencia de la República y Ministro de Defensa Nacional.

* Pero, no todo han sido estudios y responsabilidades en la vida del Profesor Brito. También han habido momentos de solaz y de descanso, en la compañía de su familia, de su esposa.

Como ocurre al final, en los postres, quiero destacar la presencia permanente junto a él, de esa gran mujer que es Susana, que también explica mucho de Mariano, de cómo el amor humano fructifica y es fecundo de mil formas.

Por todo esto, y por todo lo que hoy no he podido decir, muchas gracias.

CARRERAS DE GRADO:

- El grupo de estudiantes que participó en la “*Competencia Internacional de Arbitraje Comercial*”, organizada por la **Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires** durante el mes de septiembre 2009, obtuvo el primer lugar en las rondas orales, y el segundo y tercer puesto en las alegaciones escritas de la parte demandada y actora respectivamente.
- Otro grupo de estudiantes participó durante el mes de septiembre de 2009 en el “*10° Concurso Internacional para Estudiantes de Derecho*” organizado por el **Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Obtuvieron el 2° lugar entre más de 70 universidades participantes.
- Del 19 al 28 de marzo, una nueva delegación de alumnos participará en la competencia internacional de argumentación jurídica – “*The Philip C. Jessup International Moot Court Competition*”, que tendrá lugar en Washington D.C., Estados Unidos.
- Durante el primer semestre del 2010, recibiremos la visita de los siguientes profesores en el marco de nuestro **US Law Programme (Programa en Derecho Anglosajón)**: Prof. Bryn Vaaler de Dorsey & Whitney LLP (“*Corporations*”), Prof. Elizabeth Burleson de University of South Dakota (“*International Trade Contracts*”) y Prof. Kaarin Nelson (“*Basic Guidelines on Contracts and Torts*”).
- En diciembre de 2009, el **Centro de Apoyo al Desarrollo Integral (CADI)** le otorgó dos diplomas a la Facultad de Derecho, como forma de agradecimiento por el consultorio jurídico que brinda asesorías en esa Institución. El **CADI** fue promovido por la Asociación Cultural y Técnica (ACT) y funciona desde 1992 en el barrio Casavalle. Allí se atiende a niños y mujeres de la zona buscando contribuir al desarrollo comunitario y a mejorar la calidad de vida de la infancia y la familia en situación de riesgo social. Su actividad se centra en la promoción de la mujer, facilitando su formación humana, cultural, profesional y social desde la primera infancia hasta la tercera edad.
- A partir del 2010, las **materias exclusivas de la carrera de Notariado** se comenzarán a dictar en el horario de la tarde (a partir de las 18:00 horas).

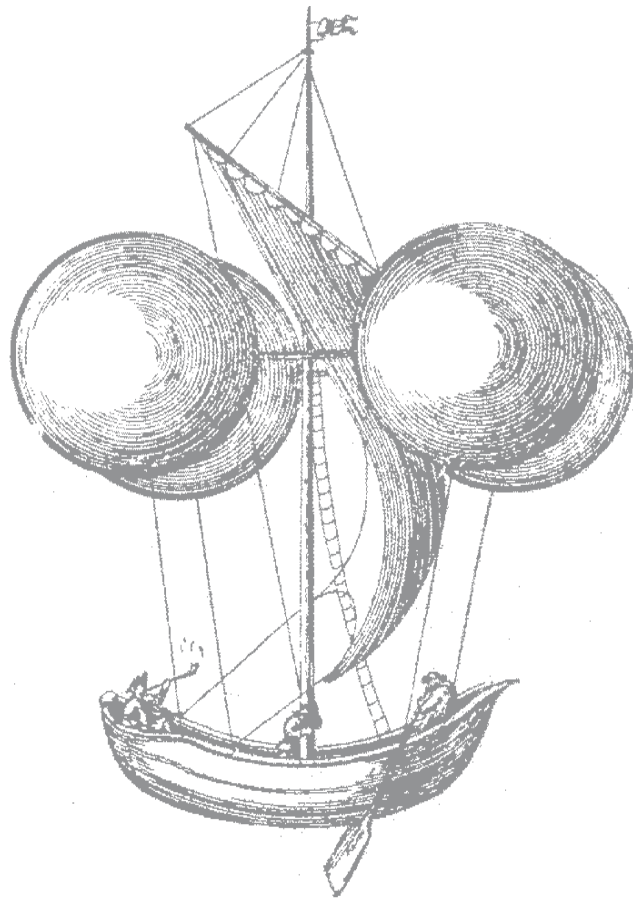
MAESTRÍAS:

- Durante el segundo semestre del 2009 se dictaron como materias opcionales dentro del programa Master en Derecho y Técnica Tributaria, el curso “*Derecho Tributario Internacional*” a cargo de los **Dres. Sebastian Arcia y Juan Ignacio Fraschini** y el “*Taller sobre Precios de Transferencia*” a cargo del **Cr. Alejandro Horjales**. Asimismo se destaca la participación de docentes de este máster: el Cr. Sergio Franco y la Cra. M^a José Santos, en las Jornadas Tributarias organizadas por la DGI sobre la actualización reglamentaria en el régimen de Precios de Transferencia, entre otros temas.
- El 27 de agosto del 2009 la DGI invitó a dos docentes del Máster en Derecho y Técnica Tributaria a participar en el seminario sobre “*Instrumentos Financieros Derivados*” para lo cual se designaron a los **Cres. Gustavo Melgendler y Gabriel González**.
- Durante el 2009 se destacan las siguientes conferencias: “*La Unión Europea y la Reforma Institucional planteada en el Tratado de Lisboa*” a cargo del **Profesor Jean Monnet** y Director del Centro de Excelencia de la Unión Europea el **Dr. Joaquín Roy**; “*Presente y Futuro de la Abogacía en el Uruguay y el Mundo*”, a cargo del **Dr. Daniel Ferrere** y “*El Crimen Organizado y los Juzgados Especializados*”, a cargo de la **Magistrada Dra. Graciela Gatti**.
- Se incorporó a los Programas Máster el curso reeditado y actualizado sobre la **Metodología de la Investigación para Tesis** bajo la dirección del Magíster José M^a Burone
- Se desarrolló a cargo de los **Dres. Ady Beitler** (LL.M., Harvard Law School) y **Bernardo Amorín** (BSc - Economics, London School of Economics) el curso “*Análisis Económico del Derecho*”.
- En el 2009 se publicaron las ponencias llevadas a cabo en el curso de **Postgrado en Derecho Penal Económico**, edición 2008, con la dirección académica del Dr. Miguel Langón Cuñarro. Durante el segundo semestre del corriente año lectivo se impartirá nuevamente dicho Postgrado, encontrándose en trámite el diseño de un Postgrado de Especialización en Derecho Penal Económico de un año de duración, para el año próximo.
- Se incorporaron al **Postgrado sobre Derecho Penal Económico** la Dra. Alina Celi, docente investigadora de la Universidad de Florianópolis y el Dr. Eduardo Tellechea, Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional del Uruguay dictando los temas “*Protección Penal del Medio Ambiente*” y “*Cooperación Internacional en el Derecho Penal*” respectivamente.

- El Departamento de Postgrados de la Facultad de Derecho gestiona **becas para los Programas Máster en Derecho con el BID y la OEA**.
- Fue presentado el [Proyecto de Investigación](#) “El Marco Jurídico de la Innovación Tecnológica en el MERCOSUR”, a cargo de la Prof. Alina Celi, el cual contará con la financiación de la ANII.
- La [Profesora Adriana Dreyzin](#) (Universidad Nacional de Córdoba) dictará del 9 al 12 de Agosto el Curso de Arbitraje en el MERCOSUR con la inclusión de casos y opiniones consultivas de las Cortes Supremas que interesan al operador jurídico (Abogados, Jueces, Fiscales).
- La Profesora Dreyzin dictará, asimismo, un Seminario sobre **Contratos Internacionales** donde habrán de ser considerados – con un criterio esencialmente práctico – temas como *La oferta y la aceptación contractuales*, *Las condiciones generales de la contratación internacional a través del estudio de los modelos de control*, y *La regulación internacional de medios de pago y garantías*. También serán estudiados los *Principios de Procedimiento Civil Transnacional* que conforman un catálogo de principios y reglas encaminadas a solventar las diferencias entre países, en litigios transnacionales.
- Durante el mes de Junio el Profesor Diego Fernández Arroyo (Universidad Complutense de Madrid) dictará un Seminario sobre **Derecho Comercial Transnacional**, como parte de un programa en coordinación con Profesores de las Universidades de Oxford y Heidelberg, del que participan Universidades de Francia, Italia, Hungría, Holanda, Estados Unidos y Japón, siendo esta la primera vez que se dicta en Latinoamérica.

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS:

- En 11 de diciembre, el **Dr. Nelson Larrañaga**, integrante de Ferrere Abogados, presentó su último libro: “*El Derecho de la Seguridad Social Uruguay*”. Además de la exposición del autor del libro, el evento contó con la participación del rector de la Universidad de Montevideo, Dr. Santiago Pérez del Castillo, y la del presidente del Directorio del BPS, Ernesto Murro.
- Durante los días 24 y 26 de noviembre, se realizó un **Curso Interdisciplinario sobre el Nuevo Proceso Laboral (Ley 18.572)** a cargo de las Cátedras de Derecho Procesal y Derecho Laboral de la Universidad de Montevideo. Se contó con los siguientes panelistas: Dr. Santiago Pereira Campos, Dra. Margarita De Hegedus, Dr. Luis María Simón, Dra. Cristina Mangarelli, Dr. Leonardo Slinger, Dr. Pedro Gari y Dr. Daniel Rivas. La presentación fue realizada por el Rector de la Universidad, Dr. Santiago Pérez del Castillo.
- El miércoles 16 de diciembre se realizó la presentación oficial de “*Mitos y realidades en torno a la historia de los Derechos Humanos*”, la obra póstuma del Dr. Gastón Barreiro, de la que también es autor Pablo Sandonato. Los expositores a cargo fueron el Dr. José María Gamio, que realizó una semblanza del fallecido Dr. Barreiro; la Dra. Bárbara Díaz, quien hizo la presentación y el análisis del libro; el Dr. Sandonato, uno de los autores de la obra; y el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Nicolás Etcheverry.
- Del 13 al 15 de octubre se desarrolló la tercera edición de las **jornadas REMEP**, organizada por el *Departamento de Latinoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional*. El Proyecto Retaliación-Mediación-Punición (**REMEP**) Latinoamérica tiene como objetivo analizar de un modo inductivo los distintos modos de resolución y prevención de los conflictos violentos. Se trata de un grupo multidisciplinario formado por 20 profesores universitarios provenientes de distintas ramas de las ciencias sociales que abordan el tema.
- El miércoles 20 de agosto se realizó la presentación oficial de la **Uruguayan Student Society of International Law (USSIL)** en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. USSIL es una asociación sin fines de lucro dedicada a fomentar, estudiar y promover el estudio del Derecho Internacional en el medio local y regional. Constituida en el año 2009, está abierta a alumnos, ex alumnos, profesores, académicos y toda persona que tenga interés por el Derecho Internacional, tanto Público como Privado.
- Como corolario de las actividades desarrolladas en mayo de 2009 en la Universidad de Florida -en las que participaron en representación de nuestra Facultad, el Decano Dr. Nicolás Etcheverry y el Catedrático de Derecho Penal, Dr. Miguel Langón- se llevarán a cabo, en coordinación con las demás Facultades de Derecho de las **Universidades del País, la Universidad de Florida y la Embajada de los EEUU**, dos jornadas durante los días 17 y 18 de mayo. Las mismas se centrarán en los siguientes temas: (i) mediación de conflictos en materia comercial, (ii) integración económica regional actual, (iii) resolución de conflictos en el marco del MERCOSUR, NAFTA Y WTO, (iv) Derecho y Ética en la Economía Global – los efectos de la Justicia, entre otros.



TESINAS DE MASTERS

BULSON, ELIZABETH

"Estándar mínimo común del estatuto de Sociedad Anónima en el Mercosur"

“ESTÁNDAR MÍNIMO COMÚN DEL ESTATUTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL MERCOSUR”

ELIZABETH BULSON

CAPITULO I

INTRODUCCION

a. Importancia del estudio.

La armonización¹ de la legislación societaria sobre la constitución de la sociedad anónima en el MERCOSUR con un estándar mínimo de requerimientos, busca una forma práctica de circulación² de estas personas jurídicas, y el conocimiento previo del contenido mínimo. Pretende pautar con anticipación y uniformemente los elementos que deben cumplirse para constituir en cualesquiera de los países que se encuentran totalmente integrados al MERCOSUR, -es decir en la República Oriental del Uruguay, en la República Federativa de Brasil, en la República Argentina o en la República del Paraguay-, la persona jurídica denominada sociedad anónima, que ha sido la forma jurídica típicamente adoptada por la gran mayoría de las empresas³ y que tiene un régimen de responsabilidad prácticamente unívoco.

b. El problema

¿Cómo puede una Sociedad Anónima circular dinámicamente en forma ultrafronteriza en los Estados miembros del MERCOSUR?

La respuesta a mi criterio es, que el Estatuto o contrato social de la Sociedad Anónima, - constituida en cualquiera de los Estados miembros del MERCOSUR- debe ser hecho de acuerdo con un ESTANDAR MÍNIMO COMUN (en adelante EMC) de elementos necesarios para nacer a la vida jurídica como tal, dentro del MERCOSUR.

El conocimiento previo del estándar mínimo común requerido para la constitución de una sociedad anónima con ese alcance, da la certeza que una vez constituida de acuerdo con los parámetros del EMC, va a poder circular y desplegar sus actividades dentro del MERCOSUR, porque sus Estados miembros ya han aceptado a través de la armonización de su legislación interna una sociedad anónima con tales características.

c. Los objetivos generales y específicos.

El **objetivo general** consiste en buscar una forma de circulación ágil de esta clase de persona jurídicas dentro del MERCOSUR, de manera práctica, segura y lo menos onerosa posible, como así sucede con las personas físicas que circulan dentro del MERCOSUR, con su documento de identidad obtenido en el país de origen.

1 Se comparte la definición de Aguinis, Ana María M. de: en “Empresas e inversiones en el MERCOSUR”, para quien la armonización “implica ciertos cambios de esas normas o sistemas -las de los países parte de un Mercado Común- para crear, entre ellos, las similitudes necesarias a fin de obtener el resultado prefijado”, cfr. el trabajo doctrinario de Olivera Noemí L. “Actividad mercantil de las PYMES en el MERCOSUR”, publicado en Lexis Nexis On line N° 21/0046 año 2004.

2 Por circulación debe entenderse a los efectos de este trabajo, no solo el traslado de un lugar a otro, sino el funcionamiento y desarrollo de las actividades sociales en cualquiera de los Países Miembros.

3 Siguiendo a Otaegui, “empresa refiere a una organización de capital y trabajo para la producción o tráfico de bienes o la prestación de servicios, organización en la que el empresario provee el capital, tiene la dirección y asume el riesgo económico de la explotación”. Otaegui, Julio César: “Concentración societaria”, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs.As. 1984 p.26.

El objetivo específico es realizar el estudio de las legislaciones vigentes que rigen en los países integrados totalmente al MERCOSUR, y que hoy son el marco legal para la constitución de un Estatuto o contrato social de una sociedad anónima por acto único, para poder así, sobre esa base proyectar la armonización, plantear un estándar mínimo común de elementos requeridos para constituir el contrato social o Estatuto de la Sociedad Anónima,⁴ y buscar además los mecanismos de comunicación entre dichos Estados, que posibiliten o hagan viable el conocimiento de la información necesaria para su aplicación, es decir saber si se ha cumplido con el EMC.

Una sociedad anónima de tales características, se encuentra entonces habilitada para actuar en el MERCOSUR. A raíz de ello, surge como elemento de seguridad jurídica en la contratación, la necesidad de constatar su vigencia, tomar conocimiento real de su existencia, y saber certeramente si mantiene las características constitutivas sin modificaciones del EMC, requisito indispensable para su circulación en forma simple y dinámica dentro de los Estados miembros .

La empresa que haya optado por esa forma jurídica así conformada, logrará agilidad frente a los operadores jurídicos y económicos del país al que vaya a desarrollar su actividad, aunque sea un país diferente al de origen.

Los operadores jurídicos, ayudados por los adelantos tecnológicos, que hoy día en esta época de globalización, proporcionan las herramientas y medios para obtener la información actualizada para el desarrollo ágil de las relaciones jurídicas, tendrán a través del sistema informático, la información necesaria requerida –registral– para lograr la aplicación de lo que propongo y desarrollaré en esta tesis.

d. Hipótesis a probar.

La hipótesis a probar es la utilidad de tener un EMC de elementos constitutivos de la Sociedad Anónima, que lleven rápidamente al despliegue de esta forma jurídica, elegida mayormente para desarrollar emprendimientos comerciales internacionales entre los países del MERCOSUR; en un momento donde tanto la globalización económica y tecnológica, lleva a las empresas cada vez más, a requerir soluciones jurídicas que proporcionen un mayor rendimiento en el menor tiempo posible, como forma de acompañar los cambios actuales.

e. Las limitaciones

La limitación fundamental, en la revisión y armonización del marco legal societario de los diferentes países, es el orden público internacional⁵ de los mismos, que no debe contrariarse en ninguno de los Estados Miembros del MERCOSUR.

f. Las delimitaciones

El objeto de aplicación del EMC, es exclusivamente el tipo social denominado sociedad anónima constituido por acto único, y el ámbito de aplicación o límite territorial se ciñe a los Estados Miembros o sea a los países integrados totalmente al MERCOSUR, que son los ya referidos: República Oriental del Uruguay, República Federativa de Brasil, República Argentina y República del Paraguay.

4 No se plantea como objetivo del tema darle el trato nacional a una sociedad extranjera, puesto que el objetivo es desarrollar un Estatuto o contrato social distinto, que requiere una resolución a nivel del Mercosur, por eso es necesaria la adaptación del derecho interno en cada uno de los países miembros, para permitir regular así este estándar mínimo común del Estatuto o contrato social hecho para circular dentro del MC, debiendo ser impulsado por políticas de gobierno integracionales que lleven a cabo las modificaciones legislativas que correspondan para su admisión. No se analiza el trato nacional porque en el esquema a desarrollar no hay sociedad extranjera es una sociedad del MERCOSUR.

5 “Este está constituido por el conjunto de normas y principios en que cada Estado asienta su individualidad y, que varía con la idiosincrasia particular de cada pueblo, su historia y sus ideas filosóficas y religiosas”. Cf. Alfonsín , “Curso de DIP”. T1 pág.1.

g. Antecedentes.

Se encuentra vigente un acuerdo binacional que refiere a la persona jurídica sociedad anónima, y que pauta los elementos que se deben cumplir para desarrollar una empresa de carácter binacional argentino-brasileña.

Esta Sociedad o contrato asociativo de capitales mayoritarios argentinos y brasileños, se aprobó de acuerdo al Estatuto por ley N° 23935/91 en Argentina y, decreto legislativo N° 26/72 en Brasil. Rige desde junio de 1992, fecha en que dichos países intercambiaron instrumentos de ratificación parlamentaria.

Cabe agregar que en la UNION EUROPEA, -organismo que procura la integración de los Estados y que antecede al MERCOSUR- se visualiza como una desventaja la ausencia de un Estatuto jurídico de sociedad anónima, de asociación, de cooperativa mutua, europeas, que es fruto de la laguna del marco jurídico, y al cual se le atribuye restringir en gran medida las posibilidades efectivas de cooperación transfronteriza entre empresas europeas.⁶

h. Metodología.

Entiendo que a efectos del lograr los objetivos planteados en este trabajo, es necesario como metodología, el estudio de antecedentes, lograr el conocimiento de las diferentes legislaciones en la materia, a efectos de poder estructurar un régimen comparativo entre ellas, y acceder a la bibliografía que sea menester para estructurar el objeto de esta tesis.

La primera parte del estudio realizará una tarea específicamente descriptiva a través del análisis documental. Se intentará establecer en forma adecuada la situación actual de los países analizados, los caminos seleccionados para la incorporación de esta propuesta, el soporte legal utilizado en el proceso y las dificultades e inconvenientes que enfrentará en la etapa de implementación.

Se realizará entonces el estudio comparativo de la normativa aplicable a la constitución del Estatuto o contrato social de los países miembros del MERCOSUR, buscando los estándares internacionales.

En la segunda parte de este trabajo se intentará proyectar el estándar mínimo común y la forma de aplicación.

Cumplido este objetivo se analizará la factibilidad de la incorporación de estas modificaciones a la normativa nacional.

i. Ventajas e Inconvenientes del proyecto.

Dentro de las ventajas se puede enunciar las siguientes:

-Avance en el desarrollo integracional de los Países Partes del MERCOSUR, a través de un proyecto que plantea la armonización normativa para regular temas concretos.

-Lograr un proceso dinámico para desempeñar las funciones comprendidas dentro del objeto social del ente titular de una empresa, de manera de incrementar las actividades económicas dentro del MERCOSUR.

-Celeridad en el trámite para operar, plasmando en menor tiempo los requerimientos de los agentes económicos.

-Abaratamiento en los costos de la gestión, que implica el reconocimiento automático de la personería jurídica de una sociedad para funcionar dentro del MERCOSUR.

-Se eliminan etapas, que de lo contrario parecerían como dobles, por ya haberse realizado en el país de origen, como la aprobación administrativa de la sociedad anónima, puesto que la misma ha sido constituida para operar dentro del MERCOSUR de acuerdo con un estándar mínimo común. Cuando el ente realice actos u otorgue contratos en ejercicio de su objeto social, se evita un nuevo contralor administrativo y una nueva inscripción del Estatuto, puesto que el principio es que una vez inscripto un Estatuto de acuerdo con el EMC, solo se registrarán las declaraciones y modificaciones al mismo, así como su disolución y liquidación. Se evita realizar también nuevas publicaciones.

-No será necesaria la legalización del certificado de vigencia de la sociedad expedido en el país de origen.

⁶ Los intentos en lograr un Estatuto de Sociedad Anónima para la Unión Europea hasta la fecha no han prosperado, por lo cual no constituyen directamente un antecedente de mi trabajo.

-Se logra a través de la estructura de información ideada, aumentar la seguridad jurídica, con la obtención de la información registral inmediata, que acredita la vigencia de la sociedad anónima para el MC en el país receptor, de forma actualizada a la fecha de actuación, evitando así los riesgos que genera trabajar con información desactualizada.

-Se plantea un EMC a través de un espectro amplio de situaciones, que procura hacer posible la adaptación de sociedades ya constituidas, dejando atrás criterios restrictivos.

Los inconvenientes dependerán de las apreciaciones que se hagan por los Países Miembros a los cambios planteados en el proyecto.

Es de conocimiento general que todo cambio en la legislación necesita de voluntad política para lograrlo, aquí además se necesita voluntad política integracional, abierta a cambios en las estructuras normativas de la región del MC, aunque mínimos pero a mi entender convenientes. Dependerá del país que lo recoja, que los cambios propuestos sean mínimos o grandes. Por ejemplo para ser adaptados a la normativa de la LSC de ROU, éstos cambios son mínimos y, parecen más bien soluciones de naturaleza práctica que legales. Sin embargo para otro país como Brasil, que aplica a las sociedades extranjeras criterios restrictivos y de gran contralor, pueden emerger como grandes cambios en materia de regulación de las referidas sociedades. Tal apreciación podría convertirse en inconveniente sino se antepone a la misma, el espíritu integrador que procura el MERCOSUR, que requiere como base una política de apertura integracional activa, abierta a cambios de cualquier tamaño, para llegar a los fines propuestos.

j. Definición de los términos usados en el tema a desarrollar.

ESTÁNDAR MÍNIMO COMUN (EMC): lo defino como los elementos mínimos comunes requeridos, y que deben cumplirse en la constitución por acto único del Estatuto o contrato social de la persona jurídica Sociedad Anónima, para su reconocimiento como tal, y su libre circulación dentro de los Estados Miembros, que se hayan totalmente integrados al Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

ESTATUTO lo asimilo de acuerdo con el art. 250 de la ley 16.060 de la ROU, al contrato social de constitución de las sociedades anónimas.

SOCIEDAD ANONIMA: tipo social que se caracteriza por tener el capital dividido en acciones, las que podrán representarse en títulos negociables, y en la cual la responsabilidad de los accionistas se limita a la integración de las acciones que se suscriban.

MERCADO COMUN DEL SUR: MERCOSUR ⁷ Los datos e ilustración de esta forma de integración regional han sido tomados de Wikipedia,⁸ y se transcriben en forma textual a continuación:

El **Mercado Común del Sur** o **Mercosur** (en portugués *Mercado Comum do Sul, Mercosul*) es un **bloque comercial** cuyos propósitos son promover el libre intercambio y movimiento de bienes, personas y capital entre los países que lo integran, y avanzar a una mayor integración política y cultural entre sus países miembros y asociados.

Sus estados miembros son *Argentina, Brasil, Paraguay, y Uruguay*. *Venezuela* firmó su adhesión el 17 de junio de 2006. Su estatus dentro del bloque no es claro: no ejerce los derechos propios de un estado miembro pleno pero está claro que es más que un mero estado asociado. *Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú* tienen estatus de estado asociado.

Los países miembros consideran que su fecha de creación fue el 30 de noviembre de 1985, fecha de la Declaración de Foz de Iguazú que puso en marcha el proceso. Sin embargo, el nombre le fue asignado el 26 de marzo de 1991 por el Tratado de Asunción, en tanto que su existencia como persona jurídica de Derecho Internacional fue decidida en el Protocolo de Ouro Preto, firmado el 16 de diciembre de 1994, pero que recién entró en vigencia el 15 de diciembre de 1995.

⁷ Cuando se realice en el presente trabajo una referencia a los Estados que integran el MERCOSUR, será exclusivamente a los países que lo integran como Estados miembros plenos, no asociados y ellos son: URUGUAY, ARGENTINA, BRASIL Y PARAGUAY.

⁸ Pág.web: "wikipedia.encyclopedia libre"

Mercado Común del Sur

	
Nombre oficial:	Mercado Común del Sur (español) Mercado Comum do Sul (portugués)
	
<p>  Países miembros  Países asociados  Países observadores </p>	
Idiomas oficiales	castellano y portugués ¹
Estados miembros	Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Estados en proceso de ser miembros, pero que aun son asociados	Bolivia, ² Venezuela ³
Estados asociados	Chile, Colombia, Ecuador y Perú
Estados observadores	México
Presidencia Pro Témpore	Cristina Fernández de Kirchner (Argentina)
Presidente de la CRPM	Carlos <i>Chacho</i> Álvarez
Sede Permanente	Montevideo, República Oriental del Uruguay
Superficie • Total	Puesto 2 ^o ca. 13.000.000 km ²
Población • Total (2007)	Puesto 4 ^o 263,4 millones
PIB a PPA • Total (2007)	Puesto 5 ^o U\$S 2.770.723 mill.
• Per cápita (2007)	U\$S 10.535
Formación Tratado de Asunción	<i>Firmado:</i> • 26 de marzo de 1991

CAPITULO II

I) ANTECEDENTES RELATIVOS AL TEMA PLANTEADO.

Dentro de los organismos de integración regional, tanto en la UNION EUROPEA⁹ como en el MERCOSUR, existe consenso dentro de los operadores jurídicos, como son los notarios o escribanos, -creadores o al menos parte interviniente en algunos de los momentos de la constitución del contrato social o Estatuto de la Sociedad Anónima-, en la necesidad de armonizar las legislaciones existentes a efectos de lograr la circulación de documentos entre los Estados miembros, ya sea de la Comunidad Económica Europea o del MERCOSUR. Considero importante exponer los argumentos que los llevaron e reflejar dicha voluntad.

“En el marco de los tratados de integración, que procuran facilitar la circulación de bienes y servicios, se ha discutido si el servicio que brinda el escribano público o notario puede trasladarse fuera del territorio donde está radicado a fin de facilitar la circulación y permitir la libre radicación. La respuesta, tanto del notariado americano como del continente europeo, ha sido negativa, por considerar que la función notarial debe ejercerse en un Estado en el cual se tiene la competencia territorial. Por el contrario, la respuesta positiva es para el documento notarial, resultado de la labor profesional.”¹⁰

Antecedentes jurídicos, jurisprudenciales e institucionales entre los que se encuentran el art. 55 del Tratado de Roma (Unión Europea), la Sentencia del Tribunal de Justicia de Estrasburgo de 21 de julio de 1974 (Sentencia Reyners), el Acuerdo de la Conferencia Permanente de los Notarios de la Comunidad Europea del 23 de marzo de 1990 (Declaración de Madrid), la Resolución del Parlamento Europeo del 18 de enero de 1994 (Situación y organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad Europea), y la Declaración de los Notarios del MERCOSUR (Buenos Aires, 20 de marzo de 1998), han hecho arribar a esa conclusión.

El punto de partida para la integración económica regional es la supresión de los derechos aduaneros y las trabas arancelarias con miras a lograr la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los Estados miembros.

En el ámbito de la Unión Europea el Tratado de Roma, en su título III, se refiere a la libre circulación de las personas, de los servicios y de los capitales y, dentro de él, en su capítulo II, a el derecho de establecimiento. El artículo 55 del Tratado establece alguna excepción a las disposiciones de este capítulo II, al preceptuar: “Están excluidas de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, en lo que respecta al Estado miembro interesado, las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”. La profesión del notario o escribano público tiene esta característica por tanto es alcanzada por dicha excepción y así lo manifiesta el **Acuerdo de la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea, del 23 de marzo de 1990 (Declaración de Madrid)**. El art. 55 del Tratado de Roma, sería aplicable a los notarios, quienes participan del ejercicio de la autoridad pública. Para la Unión Europea la profesión notarial está fuera del campo de aplicación de la directiva sobre el reconocimiento de diplomas, ya que si no hay libre circulación de la persona del notario, no se le puede aplicar una directiva que presupone tal libertad. Además, para el notario, el título académico no es suficiente, sino que se le exigen otros requisitos, entre ellos, la investidura habilitante. Se concluye entonces que **la libre circulación debe apuntar, en el caso del notario, a la circulación del documento notarial**.

Posteriormente la **Resolución del Parlamento Europeo del 18 de enero de 1994** también comparte esta posición y entonces pide a la Comisión y a los Estados Miembros que utilicen los instrumentos jurídicos del Tratado de la COMUNIDAD EUROPEA para garantizar el reconocimiento mutuo sin formalidades de los documentos notariales, en el marco de la subsidiariedad.

Dentro del marco integracional del MERCOSUR (MC), el **Tratado para la constitución de un Mercado Común, suscrito el 26 de marzo de 1991** en Asunción del Paraguay, contempla entre sus propósitos, en su

9 UNION EUROPEA.(UE) En 1957 se firma entre 6 Estados -Francia, Italia, República Federal De Alemania, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo- el Tratado de Roma que crea la COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA, ampliada actualmente a 27 naciones con la incorporación de Gran Bretaña, España, Portugal, Grecia, Dinamarca, Irlanda, Austria, Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, Rumania y Suecia.

10 Así lo expresan Acquarone, Morel y Siri González en su trabajo “La función notarial y la libre circulación de los servicios profesionales en los tratados de integración”

Capítulo I Artículo 1º: *“La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países [...] La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: [...] servicios [...] a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes; el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.*

Posteriormente el **Protocolo de Montevideo sobre Comercio de servicios del MERCOSUR del 13 de diciembre de 1997**, que tuvo en cuenta el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC, a su vez establece en el artículo II que *“el término ‘servicio’ comprende todo servicio de cualquier sector excepto los servicios prestados en ejercicio de facultades gubernamentales”.* Se destaca pues respecto del MERCOSUR, la aplicación de igual excepción a la libre circulación de los servicios cuando se trata del ejercicio de una facultad emanada de la potestad del Estado, como lo es la fe pública notarial.

La **Declaración sobre el ejercicio del notariado dentro del MERCOSUR**, efectuada por los representantes de los notarios de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, reunidos en la ciudad de Buenos Aires, el 20 de marzo de 1998, manifestaron que el ejercicio de la función notarial, por las características propias que reviste dentro del ámbito del notariado latino, puede ser incluido dentro de las excepciones a las libertades de libre prestación de servicios y libre establecimiento, presupuesto básico del Mercado Común del Sur.

La función pública que desempeñan los escribanos debe ejercerse en un ámbito territorialmente delimitado, dentro del Estado que lo designó, por lo que se vuelve inviable la circulación de los notarios.

Asimismo se estima que el desarrollo de los objetivos propuestos para la integración de los países miembros del MERCOSUR, requiere el estudio de regulaciones que posibiliten la libre circulación de los documentos de origen notarial.

Por último, los representantes de los notarios, con motivo de las negociaciones que se realizan en materia de prestación de servicios profesionales en el MERCOSUR, **“DECLARAN:**

Que las características del notariado latino vigente en los cuatro países, en cuanto implican delegación parcial de la soberanía del Estado, tornan inaplicables a la función notarial los principios de libre establecimiento y de libre circulación.

Que se debe facilitar la circulación de los documentos notariales y su fuerza ejecutiva, incorporando a las respectivas legislaciones las normas que así lo permitan.

Y RESUELVEN:

Dar a conocer el presente documento a las Delegaciones Oficiales de cada país ante el Mercado Común del Sur”.

II) ANTECEDENTES DOCUMENTALES.

Como antecedente documental de acuerdos entre países que buscan integrar el desarrollo de la actividad empresarial, encontramos en Derecho Internacional Privado el Estatuto suscrito entre Argentina y Brasil para regular las Empresas Binacionales constituidas por ambos países.

La ley 23935 del 18 de abril de 1991 aprobó en Argentina y, el decreto legislativo 26/92 aprobó en Brasil, el Estatuto de Empresas Binacionales Argentino – Brasileñas (en adelante E.B.A.B.), celebrado entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, en la Ciudad de Buenos Aires el 6 de julio de 1991.

Este acuerdo refiere al Estatuto de las Empresas Binacionales Argentino - Brasileñas, y como se extrae del trabajo doctrinario argentino de Hugo LLobera ¹¹ el art. I las define a través de características, como aquellas que reúnen simultáneamente determinados requisitos, referentes a la composición del capital social, a las mayorías de votos, a los órganos de administración y fiscalización. El art. II establece que el objeto de estas empresas podrá ser cualquier actividad económica permitida por la legislación del país de su “sede”, salvo las limitaciones establecidas por disposiciones constitucionales. El art. III.1 indica que tendrán una de las formas jurídicas admitidas por la legislación del país elegido para la “sede social”. El art. III.3 prevé que puedan establecer sucursales, filiales o subsidiarias en el país (Argentina o Brasil) en el cual no tengan su sede. El art. IV determina los requisitos que deben cumplir los aportes de capital. El art. VIII exige que el acuerdo que se presente ante la autoridad de aplicación del país de la sede, deberá indicar, entre otras cosas, la estructura del capital social, nombre, nacionalidad y domicilio de los socios; también exige a los mismos efectos de obtener el certificado provisorio de constitución, la presentación ante dicha autoridad de una copia del proyecto de Estatuto social o del contrato social. El mismo artículo requiere a los fines de que se extienda el certificado definitivo de constitución de la Empresa Binacional, una declaración jurada de los directores o

11 LLOBERA Hugo, “Nacionalidad o binacionalidad de la forma jurídica de la empresa binacional argentino-brasileña”, Fuente 1997, Lexis Nexis on line N° 0021/000058 o 0021/000059 año 2007.

socios gerentes respecto del capital social. Por los términos usados resulta claro que la forma jurídica que el Estatuto prevé es la de una sociedad.

El Estatuto requiere que en forma simultánea se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Por lo menos el 80 % del capital social y de los votos deben pertenecer a inversores nacionales de la República Argentina o de la República Federativa del Brasil.
- b) Esos inversores deben tener el control real y efectivo de la empresa.
- c) La participación de inversores de cada uno de los dos países debe ser de por lo menos el 30 % del capital.
- d) El conjunto de los inversores nacionales de cada uno de los dos países deben tener derecho a elegir, como mínimo, un miembro del órgano de administración y del órgano de fiscalización interna de la empresa.

Dentro de los requisitos formales exigidos están los siguientes:

- constituirse y tener su sede en alguno de los dos Estados contratantes, sin perjuicio de que puedan abrir sucursales o constituir filiales en el otro Estado.
- adoptar una de las formas jurídicas admitidas por la legislación de los Estados contratantes.
- adicionar a la razón social o a su denominación las palabras "Empresa Binacional Argentino - Brasileña" o las iniciales "E.B.A.B." o "E.B.B.A."
- i la forma jurídica fuese la de sociedad anónima, las acciones deberán ser nominativas no trasferibles por endoso, como una forma de mantener la transparencia en el cumplimiento del requisito de propiedad conjunta y las proporciones establecidas para ello, ya que además es determinante el carácter de inversor nacional de Argentina o de Brasil de quienes tienen el efectivo y real control de la empresa.

Como expresa el antes nombrado doctrino en su trabajo ya citado, la Empresa Binacional Argentina - Brasileña (E.B.A.B.) va a recibir la forma jurídica de una sociedad argentina o brasileña, en cuanto a su constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. Cualquier sociedad que se constituya en esos Estados y tenga su sede en ellos, y que además reúna los demás requisitos del Estatuto podrá ser considerada E.B.A.B., debiendo para ello observar ciertas etapas adicionales en su formación, indicadas en el art. VIII del mismo Estatuto.

Para la determinación de la ley aplicable a las distintas relaciones que son consecuencia de su actuación, el Estatuto remite a la ley del lugar elegido para la sede, naturalmente dentro de su ámbito de validez territorial y, a su vez, las legislaciones de ambos Estados remiten a la ley del lugar de constitución.

La legislación argentina como la brasileña establecen como ley aplicable la ley del lugar de constitución (en Argentina por el art. 118 de la L.S.C., 19550, y en Brasil por el arts. 171-I, Constitución del Brasil).

También dentro de la doctrina argentina Raúl Etcheverry¹² analiza el referido estatuto y, evalúa las ventajas de su aplicación, realizando las siguientes consideraciones:..." en julio de 1986 se suscribió entre la Argentina y el Brasil, entre muchos documentos, el Protocolo 5, referido a empresas binacionales a crearse entre los dos países. Éste fue el primer paso, porque el Protocolo sólo dejaba entrever ideas de gran vaguedad sobre las empresas binacionales argentino-brasileñas, pero que atesoraban el propósito común de dotar a los empresarios privados de un poderoso medio económico de integración... Del Protocolo 5 se podían extraer algunas ideas para interpretar la creación futura del instrumento de organización empresarial llamado empresa binacional... Los emprendimientos binacionales no pudieron desarrollarse por vía típica en Europa, salvo la admisión del grupo de interés económico en la CEE, que como hemos consignado más arriba, sólo posibilita una asociación transitoria... En América del Sur, el Brasil y la Argentina proponen el reconocimiento de emprendimientos binacionales privados, como una herramienta más en el camino a la integración... El estatuto no obra a modo de las directivas europeas, ya que no ordena la modificación de ninguna norma interna de organización de las empresas. Apunta a directrices que conciernen expresamente al derecho económico, que condiciona con fuerza normativa singular la actuación de las organizaciones económicas en el mercado... Al comienzo, se pensó solamente en las sociedades anónimas, a lo que correspondió una observación nuestra, ya que no se veía obstáculo para que una empresa binacional pudiese ser cualquier estructura legal de los países firmantes, incluyendo las de conformación transitoria. Si prestamos atención a la voluntad con que los Estados parte suscribieron el acuerdo, podemos entender que la referencia a "formas jurídicas" de la empresa de cada país alude a la amplia gama de estructuras que permiten la articulación de una empresa económica. De ahí que afirmemos que, sin duda, el criterio es amplio y comprensivo de todas las organizaciones empresariales legalmente aceptadas. Nos parece que el solo hecho de cambiar su mercado nacional por otro regional de

12 ETCHEVERRY, Raúl A.: "Empresa binacional argentino-brasileña. Un nuevo instrumento de integración" Lexis Nexos on line N° 0021/000342 - año 2006.

grandes dimensiones bastaría para hacer apetecible esta herramienta jurídica. No obstante, son amplias las facilidades que se prometen en cuanto a movimiento de capital, aportes, disposición de las ganancias y doble imposición... Además, los bienes y servicios producidos por las empresas binacionales tendrán tratamiento prioritario equiparado a los de las empresas de capital nacional. La transferencia de utilidades y repatriación de participaciones es libre una vez pagados los impuestos... La mayor preocupación de quienes asesoramos empresas se da en el marcado interés por evitar litigios o inconvenientes a los creadores de negocios. De ahí que si el estatuto no ofrece, además de un camino, cierta seguridad jurídica, no servirá y caerá en desuso... De este modo, los empresarios contarán con un mercado ampliado en el cual aplicar la economía de escala; los trabajadores, con más posibilidades y fuentes de trabajo, al igual que técnicos y profesionales... Mayores capitales serán destinados a los negocios, en una cooperación comercial, industrial y técnica real. De cada país, los empresarios podrán aprovechar sus ventajas (vgr., la experiencia y penetración del Brasil en trading internacional). Sumando diferencias positivas, se ampliarán las fuentes de suministros y se perfeccionará la competencia desmonopolizándose vastas áreas de negocios. Frente a terceros países, se competiría en mejores condiciones, porque se aprovecharán los recursos naturales, condiciones geográficas, infraestructura, clima y demás elementos humanos o naturales de cada uno de los socios del mercado común."

La Dra. Ana María Meirovich de Aguinis¹³ en su obra doctrinaria expresa que comparte lo expresado por el Dr. Raúl Etcheverry y agrega que "para la aprobación de este Estatuto Binacional, no se crea una autoridad administrativa supranacional, sino que se implementa la creación de un Comité Binacional Permanente de Implementación y Seguimiento, que tendrá a su cargo impulsar y supervisar la implementación de medidas que garanticen el pleno acceso de las empresas binacionales a los beneficios otorgados por el estatuto. Asimismo actuará como órgano de consulta y de interpretación del contenido y alcance de sus disposiciones."

Y la jurista brasileña Ligia Maura Costa refiriéndose a dicho estatuto binacional, considera que "sigue siendo una buena alternativa para usufructuar de las ventajas consagradas para las empresas brasileñas y argentinas establecidas como empresas binacionales, puesto que la duración del Estatuto es indeterminado."¹⁴

CAPITULO III

A) ENFOQUE JURIDICO DEL ESTANDAR MINIMO COMUN (EMC).

El enfoque jurídico planteado me lleva a considerar la armonización de las legislaciones internas, con miras a lograr la circulación de los documentos, específicamente del Estatuto o contrato social de la sociedad anónima, en este caso a través del desarrollo del EMC de elementos constitutivos para el MERCOSUR.

Las normas jurídicas resultantes serán compatibles con el derecho común de cada Estado. Las relaciones jurídicas que se creen en base a ellas, no violarán el orden público interno, -es decir la normativa jurídica elaborada en defensa del interés general-.

El planteo enfoca la incorporación al orden jurídico de cada Estado, del proyectado estándar mínimo común para la constitución del Estatuto de la Sociedad Anónima.

La armonización no se plantea por la ruta de creación de un orden jurídico comunitario supranacional. Esta vía sí podría funcionar para la UNION EUROPEA, ya que a diferencia del MERCOSUR, aquella cuenta con órganos no autoritarios, que tienen por función administrar y coordinar las normas resultantes de un ordenamiento jurídico supranacional, para que no entren en conflicto con los ordenamientos jurídicos propios de cada uno de los Estados Miembros. Los Estados que forman parte de ella, simplemente en una etapa de integración hoy superada, han delegado algunas competencias sin afectar sus soberanías. El MERCOSUR en cambio no tiene el grado de avance integracional que tiene la UNION EUROPEA, razón por la cual el camino elegido es otro. Este se asemeja a la política de las directivas, también usadas por la Unión Europea, que buscan la armonización legal entre sus Estados miembros, propiciando la incorporación jurídica al derecho

13 AGUINIS ANA MARIA M. de: "Empresas e inversiones en el Mercosur", Ed. Abeledo -Perrot. Bs.As. Argentina, año 1993.

14 COSTA, Ligia Maura: "A Coperacao entre empresas no Mercosul" (pág.21-38, "O Mercosul em movimento". Porto Alegre. Do Advogado, año 1995.

común de cada país, siempre y cuando no contraríe el orden público internacional, con el fin de configurar así la aproximación de las legislaciones.

B) MARCO JURIDICO DE LOS ESTADOS INTEGRANTES DEL MERCOSUR ANALIZADO PARA EL OBJETO DE ESTA TESIS:

ARGENTINA: Leyes 19550 del 3/4/1972 y 22903 del 9/9/1983.

BRASIL: Ley 6404 del año 1976, Código Civil ley 10.406 del año 2002.

PARAGUAY: Código Civil Ley 11183 del año 1985 y ley modificativa 388 del año 1994.

URUGUAY: Ley 16060 del año 1989 actualizada por leyes modificativas y concordantes, decreto reglamentario 335/90, ley 11073/48 modificada, ley 16170 de 1991, ley 17.243 del año 2000, ley 17.292 del año 2001, ley 17.904 del año 2004, leyes 18083, 18092 (modificada) y 18172 del año 2007.¹⁵

C) SINTESIS DE LOS REGIMENES SOCIETARIOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DEL MERCOSUR.¹⁶

III.C.1.BRASIL:

III.C.1.a. Características generales.

El Código Comercial de la República Federativa del Brasil data de 1850 y solo contempla cuatro tipos societarios, por lo que los restantes están regulados por leyes específicas como las sociedades por acciones, reguladas por la ley 6404 que reglamenta dos tipos societarios: las sociedades en comandita por acciones y la sociedad anónima. En el año 2002 se aprueba el nuevo Código civil que regula en forma genérica a las sociedades anónimas. En el artículo 1089 se remite a la regulación especial para este tipo social que es la contenida en la ley 6404 de 1976.

La personalidad jurídica de la sociedad se reconoce desde la inscripción, que es constitutiva, en el Registro de Comercio. El fin u objeto debe ser lícito, y todos los socios deben contribuir a la formación del capital ya sea con aportes de dinero o bienes de cualquier especie, trabajo o industria y deben realizarse en la forma y plazos establecidos en el contrato.

III.C.1.b. Forma y contenido:

Las sociedades comerciales pueden constituirse por escritura pública o instrumento privado; de acuerdo con el art. 302 del Código Comercial los requisitos son:

- 1) nombre, nacionalidad, y domicilio de los socios;
- 2) denominación social, el nombre por el que ha de ser conocida la sociedad,
- 3) los nombres de los socios que pueden usar la firma social. A falta de esta estipulación, se entiende que todos los socios pueden usar la firma social y girar en nombre de la sociedad;
- 4) designación específica del objeto, la cuota con que cada socio participa en el capital social, y la participación en las ganancias y en las pérdidas;

¹⁵ A los efectos del presente trabajo, se incluyen únicamente las normas vigentes a partir de la ley 16.060 que se consideran influyen en la confección de un estándar mínimo común de requisitos para el Estatuto o contrato social de una sociedad anónima para el MERCOSUR. Utilizando el mismo criterio para las normas que rigen y de forma específica para la constitución por acto único de las Sociedades Anónimas en los restantes países del MC considerados en esta tesis.

¹⁶ La fuente inspiradora del presente trabajo reestructurado y actualizado es UNION INTERAMERICANA DEL NOTARIADO LATINO (UINL), Comisión de Asuntos Americanos, Sección para el Estudio de la Integración (autores varios): "Régimen societario y Registro de Sociedades" Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino, Año 2000

5) la forma de nombrar los árbitros para juicios producidos por conflictos sociales.

6) No siendo la sociedad por tiempo indeterminado, la época en que ha de comenzar y acabar, y la forma de liquidación y participación.

Todas las demás cláusulas y condiciones necesarias para determinar los derechos y obligaciones de los socios entre sí, para con la sociedad y con los terceros.

Es nula toda cláusula o condición oculta, contraria a las cláusulas y condiciones contenidas en el documento.

III.C.1.c. Inscripción.

El contrato social debe inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio social, también las sucursales en el Registro del lugar donde se establecerán.

III.C.1.d. Capital social.

Deberá expresarse en moneda nacional.

III.C.1.e. Plazo.

Se debe establecer en el contrato social y puede ser con plazo determinado o indeterminado.

III.C.1.f. Publicación.

Publicación en el Diario Oficial.

III.C.1.g. Socios.

Se requiere capacidad para ejercer el comercio

III.C.1.h. Aportes.

Puede ser en dinero, bienes de cualquier especie, trabajo o industria.

III.C.1.i. Administración y representación.

Los administradores obligan en principio a la sociedad por los actos realizados en uso de la firma social, dentro del objeto social, para actuar fuera del objeto fijado en el contrato social se requiere consentimiento unánime de todos los socios. Salvo prohibición contractual, los administradores que deberán ser personas físicas, pueden delegar la administración y la representación en otra persona sin escuchar a los demás asociados.

III.C.2.ARGENTINA:

III.C.2.a. Características generales.

La sociedad constituye un sujeto de derecho con el alcance fijado por la ley. Debe adecuarse a algún tipo social cumpliendo con las solemnidades requeridas, los socios están obligados a realizar aportes, a participar en las pérdidas y ganancias. Se exige la pluralidad de socios, al inicio y durante toda la vigencia del contrato.

III.C.2.b. Forma y contenido.

Se constituyen y se modifican por instrumento público o privado, que debe inscribirse previa publicación, en el Registro Público de Comercio del domicilio social. Las sociedades por acciones deben constituirse por documento público.

El art.11 que se transcribe a continuación, establece los requisitos del instrumento constitutivo, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad, y son los siguientes:

“1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios;

2) La razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad.

Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta;

- 3) La designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado;
- 4) El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio;
- 5) El plazo de duración, que debe ser determinado;
- 6) La organización de la administración de su fiscalización y de las reuniones de socios;
- 7) Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes.
Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa;
- 8) Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros;
- 9) Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad.
Modificaciones no inscriptas: Ineficacia para la sociedad y los terceros.”

III.C.2.c. Inscripción.

Se considera constituida regularmente a partir de su inscripción en el Registro Público de Comercio del domicilio social. Las modificaciones del contrato social también requieren inscripción.

III.C.2.d. Capital social.

Moneda nacional.

III.C.2.e. Plazo.

Debe constituirse por un plazo determinado, y puede prorrogarse antes del vencimiento. No existe plazo legal máximo para su constitución.

III.C.2.f. Publicación.

Se requiere publicación en el Diario Oficial.

III.C.2.g. Socios.

Se requiere capacidad para ejercer el comercio.

III.C.2.h. Aportes.

Pueden consistir en obligaciones de dar o hacer, salvo para el tipo social en que exige obligaciones de dar. En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte deberá hacerse en bienes susceptibles de ejecución forzada.

III.C.2.i. Administración y representación.

El administrador o representante que de acuerdo con el contrato o la ley, representen a la sociedad, la obligan en todos los actos dentro del objeto social. Estará a cargo de personas físicas y no se puede delegar. Toda designación y remoción de administradores debe inscribirse en el Registro correspondiente. En caso de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, es necesaria la publicación de edictos.

III.C.3.PARAGUAY:

III.C.3.a. Características generales.

En Paraguay la materia societaria está regulada en el Código Unificado de Obligaciones Civiles y Comerciales, modificado por la ley 388 del año 1994. A la sociedad se le reconoce la personería jurídica desde

la inscripción en el Registro de las Personas Jurídicas y Asociaciones creado por el art.345 de la ley 879 de 1981. Se trata de inscripción constitutiva.

III.C.3.b. Forma y contenido.

Podrá constituirse en documento público o privado, salvo en casos específicos como lo es la constitución de la sociedad anónima que requiere escritura pública.

III.C.3.c. Inscripción.

Toda sociedad mercantil deberá inscribirse en el Registro de las Personas Jurídicas y Asociaciones.

El Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial verificará las condiciones exigidas por la ley para la constitución de las sociedades anónimas y ordenará la inscripción en el Registro correspondiente. Se inscribe el acto constitutivo, los Estatutos, la designación del primer directorio y del o de los primeros síndicos, en el Registro de las Personas Jurídicas y Asociaciones. La personalidad se adquiere con la inscripción en el Registro.

II.C.3.d. Capital Social.

Deberá ser en moneda nacional.

III.C.3.e. Plazo.

Debe constituirse por un plazo determinado.

III.C.3.f. Publicación.

Se requiere publicación en el Diario Oficial.

III.C.3.g. Socios.

Podrán ser socios quienes puedan ejercer el comercio.

III.C.3.h. Aportes.

Puede consistir en obligaciones de dar o hacer, salvo para aquellos casos en que se exijan obligaciones de dar.

III.C.3.i. Administración y representación.

El administrador o representante que de acuerdo con el contrato o la ley representen a la sociedad y tengan el uso de la firma social, la obligan en todos los actos dentro del objeto social. La administración estará a cargo de personas físicas. La amplitud de los poderes de los administradores se determina por el objeto social y alcanza a los negocios ordinarios.

III.C.4.URUGUAY:

III.C.4.a. Características generales:

En ROU se considera a la sociedad sujeto de derecho desde la celebración de contrato social (art.2) y debe de adoptar algunos de los tipos sociales establecidos so pena de considerarse una sociedad irregular o de hecho

III.C.4.b. Forma y contenido:

Puede constituirse por escritura pública o documento privado con firmas certificadas. El documento deberá contener los siguientes elementos:

- 1) Datos completos de los socios,
- 2) Tipo social adoptado
- 3) Denominación
- 4) Domicilio
- 5) Objeto o actividad social
- 6) Capital
- 7) Aportes
- 8) Forma de distribuir las ganancias y soportar las pérdidas
- 9) Administración
- 10) Plazo de duración

Además de los requisitos propios de cada tipo societario.

III.C.4.c. Inscripción.

El contrato social se inscribirá en el Registro de Personas Jurídicas, sección Comercio del domicilio social, dentro de los 30 días a contar desde el siguiente a la fecha de su otorgamiento, (art.7). Con la inscripción se considerará regularmente constituida salvo para el caso de la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada que deberán cumplir para ello con las publicaciones prescriptas en la ley.

III.C.4.d. Capital social.

Al igual que en los casos anteriores debe ser en moneda nacional.

III.C.4.e. Plazo.

El plazo máximo es de 30 años (sin perjuicio de lo establecido para cada tipo social, y de las cláusulas automáticas, -como se verá más adelante el plazo de la S.A. puede ser mayor-).

III.C.4.f. Publicación.

Se requiere también al igual que en los Estados anteriores, publicación en el Diario Oficial, (para determinados tipos sociales, como es el caso de la sociedad anónima, se requiere también publicación en otro diario de circulación en el domicilio de la sociedad).

III.C.4.g. Socios.

Para ser socio se requiera capacidad para ejercer el comercio, salvo las excepciones establecidas en la ley.

III.C.4.h. Aportes.

Cada socio será deudor frente a la sociedad de lo que se haya comprometido a aportar. Los aportes podrán consistir en obligaciones de dar o hacer, salvo que el tipo social exija solo obligaciones de dar. En caso de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y en comanditas por acciones -respecto del capital comanditario- el capital deberá ser en bienes determinados susceptibles de ejecución forzada. Se presume que el socio transmite la propiedad de los bienes aportados, salvo estipulación en contrario. El contrato será título hábil para la transmisión de los bienes que aporten en el momento de la suscripción, sin perjuicio de

que se pueda instrumentar por separado. El socio incumplidor incurrirá en mora y deberá intereses y resarcir daños y perjuicios. La sociedad podrá exigir el cumplimiento del aporte a través del juicio ejecutivo.

III.C.4.i. Administración y representación.

Los administradores tienen a cargo la gestión de los negocios sociales, y representan a la sociedad, salvo que la ley o el contrato atribuyan representación a alguno de los socios o establezca un sistema de actuación frente a terceros. Se incluyen dentro de los actos de gestión el arrendamiento, el gravamen y la enajenación de los bienes sociales. Las restricciones a las facultades de los administradores y los representantes serán inoponibles a los terceros, pero tendrán eficacia interna. La sociedad quedará obligada por los representantes en todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

El representante puede ser una persona física o jurídica, socia o no. Se requiere capacidad para ejercer el comercio, sin tener prohibición de comerciar. No podrá delegar sus funciones sin consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario.(art.81 LSC).

La persona jurídica administrará a través de una persona física que designará y a la cual podrá reemplazar cuando lo considere conveniente. El administrador persona jurídica será solidariamente responsable con la persona física designada, por las obligaciones asumidas en nombre y representación de la sociedad.

Los administradores o representantes podrán celebrar con la sociedad contratos que se relacionen con su actividad normal, en las mismas condiciones que los terceros, y deberán comunicarlo a los socios. Los contratos fuera de la actividad normal requieren autorización previa de los socios so pena de nulidad (art.84 LSC).

Todo nombramiento de administrador o representante por acto diferente al contrato social, o cese o renovación, se deberá comunicar al Registro de la Personas Jurídicas sección Comercio.

D) CUADRO COMPARATIVO DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN LOS PAISES MIEMBROS DEL MERCOSUR.¹⁷

1. CONSTITUCIÓN POR ACTO ÚNICO, MODALIDADES Y FORMA.

Paraguay: se constituye por escritura pública.

Argentina: por instrumento público.

Brasil y Uruguay: por escritura pública o documento privado.

2. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.

Argentina. La **sociedad anónima** se encuentra regulada por los arts. 163 a 314, es considerada una sociedad comercial que puede ser abierta o cerrada, con personalidad jurídica. Se requieren dos accionistas como mínimo para constituir la (arts. 2 y 94, inc. 8). **La inscripción no otorga la personería jurídica**, sino que le otorga regularidad a la sociedad. Deja de ser sociedad en formación y pasa a ser sociedad anónima. La autoridad administrativa verifica el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales. Se inscribe en el Registro de Comercio del domicilio y ésta no tiene efectos saneatorios.

Brasil. La SOCIEDAD ANÓNIMA también llamada COMPAÑÍA, es la sociedad comercial o mercantil, cuyo capital es dividido en partes iguales (acciones), sujeta a una administración escogida periódicamente por los socios (accionistas) los cuales serán según la ley un mínimo de dos, y deberán suscribir la totalidad de las acciones en que se divida el capital social fijado en el Estatuto. Los accionistas tienen como límite de su responsabilidad en los negocios sociales, el monto del capital suscrito.

Los socios fundadores deberán integrar el 10% del valor de emisión de las acciones, y aportarlo en dinero, como entrada, que deberá ser depositado en el plazo de 5 días en el Banco del Brasil S.A., o en otro establecimiento bancario autorizado por la Comisión de Valores Mobiliarios, a nombre de la sociedad en organización, la cual podrá retirarlo solo después de haber adquirido personalidad jurídica.

¹⁷ La fuente inspiradora del presente trabajo reestructurado y actualizado es UNION INTERAMERICANA DEL NOTARIADO LATINO (UINL), Comisión de Asuntos Americanos, Sección para el Estudio de la Integración (autores varios): "Régimen societario y Registro de Sociedades" Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino, Año 2000.

En la hipótesis de que la sociedad no se constituya dentro del plazo de 6 meses de la fecha del depósito, el banco restituirá los montos depositados, directamente a los suscriptores.

Ninguna compañía podrá funcionar sin que sean archivados y publicados sus actos constitutivos. Con la inscripción que es constitutiva nace la personalidad jurídica. Para el caso de que haya sido constituida por deliberación en Asamblea General, en el Registro del Comercio (Junta Comercial) del lugar de la sede deberán ser archivados:

- 1) Un ejemplar del Estatuto social firmado por todos los suscriptores o, si la suscripción hubiese sido pública, los originales del Estatuto y del proyecto, firmados por los fundadores, así como el del periódico en que hubiesen sido publicados.
- 2) La relación completa, autenticada por los fundadores o por el Presidente de la Asamblea, de los suscriptores del capital social, con la calificación, número de las acciones, y el total de entrada de cada suscriptor;
- 3) El recibo de depósito a que se refiere el art.80 de la ley 6404/76;
- 4) Duplicado de las actas de las asambleas realizadas para evaluación de bienes, cuando sea el caso; y
- 5) Duplicado del acta de la asamblea general de los suscriptores que haya deliberado la constitución de la Compañía.
- 6) Si la sociedad hubiere sido constituida por escritura pública, bastará el registro del certificado del instrumento.

La creación de sucursales, filiales o agencias de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto, será archivada en el Registro del Comercio.

En resumen **la inscripción otorga personería jurídica**. Antes de la inscripción no hay sociedad. (art.94 de la ley 6404/76). El Registro controla las formalidades legales y las cláusulas del contrato.

Paraguay. La **sociedad anónima** está regulada en los arts. 1048 a 1159 del Código Civil, puede ser abierta o cerrada. Para su constitución se necesitan dos accionistas como mínimo (art. 959 código Civil).

La inscripción en el Registro al igual que en Brasil otorga personería jurídica no regularidad. De acuerdo con el art. 967 del Cód. Civil la falta de registración no anula el contrato, pero la sociedad no adquiere la propiedad de los bienes transferidos o aportados, por lo que se beneficia a los acreedores del socio sobre los acreedores de la sociedad.

Uruguay. La **personalidad jurídica se adquiere desde la celebración del contrato** (art.2 de la ley 16060). Este tipo social se considera regularmente constituida no solo con la inscripción en el Registro, sino a partir de sus publicaciones legales.

La sociedad anónima es una sociedad comercial, con personalidad jurídica, que puede ser abierta o cerrada (arts. 244 a 473). El decreto reglamentario 335/990 (art. 10) declara que el capital accionario puede pertenecer a una sola persona física o jurídica.

3. NÚMERO DE SOCIOS.

Argentina: dos o más socios

Brasil: Dos o más socios excepto la subsidiaria integral, que se conforma con un socio, persona jurídica brasileña, titular del 100% del paquete accionario.

Paraguay. Dos o más socios.

Uruguay. Por la ley 16.060 de 1989 se requieren dos o más socios, luego por el decreto reglamentario 335/90, se autoriza a la sociedad a continuar con un solo socio que puede ser persona física o jurídica, y ser titular del total del capital accionario.

4. CAPITAL SOCIAL: EXPRESIÓN DE LA MONEDA.

Argentina. En moneda nacional

Brasil. En moneda nacional.

-En la sociedad anónima BINACIONAL que se constituye entre *Argentina y Brasil*

Por la ley 23.935 se autoriza a realizar aportes de capital en moneda local del país de origen de las inversiones o en moneda de libre convertibilidad.

Paraguay. Debe ser expresado en moneda nacional.

Uruguay. En moneda nacional. Con excepción de la sociedad anónima de inversión (Offshore) regulada por la ley 11.073 del 24/6/48 que, generalmente expresa su capital en dólares estadounidenses, y tiene como objeto efectuar inversiones en el exterior. Posteriormente la ley 16.170 en su art. 635 amplía el objeto a toda actividad relacionada con la industria, los servicios y el comercio, siempre a realizarse en el exterior de Uruguay.

5. CONFORMACIÓN DEL CAPITAL.

En los cuatro Estados, el capital en las sociedades anónimas se compone de acciones, y hay capital suscrito e integrado.

Argentina. No hay distinción entre capital autorizado, suscrito e integrado, sí se distinguen los dos últimos. Se permite el aumento de capital hasta el quintuplo, sin necesidad de reforma estatutaria, si fue previsto en el Estatuto.

Brasil. Hay capital suscrito, integrado y autorizado. El capital autorizado funciona como un tope estatutario al Consejo de Administración para aumentar el capital sin conformidad de la Asamblea.

Paraguay. No hay diferencia entre capital autorizado y suscrito. Es necesario que se haya suscrito por entero el capital social emitido.

Uruguay. El capital autorizado o contractual es el incluido en el contrato social o Estatuto, es el límite máximo hasta el cual la sociedad puede suscribir e integrar capital sin reforma de Estatuto. No existe en el balance de la sociedad, no tiene ningún contenido económico en la misma, es un techo para operar sin reforma contractual. En el acto único de constitución se debe integrar por lo menos el 25% del capital social y suscribir lo que falta hasta completar como mínimo el 50%, (art.280). En la antes referida S.A. financiera de inversión (Offshore), la ley que la rige deja librado a los órganos sociales el momento en el cual debe ser integrado el capital suscrito, no hay plazo legal.

6. PLAZO.

Argentina. Debe tener un plazo, pero no se establece duración mínima ni máxima.

Brasil. El contrato debe contener un plazo determinado o indeterminado (art.302 inc.6 Código de Comercio).

Uruguay. Debe tener un plazo de duración, pero no se establece para este tipo social ningún plazo mínimo ni máximo.

Es una excepción a la regla general del art. 15 de la ley 16060, que impone un plazo máximo de 30 años para las sociedades, salvo las cláusulas de prórroga automáticas.

Paraguay. Al igual que Argentina y Uruguay, tiene que tener un plazo determinado, pero no está fijado plazo mínimo ni máximo.

7. REGIMEN DE ADMINISTRACIÓN, REPRESENTACIÓN, Y EXPRESIÓN VOLUNTIVA.-

Argentina.

- La administración de este tipo social se encuentra a cargo de un Directorio uni o pluripersonal, salvo en las sociedades abiertas (art.299 L.S.C), que deben tener como mínimo tres directores.

- La mayoría absoluta debe tener domicilio real en Argentina, y todos deben tener constituido domicilio especial. Duración: 3 años como máximo y son reelegibles.

- La expresión de voluntad la tiene el Presidente o uno o más Directores.

- La jurisprudencia mayoritaria y doctrina de la Inspección general de Justicia-órgano de contralor de las sociedades por acciones de la ciudad de Buenos Aires-, entiende que se puede limitar la actuación del Presidente, haciéndolo actuar en forma conjunta con otro director. Las limitaciones estatutarias no son oponibles a terceros, aunque estén inscriptas en el Registro Público de Comercio, salvo que el tercero las conozca (art. 58 L.S.C)

- El Estatuto puede organizar un comité ejecutivo para la gestión de los negocios ordinarios, integrado por directores, así como designarse gerente, directores o no, para ambas funciones.

Brasil.

- La administración en la sociedad anónima es ejercida por el Consejo de Administración o el Directorio. El Consejo de Administración es facultativo en las sociedades cerradas- en las que puede haber sólo Directorio o ambos órganos- y obligatorio para las abiertas. El Consejo de Administración es un órgano de deliberación colegiado, integrado forzosamente por personas físicas, que deben ser accionistas, residentes en el país, se compone de 3 miembros electos en Asamblea General. Su materia de competencia está definida en el art. 142 de la ley 6.404/76.

- La expresión de voluntad societaria queda a cargo de cualquier director indistintamente (art. 144), salvo modificación del Estatuto o del Consejo de Administración. Aunque exista Consejo de administración, la expresión de voluntad societaria es ejercida siempre por los directores, (art.138).

- Las resoluciones de asamblea que restrinjan la representación deben inscribirse en el Registro Público de Comercio y, son oponibles a terceros.

- Los directores pueden nombrar apoderados especificándose los actos que podrán practicar y su duración (arts. 143 y 144).

- Para ser administrador de sociedades anónimas, es necesario ser residente en Brasil (art.146).

Paraguay.

- La regulación de las sociedades surge del Código Civil, y se establece con carácter general que salvo disposiciones expresas en contrario, cualquiera de los socios podrá administrar la sociedad, y que en defecto de limitación expresa, lo que hiciera cualquiera de los socios en nombre de la sociedad, obliga a la misma, (art. 974).

- No hay representación orgánica.

- Las actuaciones de los administradores se rige por las reglas del mandato, por lo tanto, la designación es revocable aún si proviniera del contrato social.

- En caso de administración conjunta, uno de los administradores podrá asumir personalmente la representación cuando haya urgencia, para evitar un daño grave a la sociedad.

- El Código Civil paraguayano cuando refiere específicamente a las sociedades anónimas, establece que la administración queda a cargo de uno o más directores que pueden o no ser accionistas, y son reelegibles. No hay establecido un número mínimo o máximo de directores, lo fija el Estatuto. En la escritura de constitución se debe indicar el número de administradores y sus poderes, con indicación de cuales de ellos tienen la representación de la sociedad (art. 1050). Si no se prevé, la duración en el cargo es por un año. Los directores son designados por la asamblea ordinaria, (arts. 1079 y 1102). El director que no fuera removido con justa causa tendrá derecho a un resarcimiento por daños y perjuicios. Si es unipersonal, se lo denomina Administrador. Los pactos que limiten la representación no pueden ser opuestos a terceros, a menos que los terceros tengan conocimiento de ello, y esto sea probado fehacientemente.

Uruguay.

- La administración está a cargo de un Administrador o un Directorio, el que desarrolla la gestión de los negocios sociales, es decir la expresión de la voluntad de la sociedad.

- Se entienden comprendidos en éstos actos, el arrendamiento, el gravamen y la enajenación de los bienes sociales.

- La legitimación respecto de la actuación que se manifiesta muy amplia, comprende todos los actos que "no sean notoriamente extraños al objeto social" (art.79).

- Específicamente de los arts. 375 y ss de la sección V, sub sección X, Capítulo 11 de la ley 16.060, que rigen para las sociedades anónimas, surge que la administración y expresión de la voluntad social funcionan de la siguiente manera:

- "La administración de las sociedades anónimas estará a cargo de un administrador o de un directorio. El contrato social podrá delegar en la asamblea de accionistas la determinación de una u otra forma de administración y del número de miembros del directorio." (art. 375). Tratándose de sociedades anónimas abiertas, el órgano de administración será necesariamente un directorio.

- "El administrador o el presidente del directorio representará a la sociedad, salvo pacto en contrario." (art. 376).

- "El administrador o los directores serán designados en la asamblea de accionistas" (art.377).

- Pueden ser socios o no, pueden ser personas físicas o jurídicas, y son reelegibles. No hay plazo máximo de duración y, sino se prevé, es un año en sus funciones. No se requiere domicilio en la República Oriental del Uruguay.

- La representación de la sociedad, estará a cargo del administrador o presidente del directorio, salvo pacto en contrario. Las restricciones son inoponibles a terceros, pero tendrán eficacia interna, (art.79).

8. CLASES DE ASAMBLEAS.

Argentina.

Ordinarias, extraordinarias, y especiales.

Ordinarias. Temas a tratar:

- documentos contables y cuestiones relacionadas con la gestión,
- designación, remoción y responsabilidad de los miembros de los órganos sociales,
- aumentos de capital dentro del quíntuplo previsto en el Estatuto,
- emisión de obligaciones negociables,

Extraordinarias:

- reforma de Estatutos,
- y todas las demás cuestiones que no sean competencia de la asamblea ordinaria.

Especiales:

- los temas que afectan a una determinada clase de acciones.

Brasil.

Ordinarias, extraordinarias, y especiales.

Ordinarias. Temas a tratar:

- cuentas de los administradores, estados y cuestiones relativas a la gestión;
- elección de administradores y miembros del consejo fiscal,
- aprobar la corrección de la expresión monetaria del capital social,
- deliberar sobre el destino de la utilidad y la distribución de dividendos.

Extraordinarias:

Todo tema que no corresponda a la ordinaria.

Especiales.

Comprende una asamblea de accionistas titulares de una o más especie reacciones, a las cuales estatutariamente se han subordinado determinadas materias, tal como la modificación del Estatuto.

Paraguay.

Ordinarias, extraordinarias, y especiales.

Ordinarias. Temas a tratar:

- documentos contables y cuestiones relacionadas con la gestión,
- designación, remoción y responsabilidad de los miembros de los órganos sociales,
- aumentos de capital dentro del capital autorizado.

Extraordinarias.

- reforma de Estatutos y todas las demás cuestiones, y en especial fusión, transformación y escisión, limitaciones o suspensiones al derecho de preferencia, disolución de la sociedad, rescate, reembolso y amortización de acciones.

Especiales

Los temas que afectan a una determinada clase de acciones.

Uruguay.

Ordinarias, extraordinarias, y especiales.

Ordinarias. Temas a tratar:

- documentos contables y cuestiones relacionadas con la gestión,
- designación, remoción y responsabilidad de los miembros de los órganos sociales,
- aumentos de capital dentro del quíntuplo previsto en el Estatuto.

Extraordinarias.

- reforma de Estatutos y todas las demás cuestiones que no sean competencia de la asamblea ordinaria, y en especial fusión, transformación y escisión, limitaciones o suspensiones al derecho de preferencia, disolución de la sociedad, rescate, reembolso y amortización de acciones.

Especiales

Los temas que afectan a una determinada clase de acciones

9. REPRESENTACIÓN EN LAS ASAMBLEAS.

Argentina.

Los accionistas pueden actuar a través de un mandatario.

No pueden serlo los directores, síndicos, miembros del Consejo de vigilancia, gerentes ni empleados. El mandato puede otorgarse en instrumento público o privado con firmas certificadas.

Brasil.

Los accionistas pueden ser representados por un mandatario que sea accionista, administrador de la compañía, o abogado. El mandato dura un año. En la sociedad abierta el mandatario también puede ser una institución financiera, y está sometido a formalidades especiales. Los accionistas extranjeros deben designar un apoderado residente en el Brasil, con facultades suficientes para recibir citaciones.

Paraguay.

Los accionistas pueden estar representados en la asamblea por mandatarios mediante carta poder con firmas certificadas, o registrada en la sociedad. No pueden ser mandatarios los directores, síndicos, gerentes ni empleados de sociedad.

Uruguay.

Los accionistas pueden actuar a través de un mandatario. No pueden serlo los directores, síndicos, miembros de la comisión fiscal, gerentes ni empleados. El mandato puede ser conferido en documento público o privado con firma certificada.

10. FISCALIZACIÓN INTERNA.

Argentina.

Esta a cargo de la sindicatura y el consejo de vigilancia. Se puede prescindir de ellos, en las sociedades no incluidas en el art.299, o si está previsto en el Estatuto, en cuyo caso la fiscalización está a cargo de los socios.

Brasil.

Es optativo (art. 161 de la ley 6404/76). En las sociedades abiertas, las funciones de fiscalización están a cargo del Consejo de Administración en forma obligatoria.

Paraguay.

Hay sindicatura obligatoria. Puede estar formada por accionistas o no. No es obligatorio que sean profesionales, lo que se requiere es idoneidad (art. 1118).

Uruguay.

Está a cargo de uno o más síndicos o de una comisión fiscal. Es obligatoria si la sociedad es abierta. En la cerrada es facultativa.

11. FISCALIZACIÓN ESTATAL.

Según los casos, puede tratarse de una fiscalización permanente o limitada.

Argentina.

Es permanente en los casos del art. 299¹⁸ de la ley 19.550.

Y también es limitada, porque se restringe al control de los actos fundamentales de la sociedad. Sin perjuicio de ello, la autoridad de control podrá ejercer funciones de vigilancia a pedido de accionistas que representen el 10% del capital suscrito, o a pedido del síndico, ejerciéndola sobre los actos solicitados.

Brasil.

Permanente es en las sociedades anónimas abiertas, a cargo de la Comisión de Valores Mobiliarios. En las sociedades cerradas no está previsto.

Limitada es en los actos que pueden afectar a los socios y terceros, restricciones y actuación de administradores.

Paraguay.

No surge diferencias entre la inspección y fiscalización de las sociedades cerradas o abiertas. Puede inspeccionarse anualmente para estudiar los balances, el cumplimiento de las formalidades contables, el monto del capital social, la existencia de títulos emitidos por la sociedad, etc.

Uruguay.

Permanente: en las sociedades anónimas abiertas (art. 247 L.S.C.), se realizará el control estatal durante su funcionamiento y liquidación.

Limitada: las sociedades cerradas se encuentran sometidas al contralor estatal, para los actos fundamentales de la vida social y de los terceros. Además estará sometida a contralor cuando así lo requieran accionistas que representen el 10% del capital suscrito, ejerciendo la función de vigilancia sobre el acto o hecho requerido.

12. ÓRGANO DE CONTRALOR COMPETENTE.**Argentina.**

Es ejercida por órganos locales, dado que es un país con estructura federativa, En Capital Federal es realizada por la Inspección General de Justicia. Las sociedades abiertas que cotizan en bolsa, están sujetas al contralor de la Comisión Nacional de Valores.

18 ARTICULO 299.- Las asociaciones anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Hagan oferta pública de sus acciones o debentures;
- 2) Tengan capital social superior a DIEZ MILLONES DE AUSTRALES (A 10.000.000), monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario;
- 3) Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección VI;
- 4) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros;
- 5) Exploten concesiones o servicios públicos;
- 6) Se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores." N°19.550 Ley de Sociedad Comerciales de la República Argentina

Brasil.

Según la ley 8.934, el Registro Público de Empresas Mercantiles y Actividades Afines, es ejercido por el Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantiles (SINREM), que se compone en el ámbito nacional por el Departamento Nacional del Registro de Comercio, y en el ámbito provincial, por las Juntas Comerciales, que tienen función ejecutora y administradora de los Servicios del Registro (Ley 8.934 y dec. reglamentario 1800 de 1996).

Paraguay.

La fiscalización estatal es ejercida por un organismo dependiente del Poder Ejecutivo. Se rige por el decreto 37.269/30. Es ejercido por la Inspección Gral. de Hacienda o Inspección de Sociedades Anónimas, dependiente del Ministerio de Hacienda. Y en caso de las sociedades cerradas por la Comisión Nacional de Valores.

Uruguay.

Las funciones del órgano estatal de control son ejercidas por la Auditoría Interna de la Nación dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas (dec.335/90- art.1°)

E) TRATAMIENTO JURIDICO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN EL MERCOSUR.

Según lo ha expresado en nuestra doctrina entre otros el Prof. Esc. Ruben Santos Belandro¹⁹, para el tránsito jurídico de una sociedad creada en un Estado miembro hacia otro Estado miembro del MERCOSUR se aplican las normas del **Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1889** (art.5° inc.2) que vincula a Argentina, Paraguay, Perú y Uruguay en sus relaciones con Bolivia y Colombia, y la **Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles de 1979, en adelante CIDIP II** (arts. 4 y 5). Esta última ha desplazado al Tratado del Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, ha sido ratificada por ARGENTINA, PARAGUAY, Perú, México, Guatemala, URUGUAY, Venezuela y BRASIL. Como se ve rige para los cuatro países fundadores del MERCOSUR, y si bien regulan el conflictos de leyes, designan la legislación aplicable para la actuación de las sociedades extranjeras entre dichos países, remitiéndose a pesar de no ser idénticos, a los textos legales nacionales, o los hace aplicable por falta de regulación. Se determina entonces en forma indirecta la aplicación de las normas nacionales de cada país a cualquier sociedad extranjera constituida en dichos países.

III. E. 1) TRATADO DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1889.

El elemento escogido en dicho Tratado para reputar aplicables las reglas de un ordenamiento jurídico nacional concreto, es el domicilio comercial de la sociedad (art. 4°, reiterado en el art. 5°), sometiéndose a la ley de ubicación del mismo todo lo relativo a la sociedad: las relaciones de los socios entre sí, de los socios con la sociedad, y de ésta con los terceros. En cuanto al reconocimiento de la existencia, la condición de persona jurídica de las sociedades comerciales constituidas en cualquiera de los países del Tratado, es reconocida de pleno derecho en el territorio de los restantes Estados, a los solos efectos de "ejercitar derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales"(art. 5°, inc. 1°). Este reconocimiento, en realidad, carece de utilidad práctica, limitándose a la comparecencia en juicio. La posibilidad de ejercer "derechos civiles" no pasa de tener un efecto limitado, ya que cualquier acto comprendido en el objeto social es regido por la ley del Estado receptor (art.5°, inc.2°).

Se debe considerar entonces, que el reconocimiento de la existencia de la sociedad que realiza el Tratado de 1889 no tiene consecuencia práctica alguna, salvo la posibilidad de estar en juicio, y la realización de los trámites y gestiones necesarios para poder actuar en el Estado receptor requeridos por la ley interna de éste. La ley del lugar del domicilio de la sociedad se aplica extraterritorialmente, en el Estado receptor de la persona jurídica, pero sólo de manera parcial y muy limitada, a los efectos de determinar la existencia de la misma.

19 SANTOS BELANDRO, Ruben en "Circulación de las sociedades en el MERCOSUR" (pág.68-85), publicado en Seminario ALADI sobre La dimensión jurídica de la Integración, en diciembre de 1996 R.O.U.

A la hora de realizar “actos comprendidos en el objeto de su institución”, la sociedad queda sometida a la normativa del Estado receptor (art. 5º, inc. 2º).

El criterio para determinar cuándo debe aplicarse la ley del país receptor es cualitativo: no interesa si la actuación de la sociedad extranjera es aislada o habitual, basta con que realice un acto comprendido en su objeto para que se le reputa sometida al ordenamiento del Estado donde lo efectúa.

El Tratado contiene una solución especial para los casos en que la sociedad constituida en el extranjero, se instala en el país receptor en forma permanente a través de una sucursal o agencia. En estos casos de establecimiento permanente también queda sometida a la ley del Estado receptor, con el agregado de que se la reputa domiciliada en él.

En cambio, cuando no cuenta con establecimiento permanente, su domicilio sigue siendo en el extranjero, y allí debe ser citada para el caso de controversias. Asimismo regula la jurisdicción internacional en materia societaria, reputando competentes a los jueces del lugar de su domicilio, para conocer en todas las contiendas que se planteen entre los socios o contra la sociedad (art. 7º, inc. 1º). Además, y sin perjuicio de lo anterior, también son competentes para demandar a la sociedad, los tribunales del país donde ésta actúe (art. 7º, inc. 2º), creándose un *forum* en favor del demandante.

III. E. 2) CIDIP II SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES de 1979.

Las normas de esta Convención, al igual que el Tratado de 1889, también responden a la técnica de solución de conflictos de leyes, no contiene derecho sustantivo común, o disposiciones materiales que sean directamente aplicables. Carece de normas sobre fusión o transferencia de sede social, situaciones ambas que favorecen el tráfico jurídico internacional en un mercado de integración económica.

El sistema creado se aplica a las sociedades comerciales constituidas en cualquiera de los Estados Partes (art.1º), y siguiendo el desarrollo que hace en doctrina Daniel Hargain,²⁰ se basa en tres reglas:

a) El reconocimiento de la existencia de las sociedades constituidas en alguno de Estados Partes, es de pleno derecho por los demás Estados Miembros (art.3º inc. 1º).

La Convención se adhirió a la teoría de la incorporación, que vincula a la sociedad al Estado donde se cumplieron las formalidades necesarias para que la misma adquiera la personalidad moral. Aunque el país receptor puede exigir que se acredite la debida constitución en el país de origen (art.3º inc.2º).

Asimismo, si la sociedad constituida en un Estado Parte, quiere establecer la sede de su administración en el territorio de otro Estado Miembro, éste también queda facultado para exigirle que cumpla con los requisitos de constitución establecidos por su ley interna (art.5º). De esta forma se pueden evitar prácticas en fraude a la ley, cuando la constitución de la sociedad se verifica en un país, a los solos efectos de acogerse a su sistema jurídico beneficioso, pero pensando en desarrollar el objeto social en otro Estado, cuya ley es eludida a través de esa maniobra.

b) La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades extranjeras son regidas por la ley del lugar de su constitución, entendiéndose por tal el país donde se cumplieron los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de la sociedad (art.2º). Esto se debe extender a cualquier modificación del contrato social.

A esta regla la Convención le impone a texto expreso la excepción de orden público (art.7º). El reconocimiento de pleno derecho, es decir de forma automática de la existencia y personalidad moral del ente, no imposibilita el estudio de los Estatutos con la finalidad de examinar su eventual colisión con el orden público internacional.

Además, con relación a la capacidad de la sociedad extranjera, se aclara que la misma no podrá ser mayor a la capacidad que tengan las sociedades del país de reconocimiento, donde la primera pretende actuar (art.3º inc.3º). La comparación entre la capacidad de sociedad extranjera y la nacional se debe medir entre los mismos tipos sociales. Si la sociedad extranjera cuenta con mayor capacidad que la reconocida a las sociedades nacionales del país receptor, se limita la misma hasta colocarla en igualdad de condiciones con las sociedades nacionales. Pero si la capacidad de la sociedad extranjera fuera menor a las nacionales, va a tener que aceptar ese límite.

20 HARGAIN, Daniel: “Actuación en Uruguay de sociedades comerciales constituidas en el extranjero”, Lexis Nexis on line N°0021/000242, año 2004.

c) Ejercicio de actos en el territorio de otro Estado Parte. Cuando la sociedad constituida en un Estado Parte ejercita actos directa o indirectamente comprendidos en su objeto social, en el territorio de otro Estado Miembro, queda sometida a las leyes de este último (art.4º) así como a su jurisdicción (art. 6º).

En el Tratado de 1889, y también en la CIDIP II se optó por un criterio cualitativo, ya que alcanza con que la sociedad realice actos comprendidos en su objeto, para que le sea aplicada la ley del país receptor. No importa si son actos aislados o habituales, si instala o no una sucursal o establecimiento permanente, si los actos están directamente vinculados al objeto social o se relacionan indirectamente con el mismo. Se abarca todo campo de actuación posible, sin dejar ninguna posibilidad de actuación extraterritorial exenta de la aplicación de la ley del país receptor, salvo la comparecencia en juicio.

También se aplica la ley del Estado receptor cuando la sociedad extranjera tiene la calidad de controlante de una sociedad nacional (art. 4º inc.2º). Para determinar el concepto de "control" debe consultarse la normativa del país anfitrión.

De todas formas, como la participación de una sociedad en otra es una vía indirecta de desarrollar el objeto de la primera, aunque no se tratara de una hipótesis de control, igualmente deberá aplicarse la ley interna del país receptor (art.4º).

La Convención en su artículo 2º adopta el criterio de la extraterritorialidad parcial, no toma en cuenta si la actuación extraterritorial de la sociedad se limita a una operación aislada, o reviste la calidad de habitual, si es realizada en forma directa o indirecta, si cuenta o no con representación permanente. En tanto realice actos comprendidos en su objeto social fuera del Estado donde se constituyó, queda sometida parcialmente a la normativa del país anfitrión, aunque su existencia, capacidad, funcionamiento, disolución y fusión continuarán rigiéndose por la ley del lugar de constitución.

Si bien la "lex societatis" tiene una aplicación mucho mayor en la CIDIP II que en el Tratado de 1889, igualmente se mantiene un territorialismo moderado, se reconoce un doble régimen jurídico a aplicar cuando la sociedad comercial ultrapase con sus actividades el lugar de origen.

El Tratado de 1940 había introducido un criterio cualitativo - cuantitativo para someter la sociedad a la ley del Estado receptor, exigiendo la realización habitual de actos relativos al objeto social. Pero en la CIDIP II se retornó al criterio cualitativo estricto de 1889, es decir si la sociedad extranjera realiza cualquier acto, salvo comparecer en juicio, queda sujeta a la ley del país receptor, aunque no sea en forma total.

Como se vera a continuación la influencia que han tenido las normas convencionales sobre las legislaciones internas de los Estados miembros del MERCOSUR ha sido muy importante. Estos han actualizado sus disposiciones en materia societaria tratando de asimilar su regulación. Sin perjuicio de ello, se ve reflejada la actitud política y económica de los países, al momento de decidir restringir o extender, los derechos acordados a las sociedades extranjeras por las normas convencionales.

III. E. 3) REGIMEN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN LOS PAISES MIEMBROS.

III.E.3.1. Argentina. Ley 19550, arts.118,123,124.

La doctrina mayoritaria sostiene que la legislación argentina no reconoce nacionalidad alguna a las sociedades. Entienden que "la nacionalidad es un atributo exclusivo de las personas físicas que responde al concepto del Derecho Público, y describe el vínculo político existente entre el individuo y el Estado al cual pertenece. Las expresiones "sociedades nacionales" y "sociedades extranjeras" tiene un significado distinto, aluden al lugar de constitución o al domicilio de las sociedades pero no a la "nacionalidad"²¹

El art. 118 inciso 1º de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 establece: "la sociedad se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución". La ley adoptó un sistema por el cual el solo hecho de haber sido constituida en el extranjero, le confiere capacidad y se remite a dicha ley respecto de los requisitos de forma y existencia de la sociedad. Esto es, si en el país donde se constituyó se le atribuyó personalidad jurídica, en Argentina también la tiene. Al respecto, la doctrina sostiene que el art. 118 de la ley 19.550 alude a un concepto amplio, como es el del lugar de adquisición de la personalidad jurídica, que además es simple porque depende de un dato objetivo, la registración del contrato, y no de otro concepto que

21 Morel, Josefina - "Régimen societario y Registro de Sociedades"; "Sociedades Constituidas en el extranjero" Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino, Año 2000.

necesite ser evaluado, como la actividad o la sede de los negocios. En la Argentina el “lugar de constitución” es el lugar donde se ha registrado. No rige, por lo tanto, la normativa de donde tiene constituida su sede, ni donde realiza la actividad o los actos comprendidos dentro del objeto. Difiere del sistema adoptado por Europa continental, en donde la ley aplicable a una sociedad está determinada por la sede efectiva que posee esa sociedad, acercándose el criterio al que sostiene el derecho internacional privado inglés. Sin embargo, debe destacarse que al momento de establecerse una pauta de distinción entre las sociedades extranjeras que se rigen por la ley aplicable en el territorio de constitución, y las que, a pesar de haberse constituido en el extranjero, requieren el cumplimiento de formalidades de constitución, reforma y control administrativo y fiscal, con el consiguiente sometimiento a la normativa local; es justamente el lugar donde la misma resuelve establecer su sede y/o el lugar de cumplimiento de su principal objeto, según surge expresamente de la norma contenida en el art. 124 de la citada Ley de Sociedades Comerciales, perdiendo importancia el lugar donde se haya constituido la sociedad.

La Ley de Sociedades Comerciales 19.550 toma en cuenta dos modalidades de actuación de la sociedad extranjera, y legisla de conformidad, estableciendo los siguientes criterios:

1) El art. 118 inciso 2do, establece que la sociedad extranjera “*se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio*”. Para ello no se exige a texto expreso acreditar la existencia de la sociedad de acuerdo con el país de origen, sólo debe comprobar que es extranjera.

2) Del mismo artículo en el inciso siguiente surge que cuando se trate del “*ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente*” será necesario de acuerdo con dicho artículo y el art. 124 cumplir determinados requisitos:

-acreditar la existencia de la sociedad de acuerdo con las leyes de su constitución,

-fijar domicilio en la República Argentina, cumpliendo con la publicación e inscripción y designar a la persona a cuyo cargo estará la sociedad.

-En caso de tratarse de una sucursal se debe determinar el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.

El art. 124 dispone: “*La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento*”.

Por último cuando una sociedad extranjera participa de una sociedad argentina, por el art.123 se dispone que para constituir una sociedad en la República Argentina deberá previamente acreditar ante el Juez de Registro que se ha constituido de acuerdo con las leyes de su país, y deberá inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales en el Registro Público de Comercio, y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, si fuese el caso.

III.E.3.2. **Brasil.** La regulación de las sociedades extranjeras no se encuentra organizada, y resulta de diferentes normas: Constitución Federativa del Brasil y Decreto 2627/40, cuyas normas pertinentes se mantuvieron vigentes por el art.300 de la Ley de Sociedades Anónimas de 15/12/1976, que deroga el Decreto ley 2627 de 1940, con excepción precisamente de los artículos 59 a 73 que regulan las sociedades extranjeras. Posteriormente en el año 2002, en el nuevo Código Civil se incluye el contenido de los referidos artículos, según surge del Capítulo XI, Sección III De las Sociedades Extranjeras, artículos 1134 a 1141 del Código Civil brasileiro, (ley 10.406).

En la antigua legislación brasileña se admitía el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera. La Introducción al Código Civil de 1916 disponía expresamente el reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras en su art.19. Posteriormente, con la aprobación en 1942 de la Ley de Introducción al Código Civil (LICC), el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera dejó de estar expresamente previsto debido a que no fue reproducido. La doctrina brasileña reconoce que a pesar de no estar expresamente declarado en la actual LICC el principio contenido en el art. 19 de la Introducción de 1916, permanece en el ordenamiento jurídico brasileño el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera. Algunos autores han sostenido que no habría necesidad de que el mencionado reconocimiento estuviese contemplado expresamente en la LICC, porque el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera en el derecho brasileño resulta de la equiparación constitucional entre nacionales y extranjeros, de acuerdo al art.51 de la Constitución Federal de 1988.²²

22 Según lo citan NURDEO, Fabio- PUCCI, Adriana: en “Actuación Transitoria de las sociedades extranjeras en Brasil”, Lexis Nexis on line N° 0021/000243 - año 2007; el doctrino brasileño Profesor Valladao, considera que el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera en el derecho brasileño, es un corolario de la equiparación constitu-

El art.44 del nuevo Código Civil establece que son personas jurídicas entre otras las sociedades. El art.45 establece que comienza la existencia legal de las personas jurídicas del derecho privado con la inscripción del acto constitutivo en el respectivo registro, precedida, cuando fuera necesaria de la autorización o aprobación del Poder Ejecutivo.

El art.1134 del citado Código, establece la necesidad de una autorización del Poder Ejecutivo Federal, previa al funcionamiento en el país de las sociedades constituidas en el extranjero.

La ley de Introducción al Código Civil (LICC) no contiene normas sobre la capacidad de la sociedad extranjera. La doctrina interpreta que la capacidad está determinada por la ley de origen, pero que la misma no puede ser inferior a la reconocida a las sociedades brasileñas.

La sociedad extranjera se regula por la ley del lugar de constitución, y de acuerdo con el art.171 inc.1° de la Constitución del Brasil, y del art.1126 de la ley 10406 la sociedad para ser considerada brasileña no sólo debe haber sido constituida según las leyes brasileñas, sino además tener su sede en Brasil.

La legislación brasileña tampoco hace referencia a la actuación de las sociedades extranjeras en un acto aislado, refiere sí a los requerimientos para que una sociedad anónima pueda funcionar, o como dijimos cuando cualquier tipo social se vaya a establecer o instalar filiales. De ahí que se puede deducir que todo acto aislado que no supone funcionamiento no necesita autorización del Poder Ejecutivo Federal para realizarlo.

De acuerdo con el citado Código Civil (art. 1123) las Sociedades Anónimas para funcionar en Brasil requieren de una autorización del Poder Ejecutivo Federal. Dicha autorización debe solicitarse con la prueba de constitución de la sociedad de acuerdo con la ley del lugar de origen, Estatutos, nómina de los accionistas, que incluya profesión, domicilio, número de acciones que cada uno posee (a menos que sean al portador), copia del Acta de la Asamblea que autorizó el funcionamiento en Brasil, y estableció el capital destinado a las operaciones en el territorio brasileño, prueba de la designación de representante en Brasil, con facultades suficientes para aceptar las condiciones en que sea otorgada la autorización, último balance (art.1134).

Debe archivarse en el Registro de Comercio del lugar de la sede social, el documento que comprueba el depósito del capital destinado a las operaciones en Brasil, cuyo monto fue determinado por el Gobierno Federal en el Decreto de autorización.

Las sociedades anónimas constituidas en el extranjero que funcionen en Brasil, deben agregar a su razón social la palabra "do Brasil" o "para o Brasil", (art.1137 del Código Civil).

Cualquier alteración que sufran los Estatutos para producir efectos en territorio brasileño, dependerá de su autorización por el Gobierno Federal (art.1139).

Para funcionar además la sociedad anónima deberá publicar el decreto de autorización, y efectuar la publicación en el diario oficial. Luego un ejemplar de esta publicación, con el documento probatorio del depósito de capital obligatorio destinado a operaciones en Brasil, debe ser archivado en el Registro de Comercio del lugar en que se establezca la sociedad. La constancia del archivo también debe ser publicada (art. 1136).

Otro requisito para funcionar, es la designación de un representante con facultades para aceptar las condiciones en que sea otorgada la autorización, con plenos poderes para tratar cualquier problema y resolverlo definitivamente, pudiendo ser demandado o recibir citación por la sociedad, (art.1138).

Por el nuevo Código Civil art.1124 a falta de plazo fijado por ley o por el acto del poder público, será considerada caduca la autorización del Poder Ejecutivo para funcionar, si la sociedad no comienza a hacerlo, en el plazo de doce meses contados a partir de la respectiva publicación.

De acuerdo con el art.1137 de la Ley de Introducción al Código Civil 10406, la sociedad extranjera autorizada a funcionar, quedará sujeta a las leyes y a los tribunales brasileros, en cuanto a los actos y operaciones realizados en Brasil.

Según así lo mencionan en su ya citado trabajo doctrinario Nurdeo y Pucci,²³ existe en la legislación brasilerá, algunas áreas de la economía cuya explotación está reservada a los ciudadanos brasileros, por lo cual se limita la actuación de las sociedades extranjeras, y alguno de estos casos son los siguientes:

1. La adquisición de inmuebles en zona de frontera. La ley 6634 del 2/5/1979 establece que está prohibido a sociedades extranjeras adquirir participación en sociedades locales que sean propietarias o que tengan derechos reales sobre inmuebles rurales localizados en la faja de zona de frontera, delimitada en 150 km de ancho.
2. La adquisición de inmuebles en zona rural. La adquisición de inmueble en la zona rural por parte de una sociedad local en la cual el 50% de su capital social esté en manos de sociedades extranjeras

cional entre nacionales y extranjeros, por lo tanto, y según el entendimiento de este autor, no habría necesidad de que el mencionado reconocimiento estuviese contemplado expresamente en la LICC.

23 NURDEO, Fabio-PUCCI, Adriana, "Actuación transitoria de las sociedades extranjeras en Brasil", Lexis Nexis on line N° 0021/000243 - año 2007.

sólo podrá efectuarse cuando la compra se destine a la implantación de proyectos agropecuarios, de industrialización o de colonización, aprobados previamente por el Ministerio de Agricultura o el Ministerio de Industria y Comercio, según corresponda.

3. La adquisición de empresas de publicación de periódicos y de medios de radiodifusión. La Constitución Federal, en su art. 222, establece que sólo brasileños o naturalizados, con más de diez años, podrán ser titulares de empresas que publiquen periódicos y empresas de radiodifusión.

III.E.3.3. **Paraguay.** La legislación paraguaya no distingue trato entre sociedades nacionales y extranjeras. Se ocupa de las sociedades constituidas en el extranjero en el Código Civil Paraguayo de 1985, que regula las sociedades extranjeras en el Libro Tercero, Título II, Capítulo XI, Sección IX, en los artículos 1196 a 1201.

Según lo expone en su trabajo doctrinario Roberto Ruiz Díaz Labrano, la ley que regula la sociedad extranjera es la ley del domicilio (C.Civ., arts. 101 y 1196, inc. 1º) que dispone: art. 101: *“La existencia y capacidad de las personas jurídicas privadas extranjeras, se rigen por las leyes de su domicilio.* El carácter que revisten como tales, las habilita para ejercer en la República todos los derechos que les corresponden para los fines de su institución, en la misma medida establecida por este Código para las personas privadas nacionales. Para el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en las leyes de la República”.

Artículo 1196, inc. 1º: “Las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, en cuanto a su existencia y capacidad, por las leyes del país de su domicilio”. El inc. 4º del art. 1196 determina que: **“Las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios”** (que puede o no coincidir con el de la constitución).

Es por ello que, para acreditar la misma, deben tenerse en cuenta los requisitos exigidos por la ley respectiva, cuyo estudio será necesario realizar.

Para la legislación paraguaya, las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios. En cuanto a los establecimientos, agencias o sucursales constituidos en la República se consideran domiciliados en ella en lo que concierne a los actos que allí practiquen, debiendo cumplir con las obligaciones y formalidades previstas para el tipo de sociedad más similar al de su constitución (art. 1196 C. Civ.).

En cuanto a los actos aislados, de acuerdo con el inc. 2º del art. 1196, las sociedades constituidas en el extranjero están habilitadas “plenamente para ejercer en la República las acciones y derechos que le correspondan”. Esto coincide con el art. 101 ya transcripto, del que resulta igual tratamiento que para las personas jurídicas nacionales

Ahora bien, las sociedades extranjeras para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social, se deberán ajustar a las prescripciones establecidas en la República, dando cumplimiento con el art.1197: ... toda sociedad constituida en el extranjero que desee ejercer su actividad en el territorio nacional debe:

- establecer una representación con domicilio en el país, además de los domicilios particulares que resulten de otras causas legales;
- acreditar que la sociedad ha sido constituida con arreglo a las leyes de su país; y
- justificar en igual forma el acuerdo o decisión de crear sucursal o representación, el capital que se le asigne, en su caso, y la designación de los representantes.”

Tales disposiciones se aplicarán a las sociedades o corporaciones constituidas en otros Estados aunque el tipo de sociedad no esté previsto por dicha legislación. El Juez competente para la inscripción determinará las formalidades a cumplir en cada caso (art. 1198 C.Civ.).

La sociedad constituida en el extranjero que tenga su domicilio en la República, o cuyo principal objeto esté destinado a cumplirse en ella, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución, o de su reforma y fiscalización, en su caso (art. 1199 C.Civ.).

La participación de sociedades extranjeras en sociedades paraguayas no está regulada, y la doctrina esta dividida, algunos consideran que es un acto aislado y no requiere cumplir con los requisitos del citado art.1197, y otra parte entiendo lo contrario.

La legislación paraguaya al establecer que las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, en cuanto a su existencia y capacidad, “por las leyes del país de su domicilio”, introduce un criterio legal que se aparta de las disposiciones legislativas de los otros Estados Partes del MERCOSUR.

III.E.3.4. **Uruguay.** La regulación surge de los arts.193 a 198 de la ley de sociedades comerciales 16.060 del año 1989.

En la ROU se regula de manera diferente la actuación de la sociedad extranjera, dependiendo de la modalidad de actuación, a saber:

- 1) Si se trata de un acto aislado, rige el art.193 que dispone el reconocimiento de pleno derecho en el país de las sociedades constituidas en el extranjero, previa comprobación de su existencia, "podrán celebrar actos aislados y estar en juicio" (art.193 inc.2º). La existencia de la sociedad de acuerdo con el art. 192 se regula por la ley del lugar de constitución, o sea el lugar donde se cumplieron los requisitos de fondo y forma exigidos para su creación. Se deberá estudiar entonces las normativas del país de origen para saber cuales son los requisitos necesarios para su constitución, a vía de ejemplo inscripción en determinado Registro, publicación, etc.

La capacidad admitida a la sociedad extranjera para adquirir derechos y contraer obligaciones será la del país de origen y no podrá ser mayor que la reconocida a las creadas sociedades creadas en Uruguay.

Es importante aclarar que para la legislación uruguaya el acto aislado no es lo mismo que acto único, ya que no se define por la cantidad de actos que realiza la sociedad extranjera, sino por oposición al ejercicio de la actividad social en forma permanente y organizada como sucursal o cualquiera otra representación.

- 2) Para ejercer el derecho de establecimiento de manera permanente ya sea por la instalación del establecimiento principal o secundarios como agencias, sucursales o filiales deberá cumplir de acuerdo con el art. 193 con los siguientes requisitos:

- inscribir en el Registro de las Personas Jurídicas, Sección Comercio el contrato social, la resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán y la determinación del capital que se le asigne cuando corresponda por la ley.

- Efectuar las publicaciones que la ley exija para las sociedades constituidas en el país, según el tipo social.

El art. 198 para el caso de sociedades con sede principal u objeto principal en el país establece que los requisitos de validez del contrato social se sujeten a la ley nacional. Esta disposición tiene por finalidad evitar el fraude y encuentra su fuente en la CIDIP II art.5º.

La LSC no regula de forma expresa la participación de una sociedad extranjera en una sociedad uruguaya. La doctrina mayoritaria entiende que pueda considerarse un acto aislado puesto que no tiene que cumplir con los requisitos del art.193 inc.3º, cuando pretenda adquirir cuotas partes o acciones de una sociedad uruguaya, ya que no se trata de establecer una sucursal ni de una representación permanente.

CAPITULO IV

IV.1 Definición.

ESTÁNDAR MÍNIMO COMÚN (EMC): lo defino como los elementos mínimos comunes requeridos y, que deben cumplirse en la constitución por acto único del Estatuto o contrato social de la persona jurídica Sociedad Anónima, para su reconocimiento como tal, su libre circulación, funcionamiento y desarrollo de actividades sociales dentro de los Estados Miembros del MERCOSUR.

IV.2.CRITERIO DE DETERMINACION DE LOS ELEMENTOS ELEGIDOS, PARA ENCUADRARLOS EN UN ESTÁNDAR MÍNIMO A REQUERIR EN EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA DEL MERCOSUR, (en adelante S.A. del MC).-

La forma de determinar el estándar mínimo común surge del cotejo del marco legal de los Países Miembros del MERCOSUR, y el criterio a seguir para la elección del estándar mínimo, es básicamente la extracción de aquellos elementos que se encuadren en la forma más práctica de creación del Estatuto o contrato social, la más generalizada o la más aceptada en la mayoría de los países, buscando de esta forma no solo la constitución de un Estatuto o contrato social con estas características sino también la posible adaptación de las sociedades anónimas ya constituidas. Esta determinación buscará la forma de no contrariar las normas de orden público internacional, pero es parte de la propuesta la necesaria adaptación del derecho interno de cada país en su medida, a efectos de lograr la similitud deseada en la materia, que como se vio no tiene diferencias insalvables o que al menos no puedan desaparecer, si se agrega a la voluntad de los operadores jurídicos del MERCOSUR, una verdadera política integracional, bien desarrollada a través de las correspondientes modificaciones legislativas.

IV.3.PROYECTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO COMÚN DEL ESTATUTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA DEL MERCOSUR.

Creo conveniente anticipar a la presentación del proyecto del EMC, las definiciones legales donde se expresa, lo que cada uno de los Países Miembros del MERCOSUR, entiende por SOCIEDAD ANÓNIMA, (S.A.).

Argentina. Art.163 ley 19.550/1972. *“El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas.”*

Brasil. Art.1088 LICC N° 10406/2002. *“En una sociedad anónima o compañía, el capital se divide en acciones, obligándose cada socio o accionista solamente por el precio de emisión de las acciones suscriptas o adquiridas”.*

Paraguay. Art.1048 Código Civil- ley N° 1183/1985. *“La sociedad anónima responde de las obligaciones sociales solo con su patrimonio. Las cuotas de participación de los socios están representadas por acciones.”*

Uruguay. Art. 244 ley 16.060/1989. *“En la sociedad anónima el capital se dividirá en acciones, las que podrán representarse en títulos negociables. La responsabilidad de los accionistas se limitará a la integración de las acciones que suscriban.”*

IV.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL EMC.

1.a. Constitución. Forma y Modalidad.

La constitución por acto único de la sociedad anónima para el MERCOSUR se podrá realizar por escritura pública o por documento privado, debiendo en este último caso protocolizarse el Acta de Constitución a efectos de preservar en el tiempo la matriz del Estatuto.

1.b. Requisitos.

Para constituir dicha sociedad comercial, se requerirá como mínimo dos accionistas para otorgar el Estatuto o contrato social, con capacidad para ejercer el comercio de acuerdo con el régimen legal vigente del país de constitución. Dichos accionistas serán los socios fundadores. Se deberá dejar constancia como mínimo de los siguientes datos personales:

- . nombre,
- . mayoría de edad,
- . estado civil,
- . nacionalidad,
- . domicilio,
- . número del documento de identificación personal.

1.c. Registración.

Será obligatoria la inscripción en el Registro de las Personas Jurídicas, Sección sociedades del MERCOSUR, que se creará a tales efectos en cada País Miembro, y tendrá competencia nacional.

- La inscripción tendrá carácter constitutiva como Sociedad Anónima para el MERCOSUR. Tendrá como efecto inmediato el reconocimiento de la personería jurídica en el país de constitución y en los restantes Países Miembros en que desarrolle su objeto social. El reconocimiento de su existencia la habilita a circular de un país a otro, funcionar y desarrollar sus actividades sociales y empresariales, para lo cual solo deberá acreditar que la misma se encuentra vigente mediante información registral, -en la forma que más adelante se expondrá- actualizada al momento de operar o contratar en el país en que desarrolle sus actividades sociales. Sin perjuicio de lo expuesto deberá cumplir con los requerimientos fiscales exigidos para funcionar en cada caso por el País Miembro receptor.

- Los actos declarativos, modificativos, de disolución y liquidación de las referidas S.A. del MC, deberán ser inscriptos en el Registro en el cual se haya registrado el ejemplar del Estatuto o contrato social constitutivo.
- El hecho de constituirse de acuerdo con el EMC e inscribirse en la sección del Registro de las Personas Jurídicas (o de Comercio o del que tenga dicho cometido según cada país) Sección Sociedades del MERCOSUR, supone la voluntad tácita de la sociedad de funcionar dentro de cualquiera de los Países Miembros del MERCOSUR.

La inscripción registral que otorga el reconocimiento de pleno derecho para actuar en el MERCOSUR, podrá ser cancelada de oficio judicialmente, cuando se compruebe que la sociedad ha actuado en fraude a la ley en cualquiera de los Países Miembros.

1.d. Contralor y autorización administrativa.

La autoridad administrativa, designada por las normas aplicables en el país de origen para el contralor de este tipo social, tendrá a su cargo en forma previa a la inscripción registral, la aprobación del Estatuto o contrato social, controlando el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales exigidos y, del estándar mínimo común.

El acta de aprobación expedida por la autoridad administrativa, se deberá inscribir conjuntamente con el Estatuto o contrato social de la S.A. del MERCOSUR en el Registro respectivo, antes mencionado.

En caso de tratarse de una sociedad ya constituida, es decir ya aprobada por la autoridad administrativa y registrada que cumpla con el EMC, se podrá inscribir en la nueva Sección de Sociedades del MERCOSUR, acompañando un informe técnico suscrito por Abogado o Escribano. En dicho informe se dejará constancia de haberse realizado el contralor del contenido del Estatuto y, del cumplimiento con EMC exigido para operar como S.A. del MC., bajo responsabilidad profesional.

IV.3.2.ELEMENTOS DEL ESTANDAR MINIMO COMUN.

1) Denominación social.

La denominación social, de cualquier modo que esté formada, debe contener la indicación de ser sociedad anónima, ya sea en forma extensa o abreviada. La omisión de esa indicación hará responsables individual y solidariamente al o los administradores, representantes, o firmantes, según el conocimiento o participación de cada uno de ellos en el acto realizado.

2) Objeto social.

Debe ser lícito y no contrariar el orden público internacional.

3) Capital social.

Debe ser expresado en moneda nacional del país de origen. Podrá dejarse constancia de su equivalencia en las monedas de los restantes Países Miembros del MERCOSUR, utilizando la cotización oficial tipo comprador del día anterior al acto constitutivo.

El capital estará dividido en partes iguales denominadas acciones, que podrán ser nominativas o al portador, salvo que por exigencia legal específica de alguno de los Países Miembros para desarrollar el objeto social, se requiera que las acciones sean únicamente nominativas, o así lo exijan leyes especiales para determinados actos, que se encuentran dentro del objeto social, (v.g. intermediación financiera).

Se dejará constancia de la forma de integración y suscripción del capital, del número de acciones a emitir, de la naturaleza o clase de las mismas, monto, condiciones de creación y de la forma de emisión en su caso y, de las demás características de las acciones.

Se deberá suscribir por entero el capital social, y se deberá integrar por lo menos el 50% del capital social emitido en acciones. Se establecerá la forma de pago del saldo no integrado, en un plazo que no podrá exceder de dos años.

Se podrá prever aumento de capital social sin necesidad de reforma estatutaria

4) Aportes.

Los aportes para integrar el capital social, podrán hacerse en dinero, títulos o valores negociables, bienes susceptibles de ejecución forzada, o en combinación de algunos de ellos.

El contrato será título hábil para la transmisión de los bienes que aporten en el momento de la suscripción, sin perjuicio de que se pueda instrumentar por separado.

5) Domicilio.

En el Estatuto o contrato social se deberá establecer el domicilio, y la sede principal. Podrá tener una o varias sedes sociales. El domicilio de la sociedad será el departamento, ciudad o localidad donde se establezca la administración de la sociedad, y la sede será la ubicación precisa de la administración dentro del domicilio.

Se dejará constancia si la sociedad tiene facultades de establecer sucursales dentro y fuera del país de constitución, las que podrán tener su propio domicilio y sede a determinar con posterioridad al acto constitutivo.

Siguiendo el principio que toda alteración o modificación debe registrarse, la resolución social que modifique el domicilio o la sede social deberá inscribirse en el Registro correspondiente.

6) Plazo.

Debe tener un plazo determinado, pero no se establece duración mínima ni máxima.

7) Administración.

La administración es la encargada de desarrollar la gestión de los negocios sociales y expresar la voluntad de la sociedad.

La administración estará a cargo de un Administrador o un Directorio uni o pluripersonal, quienes pueden ser o no accionistas. El administrador o directores podrán ser personas físicas o jurídicas.

Se podrá delegar en la asamblea de accionistas, la elección de una u otra forma de administración y del número de miembros del directorio.

Salvo estipulación en contrario, durarán en el cargo como mínimo un año y, serán reelegibles.

8) Representación.

La representación de la sociedad la tendrá el Administrador, o en caso de Directorio el Presidente del mismo, o uno o más Directores según se establezca.

Se deberá determinar la forma de actuación para ejercer la representación.

Se entenderá que el o los representantes están facultados a firmar por la sociedad en la forma estipulada.

9) Asambleas.

El Estatuto o contrato social deberá determinar:

- . qué clases de asambleas funcionarán,
- . los cometidos de cada una de ellas,
- . la forma de convocarlas,
- . el quórum necesario para funcionar,
- . la forma de tomar las decisiones,
- . la forma de representación en las asambleas.

10) Fiscalización.

Es facultativo establecer la fiscalización interna a través de un Síndico o una Comisión Fiscal.

IV.3.3. REGULACIÓN Y LEY APLICABLE A LAS S.A. DEL MC CONSTITUIDAS DE ACUERDO CON EL EMC.²⁴

3.1. La ley que regulará las relaciones internas entre los socios, las relaciones con terceros y los aspectos relativos al funcionamiento de la sociedad, será la ley del lugar de constitución de la sociedad anónima.

3.2. La Sociedad Anónima del MERCOSUR que establezca su sede principal, agencias o sucursales²⁵ en otro País Miembro del MC que no sea el de su constitución, deberá:

a) Nombrar representante permanente con domicilio en dicho país, con poderes para resolver cualquier cuestión y recibir citación judicial por la sociedad. En tal caso se regulará en cuanto a los actos y contratos que realice, por las leyes del país anfitrión.

b) Deberá además llevar contabilidad separada a la del país de origen y en el idioma del país receptor.

c) Deberá cumplir con las exigencias fiscales y tributarias exigidas por el país receptor, y las especiales que correspondan de acuerdo con el régimen tributario específico para la actividad que desarrolle, por tanto será obligatorio realizar las inscripciones necesarias en los organismos pertinentes, (por ejemplo si fuese en la ROU sería inscripción en el RUT de la DGI, en el B.P.S, en el M.T.S.S. y en el B.S.E).

Los actos de resolución de la sociedad para establecer una representación permanente, la sede principal de administración, agencias o sucursales, determinación de domicilio en el país anfitrión, designación de la o las personas que la administrarán o la representarán en dicho país, se inscribirán en el Registro de las Personas Jurídicas Sección Sociedades del MERCOSUR, o en el Registro al cual se le haya asignado tal cometido en el país de origen; este comunicará dicha inscripción por vía informática o tecnológica habilitada, al Registro del país de receptor, a efectos de incorporar la registración de dichos actos.

Las limitaciones impuestas a las sociedades extranjeras por leyes especiales para desarrollar determinadas áreas de la economía dentro del país receptor, o por la exigencia de ser ciudadano natural del país para ejercer cierta actividad, alcanzarán a las sociedades anónimas para el MC constituidas de acuerdo con el EMC.

IV.4 APLICACIÓN.

Partiendo de la base de contar con el apoyo político para armonizar las legislaciones en el MERCOSUR, el paso siguiente es estructurar la forma de llevar a cabo el proyecto, de manera práctica, ágil y abatiendo gastos.

La forma ideada para que el proyecto del EMC para la constitución por acto único del Estatuto o contrato social de una sociedad anónima, pueda operar dentro de los Países Miembros del MERCOSUR, se basa en el avance informático o tecnológico que se utiliza y se procura actualizar constantemente en la expedición de la información de los actos inscriptos en los Registros, dependientes en nuestro caso de la Dirección General de Registros que procura tener una estructura informática a la cual ha denominado de "gobierno electrónico". Esta postura abierta a cambios ayuda a hacer factible que la información que brinda el Registro de las Personas Jurídicas – sección Comercio de la ROU pueda a través de la obtención de la calidad de ente certificador emitir un certificado con firma digital que vuelque la información existente, registrada en Uruguay, al país receptor de los actos de constitución de sociedades anónimas para el MERCOSUR, inscripta en la sección sociedades de MERCOSUR que se creará por la autoridad competente a tales efectos, y viceversa.

Esta es la idea de aplicación práctica del proyecto, expuesta a grandes rasgos, y que tiene varios puntos a desarrollar.

Del estudio de la legislación existente en los Países Miembros del MERCOSUR surge un elemento en común que es tomado como punto de partida para desarrollar la aplicación de la propuesta. Este elemento es la obligación de registración de las sociedades anónimas en el Registro de Comercio u otro organismo con diferente denominación según el país, pero que cumple el mismo cometido.

Años atrás cada vez que en doctrina se manejaba el tema de armonización legislativa, surgía el inconveniente de la aplicación práctica de la circulación de la información entre los países.

²⁴ No se analiza el trato nacional porque su regulación deriva de un documento internacional.

²⁵ Se entiende a la sucursal como un tipo de representación permanente de la matriz. Caracterizada además por la doctrina, por contener cierta estructura técnica-administrativa u organización, asentada en un establecimiento o sede, a cuyo frente se encuentra un representante, gerente o encargado con amplios poderes de representación. Se diferencia de la filial que es una sociedad nueva, nacional, jurídicamente independiente, y que sólo tiene con la sociedad principal, dependencia o contralor de carácter económico.

Hoy debido al gran avance en materia informática, que se incrementa día a día, van surgiendo medios tecnológicos que se pueden captar a efectos de estructurar soluciones a muchos problemas.

Ya no es problema la distancia, pues ésta no parece tal, cuando tenemos información a cada instante de lo que sucede ya no solo en el MERCOSUR sino en el mundo, en lugares que están muy lejos físicamente, pero hoy con los medios tecnológicos desarrollados, no lo parecen tanto.

Así sucede con esos Registros que inscriben las sociedades anónimas en los Estados Miembros del MERCOSUR, cuando la información expedida por ellos en soporte papel, transita de un país a otro con su correspondiente tiempo de traslado, y con el necesario trámite de legalización. Sin embargo se puede constatar que toda esta demora resultado de la ejecución de varios trámites, hoy puede brindarse de otra manera, en forma ágil y dinámica utilizando medios informáticos. Es así que esa información se puede enviar de forma remota, vía Internet, dirigida a un organismo o ente certificador de la firma digital asignada, como puede ser nuestro Registro de Personas Jurídicas. En síntesis, se hace perceptible que la distancia deja de ser un problema en virtud de la tecnología aplicada, y también todos los contratiempos derivados de ella.

Otro punto para destacar, es que siempre se advirtió el riesgo en la seguridad jurídica que se corre al manejar certificados de vigencia de sociedades cuya existencia se acredita con el mismo, cuando por el transcurso de los días necesarios para el trámite de legalización, se va perdiendo la vigencia de esa información, con el correspondiente riesgo en la actuación ya sea para los operadores jurídicos o agentes económicos que actúen o contraten con la sociedad extranjera. La forma de aplicación estructurada, proporciona por su natural agilidad en la información solución a tal problema, brindando la seguridad requerida en la actuación o contratación con la S.A. del MC.

A vía de información cabe exponer aunque sea brevemente que se entiende por el sistema informático registral que se pretende utilizar, para aplicar el proyecto de esta tesis.

“En el ámbito nacional el artículo 2° del Decreto 382/003 del 17 de setiembre de 2003, establece:

“Firma Digital – es el resultado de aplicar a un documento un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, de manera tal que dicha verificación permita, simultáneamente, identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.”

El concepto de firma digital no se deriva de la noción tradicional de firma, ya que si bien posee ciertos atributos de ella, contiene a su vez marcadas diferencias con ésta. Sustancialmente en lo referente a su validez, esta no deriva de su forma, sino de su registro en terceros especialmente autorizados y de su validación con estos registros.

La firma digital en esencia se basa en criptografía, algoritmos matemáticos que funcionan a través de claves – públicas y privadas – propios de cada titular.

La mayoría de leyes o reglamentaciones vigentes sobre firma digital en el mundo, establecen que la misma genera presunciones de autoría e integridad del mensaje, y generan una inversión de la prueba en cargo de la persona que pretenda desconocer su validez y efectos jurídicos, sea este el emisor o el receptor del documento.

LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA AUTORIDAD DE APROBACIÓN DE POLÍTICAS DE CERTIFICACIÓN

Esta autoridad es la encargada de la determinación de las políticas mínimas de certificación, teniendo en cuenta tanto los estándares nacionales como internacionales.

En general dicta normas a través de circulares o comunicaciones a las que deben adaptarse las entidades de certificación, regulando el funcionamiento del sistema. Dentro de los aspectos que reglamenta se encuentran, las políticas de revocación o suspensión, los controles a los que se somete el sistema, las pautas de publicidad, las multas de incumplimiento.

Es normalmente un rol ejercido por un órgano dentro de la estructura gubernamental.

Autoridad de acreditación

Este órgano del Sistema, es quien entrega, revoca o deniega la inscripción de licencias habilitantes para las autoridades de certificación. Otro rol normalmente asignado a estas entidades es llevar el registro de las autoridades de certificación

Autoridad auditante

La autoridad auditante, tiene a su cargo el control y fiscalización del sistema, verificando si las autoridades de certificación se ajustan a los estándares tecnológicos y contienen sistemas seguros. En general informa sobre el cumplimiento de las políticas de certificación, la seguridad de la tecnología utilizada y la capacidad técnica y operativa de las autoridades de certificación.

Autoridades de certificación

Las autoridades de certificación son entidades, tanto públicas como privadas, que cumplen el rol de tercero de confianza del sistema. El proveedor del servicio de certificación es el que permite la verificación de la identidad de una persona o entidad que utiliza una firma electrónica. Dentro de sus roles se encuentran expedir los certificados digitales, controlar la identidad de los solicitantes, publicitar las claves públicas, informar de las causales de revocación o modificación de las claves públicas.

Autoridades de registro

Dependiendo del Sistema en el que nos encontremos, es posible que alguno de los roles de las entidades de certificación, sean trasladados a entidades de registro. Su rol es intermediar entre entidades de certificación y usuarios en las tareas de recepción de solicitudes, entrega de certificados y verificación de identidad de los solicitantes.

Usuarios

Los usuarios del Sistema son aquellas personas físicas o jurídicas e incluso computadoras o servidores, que solicitan por si o por sus titulares, la emisión de certificados de firma digital, a efectos de relacionarse con garantías con otros usuarios. Su principal deber es la conservación de la integridad de la clave entregada, ya que de su preservación depende toda la seguridad del Sistema.

PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DE LA FIRMA DIGITAL

Integridad

Se establece la presunción que los datos no han sido alterados desde el momento en que la firma fue agregada a los mismos. De esta forma por ejemplo los elementos que pueden resultar de la información registral en la inscripción de una sociedad anónima que acredita haber cumplido con los elementos constitutivos del estándar mínimo común requeridos para la registración en la Sección Sociedades del MERCOSUR, o de cualquier otro acto que modifique la inscripción original, se consideran válidos si no se prueba que han sido alterados. Esta presunción es en general aceptada en las legislaciones para aquellos documentos firmados digitalmente, en los casos en que esta firma surja de certificados emitidos por autoridades de certificación acreditadas. El agregado de las técnicas hash o del time-stamping fue expresamente desarrollado a efectos de garantizar la inalterabilidad de los mensajes transmitidos. Esta presunción válida para la firma digital, no se extiende por la ausencia de formalidades a la firma electrónica.

Autenticidad

En segunda instancia se incorpora la presunción de que la firma digital pertenece efectivamente a la persona que creó el mensaje. El funcionamiento de la infraestructura de firma digital y la consecuente expedición de certificados, tiene como objetivo sustantivo garantizar la identidad de la persona que firma el

documento en forma digital. Las entidades de certificación, como consecuencia de su cumplimiento de las reglas establecidas por las autoridades fijadoras de políticas de certificación, requieren al usuario todos los datos necesarios para acreditar su identidad. El funcionamiento del sistema sobre estas políticas, invierte la carga de la prueba sobre la autenticidad del documento firmado digitalmente.

No repudio

Finalmente, la presunción de autenticidad, implica a su vez la no posibilidad de rechazar las obligaciones emergentes del documento firmado digitalmente. Siguiendo a Ramos Suárez ²⁶ “la figura del no repudio puede ser tanto definida como una cualidad o una característica de una determinada comunicación, a través de la cual se protege a las partes de la comunicación frente a la negación de que dicha comunicación haya ocurrido. El no repudio consiste en la capacidad de probar a una tercera parte que una específica comunicación ha sido realizada, admitida y enviada a una determinada persona” El objetivo del no repudio no es obligar a aceptar un mensaje, sino simplemente otorgarle la necesaria protección para su validez jurídica, de manera que la negativa de aceptación se derive de los vicios de consentimiento normales, y no del hecho de encontrarse en formato digital.

La firma digital en Uruguay

En nuestro país la firma digital aparece mencionada por primera vez en el art. 129 de la Ley 16002 del 24 de noviembre de 1988, pero solamente para su utilización en el ámbito público. Sin embargo luego de su temprana irrupción en el ámbito jurídico, los avatares de la política legislativa, no han hecho posible que el país cuente con una ley específica sobre firma digital o electrónica, quedando su exigencia o validez restringida a ciertos ámbitos específicos.

Leyes 16002, 16736 y 17243

Como se señala precedentemente la primera mención en la legislación nacional a la transmisión de información por medios electrónicos se realiza en el art. 129 de la Ley N° 16002 del 24 de noviembre de 1988 el que establece:

“Artículo 129.- La documentación emergente de la transmisión a distancia, por medios electrónicos, entre dependencias oficiales, constituirá, de por sí, documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos en cuanto a la existencia del original transmitido”

Independientemente de este artículo, el impulso más sustantivo para la utilización de tecnologías electrónicas en la Administración surge como consecuencia de los artículos 694 a 698 de la ley N° 16736 del 5 de enero de 1996. Esta Ley busca la incorporación de los procedimientos electrónicos en el ámbito estatal y establece en sus aspectos sustantivos lo siguiente:

“Artículo 694.- Las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de medios informáticos y telemáticos para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus competencias, garantizando a los administrados el pleno acceso a las informaciones de su interés.

Artículo 695.- Los trámites y actuaciones que conforman el procedimiento administrativo así como los actos administrativos podrán realizarse por medios informáticos. Su validez jurídica y valor probatorio serán idénticos a los de las actuaciones administrativas que se tramiten por medios convencionales. La firma autógrafa podrá ser sustituida por contraseñas o signos informáticos adecuados.

Artículo 696.- La notificación personal de los trámites y actos administrativos podrá realizarse válidamente por correo electrónico u otros medios informáticos o telemáticos, los cuales tendrán plena validez a todos los efectos siempre que proporcionen seguridad en cuanto a la efectiva realización de la diligencia y a su fecha.

26 RAMOS SUAREZ – Eficacia jurídica de un transacción electrónica. La figura del no repudio, <http://legalia.com/dti/general/articulos/artcom3.htm>

Artículo 697.- La documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe, a todos sus efectos, en cuanto a la existencia del original transmitido. El que voluntariamente transmitiere un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento almacenado en soporte magnético, o su respaldo, incurrirá en los delitos previstos por los artículos 236 a 239 del Código Penal, según corresponda.”

Finalmente en una intención primaria de extender el ámbito de aplicación de los procedimientos de firma digital y electrónica, el primer inciso del art. 25 de la Ley N° 17243 del 29 de junio de 2000, estableció:

“ Artículo 25.- Autorízase en todo caso la firma electrónica y la firma digital, las que tendrán idéntica validez y eficacia a la firma autógrafa, siempre que estén debidamente autenticadas por *claves u otros procedimientos seguros, de acuerdo a la tecnología informática.*”

Decreto 65/1998

El Decreto 65 del 18 de marzo de 1998, reglamenta los artículos 694 a 698 de la Ley 16736, ya citada, dedicando sustancialmente su articulado a la consolidación del expediente electrónico y la mejora de la eficiencia y transparencia de la Administración

Este decreto, inserto al igual que la Ley 16736 en el proceso de reforma del Estado, se limita a la reglamentación de la utilización de documentos electrónicos en el ámbito de la Administración, e incursiona en algunas definiciones sobre firma electrónica, firma digital y mecanismos de protección criptográfica, acordes con los conceptos sustantivos que las diferencian en cuanto a su validez y eficacia jurídica.

Decreto 382/003

Más recientemente el Decreto 382/003 del 17 de setiembre de 2003, amplía algunos de los conceptos previamente definidos en el Dec 65/998 y establece con mayor precisión el procedimiento para la expedición de certificados digitales, y algunas de las obligaciones propias de los prestadores de servicios de certificación.

De acuerdo a lo establecido en el propio art. 25 de la ley 17243, la prestación de servicios de certificación no está sujeta a inscripción previa y se realiza en un régimen de libre concurrencia. El mantenimiento de este principio de libertad, no debe confundirse con la falta de cumplimiento de formalidades tanto en el funcionamiento de estas entidades, como en los mecanismos para la expedición de certificados.

La ausencia de algunas de estas formalidades, y la necesaria armonización normativa con los restantes países del Mercosur son elementos sustantivos para la aprobación de una ley general en esta materia.

Anteproyecto de Ley

El 10 de marzo del año 2004, el Poder Ejecutivo, envía a la Asamblea General un Anteproyecto de Ley sobre Firma Digital y Prestadores de Servicios de Certificación, a efectos de armonizar la normativa nacional, con la existente en los restantes países del Mercosur.

La propia exposición de motivos de este Anteproyecto, exime de mayores comentarios al establecer:

“La falta de una ley como la que se propone coloca a nuestro país, pese a haber sido uno de los primeros en el mundo en prever el valor jurídico de la documentación transmitida por métodos electrónicos o informáticos, en situación de desventaja frente a otros países integrantes del MERCOSUR. Cabe señalar que la República Argentina dictó con fecha 14 de noviembre de 2001 una ley sobre la materia y Brasil tiene un régimen federal totalmente Integrado, originado en decretos y resoluciones del Gobierno Federal.

La necesidad de una ley que regule la prestación de servicios de certificación de firma digital, se hace aún más evidente ante la existencia de algún proyecto, a nivel del MERCOSUR, de establecer una entidad de certificación supranacional, que relegarla a un plano totalmente secundario las certificaciones otorgadas por entidades nacionales públicas y privadas.”

Este Anteproyecto establece en forma consistente con la legislación comparada la validez de las firmas electrónica y digital, sus valores probatorios amplio y restringido respectivamente, reglamenta la prestación de servicios de certificación y la obligación de registro de estas entidades.²⁷

A través de lo expresado surge que los medios a utilizar para la implementación del proyecto, a nivel de la Administración Pública están regulados, y puede entonces adaptarse a los fines que en esta tesis se propone, máxime cuando la Dirección General de Registros dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, como ya he mencionado ha expresado su voluntad de desarrollar un gobierno electrónico en el funcionamiento registral. Y todavía más, cuando en los Países Miembros del MERCOSUR este tema no ha sido ajeno a su tratamiento, y por las Comisiones Técnicas se ha expresado la voluntad de regular sobre esta materia y, su coordinación para ser usada en la búsqueda de la información necesaria, y de trámites administrativos en la región.

El “gobierno electrónico”, es definido por “AGESIC”²⁸ como:

“El uso de las TECNICAS DE INFORMACION Y EL CONOCIMIENTO (TIC), por parte de las instituciones de gobierno para mejorar cualitativamente los servicios e informaciones ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y la eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y de la participación ciudadana”.

Lo importante es que el marco legal para el desarrollo del gobierno electrónico a nivel nacional son las **RESOLUCIONES DEL MERCOSUR N° 34 Y N° 37/2006**, que demuestran que ya existe a través de las Comisiones Técnicas la voluntad en el MC del reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada o firma digital para la región.

- Resumiendo en mi proyecto la información se envía de forma remota, vía Internet, dirigida a un organismo o ente certificador de la firma digital asignada, como puede ser nuestro Registro de Personas Jurídicas, sección Sociedades del MC.

- Este ente certificador **brinda al usuario una información vigente** que es la requerida por todos los operadores jurídicos y económicos **para actuar con agilidad y seguridad en la contratación con una sociedad del Mercosur.**

Es decir que, para poner en práctica y poder aplicar este proyecto basado en la armonización normativa sobre este tema en la región del MERCOSUR, se requiere una estructura apoyada en nuevas modalidades, que son resultado de logros y avances tecnológicos.

La estructura registral de apoyo sería la siguiente:

1) La creación de una sección en el Registro de Comercio de cada país miembro,- o en el que según la ley del país de constitución de la sociedad, tenga competencia en la materia-, a efectos de inscribir las sociedades anónimas constituidas por acto único de acuerdo con el Estándar Mínimo Común.

2) Esa nueva sección se denominará Sociedades del MERCOSUR y, tendrá competencia nacional con el propósito de centralizar la emisión de la información.

3) Se inscribirán en ella los actos constitutivos, declarativos, modificativos, designación de administrador o directores y la disolución y liquidación de la Sociedad Anónima del MC, y las cancelaciones judiciales de oficio.

4) Se implementará una minuta con los datos requeridos por el Registro para la inscripción de cada acto, a efectos de realizar el asiento registral de manera que pueda ser escaneado y enviado en forma remota vía Internet, con el fin de brindar la información registral de dicho asiento a cualquiera de los Estados Parte.

5) La información relativa a las sociedades anónimas del MERCOSUR podrá solicitarse en el Registro de Comercio de cualquiera de los países miembros, el que a su vez solicitará la información al Registro del país de origen de la sociedad por la que se consulta, mediante la aplicación de los certificados electrónicos con firma digital, actuando el Registro solicitante como ente certificador.

En síntesis, partiendo hipotéticamente de que los Países Miembros del MERCOSUR, suscriban un Protocolo donde por Acuerdo deciden emitir directivas para incorporar el proyecto contenido en esta tesis en

27 Lo expuesto sobre firma digital surge de la monografía realizada por autores varios, incluyendo a la suscrita, denominado “Contratación Electrónica” para el Curso de Contratación Administrativa del Prof. Carlos Delpiazzo, del Master en Derecho de la Empresa, año 2007.-

28 “AGESIC”: Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y el Conocimiento, creada por el art. 72 de la ley 17930 como unidad ejecutora del Poder Ejecutivo para poner en práctica el gobierno electrónico a nivel nacional.

el derecho interno de cada país, a efectos de armonizar la normativa en la región sobre este tema, se abriría el camino esperado por muchos de los agentes empresariales para operar en forma ágil en un gran espectro de situaciones, algunas como las que se plantean a continuación a vía de ejemplo, y que se resolverían de la siguiente manera:

I) Una sociedad anónima argentina, resuelve abrir una cuenta bancaria en Uruguay, alquilar un inmueble y contratar a un grupo de investigadores de mercado que estudiarán la factibilidad de desarrollar actividades empresariales en ROU.

Esta sociedad anónima del MC, constituida de acuerdo con el EMC, aprobada e inscripta en el país de constitución, se presentará ante los operadores jurídicos que intervengan en cualesquiera de los actos y contratos mencionados, acreditando su existencia de acuerdo con el certificado electrónico expedido por el ente certificador de R.O.U., que certifica a solicitud del usuario la vigencia de la S.A. del MC al momento de actuar o contratar, y con el testimonio registral de la minuta conteniendo los datos establecidos en el asiento registral actualizado de acuerdo con el EMC, información necesaria por ejemplo para determinar quien representa a la sociedad a la fecha.

II) La referida sociedad argentina, decide solicitar un préstamo para efectuar un depósito en garantía de arrendamiento en B.H.U., y para instalar en dicho inmueble una sucursal designando un gerente al frente de la misma.

La sociedad deberá entonces inscribir previamente en el Registro de las Personas Jurídicas- Sección Sociedades del MC- del lugar de su constitución, la resolución de establecer una sucursal en ROU, su domicilio, la designación del representante de la misma, y la forma en que va a llevar la contabilidad. Esta inscripción en el país de constitución de la sociedad se enviará vía remota al Registro del país en que se instalará la sucursal (país anfitrión) a efectos de incorporar la registración de dichos actos.

La sociedad argentina deberá además realizar las inscripciones tributarias requeridas para desarrollar su actividad empresarial, (D.G.I., B.P.S., M.T.S.S. y B.S.E), exigidas por las leyes uruguayas.

CAPITULO V

CONSIDERACIONES FINALES

A través del tiempo, el avance tecnológico va brindando la posibilidad de proponer o realizar proyectos, cuya viabilidad se apoya en los medios informáticos, que proporcionan nuevas técnicas de información, comunicación más ágil, y otras formas de contratación, como es la electrónica.

Este avance tecnológico debe aplicarse también para desarrollar otras áreas, como es la integración regional. Es pues con la ayuda de esas nuevas técnicas dinámicas y seguras que se ideó este proyecto, dirigido a una determinada materia como es la societaria, y especialmente a una forma jurídica o tipo social como es la sociedad anónima, la cual desde su inicio ha sido adoptada por la mayoría de las empresas que despliegan su actividad económica dentro del MERCOSUR.

Por otro lado, si bien percibimos que estos avances son importantísimos, esto solo no alcanza, como ya se expresó, para lograr cambios en la legislación, se necesita de voluntad política, y aquí además se necesita de voluntad política integracional, abierta a cambios, convenientes que tiendan a armonizar las normas con la finalidad de integrar cada vez más a los Países Miembros del MERCOSUR.

Considero, que sería importante para lograr un avance significativo para las relaciones que se crean constantemente entre los países, ir adecuando la armonización normativa con los adelantos tecnológicos, aunque para lograrlo haya que efectuar cambios de importancia. La protección de los agentes económicos nacionales no se logra solo por el hecho de tener una regulación restrictiva en el funcionamiento de las sociedades extranjeras. El verdadero desarrollo del espíritu integracional consagrado por el MERCOSUR para lograr el bienestar económico para toda la región, se va a conseguir con políticas de apertura, buscando una armonización legislativa cada vez mayor, y regulando también en forma integracional aspectos vinculados al desarrollo económico-social como son la competencia desleal y los derechos de los consumidores.

El objetivo planteado para desarrollar este tema, fue el de modernizar, buscar la forma de facilitar las actividades entre los agentes empresariales que actúan en la región, agilizar los trámites a través de la información dinámica, abaratar costos y lograr mayor seguridad jurídica para quienes interactúan en dichas relaciones jurídicas y económicas.

Concluyendo, estimo que la aplicación de un Estándar Mínimo Común para la constitución del Estatuto o contrato social de una Sociedad Anónima para el MERCOSUR, con la finalidad que aquí se plantea,

colabora fomentando la integración regional que pretende el MERCOSUR, y con el desarrollo fluido de las actividades económicas en la región.

BIBLIOGRAFÍA

AGUINIS ANA MARIA M. de: "Empresas e inversiones en el Mercosur", Ed. Abeledo -Perrot. Bs.As. Argentina, año 1993.

ACQUARONE, María T., NARDELLI MOREIRA, Virginia: "Actuación aislada en la Argentina de las sociedades constituidas en el extranjero", Lexis Nexis on line N°0021/000239 – año 2007.-

ACUÑA, M. del C.: "Registro de Sociedades en la República Oriental del Uruguay", Comité Notarial del MERCOSUR-Uruguay. Bs. As. Año 1999.

BERDAGUER, Jaime: "Sociedades Extranjeras" XXXVIII JORNADA NOTARIAL URUGUAYA, Año 1997.

Boletín Informativo N° 3, Ciudad del Este- Colegio de Escribano de Paraguay- "La constitución de sociedades mercantiles en el marco de la integración regional" año 1995.-

BRITO, José Alberto de Rocha: "Registros societarios en Brasil" Año 1996.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: "Aproximación de la legislación interna entre estados que integran una comunidad regional. El MERCOSUR y la Comunidad Europea". Publicado en la "LA LEY S.A". año 1992.

Carlos Eduardo López Rodríguez, Nury Rodríguez Olivera y Viginia Bado, página: www.derechocomercial.edu.uy- año 2008

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE PARAGUAY: "Régimen de sociedades Comerciales" año 2000
COMITÉ NOTARIAL DEL MERCOSUR: "Expresión volitiva de las sociedades" Bs.As. Año 1999.

COSTA, Ligia Maura: "A Coperacao entre empresas no Mercosul" (pág.21-38, "O MERCOSUR em movimento". Porto Alegre. Do Advogado, año 1995.

ETCHEVERRY, Raúl A.: "Empresa binacional argentino-brasileña. Un nuevo instrumento de integración" Lexis Nexos on line N° 0021/000342 - año 2006.

FERNANDEZ DIETZE, María Isabel y otra: "Requisitos de las sociedades Comerciales en el MERCOSUR" (pág 140-183) año 2003.

FIRPO, Orlando: artículo de la REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, Vol. 83 N° 1-12 de ene.-dic. Año 1997 páginas 107-128.

GAGLIARDO, Mariano: "Sociedades en el MERCOSUR", (págs.110 y ss.) año 1996.

HARGAIN, Daniel: "Actuación en Uruguay de sociedades comerciales constituidas en el extranjero", Lexis Nexis on line N°0021/000242, año 2004.

JORNADAS NOTARIALES DEL CONO SUR: "Sociedades comerciales, anónimas y de responsabilidad limitada" Montevideo- R.O.U A.E.U. año 1998 – Régimen societario en los países miembros del MERCOSUR.

LLOBERA Hugo, "Nacionalidad o binacionalidad de la forma jurídica de la empresa binacional argentino-brasileña", Fuente 1997, Lexis Nexis on line N° 0021/000058 o 0021/000059 año 2007.

MATTEO TERRA, Vivian: "Sociedades extranjeras: de las consecuencias de la omisión de registrar un sociedad en nuestro país por parte de una sociedad extranjera", en Registro de Sociedades" Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino, Año 2000.

MOREL, JOSEFINA: en Comisión de Asuntos Americanos UINL- "Sociedades constituidas en el extranjero. Su problemática y regulación legal en la Argentina". Año 1999.

NURDEO, Fabio- PUCCI, Adriana: "Actuación transitoria de las sociedades extranjeras en Brasil", Lexis Nexis on line N° 0021/000243 - año 2007.

OLIVERA, Noemí L. " Actuación mercantil de las Pymes en el MERCOSUR", Lexis Nexis on line N° 0021/000046 - año 2004.

OLIVERA, Ricardo: "Estudio de Derecho Societario" (págs.145-148;155-158) Edición año 2005.

PALAO, Moreno Y OTROS: "ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA EMPRESA (págs.247-280)

PIAGGI, Ana: " Relaciones interempresariales en el MERCOSUR", Lexis Nexis on line N° 0021/000102 - año 2004.

ROVIRA, Carolina "Régimen comparativo de la regulación societaria en los países miembros del MERCOSUR" (págs.31-52), año 2000.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto: "Actuación Internacional de las sociedades constituidas en la legislación paraguaya", Lexis Nexis on line N°0021/000244, año 2004.

SANTOS BELANDRO, Ruben: "Circulación de las Sociedades Comerciales en el MERCOSUR" (PÁGS.68-85), Seminario ALADI, R.O.U., año 1996

UNION INTERAMERICANA DEL NOTARIADO LATINO (UINL), Comisión de Asuntos Americanos, Sección para el Estudio de la Integración (autores varios): "Régimen societario y SUSENA, Emilio: "Registro de Sociedades" VIII REUNION DEL COMITÉ NOTARIAL DEL MERCOSUR. Año 2000.

VELASCO SAN PEDRO "MERCOSUR Y UNION EUROPEA" (pág.147-149)Valladolid- Lex Nova año 1998.

WONSIK DE HASKEL, María; en Comisión de Asuntos Americanos UINL- "Requisitos de actuación de las sociedades extranjeras en los países de MERCOSUR", Año 1999.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

MARTÍN FORNELLA LANDA
Principio de Igualdad

PRINCIPIO DE IGUALDAD

MARTÍN FORNELLA LANDA

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo monográfico es comentar la sentencia del Tribunal de Apelaciones que corresponde al caso 14168, acerca del “Estatuto Jurídico de los Ministros de Estado” y mostrar cómo en ella se evoca el principio de igualdad.

Primeramente, es importante destacar que en el caso se tratan temas como la responsabilidad penal, inmunidades y fueros, inmunidad de procesamiento, y si éste rige aun después del cese en el cargo. La Constitución ofrece diversos artículos referidos a este asunto pero la interpretación y aplicación de los mismos es lo que genera más de un punto de vista.

A su vez, cabe antes dejar claro a qué nos referimos cuando hablamos de principios. Los principios jurídicos (“legal principles”) son aquellos preceptos que proporcionan los puntos de partida autorizados del razonamiento jurídico a partir de los cuales se buscan reglas o pautas para la decisión de controversias jurídicas¹. Los principios surgen cuando la experiencia muestra que ya es imposible proporcionar “rules” y “remedies” para cada caso. Los mismos permiten la interpretación y aplicación de las reglas, diferenciando unos casos de otros y estableciendo proposiciones generales más allá de las diferencias. Son obra de los juristas, y aparecen con la llegada de la literatura y la especulación jurídica. Es posible decir también que las máximas o proverbios jurídicos serían una forma históricamente temprana de principios, lo que hace resaltar su importancia a lo largo del tiempo.

Principio de Igualdad – Constitución Uruguay de 1997:

Artículo 8°

“Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”

Como lo supo exponer el Dr. Martín Risso Ferrand, el derecho a la igualdad protege a todos los individuos frente a todo trato discriminatorio o arbitrario del que pudieran ser objeto en el ámbito de los restantes derechos y libertades². Al mismo tiempo, Jiménez de Aréchaga habló del “derecho a la igualdad”, sin perjuicio de destacar que además de dicho carácter la igualdad constituía un principio general de derecho³.

RESUMEN DE HECHOS

Como se desprende de la sentencia del caso 14168, a comienzos del año 1999, ante el agotamiento de las partidas para promoción que le fueran destinadas presupuestalmente al Ministerio, se pone en conocimiento del Ministro de Turismo B.S. que sería posible obtener rubros para promoción si se llegaba a cierto “acuerdo” con las entidades que solicitaban subvenciones. De esta forma, el Ministro B.S. convocó a diversas Asociaciones a las cuales les explicó el sistema que utilizarían para así “colaborar con el Ministerio”. Todo el dinero de las subvenciones concedidas a estos beneficiarios era destinado a cubrir los gastos y necesidades del Ministerio. Siendo consciente de esta estrategia, B.S. comenzó a conceder y autorizar “Subvenciones fictas” que lo que permitían era solventar estos gastos. En definitiva, el Ministerio cubría sus propios gastos con dinero que se concedía a los beneficiarios. Y el propio Ministro B.S. dictó actos administrativos ordenando subvenciones fictas o falsas a favor de estos, sin reconocer su fin particular que era “solventar la gestión ministerial en

1 García Ruiz, Leopoldo “Derecho, intereses y civilización. El Pensamiento Jurídico de Roscoe Pound”, Granda 2002, páginas 79-80.

2 Risso Ferrand, Martín, “Derecho Constitucional”, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, página 470.

3 Jiménez de Aréchaga, Justino, “La Constitución Nacional”, Tomo I, Edición Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, página 364.

forma prohibida por la ley". Cabe enfatizar que estos hechos fueron llevados a cabo por el Sr. B.S. "en calidad de Ministro de Turismo".

En una primera instancia, el Sr. B.S. fue acusado por los actos realizados durante su cargo. En su defensa, sostuvo estar protegido por el artículo 178 de la Constitución que explica que "Los Ministros de Estado gozarán de las mismas inmunidades y les alcanzarán las mismas incompatibilidades y prohibiciones que a los Senadores y Representantes en lo que fuere pertinente.

No podrán ser acusados sino en la forma que señala el artículo 93 y, aun así sólo durante el ejercicio del cargo. Cuando la acusación haya reunido los dos tercios de votos del total de componentes de la Cámara de Representantes, el Ministro acusado quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones". Sin embargo, el Sr. B.S. fue acusado de todos modos.

En segunda instancia, el ex Ministro decide apelar, dando lugar a la sentencia en discusión. Es aquí que el Tribunal resuelve revocar "la providencia impugnada N° 143 del 28 de agosto de 2000, de fs. 43 y ss., y en su mérito, disponiendo la clausura de las actuaciones respecto del Sr. B.S.". La discusión principal se basa en si la inmunidad otorgada a los Ministros durante el ejercicio de su cargo continúa o no, una vez terminado el mismo.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL Y EXPLICACIÓN

Con el fin de llegar a una resolución final, el Tribunal toma en cuenta diversos factores. Primeramente, que el Juzgado *a quo* había omitido conceder el recurso de nulidad que supo interponer la Defensa y que esta cuestión podía y debía ser analizada en el "marco del recurso de apelación".

A su vez, se analiza la evolución de algunos artículos constitucionales llegando a la conclusión de que "los Senadores, Representantes y Presidente de la República gozan de las mismas inmunidades, incompatibilidades y prohibiciones, al igual que los Ministros de Estado 'en lo que fuere pertinente'; es decir, pues, que el referido primigenio estatuto de los Legisladores se ha universalizado de tal forma que ahora comprende también al Presidente de la República y a los Ministros de Estado".

Por otra parte, también se refiere al artículo 112 de nuestra Constitución que explica: "Los Senadores y los Representantes jamás serán responsables por los votos y opiniones que emitan durante el desempeño de sus funciones". En este sentido, el Tribunal se adhiere a la posición del Dr. Gonzalo Aguirre Ramírez que sostiene que la doctrina trata de "ensanchar el campo en que opera la irresponsabilidad". Así muestra que todos los actos realizados por el legislador en su calidad de tal, están amparados por este artículo. En cuanto a los artículos 113 y 114 que prevén la inmunidad de arresto y procesamiento, todos creen que los delitos cometidos fuera del ejercicio del cargo deben ser juzgados por la justicia ordinaria. Sin embargo, si el delito se hubiese llevado a cabo durante el ejercicio de sus funciones, el mismo estaría amparado por la irresponsabilidad establecida por el art. 112. Y este es el caso en cuestión. El Ministro B.S. fue acusado por actos realizados durante su mandato, a pesar de que éste había culminado tiempo atrás.

Posteriormente, el Tribunal prosigue a analizar el método por el cual funciona el privilegio mencionado, no sin antes adherirse al punto de vista del Dr. Cassinelli Muñoz, al sostener que "la extensión de la irresponsabilidad a los Ministros hace que los actos administrativos firmados por los Ministros, que son evidentemente la expresión de su voto y de su opinión, no los hagan responsables ni penal ni civilmente, salvo la vía del juicio político". De esta forma, los actos o hechos administrativos eventualmente ilícitos llevados a cabo por Ministros durante su cargo, "resultan atrapados por la irresponsabilidad penal y civil prevista en el artículo 112 de la Constitución". Por este motivo, le es imposible al Tribunal acusar al Sr. B.S. ya que en realidad, sus actos fueron dentro de un período de tiempo determinado en el que regía el artículo particular que lo amparaba.

A su vez, se analiza detalladamente la evolución de ciertos artículos con el fin de mostrar cómo se han llevado a cabo modificaciones con el fin de amparar no solo a los Ministros, sino también a aquellos que han dejado de serlo. De lo contrario, estas modificaciones carecerían de sentido.

Al mismo tiempo, se trata cómo hay quienes sostienen que la existencia de estos gobernantes irresponsables choca con el principio de igualdad ante la ley, establecido por el artículo 8°. Sin embargo, este Tribunal explica que la Constitución "puede establecer los fueros, privilegios, limitaciones, prohibiciones, etc., que se estimen adecuadas para el funcionamiento del sistema político que establece y organiza".

Para finalizar sus consideraciones, el tribunal hace hincapié en que "los hechos con apariencia delictiva imputados, prima facie, al Sr. B.S., fueron cometidos en 'calidad de Ministro de Turismo'; es decir, en el

ejercicio de sus funciones". De esta forma, continúa a enfatizar que los actos del Ministro fueron alcanzados por la irresponsabilidad penal y civil prevista por el artículo 112 y acentúa que la misma es definitiva: el Sr. B.S. no puede ser perseguido por este motivo por más que su cargo haya cesado.

Por estos fundamentos y por mayoría es que el Tribunal (Mata y Gómez) resolvió revocar "la providencia impugnada N° 143 del 28 de agosto de 2000, de fs. 43 y ss., y en su mérito, disponiendo la clausura de las actuaciones respecto del Sr. B.S."

OPINIÓN DEL DISCORDANTE PREZA VALORACIÓN PROPIA SOBRE EL FALLO

A pesar de los fundamentos recién mencionados, no logro adherirme a ellos por diversos motivos. Es así que me muestro en acuerdo con la opinión de Preza, el discordante.

Para empezar, hace hincapié en la expresión clave del art. 178 "y aún sólo durante el ejercicio del cargo". La misma expresa que mientras un Ministro de Estado ejerce sus funciones, no se le puede enjuiciar penalmente por su actuación (si previamente no se aplica el mecanismo de juicio político). De esta manera, se impide que el funcionario se vea constantemente sujeto a denuncias penales. Sin embargo, "en ningún momento pudo estar en la mente del constituyente, consagrar un estatuto de inmunidad 'sine die' a favor de un Ministro de Estado". Es claro que en caso de que esto sucediese, se estaría violando el principio de igualdad consagrado por el octavo artículo de nuestra Constitución. No existen motivos aparentes para los cuales los constituyentes quisiesen otorgarles a los Ministros una suerte de inmunidad perpetua.

A su vez, una vez finalizado el desempeño del cargo, es posible que se les formule una denuncia penal por los hechos delictivos llevados a cabo durante el ejercicio de sus funciones. En este momento, los ex Ministros se encontrarían en una situación de igualdad total frente al resto de los ciudadanos ante la ley penal. Bajo ningún concepto se debería otorgarles una suerte de impunidad absoluta a los gobernantes en referencia a hechos y actos de corrupción, pues "ni la Constitución Nacional, ni el Código Penal, ni la ley anticorrupción así lo quieren".

Preza finaliza sus fundamentos sosteniendo que las excepciones de inmunidad son permitidas y llevadas a cabo con el fin de "posibilitar el normal desempeño de los gobernantes durante el desarrollo de la función". Hacer distinciones y excepciones no fundamentadas sería algo incompatible con el régimen democrático-republicano "donde el principio es la igualdad de todos los ciudadanos antes la Ley".

Por mi parte, no sólo estoy de acuerdo con las ideas de Preza recién mencionadas, sino que me gustaría además complementar y agregar otras.

Si nos referimos al caso de las excepciones otorgadas al Presidente de la República, es necesario citar el artículo 172: "*El Presidente de la República no podrá ser acusado, sino en la forma que señala el artículo 93 y aun así, sólo durante el ejercicio del cargo o dentro de los seis meses siguientes a la expiración del mismo durante los cuales estará sometido a residencia, salvo autorización para salir del país, concedida por mayoría absoluta de votos del total de componentes de la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras.*"

Cuando la acusación haya reunido los dos tercios de votos del total de los componentes de la Cámara de Representantes, el Presidente de la República quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones". Es aquí que se puede ver cómo se hace referencia al período de ejercicio del cargo o "dentro de los seis meses siguientes". De esta forma uno logra ver que en el caso del Presidente se ha elegido especificar el tiempo adicional en el cual regirá la protección. Sin embargo, en el caso de los Senadores, no existe tal explicitación. Y si, citando nuevamente al artículo 178 de nuestra Carta Magna, "los Ministros de Estado gozarán de las mismas inmunidades y les alcanzarán las mismas incompatibilidades y prohibiciones que a los Senadores y Representantes", ¿por qué, entonces, se trataría de darles supremacía a los Ministros, incluso sobre la figura principal del Poder Ejecutivo? Nuestro sistema democrático, a su vez, supone un régimen de igualdad entre los Poderes. Con esto, trato destacar cómo la igualdad no se restringe solamente a los ciudadanos. Es más, la igualdad entre los Poderes es característica de un Estado democrático de derecho como el nuestro. Por tanto, no sería coherente permitir que una vez terminado su cargo, un Ministro pudiera seguir amparado por esta protección de la Constitución. Si no se especifica nada en referencia a qué ocurre una vez terminado el ejercicio de sus funciones, a mi entender, es porque el artículo de la Constitución no lo seguirá protegiendo como antes. Las excepciones, en caso de que existan, deben aparecer siempre explícitamente y una vez encontradas en la Carta, estas deben ser interpretadas estricta y restrictivamente. Es claro que en el caso del Presidente, la excepción se estipula a texto expreso. Sin embargo, no sucede lo mismo en el caso de los demás dirigentes gubernamentales. En el primer tomo de su obra "Derecho Constitucional" (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005),

el Dr. Martín Risso Ferrand sostiene que la igualdad ante la ley se materializa, entonces, básicamente en dos aspectos. Por un lado, en una igual protección por parte de las leyes. Por otro, habla de la prohibición de fueros y leyes especiales, excepto, claro está, las excepciones constitucionales. En el caso que estamos tratando, las excepciones no se encuentran explicitadas.

Al mismo tiempo, una vez culminado el cargo de Ministro, suena inconcebible continuar otorgándoles cierta distinción sobre el resto de los ciudadanos. Se entiende, a mi parecer, mientras ejercen el cargo gubernamental, pues es una buena forma de garantizar sus funciones. Sin embargo, una vez terminado el mismo, ¿por qué habría de seguir beneficiándolos cuando ya no lo requieren? En tal caso se estaría haciendo una distinción dentro de la sociedad, dentro de los ciudadanos; una distinción importante. Pasaríamos a hablar de “súper hombres” o “súper ciudadanos”, pues por haber cumplido en determinado momento con una tarea gubernamental, se les estaría retribuyendo durante toda su vida. No hace falta ni destacar que esto implicaría una completa violación al principio de igualdad.

CONCLUSIÓN

Para concluir, creo importante destacar cómo la opinión del discordante Preza fue posteriormente tomada en cuenta por la Suprema Corte de Justicia. Como ya mencionado, la igualdad constituye no solo un derecho para los ciudadanos sino también un principio general del derecho y además una de las bases fundamentales o valor supremo del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, su violación resulta inadmisibles para la Suprema Corte de Justicia. Cuando el caso llega en manos de ésta, la misma decide anular la sentencia y confirmar la sentencia de primera instancia, entendiendo que concluido el ejercicio de su cargo quien fue Ministro podrá ser acusado⁴.

Lo más interesante del caso es, a mi parecer, el notar la importancia del principio en cuestión y cómo el tribunal de primera instancia se mostró a favor de protegerlo y mantenerlo, al igual que la Suprema Corte. Esta última, de forma unánime, decidió posteriormente: “Cásase la sentencia recurrida y, en su lugar, estése a la sentencia de primera instancia”. De esta forma, los tribunales de menor y el de mayor grado estuvieron de acuerdo con el objetivo de imponer la subsistencia y perduración de la igualdad en nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

T.A.P. 2º Turno, Sentencia 45/01 de 14 de marzo de 2001, www.lajusticiauruguay.com.uy

S.C.J., Sentencia 174/02 de 18 de junio de 2002, www.lajusticiauruguay.com.uy

Risso Ferrand, Martín, “Derecho Constitucional”, Tomo 1, Fundación de Cultura Universitaria, 1era Edición, Montevideo, 2005.

Cassinelli Muñoz, Horacio, “Derecho Público”, Fundación de Cultura Universitaria, 1era Edición, Montevideo, 2002.

Korzeniak, José, “Primer Curso de Derecho Público – Derecho Constitucional”, Fundación de Cultura Universitaria, 1era Edición, Montevideo, 2001.

4 Cassinelli Muñoz, Horacio, “Derecho Público”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, página 254.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración"
de Gabriel Delpiazzo Antón por Cristina Vázquez

"Manual teórico-práctico de marcas" de Juan Manuel Gutiérrez Carrau
por Concepción Olivera Amato

"Curso de derecho Constitucional Segundo" de Felipe Rotondo por Andrés
Robaina

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

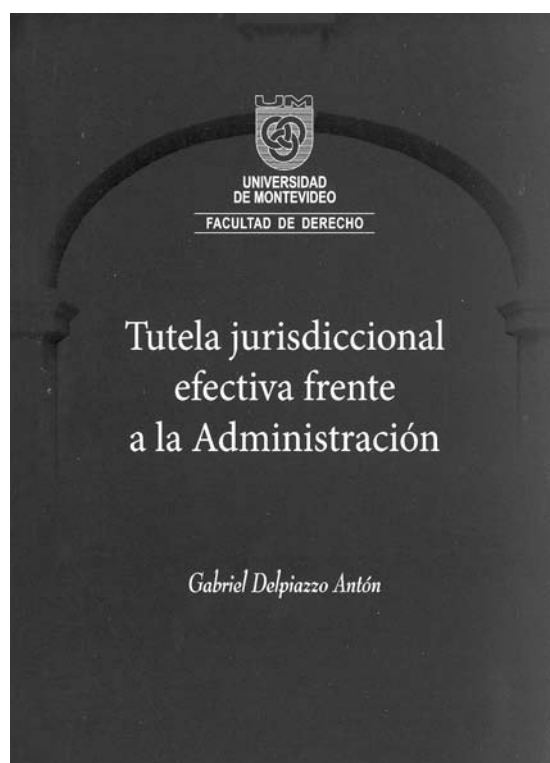
GABRIEL DELPIAZZO ANTÓN
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
MONTEVIDEO, 2009, 110 PÁGINAS

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay, Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo, Egresado de los cursos del Master Oficial en Derecho Público de la Universidad Carlos III (Madrid), Miembro Fundador de la Sección Uruguaya del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas, Integrante del Grupo del Anuario de Derecho Administrativo, Asesor Letrado de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), autor de varios artículos sobre temas de su especialidad, Gabriel Delpiazzo nos invita en esta obra – trabajo de investigación realizado como tesis final del Programa Master en Derecho Administrativo Económico – a acompañarlo en su rica reflexión sobre una cuestión que preocupa a todos quienes estamos cerca de la arena donde se dirimen las contiendas en que es parte la Administración. En ese Coliseo jurídico asistimos demasiadas veces al sacrificio de los derechos fundamentales frente al Leviatán. En palabras del autor: “cada vez es más generalizada la sensación de que alcanzar un fallo favorable contra el Estado equivale a superar una carrera de obstáculos, puestos en beneficio de la Administración, que vislumbran escasas posibilidades de éxito para el administrado.”

Esta idea que atraviesa la investigación interpela una realidad muchas veces caracterizada por la ausencia de instrumentos adecuados para satisfacer las pretensiones y de protección procesal suficiente para el administrado, frente a prerrogativas exorbitantes y privilegios de la Administración.

En la Introducción, Gabriel Delpiazzo desnuda al lector la médula de la preocupación que ha inspirado su trabajo: los efectos de tales disfunciones como terreno fértil para la indefensión, y lo que señala como aún más grave, la desconfianza del ciudadano frente a la justicia que le ofrece el Estado.

Encara la cuestión con trabajo sistemático, e indaga en el Derecho comparado y la doctrina, con el alto propósito de rescatar del olvido a la tutela jurisdiccional efectiva, para colocarla en el sitio des-



tacado que merece como principio general y derecho fundamental del hombre.

Desde tan noble propósito, que nos conmueve por el compromiso y seriedad con que es encarado por el joven autor, la obra se divide en dos partes, la primera de Marco general y la segunda de Aplicaciones del principio.

La parte primera incluye cinco capítulos: Concepto, Naturaleza, Recepción positiva, Contenido, y Eficacia aplicativa frente a la Administración.

En el capítulo primero, en que analiza el concepto, define a la tutela jurisdiccional y su aplicación frente a la Administración, así como los atributos del derecho, antes, durante y después del proceso.

En el segundo estudia la cuestión de la ubicación jerárquica y potencialidad aplicativa.

La recepción positiva del derecho es examinada en el capítulo tercero, tanto en el Derecho comparado como en el nacional, y en sus diferentes niveles normativos.

El capítulo IV se interna en el derecho al acceso a la justicia, el derecho al debido proceso y el derecho a la efectividad de la sentencia, como atributos que se desprenden de la esencia del derecho a la tutela jurisdiccional.

La primera parte culmina con el análisis de la distribución de la función jurisdiccional respecto de la actividad administrativa, y el de las prerrogativas exorbitantes de la Administración, enfatizando que

estas prerrogativas no pueden ejercerse de modo que anule la efectividad del derecho de los administrados a la tutela jurisdiccional efectiva frente a ella. Lo contrario, expresa el autor, "significaría socavar el Estado de Derecho".

La segunda parte encara la tarea de aplicar los conceptos desarrollados en la primera, en relación con determinados problemas que enfrenta el administrado cuando litiga con una persona pública estatal, tanto en el acceso al proceso, como durante el mismo y una vez dictada la sentencia.

Cuestiones como la exigencia de agotamiento previo de la vía administrativa, el valor atribuido al silencio administrativo, el alcance de la anulación y la reparación, el plazo de caducidad para los reclamos

contre el Estado, el derecho a un proceso de duración razonable, y el cumplimiento de los fallos contra la Administración, son examinados a la luz del principio, de manera sobria y prolija.

En sus conclusiones, el autor reivindica el rescate del principio de tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración, como reclamo de la buena administración, el Estado de Derecho, la propia justicia administrativa, la colectividad entera y el sistema jurídico todo.

En definitiva, estamos ante un trabajo sólido, con fundamento en el Derecho positivo y la doctrina, y opinión comprometida del autor.

Dra. Cristina Vázquez Pedrouzo

CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL SEGUNDO

FELIPE ROTONDO TORNARÍA
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO,
MONTEVIDEO, 2009, 226 PÁGS.

Continuando y completando el trabajo iniciado al presentar su “Curso de Derecho Constitucional Primero” –cuya recensión tuviera el gusto de realizar, y fuera publicada en el anterior número de esta Revista-, el Profesor Dr. Felipe ROTONDO TORNARÍA, nos presenta ahora su “Curso de Derecho Constitucional Segundo”.

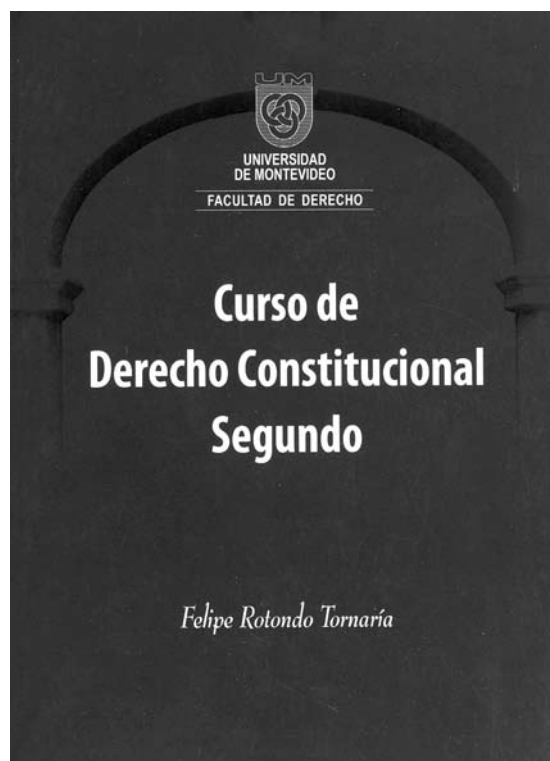
La posibilidad de presentar el libro no solo me repite la enorme satisfacción que significa presentar una obra de alguien hacia quien siento un gran aprecio y respeto, sino también me permite confirmar el éxito de ROTONDO en su idea de realizar –como lo expusiera en la Introducción de su anterior libro- un aporte que “contribuya para una profundización a través del diálogo en clase y del uso de la bibliografía ampliatoria”.

En efecto, en el presente trabajo, el autor aborda íntegramente el programa del curso de referencia, acercando al lector a los distintos contenidos del mismo (con la solvencia propia de un estudioso de la materia) e invitándolo a adentrarse en su estudio (con el entusiasmo que transmite una clara vocación docente).

En lo que refiere al contenido de la obra, en el mismo pueden distinguirse distintos ejes.

En primer lugar, se abordan los aspectos centrales del Estado uruguayo. Así, el Capítulo I, que presenta al mismo a partir del examen del art. 1 de la Carta y el desarrollo de nuestra historia constitucional –articulado desde una breve referencia a las particularidades de las distintas constituciones que han regido-, es complementado con el Capítulo II, que aborda “una caracterización del Estado uruguayo” de acuerdo con la Constitución vigente.

En segundo lugar, se aborda la caracterización de nuestra Constitución, desarrollando en el Capítulo III tanto su posicionamiento en el ordenamiento jurídico nacional como sus características centrales,



presentando seguidamente la cuestión de la interpretación y aplicación de la Carta, y examinando luego la situación de los principios generales de Derecho en esta.

El Capítulo IV, desarrolla los procedimientos de reforma constitucional, y desde la afirmación de la Constitución como “la super ley” o “ley fundamental”, se examinan las distintas cuestiones referidas a la oposición entre la Carta y las leyes, y otros aspectos relativos a la defensa jurídica de la Constitución.

La referida presentación, culmina con una referencia, en el Capítulo V, a los actos Legislativos –examinando los distintos procedimientos que nuestro ordenamiento constitucional prevé para la elaboración de las leyes, los supuestos en los que se verifican procedimientos especiales, la materia reservada a la ley, y el caso de los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción-, y los actos administrativos –analizando especialmente las referencias a los mismos que se encuentran en la Carta-.

En tercer lugar, la obra ingresa en una serie de Capítulos dedicado al análisis de nuestra forma de Gobierno, que comienza con la debida referencia en el Capítulo VI a la noción de soberanía en la Constitución, desarrollando especialmente el tema de su

titularidad y ejercicio, con la necesaria referencia a los institutos de Gobierno Directo y las bases fundamentales del sufragio.

Seguidamente ROTONDO presenta en los Capítulos VII y VIII al Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, examinando su estructura y funcionamiento, los distintos órganos que los componen, el estatuto de los integrantes y sus competencias, y desarrollando luego en el Capítulo IX, las relaciones entre ambos Poderes, analizando en este sentido tanto la censura de los actos de administración o gobierno de los Ministros de Estado (arts. 147 y 148), como el voto de confianza (art. 174 inc. 4) y la declaración de carencia de respaldo parlamentario (art. 175).

Continuando con la misma línea, el Capítulo X es dedicado al Poder Judicial, examinando también su estructura y funcionamiento, los distintos órganos que lo componen, el estatuto de sus integrantes y su competencia, y dedicando finalmente unos párrafos finales a presentar la existencia de órganos jurisdiccionales ajenos a este Poder.

Los Capítulos XI, XII y XIII, son dedicados a aquellos órganos de creación y regulación constitucional, que no son Poderes de Gobierno: el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas.

En cuarto lugar, los Capítulos XIV y XV, se centran en el examen de las personas jurídicas estatales descentralizadas.

En tal sentido, el Capítulo XIV es dedicado a los Gobiernos Departamentales –personas jurídicas estatales descentralizadas con base territorial-, examinando su caracterización, estructura y funcionamiento, sus órganos, su competencia, los aspectos financieros, los controles existentes sobre sus actos, y los controles que estos pueden instar a fin de proteger su autonomía.

Por su parte, el Capítulo XV es dedicado a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados –personas jurídicas estatales descentralizadas por servicios-, examinando su caracterización, tipología, estructura, sus órganos, su competencia, los aspectos financieros, los controles existentes sobre sus actos o su gestión. Finalmente, este Capítulo se cierra con una referencia a las Sociedades de Economía Mixta y a las Personas de Derecho Público no estatales.

En quinto lugar, no puede soslayarse que el libro presentado concluye con un par de capítulos dedicados a presentar dos puntos no abordados en el marco constitucional, pero insoslayables en el marco de un trabajo que examina nuestra Constitución: las normas constitucionales sobre funcionarios públicos y el Consejo de Economía Nacional.

En definitiva, y reiterando en este sentido la valoración final plasmada al presentar el Tomo I de esta obra, podemos afirmar nuevamente que ROTONDO presenta un invaluable aporte para los estudiantes de la materia, que resulta asimismo aprovechable –como indica el autor- para quien se inicia en la labor docente.

Dr. Andrés Robaina Raggio

MANUAL TEÓRICO- PRÁCTICO DE MARCAS

JUAN MANUAL GUTIÉRREZ CARRAU
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO,
MONTEVIDEO, 2009, 343 PÁGINAS.

Nos toca el inmerecido honor de presentar para la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo la tercera edición de la obra Manual Teórico-Práctico de Marcas del Profesor Juan Manuel Gutiérrez Carrau.

Luego de dos exitosas ediciones de la obra, en las cuales comentaba el régimen anterior en materia de Derecho marcario, dado por la ley N° 9.956 de 1940, Gutiérrez Carrau publica ahora una tercera y renovada edición, en la cual comenta, con la misma profundidad y la misma aproximación metodológica el régimen resultante de la actual Ley de Marcas, Nombres Comerciales e Indicaciones Geográficas N° 17.011 de 1998.

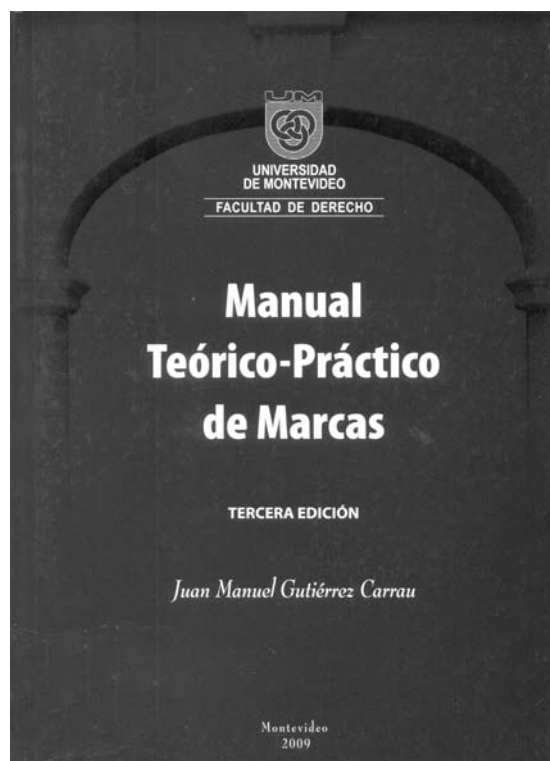
Esta tercera edición de la obra es publicada por la Universidad de Montevideo, donde le cupo al Profesor Gutiérrez Carrau la responsabilidad y el mérito de la construcción y puesta en marcha de la Facultad de Derecho, de la cual fue por más de diez años su Coordinador Académico, y a la cual sigue vinculado al dictado de cursos de postgrado en el programa Master en Derecho de la Empresa.

En esta edición de la obra, haciendo gala de un dominio acabado y maduro del tema, y de una información completa de la realidad práctica de la jurisprudencia administrativa y judicial, el autor nos ofrece, de forma sintética pero completa, un análisis pormenorizado de las principales cuestiones y “problemas” relativos al Derecho de las marcas.

La obra se desarrolla en doce capítulos, a lo largo de los cuales se completa el estudio de la materia.

En el capítulo primero, presenta un estudio acerca de qué son las marcas, el nacimiento del derecho sobre las mismas, las funciones que cumplen, el tipo de marcas en el comercio, así como los alcances del principio de especialidad al momento de su registración.

En el capítulo segundo pone a consideración aquellos signos, que con una finalidad de distinción, podrían ser registrados como marcas, aportando una



abundante casuística, en la cual se plantean temas tan interesantes como la utilización del color como marca y el “trade dress”.

En los capítulos tercero y cuatro completa el análisis anterior con el desarrollo de la temática de los signos que no pueden registrarse como marca, en tanto acarrear nulidades absolutas y relativas. Entre estas situaciones incursiona en temas tan interesantes como el de las denominaciones de origen, las formas de los productos y envases, las marcas evocativas, y las zonas de conflicto entre el Derecho marcario y el Derecho de las patentes de invención y de los Derechos de autor.

El capítulo quinto aborda en tema novedoso y complejo de la significación secundaria de las palabras y de los signos (“secondary meaning”), que la doctrina y la jurisprudencia habían venido recogiendo en los últimos años, y que la nueva Ley de Marcas ahora contempla.

El capítulo sexto estudia la denominada “teoría de la dilución” de las marcas notorias, analizando el fenómeno de deterioro progresivo del valor de la asociación de la marca notoria con su originante, cuando la misma resulta utilizada por terceros sobre productos y bienes diferentes.

Los capítulos siete y ocho se refieren a la situación de las marcas en uso, pero no registradas, así como del uso de las marcas registradas. Con respecto a estas últimas se analizan tanto los casos de uso ilícito, como los casos de usos lícitos, abordando situaciones tan interesantes como el agotamiento de la marca, la publicidad comparativa y la realización de otros usos no marcarios lícitos.

El capítulo noveno aborda el tema central de la confundibilidad marcaria, con un profundo análisis de la doctrina y de la jurisprudencia en la materia. En este desarrollo es importante destacar el tratamiento que se realiza de las reglas de apreciación de la confundibilidad, así como temas tan interesantes como los de la confusión inversa y los de las familias de marcas.

En los capítulos décimo y undécimo se estudian el contencioso administrativo marcario y el contencioso judicial marcario, temas de la mayor importancia para el ejercicio práctico de esta temática. En los mismos se analizan los regímenes de oposiciones, recursos administrativos, acción de anulación de las marcas registradas, acción de nulidad ante el TCA, acción de reivindicación, así como las diferentes modalidades y características de las acciones civiles y penales en materia marcaria.

Finalmente, en el capítulo duodécimo el autor se refiere a los nombres de dominio, a los conflictos entre las marcas y los nombres de dominio, así como otras

posibles infracciones de marcas en internet, con un interesante aporte de casos jurisprudenciales.

La obra se culmina con un Anexo normativo de gran utilidad para el usuario de la obra, el cual incluye un texto ordenado de la Ley de Marcas N° 17.01 –que incorpora las modificaciones posteriores– el decreto reglamentario, el texto Acuerdo sobre los Aspectos del Derecho de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y la Clasificación internacional de productos y servicios para el registro de marcas.

El lenguaje utilizado por el autor es claro y fluido. La facilidad de su lectura, sumada a la profusión de ejemplos y casos prácticos que incorpora permite una rápida y completa comprensión de los aspectos esenciales de la temática.

La última edición continúa la línea de las anteriores que nos ofreciera el autor. Al igual que las mismas habrá de representar un material de consulta necesaria para quien desee estudiar profundamente el tema y/o encaminar certeramente sus pasos por el laberíntico mundo del Derecho marcario.

Dra. María Concepción Olivera Amato



