



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Ante el cambio de Rector

DOCTRINA

BEITLER Ady,
LEONI María Noel

La actuación de sociedades extranjeras en Uruguay: interpretación de la regulación legal como instrumento de fomento de inversión

BERCHESI Bruno, GUARIGLIA Germán, SCHIAVI Pablo

El control de las unidades reguladoras ¿Como y quienes efectúan dicho control en nuestro derecho positivo y en el derecho comparado?

NESSAR Silvana (coordinadora)

Reflexiones a propósito del decreto 420/007 y formas modernas de prestación de la función pública.

PINTO NERÓN Ximena,
ZAK GODOY Pablo

Defensa de la competencia y empresas públicas

ROMÁN CORDERO Cristian

El derecho administrativo sancionador en Chile

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RODRÍGUEZ HUERTAS Olivo A.

Derecho administrativo dominicano y principios generales

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno N° 37 de 9 de marzo de 2006

DEI-CAS, Bárbara

Indemnización del daño moral en el derecho ambiental

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

FLEITAS VILLARREAL Sandra

El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos su regulación en la legislación uruguaya

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

OLASCOAGA PRITSCH Jimena

El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Mitos y realidades entorno a la historia de los derechos humanos”

(por Gastón Barreiro y Pablo J. Sandoñato)

“Curso de Derecho Constitucional primero”

(por Felipe Rotondo Tornaría)

“Lecciones de Derecho Telemático”, tomo II

(por Carlos E. Delpiazzo y María José Viega)

“Régimen jurídico de la asistencia a la salud. A propósito del Sistema Nacional Integrado de Salud”

(por Carlos E. Delpiazzo)



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Ante el cambio de Rector

DOCTRINA

**BEITLER Ady,
LEONI María Noel**

La actuación de sociedades extranjeras en Uruguay: interpretación de la regulación legal como instrumento de fomento de inversión

**BERCHESI Bruno, GUARIGLIA
Germán, SCHIAVI Pablo**

El control de las unidades reguladoras ¿Como y quienes efectúan dicho control en nuestro derecho positivo y en el derecho comparado?

NESSAR Silvana (coordinadora)

Reflexiones a propósito del decreto 420/007 y formas modernas de prestación de la función pública.

**PINTO NERÓN Ximena,
ZAK GODOY Pablo**

Defensa de la competencia y empresas públicas

ROMÁN CORDERO Cristian

El derecho administrativo sancionador en Chile

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RODRÍGUEZ HUERTAS Olivo A.

Derecho administrativo dominicano y principios generales

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno N° 37 de 9 de marzo de 2006

DEI-CAS, Bárbara

Indemnización del daño moral en el derecho ambiental

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

FLEITAS VILLARREAL Sandra

El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos su regulación en la legislación uruguaya

MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

OLASCOAGA PRITSCH Jimena

El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Mitos y realidades entorno a la historia de los derechos humanos”

(por Gastón Barreiro y Pablo J. Sardonato)

“Curso de Derecho Constitucional primero”

(por Felipe Rotondo Tornaría)

“Lecciones de Derecho Telemático”, tomo II

(por Carlos E. Delpiazzo y María José Viega)

“Régimen jurídico de la asistencia a la salud. A propósito del Sistema Nacional Integrado de Salud”

(por Carlos E. Delpiazzo)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Ante el cambio de Rector 3

DOCTRINA

**BEITLER Ady,
LEONI María Noel**

La actuación de sociedades extranjeras en Uruguay: interpretación de la regulación legal como instrumento de fomento de inversión.....11

**BERCHESI Bruno, GUARIGLIA Germán,
SCHIAVI Pablo**

El control de las unidades reguladoras ¿Como y quienes efectúan dicho control en nuestro derecho positivo y en el derecho comparado?21

NESSAR Silvana (coordinadora)

Reflexiones a propósito del decreto 420/007 y formas modernas de prestación de la función pública.....63

**PINTO NERÓN Ximena,
ZAK GODOY Pablo**

Defensa de la competencia y empresas públicas.....69

ROMÁN CORDERO Cristian

El derecho administrativo sancionador en Chile89

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RODRÍGUEZ HUERTAS Olivo A.

Derecho administrativo dominicano y principios generales105

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno N° 37 de 9 de marzo de 2006.125

DEI-CAS, Bárbara

Indemnización del daño moral en el derecho ambiental125

INFORMACIONES

Carreras de grado145
Maestrías145
Otras noticias de interés146

TESINAS DE MASTERS

FLEITAS VILLARREAL Sandra

El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos su regulación en la legislación uruguaya149

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

OLASCOAGA PRITSCH Jimena

El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto191

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Mitos y realidades entorno a la historia de los derechos humanos” 199
(por Gastón Barreiro y Pablo J. Sandonato)

“Curso de Derecho Constitucional primero”..... 201
(por Felipe Rotondo Tornaría)

“Lecciones de Derecho Telemático”, tomo II 203
(por Carlos E. Delpiazzo y María José Viega)

“Régimen jurídico de la asistencia a la salud. A propósito del Sistema Nacional Integrado de Salud” 205
(por Carlos E. Delpiazzo)

MENSAJE DEL DECANO

Ante el cambio de Rector

La reciente elección del Prof. Dr. Santiago Pérez del Castillo como nuevo Rector de la Universidad de Montevideo, obliga a quien esto escribe a dedicar la primera página de esta Revista al Rector saliente, Prof. Dr. Mariano R. Brito.

Se trata de un comportamiento debido frente a quien ha sido un gran impulsor de la Revista y colaborador frecuente de ella. Pero, por sobre todo, es una expresión de gratitud debida por todos a quien ha sido y es un referente en la vida docente y académica.

Como docente, el Prof. Mariano Brito inició su Aspirantía en la entonces Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, primero en Práctica Forense (entre 1964 y 1974) y, poco después, simultáneamente, en Derecho Administrativo (desde 1965).

Tras la aprobación de su tesis sobre "Concesión de Servicios Públicos", en el año 1967 fue nombrado Profesor Adscripto de Derecho Administrativo y poco después, el 17 de junio de 1971 fue designado por concurso Profesor Adjunto de la asignatura. Se desempeñó como Profesor Titular desde 1975, obteniendo la efectividad por concurso en diciembre de 1991.

El 15 de abril de 2004 cesó en el cargo tras 40 años ininterrumpidos de servicio fecundo, recibiendo la gratitud del Decano, del Consejo de la Facultad en pleno, del Instituto de Derecho Administrativo, de sus colegas Profesores y de múltiples generaciones de alumnos.

Su labor docente estuvo singularizada siempre por el acento en la centralidad de la persona del alumno, procurando cada año -de diversas maneras- neutralizar la masificación y teniendo en cuenta no sólo su dimensión individual sino también social, con actitud positiva, respeto de la libertad, y procura de la mejora personal de cada uno.

Paralelamente, entre 1996 y 2009 se desempeñó como Rector de la Universidad de Montevideo, enfatizando permanentemente en la misión formadora de la Universidad, alentando el desarrollo de la aptitud pensante, radicada singularmente en la persona humana, y apuntando a la búsqueda de la verdad.

Como académico, el Prof. Mariano Brito es autor de libros y trabajos, publicados tanto en nuestro país como en el exterior, en todos los cuales se trasunta su preocupación permanente por la defensa del Derecho y de los más altos valores que el mismo debe encarnar



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 VIII (2009), N° 16

para que el hombre sea cada vez más hombre, no se cosifique, y pueda alcanzar la perfección a la que está llamado por naturaleza y por vocación.

Así se advierte en los temas elegidos para su investigación -principios generales, familia, enseñanza, libertad y responsabilidad, autoridad, control y garantías- y que lo han llevado a exponer sobre los mismos en los más calificados foros del mundo.

Su relacionamiento internacional -fruto de la amistad franca y altruista con otros Profesores- le ha valido una presencia destacada en múltiples ámbitos, así como su condición de Profesor Honorario del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario de Bogotá (Colombia), Profesor Extraordinario de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán (Argentina), Profesor Extraordinario de la Universidad Santo Tomás (Chile), Miembro Titular del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Además, es miembro fundador de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (de la que preside el área de América del Sur), y del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo. Asimismo, fue el primer Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

No obstante todo lo antedicho, el Prof. Mariano Brito -que además ha desempeñado intensamente la abogacía y que ha ocupado los más altos cargos públicos a que puede aspirar un ciudadano comprometido con la sociedad a la que pertenece- se ha destacado siempre y en todo como hombre de bien.

Así, ha sido ejemplo de virtudes vividas en y desde la familia, tal como él la concibe y es: la base de la sociedad, en la expresión utilizada por nuestra Constitución.

Tal modo de ser y de actuar se ha proyectado a todos los ámbitos en los que se ha desenvuelto, procurando cada día hacer bien lo que tiene que hacer, sin alardes y sin estridencias pero con constancia y rectitud de intención, esforzándose en el cultivo de las virtudes humanas, que son el fundamento de las sobrenaturales.

En la Universidad de Montevideo ha dejado huella profunda, notándose que su amor a lo que hace lo lleva a realizarse en el trabajo y no a pesar de él, procurando también la realización de los demás a partir de la consideración del trabajo como una cualidad o atributo inherente a la persona humana, que es rasgo de su ser peculiar y que revela al hombre en su aptitud creadora.

Seguramente -me consta que es así- el nuevo Rector tiene en su dignísimo predecesor un ejemplo a seguir y un camino a transitar, que todos deseamos que sea de amplia concreción de sus altos ideales y propósitos.

Dr. Carlos E. Delpiazzo



DOCTRINA

BEITLER, Ady y LEONI, María Noel

“La actuación de sociedades extranjeras en Uruguay: interpretación de la regulación legal como instrumento de fomento de inversión”

BERCHESI, Bruno, GUARIGLIA, Germán y SCHIAVI, Pablo

“El control de las Unidades Reguladoras”

NESSAR, Silvana (Coordinadora)

“Reflexiones a propósito del Decreto N° 420/007 y formas modernas de prestación de la función pública”

PINTO NERÓN, Ximena y ZAK GODOY, Pablo

“Defensa de la competencia y empresas públicas”

ROMÁN CORDERO, Cristian

“El Derecho Administrativo Sancionador en Chile”

LA ACTUACIÓN DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN URUGUAY: INTERPRETACION DE LA REGULACION LEGAL COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE INVERSIÓN.

ADY BEITLER
MARÍA NOEL LEONI

1. Introducción

Cuando una sociedad constituida en un país extranjero desea realizar negocios en Uruguay, la normativa por la cual se registrará depende de dos alternativas. Si el país en el cual se constituyó ha ratificado un tratado del cual Uruguay también es parte, se aplican las disposiciones del tratado. Si, en cambio, no existe un tratado, se aplican las disposiciones del Capítulo I, Sección XVI de Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 ("LSC").

Según el artículo 193 de la LSC, las sociedades constituidas en el extranjero "serán reconocidas de pleno derecho en el país" y podrán realizar "actos aislados y estar en juicio". Además, "si se propusieran el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente" deberán cumplir una serie de requisitos formales. Estos requisitos son: (1) la inscripción en el Registro Público de Comercio del 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; y (2) efectuar las publicaciones que corresponda según el tipo social en Uruguay.

Un buena parte de la doctrina nacional entiende que este artículo impone una obligación a las sociedades extranjeras de establecer una sucursal u otro tipo de representación permanente, cuando realizan en el país actos comprendidos en su objeto social que no pueden considerarse "actos aislados". En esencia, su explicación sería así. Una sociedad extranjera puede actuar en el país de dos maneras: realizando actos aislados o realizando actos habituales. Si la sociedad desea realizar actos aislados, la ley uruguaya no le exige nada más que la comprobación de su existencia. Pero si la sociedad desea hacer actos habituales comprendidos en su objeto social, lo hace a través de una representación permanente. Por lo tanto, debe cumplir con las formalidades registrales requeridas por la LSC. De modo que las posibilidades de una sociedad extranjera que actúa en Uruguay son dos: o realiza actos aislados, o establece una representación permanente. Por eso, cada vez que una sociedad realiza actos que no son aislados, debe cumplir con las formalidades registrales mencionadas.

Nosotros leemos el artículo 193 de otro modo. Nos parece que la LSC solamente exige el cumplimiento de los requisitos registrales cuando una sociedad decide, libremente, establecer una sucursal.¹ Pero fuera de este caso, la sociedad es libre de hacer actos aislados o actos habituales – comprendidos en su objeto principal, o no – sin necesidad de establecer una sucursal, ni por tanto de cumplir con los requisitos formales. La LSC exige que la sociedad se inscriba cuando se proponga actuar mediante una sucursal. No dice que la sucursal sea la única manera de operar habitualmente en Uruguay.

La idea según la cual debe haber una correlación entre la actuación habitual en el país y la necesidad de registrarse, normalmente se justifica por la protección de intereses sociales relevantes. Se dice, por ejemplo, que constituye una prerrogativa inherente a la soberanía de un Estado, que protege a los acreedores de las sociedades extranjeras, y que iguala las condiciones de competencia con las sociedades locales. Pero en la práctica, estos intereses no se ven protegidos por el hecho de que una sociedad extranjera que opera habitualmente en el país se inscriba en el Registro de Comercio. Y si no hay razones de política legislativa que favorezcan la exigencia de una inscripción, tampoco hay necesidad de realizar esfuerzos interpretativos en ese sentido. En suma, si la ley no exige la inscripción, nada nos impone buscar la manera de que lo haga.

¹ Para facilidad de la exposición, en adelante nos referiremos solamente a sucursales, pero también estamos queriendo comprender lo que el Art. 193 llama "cualquier otro tipo de representación permanente".

Las consecuencias de esta diferencia interpretativa no son mayores, pero tampoco son menores. Uruguay ocupa el puesto No. 109 (de 181 países) en el ranking del Banco Mundial de condiciones para el desarrollo de negocios. Es verdad que la exigencia de una inscripción registral no va a hacer que una empresa deje de hacer negocios en el país. Pero dado que la norma que estamos comentando tiene efectos claros sobre los costos que una empresa debe enfrentar al invertir en Uruguay, en vistas a nuestro pobre ranking actual, no podemos darnos el lujo de ponernos garantistas donde no lo amerita. Si podemos mejorar un aspecto de nuestro régimen de inversión extranjera mediante una interpretación legal que la propia ley avala literalmente, y que tiene como efecto aliviar las cargas a las empresas extranjeras, nos parece que corresponde hacerlo.

2. Falsa identidad entre acto habitual y necesidad de establecer una sucursal

En nuestra práctica habitual, frente a una consulta de una empresa extranjera que desea realizar negocios en Uruguay, es frecuente que los abogados y escribanos respondan en los siguientes términos: “si usted desea ejercer uno o más actos aislados en nuestro país, puede realizarlos libremente sin necesidad de registrarse; pero si usted va a actuar habitualmente en nuestro país, debe constituir una sucursal y realizar los trámites formales correspondientes”.

Esta respuesta es la menos práctica que a un asesor legal honesto le gustaría dar a un cliente, ya que no es posible definir un criterio medianamente predecible de cuándo un acto es aislado y cuándo es habitual. Supongamos el caso de una sociedad canadiense que desea comprar inmuebles en Punta del Este. ¿Cuántos inmuebles podría comprar sin que se considere que está operando habitualmente en el país? ¿Tres, cuatro, diez? ¿Basta que los compre, o tiene que hacer algo más, como alquilarlos, venderlos o construir sobre ellos? Como estamos lidiando con conceptos de significado indeterminado, las respuestas varían tanto como los profesionales que las responden y la inabarcable casuística de la vida comercial.

Y sin embargo, esta parece ser la interpretación que predomina en la doctrina nacional.

Para Carlos López, la ley uruguaya adoptó un criterio “cuantitativo” mediante el cual el reconocimiento de las sociedades extranjeras sólo se otorga sin más formalidades cuando su actuación es efectivamente aislada.² Para el autor, “el concepto de actuación aislada surge por oposición al de actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursal o cualquier otro tipo de representación permanente” (subrayado nuestro).³ Por lo tanto, si la sociedad extranjera no establece una sucursal en Uruguay, su actuación debe ser considerada “aislada”.⁴

Para López, esta oposición entre acto aislado y realización de actos comprendidos en el objeto mediante el establecimiento de una sucursal, se explica porque la ley uruguaya quiso evitar la experiencia de otros países que usaron la fórmula “acto habitual” y sufrieron las consecuencias de su indeterminación.⁵ Por lo tanto, dice López, la LSC intentó objetivar el concepto de acto habitual a través de un acto material plausible: el establecimiento de una sucursal. Por eso, en la LSC existiría una contraposición entre “acto aislado” y “establecimiento de sucursal”.⁶

Jaime Berdaguer dice que la fórmula del Art. 193 “realización de actos comprendidos en el objeto social” debe leerse como “actuación en forma habitual”, la cual a su vez se deduce por oposición a “actos aislados”.⁷ Berdaguer hace un razonamiento que podría resumirse así. El inciso segundo del Art. 193 habilita a las sociedades extranjeras a realizar actos aislados con la sola comprobación de su existencia. Para los actos comprendidos en el objeto social mediante el establecimiento de una sucursal, se necesita algo más que esta comprobación. Las sociedades sólo pueden actuar de dos maneras: o realizan actos aislados o realizan actos habituales. De lo cual sigue que cuando una sociedad realiza actos comprendidos en su objeto social y establece una sucursal, está realizando actos habituales y debe por tanto inscribirse el registro.⁸

2 Carlos Lopez Rodríguez, *Sociedades Constituidas en el Extranjero*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1ª edición, 1999, p. 134.

3 Lopez Rodríguez, op. cit, p. 135.

4 Lopez Rodríguez, ibid.

5 Lopez Rodríguez, op.cit, p. 159.

6 Lopez Rodríguez, op.cit p. 159.

7 Jaime Berdaguer, *Sociedades Extranjeras*, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Edición, 1998, pp.38-39.

8 Berdaguer, op.cit., p. 51, pie de página (13).

Alejandro Miller dice que “las exigencias legales están dadas en aumentar el nivel informativo de las sociedades que actúan en forma regular y habitual en nuestro medio, en nuestro país. Y quien actúa es la sucursal.”⁹

Finalmente, Ruben Santos, siguiendo a Tállice, dice que la LSC “establece una ‘barrera de contención’ por parte del Estado receptor, cuando la sociedad extranjera quiere realizar actos propios de su objeto de una manera no aislada”.¹⁰

Como vemos, la doctrina uruguaya asimila la actuación habitual en nuestro país con el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social mediante el establecimiento de una sucursal, aún cuando la LSC en ningún momento usa la expresión “actuación habitual”. La doctrina simplemente introdujo la categoría por vía “interpretativa”.

Esta explicación ha traído varios problemas prácticos. El primero es que si las únicas posibilidades que brinda la ley son dos – actuar aisladamente o ejercer actos habitualmente mediante el establecimiento de una sucursal – entonces cuando un cliente consulta cómo hacer negocios en Uruguay, la respuesta que dan los abogados es esa misma: o ejerce actos aislados o instala una sucursal. No hay tres opciones. O el acto es aislado, o hay obligación de establecer una sucursal.

Además, como la obligación de establecer una sucursal sólo nacería cuando la actuación es habitual, se termina cayendo en el mismo círculo vicioso que la ley quiso evitar: cómo hacer para trazar un límite entre la actuación aislada y la habitual. Y esto, insistimos, sin que la ley ni siquiera use la palabra “habitual”.

Y finalmente, esta interpretación crea un incentivo a los Escribanos para responder a la incertidumbre exigiendo siempre el camino más largo: el establecimiento de una sucursal. Según explica Santos Belandro, cuando una sociedad le dice a un escribano que el acto que se propone hacer es aislado, el escribano solamente puede corroborarlo con la información que le brinda la propia sociedad; “en consecuencia, si la persona jurídica les retacea información acerca de los actos anteriores para prevalecerse del régimen de extraterritorialidad – y siendo actos habituales – surge la cuestión de determinar qué sucede con los actos celebrados, si son nulos o son anulables y qué sucede con esa sociedad cuando no ha respetado el régimen impuesto por la ley territorial. Es por esta razón que los escribanos intervinientes en actos o contratos con personas jurídicas ‘extranjeras’, por un criterio de seguridad jurídica – bajo el Tratado de Montevideo de 1940 – deberían apartarse del concepto de habitualidad y exigir el sometimiento de la persona jurídica a nuestras leyes.”¹¹

La incertidumbre e ineficiencia que provoca esta interpretación justifica la búsqueda de una interpretación alternativa que sustente resultados prácticos más conveniente y acordes con el sentido de la LSC.

Para presentar nuestra opinión, vamos a comenzar por el principio: el texto literal del Art. 193. La norma dice que si las sociedades extranjeras “se propusieran el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente” deberán cumplir una serie de requisitos formales. De lo cual sigue que si las sociedades extranjeras no actúan mediante una sucursal o representación permanente, no deben cumplir con los requisitos formales mencionados.

Esta interpretación parece tan obvia que llama la atención que la usemos para argumentar. Si para obtener un determinado resultado se requiere que se hagan dos cosas, una mediante la otra, no puede hacerse una aisladamente y pretender llegar al mismo resultado.

En consecuencia, del texto literal de la ley surge que una sociedad extranjera tiene las siguientes posibilidades: (1) puede realizar actos aislados, para lo cual no necesita más que justificar su existencia; y (2) puede realizar actos comprendidos en su objeto mediante el establecimiento de una sucursal, para lo cual debe cumplirse con las formalidades registrales. ¿Y qué pasa con todo el resto de las posibilidades que la ley no menciona pero que están claramente implícitas? Nada se dice, por ejemplo, de qué pasa cuando una sociedad realiza actos habitualmente, pero sin establecer una sucursal. Tampoco se menciona la realización de actos aislados mediante el establecimiento de una sucursal, ni actos que no están comprendidos en el objeto social, también mediante una sucursal.¹² Este punto fue correctamente levantado por Daniel Hargain.¹³

9 Alejandro Miller, *Nuevos requerimientos en materia de registro para las sociedades comerciales*, en LJU, t. 134, p. D-16.

10 Ruben Santos Belandro, *Nuevas leyes en Suiza y Uruguay respecto de las sociedades comerciales extranjeras*, en Rev. AEU, vol. 77, n°1-6 (1991), p. 80, p. 94.

11 Santos Belandro, *ibid.*

12 Por razones cuya explicación sobrepasaría el objeto de este trabajo, nosotros entendemos que la expresión “objeto social” en este caso se está refiriendo al giro habitual de la sociedad y no al objeto definido en el contrato social o estatutos sociales.

13 Daniel Hargain, *Actuación en Uruguay de sociedades comerciales constituidas en el extranjero*, en Rev. AEU., vol 89, N°1-12, p. 302: en las hipótesis del Art. 193 “faltó considerar las hipótesis ubicadas en medio de esos extremos: sociedades constituidas en el extranjero que actúan en Uruguay con frecuencia – no aisladamente – sin contar con representación permanente en nuestro país”.

De manera que existen varias hipótesis de actuación de sociedades extranjeras que no están expresamente reguladas por el Art. 193. ¿Qué se supone que debemos hacer con ellas? ¿Exigirles los requisitos formales o solamente la comprobación de su existencia?

En nuestra opinión, en todos los casos basta con exigir la comprobación de existencia, salvo que la sociedad decida, libremente, constituir una sucursal. En efecto, el hecho de que el Art. 193 establezca un permiso para realizar actos aislados sin ningún otro requisito más que la comprobación de existencia, no quiere decir que allí se agotan las posibilidades de actuación en esas condiciones. Dado que el reconocimiento de las sociedades extranjeras es de principio (Art. 193 inc. 1º), el hecho de que exista un permiso expreso para un cierto supuesto no importa la prohibición en el resto de los supuestos. Importa, por el contrario, un permiso implícito para esos otros supuestos que es acorde con la libertad de comercio consagrada por el Art. 36 de la Constitución.

Por similares fundamentos, si el requisito de realizar los trámites formales de registro se establece para un solo supuesto – el de actuar mediante una sucursal – ello no quiere decir que otros modos de actuación también deban quedar comprendidos por este requisito. Quiere decir, por el contrario, que los otros supuestos no están comprendidos por la limitación.

Esta interpretación es consistente con los antecedentes parlamentarios de la LSC. El primer antecedente relevante sobre el punto es la intervención de Tellechea frente a la comisión legislativa presidida por Martín Sturla. Esta intervención se motivó en que el Instituto de Derecho Internacional Privado había presentado un proyecto alternativo al de Nuri Rodríguez y José Ferro Astray para el capítulo internacional de la LSC. Y cuando hizo referencia a este último proyecto, Tellechea le realizó las siguientes observaciones: “este proyecto sometía en lo que está de acuerdo a la tradición del derecho uruguayo, la actuación de la persona jurídica extranjera - sociedad mercantil - a la ley del país de actuación, pero decía ‘cuando establecieran sucursales o una representación permanente’. Pero dejaba absolutamente sin prever la posible actuación habitual de una sociedad extranjera en el Uruguay, cuando no cumpliera con estos requisitos (...) Estas dos situaciones, es decir la de someter la actuación habitual de la persona jurídica extranjera – ya sea en forma directa o indirecta – a un control de nuestro derecho, aparece ahora cubierto por este proyecto del Instituto. En cambio, el artículo [193] dejaba sin salvar estas graves insuficiencias”. Y en otro pasaje de esta sesión, agrega: “... a través del artículo [193] del proyecto original se iba a lograr que ninguna persona jurídica extranjera optara por estas fórmulas de establecimiento de una sucursal o representación permanente; por el contrario, se iba a hacer algo mucho más fácil: no crear una sucursal e igual estar actuando en el país de manera habitual sin cumplir este requisito o adquiriendo una participación accionaria.”¹⁴

Parece prístino entonces, que si a pesar de este comentario de Tellechea la comisión decidió de todas formas aprobar el proyecto de Nuri Rodríguez y José Ferro Astray, lo hizo a sabiendas de que estaba permitiendo esto último que comentó Tellechea: “no crear una sucursal e igual estar actuando en el país de manera habitual”.

Si bien la conclusión final es distinta, coincidimos con Berdaguer en este punto. El autor destaca, en este sentido, que sentar un criterio amplio fue la expresa voluntad del legislador: “ante la disyuntiva de optar por un criterio estricto (que evita toda situación eventualmente confusa o discutible, pero puede ahuyentar la inversión extranjera) y un criterio amplio (que facilita la inversión extranjera), han optado decididamente por este último, para permitir así que las sociedades extranjeras realicen cierta (relativa) actuación preliminar y puedan explorar el mercado uruguayo antes de establecerse definitivamente.”¹⁵

Existen además otros antecedentes legislativos que confirman nuestro entendimiento sobre el espíritu de la ley. Al aprobar el Art. 193 de la LSC nuestros legisladores se apartaron deliberadamente de las soluciones aportadas por los tratados internacionales ratificados por Uruguay en aquel momento. Nos referimos al Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 (Art. 5º), a la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (Arts.4º y 6º) y al Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1940 (Art. 8º). Estos tratados, si bien con distintos matices, obligan a la sociedad extranjera a establecerse o sujetarse a las normas del país receptor cuando desarrollan actos comprendidos en el objeto social, o al menos cuando se los realiza en forma habitual. En este sentido el legislador Delfino Cazet sostuvo que “... tomar las disposiciones de esta Convención (refiriéndose a la CIDIP II) como derecho interno nuestro...sería un grave error desde el punto de vista político-económico”.¹⁶

Asimismo, Uruguay se apartó del antecedente que siguió para casi todo el resto de la LSC: la Ley de Sociedades Comerciales Argentina No. 19.550. La legislación argentina expresa claramente que la sociedad

14 Versión taquigráfica de la sesión del 14 de julio de 1988.

15 Berdaguer, op. cit., p. 52.

16 Versión taquigráfica de la sesión del 4 de marzo de 1988.

debe cumplir con las formalidades de inscripción cuando hay “ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social” o al “establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente” (Art. 118). Como dijimos anteriormente, la introducción del término “mediante” y la eliminación de la expresión “ejercicio habitual” fue una solución buscada deliberadamente en Uruguay para eliminar la incertidumbre causada por el significado indeterminado de la expresión.¹⁷

En conclusión, es concebible interpretar el Art. 193 de la LSC de una manera más armónica con sus propósitos y sus antecedentes parlamentarios, afirmando que únicamente exige los requisitos formales de registro y publicaciones cuando la sociedad libremente desea establecer una sucursal. En todos los demás supuestos, las sociedades extranjeras podrían actuar en nuestro país simplemente mediante la comprobación de su existencia.

En este capítulo del trabajo queríamos dejar sentada la posibilidad razonable de una interpretación alternativa. En los próximos capítulos vamos a intentar demostrar por qué esta interpretación debe preferirse. No por una cuestión de dogmática intrínseca o metafísica, sino porque sirve a los intereses de nuestro país sin causarle daños ilegítimos a nadie.

3. Los requisitos de inscripción y publicación del Art. 193 no responden a intereses sociales o gubernamentales relevantes.

Es posible explicar, al menos en parte, la tendencia de la doctrina de promover interpretaciones que favorecen la obligación de establecer una sucursal en función de una asunción común: que los requisitos de inscripción y publicación del Art. 193 responden a necesidades sociales tuitivas.

Se han dado varias razones para justificar esta obligación. Se ha dicho que estos requisitos formales responden a la tutela de los intereses de los acreedores de las sociedades extranjeras, que buscan proteger a intereses nacionales relacionados con la soberanía, o que buscan proteger intereses generales del Estado, tales como intereses recaudatorios.¹⁸ Incluso en Argentina el tema se ha llevado a los horizontes de la ética. Según Roque Vítolo, “uno de los fundamentos que la doctrina ha señalado para sustentar la inscripción de las sociedades extranjeras en el Registro Público de Comercio, está dado por el hecho de que el régimen de publicidad que inspira toda registración mercantil, da certidumbre a las relaciones comerciales y a las relaciones de responsabilidad, encontrándose este concepto vinculado a la moralidad comercial”.¹⁹

La idea subyacente es que los requisitos formales deben aumentar a medida que aumenta la intensidad del vínculo entre la sociedad extranjera y el mercado nacional. De allí que autores como Santos Belandro concluyan que “en el estado actual del derecho, la sociedad en derecho internacional privado no puede prevalecerse enteramente del régimen legal de su creación para justificar su actuación extraterritorial.”²⁰

Esta posición es la que sostiene la Inspección General de Justicia argentina, quien en el célebre caso Bryce Services Corp. determinó que por razones de interés nacional, la interpretación de cuándo un acto es aislado debe ser necesariamente restrictiva. La IGJ consideró que “la calificación de un acto jurídico celebrado por una sociedad extranjera como ‘acto aislado’ no puede medirse exclusivamente desde un criterio cuantitativo, pero habida cuenta el fundamento que inspira la obligación de las sociedades extranjeras de inscribirse en los registros mercantiles locales, basada en principios de soberanía y control, que exceden el ámbito de interés económico de aquellas que se vinculan con aquellas, entendiendo la IGJ que es de toda evidencia que la apreciación de una actuación aislada de un ente societario foráneo en nuestro país debe ser necesariamente restrictiva”.²¹

Sin embargo, en nuestra opinión, existe una confusión generalizada sobre este punto. La inscripción registral y las publicaciones de estilo no protegen ningún interés fundamental del Estado receptor o de sus habitantes.

17 Lopez Rodríguez, op. cit, p. 159.

18 Ver, por ejemplo, Alejandro Miller, op. cit., p. D-15; Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho Societario*, t. 9, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2005, p. 377; Alfredo Rovira, *Sociedades Extranjeras*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1985, pp. 69 y 96; y Efraín Hugo Richard, *Sociedades Constituidas en el Extranjero (en torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)*, publicado en “La estructura societaria y sus conflictos” director Daniel R. Vítolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 101.

19 Roque Vítolo, Daniel, “La sociedad constituida en el extranjero que no se encuentra inscrita en la República Argentina”, *Sociedades Extranjeras*, op. cit., p. 64

20 Santos Belandro, op. cit., p. 82.

21 Ver Richard, op. cit., p. 105.

En primer lugar, la inscripción registral no busca proteger los intereses de los acreedores nacionales. La prueba de ello es que solamente se exige cuando existe una sucursal de por medio. ¿Por qué no se protege a los acreedores también cuando contratan con una sociedad que ejerce actos aislado en el país y no constituye una sucursal? ¿Acaso los nacionales uruguayos no merecen la misma protección en cualquier caso? Si lo que cambia es solamente un atributo de su contraparte y no la situación propia de los acreedores, ¿no se estaría tratando desigualmente a personas colocadas en la misma situación?

Y si siguiéramos la explicación tradicional de la obligación de establecer una sucursal – esto es, cuando la sociedad actúa habitualmente en nuestro país – la consecuencia también sería una paradoja: ¿por qué actuar muchas veces implica mayor protección para los acreedores que actuar pocas veces? ¿qué pasaría si el daño que una sociedad pudiera causar por actuar una sola vez fuera mucho mayor que el que causa una sociedad que actúa habitualmente?

Lo que es más, los requisitos formales de inscripción y publicación no sólo no buscan proteger a los acreedores, sino que tampoco sirven para hacerlo. Analicemos la siguiente hipótesis. Si se adopta la interpretación dominante, cuando una sociedad desarrolla actividad habitual en nuestro país y no cumplió las formalidades del Art. 193, estaría en infracción. ¿Cuál sería la consecuencia de este incumplimiento? Las teorías que han recogido más adhesión en la doctrina nacional son dos: la sociedad extranjera debe considerarse irregular y por lo tanto se le aplican las normas de la sección V de la LSC,²² o su actuación es inoponible y por lo tanto el representante y los socios se obligan personalmente.²³ No vamos a profundizar respecto de estas teorías porque excede el propósito de este artículo y porque de acuerdo a la teoría que nosotros sustentamos, la hipótesis de obligación de registrar la sucursal no existiría.

Sin perjuicio de lo anterior y a fin de demostrar que con los requisitos del 193 no se están protegiendo a acreedores, cabe analizar la situación de un tercero que contrata con una sociedad extranjera bajo estas suposiciones. Veamos primero la hipótesis que contrate con una sociedad extranjera que desarrolla actividad habitual y cumplió con su “obligación” de constituir una sucursal e inscribirse. En este escenario, el comerciante cuenta con la responsabilidad patrimonial de la sociedad extranjera (porque la sucursal no es una persona jurídica distinta) pero los representantes de la sucursal responden de acuerdo al régimen de responsabilidad de los directores de las sociedades constituidas en el país.²⁴ Esto significa que para que deban responder, deberá comprobarse que su actuación no cumplió con los estándares de diligencia exigidos por la LSC.

Veamos ahora la hipótesis en que un tercero contrata con una sociedad extranjera que realiza actos habituales en el país pero no ha cumplido con la “obligación” de registro del Art. 193. En caso que consideremos que se le aplican las normas de las sociedades irregulares, cabe concluir que el tercero podrá recurrir, al igual que en la situación anterior, a la responsabilidad patrimonial de la sociedad extranjera. Pero además podrá recurrir al patrimonio de los socios de esa sociedad extranjera, ya que en base a los Arts. 37 y 39 de la LSC éstos responden en forma directa y solidaria. Del mismo modo deberá responder el representante designado para la sucursal, en base al mismo Art. 39. Por otro lado, en caso que consideremos que los actos de la sucursal y su representante son inoponibles, la conclusión sería similar. El tercero podrá recurrir no solo contra el patrimonio de la sociedad, sino también contra el de sus socios y su representante.

Evidentemente entonces, en caso de que la sociedad extranjera incumpla una obligación y el tercero tenga que accionar contra ella, le resulta más conveniente que la sociedad no haya cumplido con el supuesto requisito de inscripción del Art. 193. ¿Cómo puede entonces ser que el Art. 193 proteja a los terceros acreedores? De hecho, quienes se ven más protegidos ante un eventual reclamo son los socios de la sociedad extranjera y su representante.

Veamos ahora el argumento de que los requisitos de inscripción y publicación sirven para proteger intereses nacionales. ¿Qué intereses nacionales podrían ser relevantes a estos efectos? ¿Hablamos de intereses nacionales fundamentales, o sirve cualquier interés nacional? Si hablamos de intereses fundamentales, tenemos una alternativa en el propio Art. 192 de la LSC, cuando exceptúa del reconocimiento a las sociedades extranjeras que de cualquier modo violen el orden público internacional de la República.

¿Qué otro interés podría estar en juego? Si se tratara de intereses tributarios o laborales, en esos ámbitos existen normas territoriales de aplicación inmediata que no exigen el previo cumplimiento de los requisitos del Art. 193. La ley tributaria contiene su propio concepto de representación permanente a efectos de determinar la residencia e imputar actividad gravada, y exige la inscripción en DGI sin importar si hay sucursal o no. Y tanto ella como la legislación laboral contienen principios “de realidad”, bajo los cuales el Estado

22 Cfr. Berdaguer, *op. cit.*, pp. 69-72.

23 Cfr. López Rodríguez, *op. cit.*, p. 186.

24 Art. 195, LSC

puede basarse en los hechos constatados y no en las formas jurídicas elegidas para aplicar sus derechos. De modo que no necesitan de sucursales para asegurar que sus normas sean cumplidas.

Por lo tanto, es posible concluir con Cabanellas de las Cuevas que “nuevamente, nos encontramos con la sobrevaloración de los registros”²⁵ ya que “la inscripción general del comerciante extranjero no cumple, en el sistema de la LSC aplicable a las sociedades extranjeras, tal como se lo interpreta en la actualidad, función alguna. No brinda información útil ni facilita el ejercicio de la jurisdicción (...) No facilita de manera significativa la determinación de las relaciones de representación de la sociedad extranjera”²⁶

Además, existen otras normas dentro del propio capítulo internacional de la LSC que sirven para proteger intereses nacionales: hablamos de los artículos 192, 196 y 198. Así, por ejemplo, el Art. 192 establece que la capacidad de las personas jurídicas extranjeras no podrá en ningún caso ser mayor a la reconocida por el derecho uruguayo a las sociedades constituidas en nuestra jurisdicción. Un ejemplo de esta limitación está dado por el Art. 47 de la LSC respecto de la actuación en el capital de otras sociedades.²⁷ El Art. 196 establece el régimen más garantista y exigente en materia de controles, para el caso de sociedades extranjeras de tipo desconocido. Y el Art. 198, por su parte, es una norma de aplicación inmediata que impone la total sumisión a la ley uruguaya a las sociedades que se propongan establecer su sede principal en el país, o cuyo objeto principal esté destinado a cumplirse en Uruguay.

Y en determinados casos, el Estado puede perfectamente lograr sus objetivos de control a través de los escribanos. De hecho, existen muchos actos para los cuales el Estado exige control de escribanos independientemente de si existe una sucursal o no. Es el caso, por ejemplo, de las compraventas de inmuebles, en las cuales aún cuando sea un acto aislado, el escribano interviniente debe controlar la existencia y representación de la sociedad.

Por último, existe un argumento según el cual el requisito de inscripción busca evitar un privilegio especial a favor de las sociedades extranjeras en detrimento competitivo de las sociedades nacionales.²⁸ Esto es un error, tal como destaca Cabanellas de las Cuevas, porque las sociedades constituidas en el extranjero ya han debido realizar los trámites de constitución en su país de origen.²⁹ Y las chances de que esos requisitos hayan sido menos exigentes que los nuestros son impredecibles, por lo cual no sirven como fundamento de una regla.

Como vemos, entonces, los requisitos del Art. 193 no responden a ningún interés relevante del Estado o de los acreedores. ¿A qué puede responder, entonces?

Una explicación muy plausible es la histórica. En el momento que se aprobó la LSC, era una opinión difundida que las sucursales de sociedades extranjeras eran nuevas personas jurídicas independientes de la matriz. Por lo tanto, correspondía hacerlas cumplir con los requisitos que normalmente se exigen para la constitución de cualquier persona jurídica: formalidades de inscripción y publicación, designación de representante, asignación de un domicilio propio y de un capital independiente (Art. 193) y confección de contabilidad separada, en idioma español (Art. 194).

En este sentido, expresaba Ronald Herbert frente a la comisión legislativa de la LSC que “desde la época de Alfonsín se ha planteado que la sucursal establecida en una República constituye, según él una persona jurídica diferente, que se somete al control de los órganos uruguayos. Ese tipo de sucursal tiene características muy especiales en el Derecho Internacional Privado: se le debe asignar un capital propio un representante propio – que es el representante orgánico – y debe tener domicilio constituido porque, reitero, es una persona jurídica del país en que está actuando. Entonces, lo que va a controlar la Inspección General de Hacienda y los demás órganos va a ser la actividad que desarrolla la sucursal como tal, y no la personería de la sociedad original, los derechos que tienen los accionistas en otros países ni cómo se expresan los órganos en esos lugares.”³⁰ En el mismo sentido, expresó Tellechea “... Desde Alfonsín hasta el presente se entiende — no solamente en la doctrina uruguaya — que esa sucursal de una persona jurídica extranjera es verdaderamente una nueva persona jurídica. Entonces, es lógico que el control sea más serio porque se trata del surgimiento

25 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 339.

26 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 350.

27 Berdaguer op. cit., pp.38-39.

28 Ver fallo argentino Dauphine Corporation c. Inspección General de Hacienda, Cám. Nac. Com., Sala D, 19/5/87, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, 1987, t. 20, p. 987; Berta Kaller de Orchansky, *Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino*, Buenos Aires, La Ley, 1972, t. 147, p. 1207; Eduardo Favier Dubois (h), *Derecho Societario Registral*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1994, p. 212.

29 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 161.

30 Versión taquigráfica de la sesión del 14 de julio de 1988.

de una nueva persona jurídica. A mi juicio, no es correcto que no se someta a ningún control la actuación en el país de aquellas personas jurídicas extranjeras...”³¹

Por lo tanto, si es cierto que la norma no responde a ningún interés social relevante, y la razón de su existencia podría responder a una confusión teórica que hoy ya está superada, debemos aceptar que no hay razones que justifiquen una supuesta obligación de registrarse. De lo cual sigue que tampoco son necesarios esfuerzos interpretativos dirigidos a ese fin.

Por lo tanto, si no hay una obligación de las sociedades extranjeras de cumplir con los requisitos formales del Art. 193, ni hay fundamentos de política legislativa que busquen proteger intereses sociales relevantes, se deduce que las sociedades extranjeras tienen una opción de cumplir estos requisitos. Esta opción la tomarán, o no, cuando les sirva constituir una sucursal en el Uruguay y decidan hacerlo libremente.

4. Este es un tema de inversión extranjera y de fomento del comercio internacional

Los requisitos que un país exige a las sociedades extranjeras para actuar en su territorio son parte de su política frente a la inversión extranjera y al comercio internacional.³²

Así lo concibieron los legisladores que elaboraron y aprobaron el texto de la LSC.³³ Delfino Cazet sostuvo incluso que la concepción amplia y flexible, finalmente aprobada para la redacción del Art. 193, es “fundamental” para recibir la inversión extranjera.³⁴

En este sentido, no alcanza con reconocer a las sociedades extranjeras “de pleno derecho”. También hay que permitirles actuar con la menor cantidad de trabas posibles. Cabanellas de las Cuevas opina que “un sistema jurídico puede reconocer plenamente y en forma inmediata a las sociedades constituidas en el extranjero o con otros elementos foráneos, y sin embargo imponer, a través de uno o más instrumentos de política económica, restricciones insuperables para su acceso a los mercados locales o para la realización de radicaciones de capital”.³⁵ Es obvio que los requisitos formales del Art. 193 no son “insuperables”; pero son formalidades que tienen costos de tiempo y servicios profesionales. Y si como vimos antes, son costos que no se justifican por ninguna razón especial, no hay razones para exigirlos.

Por esta misma razón, Cabanellas de las Cuevas insiste en que si no hay intereses legítimos de terceros para ser protegidos, “no tendrían justificación los costos que para las sociedades extranjeras, y consecuentemente para los consumidores, implica el cumplimiento con las obligaciones de registro aquí consideradas. A esos costos deben añadirse los que supone para el Estado llevar los respectivos registros, a cuenta – desde este ángulo – del contribuyente.”³⁶

Uruguay tiene una mala imagen internacional como lugar para hacer negocios. Actualmente ocupa el puesto No. 109 del ranking del Banco Mundial llamado “Doing Business”.³⁷ Si bien el ranking no está confeccionado en base a las políticas sobre actuación de sociedades extranjeras, sino que se basa en información mucho más general, nos parece significativo que los tres países mejor calificados en materia de comercio internacional tengan regímenes de actuación de sociedades extranjeras mucho más liberales que el nuestro.

El primer lugar lo ocupa Singapur. En ese país, como principio, se exige que toda sociedad que “realiza negocios” lo haga mediante inscripción en un registro especial. Pero a efectos de la ley, hacer negocios implica administrar o realizar actos sobre propiedad situada en Singapur, ya sea como agente, representante o fiduciario.³⁸ Cualquier otro tipo de actividad, está exenta de registración.

En Hong Kong, China, lo que se exige cuando una empresa extranjera viene a hacer negocios es que llene un formulario de menos de dos páginas, indicando el nombre de la sociedad, lugar y fecha de constitución,

31 Versión taquigráfica de la sesión del 14 de julio de 1988.

32 Ver, por ejemplo, Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1983, t. 3, pp. 138 y 139; Kaller de Orchansky, op. cit., p. 1207; Rovira, op. cit., p. 97; Santos Belandro, op. cit., p. 80.

33 Conf. Hargain, op. cit., p. 303, quien dice: “la intención de los legisladores era facilitar la actuación de las sociedades extranjeras en Uruguay, en el entendido de que ello serviría para atraer capitales e inversiones al país.”

34 Versión taquigráfica de la sesión del 10 de agosto de 1988.

35 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 142.

36 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 377, nota 162.

37 <http://www.doingbusiness.org/economyrankings/>

38 Singapore Companies Act, Parte I, División XI, Art. 366

una descripción de la naturaleza del negocio, domicilio de la sociedad, y los datos de contacto de sus representantes, si los hubiere.³⁹

Por último, en Dinamarca se regula solamente el caso de que una sociedad extranjera decida establecer una sucursal.⁴⁰ El resto es silencio.

Esta constatación revela que el costo para Uruguay de exigir los requisitos formales del Art. 193 podría estar superando con creces el monto de las tasas registrales y honorarios profesionales. Nuestra bajísima calificación en el ranking del Banco Mundial podría estar causándonos graves perjuicios desde un punto de vista reputacional, porque este ranking es una referencia obligada para cualquier inversor extranjero. Puede que no sea así y que sea casualidad que los tres países mejores ubicados sean mucho más liberales y predecibles que nosotros en este tema. Pero es probable que no.

Lo más probable es que estos países hayan pensando en términos de competitividad y eficiencia, en el entendido de que las empresas extranjeras eligen un país donde instalarse tomando en cuenta esos parámetros. Nosotros también lo entendemos así. La Asociación de Escribanos expresó que “se ha afirmado, con razón, que una actividad esporádica vuelve contraproducente para los intereses del país, realizar un sometimiento a ley local.”⁴¹

Pero sucede que muchas veces hemos escuchado decir que esta ganancia de eficiencia no es justificable porque le daría a los inversores extranjeros una ventaja indebida con respecto a los comerciantes locales. El problema con esta explicación es, como dice Cabanellas de las Cuevas respecto de su país, que si para un inversor es más rentable operar a través de una sociedad extranjera, “esto no lo soluciona el eterno pase mágico del derecho argentino, la inscripción registral. Lo único que se logra es motivar la formación de estructuras jurídicas más complejas y costosas. Una creencia muy peligrosa en esta vida, y muy común en la Argentina, es que el prójimo es estúpido, y ciertamente más estúpido que un inversor argentino normal.”⁴²

5. Conclusión

Cuando exigimos a sociedades extranjeras que realicen determinadas formalidades antes de hacer negocios en nuestro país, estamos dando un mensaje. Estamos diciendo que consideramos que esas exigencias aumentan el bienestar de esas sociedades, o que de lo contrario están justificadas moral o políticamente. Y ese mensaje se recibe por el inversor extranjero y lo ayuda a formarse una opinión sobre el país.

Por eso en materia de fomento de inversión extranjera se habla tanto de “políticas de estado”. Si hay un compromiso claro y ampliamente aceptado por la sociedad, el inversor extranjero se enfrenta a un escenario predecible y probablemente estable.

En el caso del Art. 193 de la LSC, nos da la sensación que no tenemos una política clara y ampliamente aceptada. El hecho de que la ley haya introducido una categoría indefinida como la de “acto aislado”, creó en nuestra doctrina un grado de confusión tal que nuestra práctica se volvió impredecible. Nadie se anima a decir cuándo un acto es aislado y cuando no lo es. Y cuando alguien aproxima una interpretación, lo hace con palabras tan o más abstractas que la propia ley. El resultado es impredecible y variable. Y bueno es decirlo, es el resultado exactamente contrario al que deberíamos buscar si queremos fomentar la inversión extranjera.

Los antecedentes parlamentarios dejan claro que el propósito del Art. 193 fue fomentar este tipo de inversión. Por eso quiso exigir la menor cantidad de formalidades posible para la actuación de sociedades extranjeras. Pero la indeterminación de su lenguaje y sus profundos vacíos dieron pie para que prevaleciera la opinión tuitiva, la que propician aquellos que piensan que los requisitos formales protegen intereses sociales relevantes.

El problema está en que los requisitos de inscripción y publicación no protegen intereses relevantes. No protegen ni a los acreedores ni a los intereses nacionales en general. Por lo tanto, no se justifica un apartamiento de la solución que promueva la inversión extranjera.

39 Ver legislación sobre Hong Kong en: <http://www.doingbusiness.org/LawLibrary/?economyid=43>. El formulario de registro puede encontrarse en el link: “Business Registration Regulations”. La “Companies Ordinance” puede verse en: <http://www.hkii.org.hk/hk/legis/en/reg/32L/>

40 The Danish Private Companies Act (Consolidation Act), Bekendtgørelse af lov om anpartsselskaber, Parte 11, Art. 66.

41 Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado de la Asociación de Escribanos del Uruguay, en Rev. AEU, vol. 86, N° 7-12, p. 484.

42 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 376.

Y la solución que en nuestra opinión más promueve esta inversión es la que permite la libre elección, la que le deja al inversor extranjero la opción de tomar decisiones basándose solamente en sus consideraciones de costos y beneficios, sin necesidad de internalizar ningún costo social.

La interpretación que proponemos en este trabajo supone que los requisitos del Art. 193 no son obligatorios y no dependen del tipo de actividad que la sociedad extranjera realice. Son más bien una opción para los inversores extranjeros, para que la aprovechen cuando les sirva. Por eso el Art. 193 es un instrumento de inversión extranjera. Porque está pensado para ellos; no para nosotros.

Esta interpretación tiene ventajas prácticas importantes. En primer lugar es una opción menos costosa. Además, es más predecible. Los escribanos, por ejemplo, no deberían tener sobre sí la difícil carga de averiguar cuántos actos hizo la sociedad en el pasado; les bastaría con saber si se desea constituir una sucursal o no. Y nos adherimos a estándares internacionales que podrían promover el alza de nuestro lamentable status en el ranking del Banco Mundial.

¿Y qué sucede con nuestra inversión local? Si a las sociedades extranjeras les exigimos que realicen trámites formales sólo cuando ellas quieran, pero esos trámites sí los exigimos para constituir sociedades en Uruguay, ¿no estamos imponiéndole más trabas a las sociedades locales que a las extranjeras, a efectos de operar en Uruguay? ¿No nos estamos creando un problema más grave que el que quisimos solucionar?

La respuesta es: no. Lo que estamos haciendo es crearnos la necesidad de mejorar nuestra regulación interna y ponernos en condiciones de competitividad internacional. Estamos forzándonos a ser más eficientes y más atractivos para todos: uruguayos y extranjeros.

EL CONTROL DE LAS UNIDADES REGULADORAS

¿COMO Y QUIENES EFECTÚAN DICHO CONTROL EN NUESTRO DERECHO POSITIVO Y EN EL DERECHO COMPARADO?

BRUNO BERCHESI
GERMAN GUARIGLIA
PABLO SCHIAVI

I) PRÓLOGO

El presente estudio tiene por objeto el examen del contralor sobre las Unidades reguladoras, tanto a nivel de derecho positivo nacional como de derecho comparado, recogiendo las experiencias de países como Argentina y Brasil.

En merito a ello, se comenzará por un análisis de la Teoría del Control y de la Responsabilidad, las cuales tienen plena vigencia respecto de las Unidades Reguladoras.

Dicho control se ejerce en nuestro derecho positivo, ya sea desde el ámbito del propio Poder Ejecutivo a través de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) en su carácter de Unidad Ejecutora del Ministerio de Economía y Finanzas, como desde fuera de dicho sistema orgánico a través del Tribunal de Cuentas de la República (T.C.R).

En consecuencia, se abordaran dos casos prácticos de actuaciones practicadas por dichos organismos en las unidades reguladoras de nuestro país: la U.R.S.E.C. y la U.R.S.E.A.

En última instancia, y modo de conclusión, se analizará cómo estas Agencias han sido consagradas en el derecho comparado y cuáles son los mecanismos de control existentes en los mismos.

II) EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

1) INTRODUCCIÓN.

Para la tarea que nos proponemos, partimos de la base de que no existe particularidad alguna en lo que respecta al control de los entes reguladores. En efecto, se aplican a ellos las denominadas Teorías del Control y de la Responsabilidad.

Sin perjuicio de ello, corresponde analizar cuáles son los mecanismos que dichas teorías enuncian y como se trasladan a las Unidades Reguladoras existentes en la actualidad. Previamente, es necesario puntualizar que, como todos los fenómenos donde se opera una relación entre dos sujetos, y uno de ellos es el Estado, en última instancia se encuentra en juego la dialéctica entre autoridad y libertad propia del Estado de Derecho.

Todo control viene a conformar un instrumento que, en poder del Estado, y cualquiera sea la naturaleza de aquél, implica ejercicio de la autoridad, como manifestación del poder de coacción de que dispone el Estado. Éste no puede actuar sin la debida sujeción al derecho.

La libertad en cambio, que rige la acción de los particulares, conforme lo dispone el artículo 10 de la Constitución, no equivale a libertad absoluta porque los derechos absolutos en nuestro ordenamiento constitucional no existen (salvo la excepción del derecho a la vida), sino que supone la existencia de una *libertad regulada*, porque de la misma forma que el abuso de la libertad puede concluir en la anarquía, el ejercicio abusivo de la autoridad, conlleva la crisis del Estado de Derecho.

El equilibrio entre autoridad y libertad es por tanto clave como forma de percibir la vigencia real del Estado de Derecho.

Hecha la puntualización, corresponde como es de estilo, iniciar el estudio partiendo de la etimología de la palabra control, para luego desentrañar su contenido y alcance.

Como señala CARLOS E. DELPIAZZO¹ citando a Manuel Aragón, “la palabra control proviene del término latino- fiscal medieval *contra-rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-ole (controle)*, que significa literalmente contra-libro, es decir libro-registro, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de fiscalizar, someter, dominar, etc. Aunque suele decirse que en el idioma inglés control se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a comprobación, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés, significa mando, gobierno, dirección, pero también freno y comprobación; en francés, registro, inspección, verificación, pero también vigilancia, dominio y revisión; en alemán (kontrolle), comprobación, registro, vigilancia, pero también intervención, dominio y revisión...”

Dada la amplitud de los conceptos, el autor que citamos resuelve afiliarse a una concepción amplia de control, sostenida por Massimo Severo Giannini, considerándolo como la comprobación de regularidad de una función propia o ajena.

Como expresa FELIPE ROTONDO TORNARIA², la actividad de contralor “puede proyectarse sobre una persona o entidad ajena a la propia Administración, sea ella de derecho privado o público no estatal o sobre otra entidad estatal (control éste interadministrativo). También puede producirse en el ámbito del sistema al que pertenece el órgano de control”. Esta actividad es esencialmente intelectual, ya que consiste en la apreciación o juicio sobre la actuación de otro órgano o funcionario o de un particular y el análisis respecto a si dicha actuación se adecua o no a las reglas que la regulan. En efecto, el órgano controlante debe emitir un juicio o pronunciamiento sobre la actividad que desarrollan los órganos sometidos al control y determinar si su actividad se adecua a las normas que regulan su actuar.

Bien puede decirse que el pronunciamiento equivale a un dictamen, es decir, a un simple acto de la administración.

En ese sentido, ha expresado DROMI³ que los dictámenes son actos jurídicos de la Administración emitidos por órganos competentes que contienen opiniones e informes técnico-jurídicos, preparatorios de la voluntad administrativa.

2) EL CONTROL GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO.

Siendo el control una nota esencial del Estado de Derecho, se hace necesario determinar cuáles son los grandes cimientos en los cuales este último se apoya.

En merito a ello debemos hacer hincapié en tres notas que caracterizan al Estado de Derecho que son:

- I) La sumisión del Estado al derecho.
- II) La consagración de los derechos fundamentales a nivel constitucional
- III) El control.

I) Sumisión del Estado al Derecho.

La primera de las notas refiere al sometimiento del Estado al derecho positivo, -como ya lo adelantamos- lo cual se materializa en una serie de principios tales como el de constitucionalidad, legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad, seguridad jurídica y principio de responsabilidad.

A) Principio de constitucionalidad:

Implica la sujeción a la Constitución y su consiguiente aplicación por parte de todos los poderes públicos y los particulares. La consecuencia de este principio es la invalidez de todo acto jurídico de rango jerárquico menor o cuyo valor y fuerza sea inferior a la Constitución en armonía con el principio de jerarquía normativa.

Corresponde señalar que este principio, tiene en la actualidad una importante significación como consecuencia del llamado *neconstitucionalismo*. El mismo, producto del constitucionalismo emergente de la segunda post guerra mundial, predica la interpretación y consiguiente aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico “desde la Constitución”

Se postula la rematerialización de la Constitución, incorporando una concepción que se basa en los principios que ella recoge partiendo de la dignidad de la persona humana, como valor fundamental.

1 Carlos, E. Delpiazzo-“Desafíos actuales del Control”, p 8 y ss.

2 Felipe Rotondo Tornaría, “ Manual de Derecho Administrativo” p 275

3 Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, p 293 y ss.

B) Principio de legalidad:

Significa el sometimiento de la actividad administrativa a la ley y la existencia de una zona de reserva de ley. Así, para la limitación de los derechos fundamentales se requiere ley en sentido orgánico formal, por lo cual ningún acto administrativo podrá imponer limitación o privación alguna a los derechos fundamentales, salvo en aquellos casos en que la propia ley lo disponga.

En principio, cierta doctrina sostiene que está consagrada la imposibilidad de limitar un derecho fundamental si no es por ley, aunque podría plantearse la posibilidad de que ésta eventualmente autorice la limitación por otra norma de rango inferior en aquellos casos en que la ley lo considere necesario, lo cual implica acercarnos a una zona de seguridad jurídica dudosa. Empero, siempre la potestad para limitar o autorizar la limitación depende de la ley en su sentido formal, y esta es justamente la garantía del sistema.

Es decir, nosotros pensamos que, la ley conforme con la Constitución puede permitir la limitación de un derecho se lleve a cabo por vía reglamentaria, lo que obviamente deberá realizarse dentro del ámbito de la ley, esto es, que no puede desbordarla, desnaturalizarla, sustituyendo, reformando o modificando el contenido del precepto legal, puesto que ello significaría incurrir en una delegación legislativa que se opone a la Constitución. Esta apreciación no es menor, máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico los reglamentos de ejecución de la ley han perdido su verdadero cometido, pues se limitan a reiterar la norma que reglamentan. Otras veces, la propia ley es tan amplia, constituyendo verdaderos marcos esqueléticos que delegan al ejecutivo su reglamentación en enormidad de aspectos, lo cual sumado a lo anterior confluente en normas poco claras y plagadas de conceptos jurídicos indeterminados, generando una labor exorbitante para el interprete.

Cabe igualmente recordar tal cual lo advierte PARADA,⁴ que no debe confundirse el principio de reserva absoluta de la ley –que opera por ejemplo en materia penal– con el concepto de “cobertura legal” que se aplica a las sanciones administrativas, “puesto que en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad), sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo (ejecución en nuestro caso), mientras que el principio de “cobertura legal” de las sanciones administrativas, sólo exige cubrir con la ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantías de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad, sin perjuicio de las precisiones anteriores, pues la reglamentación debe desempeñarse en forma correcta, reglamentando y no transcribiendo la norma.

C) Principio de jerarquía: Este principio encuentra como es sabido su origen en la clásica pirámide Kelsen, que en nuestro derecho involucra la supremacía constitucional frente a cualquier otra y la supremacía de la ley frente a los actos administrativos. Del mismo resulta que la Constitución es la norma de mayor valor y fuerza, luego la ley y los decretos de los gobiernos departamentales, los reglamentos, etc.

D) Principio de publicidad:

La norma jurídica, para valer como tal e ingresar al mundo jurídico requiere cumplir con una serie de requisitos fundamentales. En última instancia la norma debe ser publicada y adquirir así el carácter de eficaz. Esto es lo que permite el conocimiento de la norma a los sujetos previo a su aplicación. Este principio es esencial en el estado de derecho ya que el individuo debe conocer cuáles son las conductas reguladas por el ordenamiento jurídico a fin de adecuar su actuar a tales imperativos de conducta.

E) Principio de Irretroactividad:

Retroactividad de la norma implica su aplicación a hechos anteriores en el tiempo que en su momento se regían por normas distintas.

La norma puede disponer que tiene efecto retroactivo, sin embargo, el principio en nuestro derecho es la irretroactividad de la norma, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica. Así por ejemplo, en materia penal, si se crea una figura delictiva con carácter retroactivo, una persona sería penada por un delito que en el momento que lo realizó no existía.

Sin embargo no sucede lo mismo a la inversa, como el caso en que la ley establece una pena más favorable o suprime un delito.

Por lo tanto, todo gira en torno a la seguridad jurídica y al beneficio de las personas. Aquellas situaciones que imponen situaciones jurídicas más gravosas para los individuos de principio no deben tener efecto retroactivo. Aquellas que sean más favorables de principio deben tenerlo.

⁴ Ramón Prada, “Derecho Administrativo”, Parte General, Undécima edición, Marcial Pons, año 1999, p.524 y ss.

F) Principio de seguridad jurídica

Sin lugar a dudas es fundamental en un Estado de Derecho, pues no pueden de principio volverse las cosas hacia atrás perjudicándose derechos válidamente adquiridos al amparo de una norma jurídica que en su momento era válida y eficaz. Como opina DOMINGO JUAN SESIN⁵, “la seguridad jurídica implica que la persona, bienes y derechos de los ciudadanos están protegidos frente a cualquier obrar arbitrario o injusto de los poderes públicos o de los particulares, siendo los jueces la última garantía de su efectividad”

G) Principio de responsabilidad:

Este principio será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo V de este trabajo. Si perjuicio de ello, corresponde señalar que el mismo aparece como una consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, ya que en definitiva, de que sirven todas las provisiones anteriores si no se puede responsabilizar a quienes se ha apartado de ellas.

II) Consagración constitucional de los derechos fundamentales.

La segunda de las notas del Estado de Derecho es el reconocimiento y regulación constitucional de ciertos derechos comunes a todos los individuos. Nuestra Carta cumple con dicha exigencia en la Sección II, denominada Derechos, Deberes y Garantías

En los últimos años se ha derramado infinidad de tinta sobre los derechos fundamentales, constituyendo este un tema de constante estudio por parte de la doctrina nacional y extranjera. Por ello, no es el objeto del presente trabajo ingresar en un tema tan delicado como este, sino simplemente enunciar cuales son las notas del Estado de Derecho y fundamentalmente la del control. Por tanto, basta señalar que nuestra Constitución con su afiliación justnaturalista consagra en la Sección II a los denominados derechos fundamentales del individuo, dentro de los cuales encontramos los derechos de la primera, segunda y tercera generación.

III) El control en el Estado de Derecho.

Con razón se ha dicho que no hay libertad sin control y no hay control sin responsabilidad. MARTÍN RISSO FERRAND⁶ considera con acierto que “la existencia de un sistema de control apropiado y efectivo es básico en todo Estado de Derecho”

En este aspecto, es vital el principio de separación de poderes, cuyos orígenes se atribuyen a Montesquieu, en donde el adecuado desenvolvimiento de cada función jurídica por cada uno de los tres poderes de gobierno constituye la columna vertebral sobre la cual se apoya el Estado de derecho. Empero, hoy en día, esta clásica tripartición de poderes se ve atenuada, ya que no basta con una separación si no hay coordinación entre los poderes de gobierno

En efecto, es esta separación lo que da paso y a su vez garantiza el efectivo funcionamiento del Estado de derecho así como su control, pero para que se puedan maximizar estos elementos es imperiosa la coordinación entre los diferentes órganos del Estado.

TIPOLOGÍA DEL CONTROL.

Como lo indica FELIPE ROTONDO TORNARÍA⁷ el control involucra una serie de elementos que son:

- a) **Órgano que lo cumple:** control parlamentario, administrativo o judicial, según el sistema orgánico al que pertenece. En una óptica más amplia abarca también al cívico o popular.
- b) **Naturaleza del acto de control,** vinculado con la función estatal que se desarrolla: legislativa, administrativa o judicial. Como sabemos, las funciones estatales son los medios o herramientas que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales.
- c) **Posición institucional del controlante,** pudiéndose diferenciar el control interno y el externo. El primero de ellos es realizado por la Auditoría Interna de la Nación, y el segundo por el Tribunal de Cuentas.

Asimismo existe también el control vertical caracterizado por la jerarquía y el horizontal que se da entre órganos de igual posición institucional.

5 Domingo Juan Sesín “Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica”, p372

6 Martín RISSO Ferrand, “Derecho Constitucional” Tomo I, P 419.

7 Felipe Rotondo Tornaría, ob.cit. p276 y ss.

- d) **Objeto:** control de juridicidad como adecuación a la regla de derecho y control de merito referido a la oportunidad o conveniencia o ambos.
- e) **Alcance:** la conducta de personas, los actos de órganos o funcionarios o la gestión en conjunto de actos y hechos.
- f) **Oportunidad:** previo, concomitante, posterior u ocasional.
- g) **Origen:** de oficio o a instancia de parte.
- h) **Efectos:** preventivo que a su vez puede ser obstativo o aprobatorio y correctivo o represivo.

En mérito a esta clasificación se desarrollaran aquellos que se consideran de mayor relevancia.

A) Control de acuerdo al órgano que lo cumple.

- Control Administrativo.

El control al que nos referiremos en los párrafos siguientes es aquel que se efectúa sobre el actuar de la administración, materializándose mediante la expedición de actos administrativos.

Este tipo de control significa la revisión de la actuación administrativa mediante los recursos administrativos, entendidos estos como la petición o solicitud presentada en tiempo oportuno para que los titulares de un derecho o interés obtengan el pronunciamiento de la administración sobre un acto administrativo que lesiona dicho interés o derecho.

Los recursos administrativos tienen asiento en nuestra Constitución y desarrollo en la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y sus modificativas, así como la reglamentación contenida en el Dec- 500/991 de procedimiento administrativo.

Estos medios impugnativos del actuar de la administración son requisito previo para la acción de nulidad ante el T.C.A, es decir, debe agotarse previamente la vía administrativa mediante la interposición de los recursos para acudir a la vía anulatoria del mismo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, ¿cuales son los recursos previstos en nuestro derecho?

De acuerdo con el Art 317 de la Constitución los actos administrativos pueden ser impugnados mediante el recurso de revocación ante el mismo órgano que dictó el acto dentro del plazo de diez días a contar desde su notificación personal o su publicación en el Diario Oficial.

Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquía, corresponderá el recurso jerárquico de forma subsidiaria y conjuntamente con el de revocación.

En el caso que el acto administrativo provenga de una autoridad que de acuerdo a su estatuto está sometida a tutela administrativa, podrá ser impugnado mediante el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al de revocación.

Cuando el acto emane de un órgano de los Gobiernos Departamentales, se podrá impugnar mediante el recurso de reposición y apelación en la forma que determine la ley.

De todo esto surge que para saber que recurso interponer debe estudiarse en primer término que órgano dictó el acto administrativo lesivo, ya que ante él ha de plantearse el de revocación. En segundo término, se deberá determinar cuál es la posición institucional del órgano, es decir, un análisis de si el órgano que dictó es el jerarca del sistema o no, ya que de dicho análisis surgirá si corresponde el recurso jerárquico o no.

Por último, debe verificarse la naturaleza del sistema jurídico al que pertenece la autoridad que dictó el acto con la finalidad de determinar si corresponde el recurso de anulación, que procede ante los Servicios Descentralizados.

De vital importancia es también identificar cuando nos encontramos ante un acto administrativo y por ello es necesario definirlo.

El acto administrativo es todo acto jurídico dictado por un órgano estatal en ejercicio de función administrativa que produce efectos jurídicos.

Esta definición es muy amplia o plagada de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que es necesario hilar un poco más fino para poder determinar a qué tipos de actos jurídicos nos referimos.

Así y en pos de ello, dentro de la definición están incluidos, el Reglamento, Disposición General, el Reglamento singular y la Resolución.

Las primeras tres cuando fueran dictadas por el Poder Ejecutivo se denominan Decretos y si son dictadas por los Ministerios se denominan Ordenanzas.

Sin perjuicio de esta aproximación. No debe olvidarse que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la administración, pudiendo ingresar a la clasificación precedente otras hipótesis.

En lo que respecta a los requisitos de los recursos se puede decir que estos consisten en:

1. subjetivos: refieren a los sujetos interesados (recurrente y recurrido). El recurrente puede ser persona física o jurídica, pública o privada con legitimación que deriva de la titularidad de un derecho subjetivo, de un interés legítimo o de un interés simple. En cuanto al recurrido, los requisitos refieren a la competencia del órgano que dictó el acto.

2. objetivos: refieren a la existencia de un acto administrativo,

3. formales: los que tienen que ver con el lugar, tiempo y la forma de los recursos administrativos.

El control mediante los recursos administrativos no solo son una manifestación del Estado de Derecho sino una expresión de los derechos fundamentales de los individuos

- Control Parlamentario.

El denominado control parlamentario como señala FELIPE ROTONDO TORNARÍA ⁸invoca a los institutos de:

1. el llamado a sala de los Ministros por parte de cada Cámara para solicitarles los informes que estime conveniente.
2. las Comisiones Parlamentarias de Investigación.
3. la actuación de la Cámara de Senadores en el control de la descentralización previsto en el Art 197 de la Carta.
4. el otorgamiento expreso o ficto de venia por parte del Senado o la Comisión Permanente para destituir funcionarios inamovibles de la administración Central; nombrar Jefes de Misión del servicio exterior; del Senado para designar directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.
5. otorgamiento expreso de autorización por parte del Senado o la Comisión para disponer el ascenso de Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas; designar Fiscales o Ministros de los Tribunales de Apelaciones.
6. Intervención decisoria de la Cámara de Representantes ante la apelación del Poder Ejecutivo, por razones de interés general, contra los decretos de los Gobiernos Departamentales que crean o modifican impuestos

- Control Jurisdiccional

El control jurisdiccional se encuentra en nuestro derecho en la órbita del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. A este órgano le compete la anulación de los actos administrativos previo agotamiento de la vía administrativa como requisito procesal. Se trata de un órgano jurisdiccional especializado materialmente e independiente de los tres poderes de gobierno.

Para proceder a la vía anulatoria deben atenderse una serie de requisitos que pueden sintetizarse en:

Requisitos del acto.

En primer lugar, debe tratarse de actos administrativos, quedando fuera los jurisdiccionales y los legislativos. El acto debe ser definitivo, es decir, a cuyo respecto se haya agotado la vía administrativa mediante la interposición de los recursos.

El acto administrativo objeto de impugnación, debe haber sido dictado en contrariedad a una regla de derecho o con desviación de poder.

En tercer lugar, el acto debe ser susceptible de causar un agravio.

Requisitos del accionante.

El sujeto que acciona debe ser titular de un derecho subjetivo o de un interés directo personal y legítimo lesionado por el acto.

Requisitos de la interposición.

La acción debe formularse por escrito y presentarse so pena de caducidad dentro de los 60 días de corrido y siguientes al agotamiento de la vía administrativa, plazo que se suspende durante la FERIA Judicial y la Semana de Turismo. De acuerdo con AUGUSTO DURAN MARTÍNEZ⁹ el plazo para iniciar la acción de nulidad ante el T.C.A es de 60 días en los casos de agotamiento ficto de la vía administrativa y cuando hay agotamiento expreso de la vía con notificación personal o publicación en el Diario Oficial. El plazo de dos años opera cuando hay agotamiento expreso pero la resolución que pone fin a la misma no sea notificada personalmente o publicada en el Diario Oficial.

Control Popular y Cívico.

También corresponde hacer hincapié en el control a cargo de la **Corte Electoral**, el cual tiene a su cargo el control y a su vez la función administrativa de organizar, de llevar a cabo el Registro Cívico Nacional

⁸ Felipe Rotondo Tornaría, ob cit.; p279 y ss.

⁹ Augusto Durán Martínez, "Estudios de Derecho Administrativo", Parte General, p 225 y ss.

y de instituir los actos electorales a través de las Juntas. Es decir, este órgano controla todo lo relativo a la materia electoral controlando que lo que el ciudadano deposita en las urnas sea exactamente lo que después se refleja en las cifras.

Siguiendo en esta materia, también el cuerpo electoral ejerce actividad de control, pues si bien este no gobierna si ejerce actividad de contralor de quienes detentan el control. En primer lugar el cuerpo electoral es un sistema de decisión, eligiendo a sus representantes y asimismo decide sobre la aprobación o el rechazo de una reforma constitucional. La herramienta en este sentido es el **recurso de Referéndum**, entendido este como un recurso contra un acto ya sancionado y vigente y procede contra las leyes o los decretos de los Gobiernos Departamentales. Por tal se dice que el referéndum es volver sobre lo ya actuado a diferencia del plebiscito que es un pronunciamiento sobre un proyecto, sobre un acto que no existe. Por lo tanto el referéndum es una manifestación del Cuero Electoral el cual está previsto en los artículos 79 y 304 de la Constitución. Del primero de estos surge que “El veinticinco por ciento del total de inscriptos, habilitados para votar, podrá interponer, dentro del año de su promulgación, el recurso de referéndum contra las leyes y ejercer el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo. Estos institutos no son aplicables con respecto a las leyes que establecen tributos. Tampoco caben en los casos de iniciativa privativa del Poder Ejecutivo por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”.

Como se dijo el objeto del recurso son las leyes, entendida esta en el sentido orgánico formal, salvo las que establecen tributos o aquellas de iniciativa privativa del Poder Ejecutivo.

C) Control según la posición institucional del órgano.

- Control Interno:

La Auditoría Interna de la Nación es la que lleva adelante el control interno del los actos y gestión económico-financiera como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas, que actúa con autonomía técnica en el desempeño de sus funciones. Su competencia alcanza a todos los órganos y reparticiones dentro de la persona pública Estado, así como los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados. El control ejercido por este órgano es esencialmente selectivo y posterior fundándose en criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia.

Realizada su actividad conjuga un informe con las conclusiones y recomendaciones correspondientes dando vista al jerarca del órgano auditado, por diez días. De su decisión eleva copia al Poder Ejecutivo y publica resúmenes de lo actuado y las resultancias. Este control no es vinculante.

También la Auditoría evacua consultas con carácter vinculante que le formulen los organismos sometidos a su control y tiene dentro de su órbita de competencias la fiscalización estatal de las sociedades anónimas.

- Control Externo:

El denominado control externo involucra aquel que tiene a su cargo el Tribunal de Cuentas sobre los fondos públicos que se manejan en el funcionamiento de la Administración pública. Este órgano fue creado en la Constitución de 1934, contando con una posición institucional de autonomía técnica. Como señala prestigiosa doctrina el control puesto a cargo del Tribunal es administrativo, preventivo, permanente y a posteriori de la legalidad de los actos que conforman la gestión económica financiera estatal.

D) Objeto del control.

El control en cuanto a su objeto puede ser catalogado como de mérito o de legitimidad.

El primero de estos es aquel que está destinado a apreciar la oportunidad y conveniencia de los actos emanados de la Administración controlada.

El control de legitimidad tiene por finalidad que los actos de la Administración se ajusten a las normas jurídicas que regulan su actividad.

F) Oportunidad del control

El **control previo** es aquel que permite determinar las irregularidades del acto antes de que el mismo produzca sus efectos. Es por ello que el órgano efectúa una intervención preventiva de acuerdo al Art 21.1.lit B) de la Constitución, una intervención preventiva en los gastos y los pagos.

Este control tiene por objeto los gastos y pagos de todos los órganos que integran el Estado en sentido amplio, pero no de todos los gastos ya que están excluidos aquellos de menor cuantía.

El modo de realizar este control es variable ya que el Tribunal de Cuentas constituye un verdadero sistema orgánico en donde el control de los gastos y pagos puede ser efectuado directamente por el Tribunal o por otros dos órganos que son los Contadores de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y los Contadores Auditores. De esto resulta que el Tribunal quien encabeza el sistema que tiene a cargo el control de la gestión económico financiera.

El **control permanente** se encuentra consagrado en el Art 211, lit E) el cual preceptúa que el Tribunal debe intervenir en todo lo relativo a la gestión financiera de los órganos del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y denunciar ante quien corresponda todas la irregularidades en el manejo de los fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad. No debe olvidarse que el tribunal en el cumplimiento de esta función de contralor asignada por la propia Carta no ejerce una actividad decisoria, sino que se limita a observar, controlar o fiscalizar.

Por último, el **control posterior** a cargo del Tribunal de Cuentas está consagrado en el Art. 211, lit C), D) y Art 192 Inc. final de la Constitución.

Corresponde en este aspecto al Tribunal el control de la rendición de cuentas y gestiones de todos los órganos del Estado, inclusive Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, cualquiera sea su naturaleza, así como las acciones correspondientes en caso de responsabilidad. Al tribunal se le impone presentar anualmente a la Asamblea General una memoria de las rendiciones de cuentas mediante el lit D) del artículo 211.

Este control posterior del Tribunal de Cuentas como lo indica su nombre es posterior a la actuación objeto de fiscalización, constituyendo la última etapa. Su regulación contenida generalmente en Ordenanzas atiende fundamentalmente al establecimiento de plazos de presentación, oportunidad de rendir cuentas, condiciones para la remisión de expedientes, imputación de tareas a contadores auditores, etc.

De todo lo expuesto se deduce que este órgano cumple una función de cabal importancia, el control externo de los gastos públicos y perfecciona la inversión de la renta. En el orden extranjero como destaca DOMINGO SESÍN¹⁰ se puede observar una variada topología de este tipo de órgano:

1. Aquellos que forman parte de la Administración Pública, como es el caso francés de la Corte de Cuentas.
2. los que en parte tienen autoridad de cosa juzgada, como en Italia.
3. los que dependen de las Cámaras del Congreso, en el modelo angloamericano.
4. los que si bien están vinculados al Poder Legislativo sin embargo se caracterizan por su autonomía funcional frente al poder político, aunque sin funciones jurisdiccionales.

Dentro del control externo y fundamentalmente como consecuencia de la insuficiencia del resto de los controles o como una falla en la Teoría del Control, se ha dado paso a una figura que ha ganado relevancia y que pretende brindar a los ciudadanos una herramienta más para hacer valer sus derechos ante un órgano que se denomina genéricamente como "Defensor del Pueblo".

EL Ombudsman o Defensor del Pueblo es un órgano de elección parlamentaria cuyos orígenes se remontan a Suecia en el año 1809, contando con amplios poderes de información y con la finalidad de controlar externamente la Administración. La experiencia en este país determino su expansión por otros como Finlandia, Noruega y Dinamarca. Este fenómeno se expandió por el resto de Europa y llega a América Latina mediante la adopción del modelo Español.

Este instituto actúa con independencia respecto de quien lo designa, tiene por finalidad investigar conductas en virtud de quejas o denuncias, censurar, amonestar, servir como mediador entre la administración y los administrados. Sin perjuicio de que no pose atribuciones decisorias como revocar o anular actos administrativos, etc.

En Argentina el Art 86 establece las competencias del órgano las cuales consisten en:

1. la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y en las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración.
2. el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Como indica ARMANDO CANOSA¹¹ la competencia de este instituto consagrado en la Constitución Argentina, pese a ser amplio se centra en el control de la Administración Pública. Siguiendo con la experiencia

10 Domingo Sesín, "Control de la Administración Pública" Administrativo, legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral de Facultad de Derecho, p 292.

11 Armando Canosa, "Control de la Administración Pública" Administrativo, legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral de Facultad de Derecho, p 393 y ss...

argentina, el procedimiento ante el Defensor del Vecino se inicia de oficio o a pedido de parte conforme a lo que establece la ley N° 24.284 en su artículo 14. La iniciación de oficio otorga un amplio margen de actuación, ya que no requiere de la denuncia de parte.

Por su parte, la denuncia o queja presentada por el particular se sustenta en la afcción de un derecho por un acto u omisión de la Administración ya sea particular o colectivo. La presentación de la acción debe realizarse dentro del año calendario a contar del hecho, acto u omisión. Existen causales de rechazo como la mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento trivial, así como cuando se encuentra pendiente resolución administrativa o judicial y cuando la queja impone perjuicio a un tercero.

Presentada la acción, debe darse cuenta al organismo pertinente a fin de que por intermedio de la autoridad correspondiente y dentro de los treinta días remita el informe escrito. Lo atinente a la decisión se relaciona con las distintas clases de intervención que caracterizan la competencia del Defensor. Con respecto a las facultades investigadoras el resultado puede ser estimatorio o desestimatorio. Puede también efectuar advertencias, recomendaciones, propuestas para la adopción de medidas, etc.

El instituto del Defensor del Pueblo constituye por lo expuesto un medio alternativo de control además de los tradicionales.

3) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Enseña FELIPE ROTONDO TORNARIA¹² citando a SOTO KLOSS, que el Estado de Derecho implica por su esencia el instituto de la responsabilidad "quien dice derecho, dice responsabilidad".

Sin lugar a dudas y como con gran exactitud lo señala SOTO KLOSS, la responsabilidad constituye una nota esencial del Estado de derecho, pues no puede concebirse en nuestros tiempos un Estado irresponsable o en otras palabras, que no responda por sus actos, y por ello corresponde brevemente señalar en que se sustenta esta responsabilidad.

Se caracteriza por ser directa y ante cualquier entidad estatal, sea cual fuere su naturaleza jurídica, centralizada o descentralizada. Además, se trata de responsabilidad de carácter civil, pecuniario.

Se materializa en daños causados en la ejecución de los servicios públicos así como los que se den en ocasión de la misma.

Los daños generados son de carácter extracontractual, contra terceros, sin perjuicio de estar también consagrada la contractual cuando el Estado es parte de un contrato.

Para que se configure la responsabilidad debe existir un daño cierto en el derecho o intereses jurídicamente tutelados, el cual deriva de la ejecución de los servicios públicos.

Otro de los elementos para que haya responsabilidad es el nexo causal entre el daño ocasionado y la actividad estatal de que se trate, sea por acto, hecho u omisión así como por hecho de las cosas por ejemplo.

Por lo expuesto, son básicamente tres los elementos que deben conjugarse para poder hablar de responsabilidad. Estos son, un acto de la administración- con los reparos mencionados-, un daño en la persona y una relación causal entre los dos elementos anteriores. Esta responsabilidad a la que estamos haciendo referencia es la denominada *objetiva*.

En doctrina se hace distinción de la responsabilidad objetiva y la subjetiva. Sintéticamente la primera es a la cual se ha hecho referencia anteriormente y que ha ganado más trascendencia en los últimos tiempos. Se afirma que la responsabilidad del Estado no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso, sino en el daño causado. Para esta concepción objetiva basta que el particular acredite que ha padecido un daño derivado de la acción u omisión estatal para que proceda la reparación, si que sea necesario el análisis de la conducta que ocasionó ese daño.

Por otro lado, la tesis subjetiva sustentada mayoritariamente por la jurisprudencia exige para que nazca la responsabilidad estatal que exista dolo o culpa.

Otro ámbito de responsabilidad es aquel en donde aparece la figura del funcionario. De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución "cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación".

Del análisis de este artículo se ha interpretado la imposibilidad de accionar directamente contra los funcionarios, salvo en caso de actos personalísimos.

Por lo tanto, una vez que se acciona contra el órgano correspondiente, será este el encargado de repetir contra el funcionario.

12 Felipe Rotondo Tronaría Ob.cit. p267.

III) LAS UNIDADES REGULADORAS EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

1) INTRODUCCIÓN.

En forma previa a la consideración del control que se ejerce a las unidades reguladoras en nuestro derecho positivo, ya sea desde el ámbito del propio Poder Ejecutivo a través de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) en su carácter de Unidad Ejecutora del Ministerio de Economía y Finanzas, como desde fuera de dicho sistema orgánico a través del Tribunal de Cuentas de la República (T.C.R), haremos una breve referencia a la misión, a los objetivos, a las funciones y al marco normativo de las unidades reguladoras que existen en el sistema positivo uruguayo: la Unidad Reguladora de los Servicios en Comunicaciones (URSEC) y la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA).

En dicho examen se hará referencia a la misión, a los objetivos, a las funciones y al marco normativo de cada una de ellas.

2) LA UNIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS EN COMUNICACIONES (URSEC).¹³

a) Misión.

La Unidad Reguladora de los Servicios en Comunicaciones (URSEC) tiene como misión la regulación y el control de las actividades referidas a las telecomunicaciones, entendidas como toda transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos y, asimismo, las referidas a la admisión, procesamiento, transporte y distribución de correspondencia realizada por operadores postales.

b) Objetivos.

Los principales objetivos de la URSEC son los siguientes: extensión y universalización del acceso a los servicios; promoción de la competencia; control de las actividades monopólicas persistentes; aplicación de tarifas que reflejen costos económicos y el fomento de niveles óptimos de inversión.

c) Funciones.

Con respecto a las funciones desempeñadas por la URSEA, debemos distinguir las que cumple en materia de servicio de telecomunicaciones y las que cumple en materia de servicios postales.

- En materia de servicios de telecomunicaciones, la URSEC tendrá como principales funciones: asesorar al Poder Ejecutivo en materia de formulación instrumentación y aplicación de la política de comunicaciones; velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas; administrar, defender y controlar el espectro radioeléctrico nacional; otorgar autorizaciones para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico nacional; controlar la instalación y funcionamiento, así como la calidad, regularidad y alcance de todos los servicios de telecomunicaciones, sean prestados por operadores públicos o privados; formular normas para el control técnico y manejo adecuado de las telecomunicaciones; ejercer la supervisión técnica y operativa de las emisiones de radiodifusión y de televisión cualesquiera fuere su modalidad; mantener relaciones internacionales con los Organismos de comunicaciones; asesorar al Poder Ejecutivo respecto a los requisitos que deberán cumplir quienes realicen actividades comprendidas dentro de su competencia; controlar el cumplimiento por parte de los operadores públicos y privados de las normas jurídicas y técnicas; proteger los derechos de usuarios y consumidores; determinar técnicamente las tarifas y precios; promover la solución arbitral de las diferencias que se susciten entre agentes del mercado y aplicar las sanciones previstas.

- En materia de servicios postales la URSEC tendrá como principales funciones: velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas; establecer normas regulatorias de los servicios postales; autorizar la prestación de servicios postales a terceros y llevar el registro de empresas autorizadas a prestar servicios postales.

13 La Misión, la Visión y los objetivos de la U.R.S.E.C fueron extraídos del Sitio Web Oficial www.ursec.gub.uy.

d) Marco Normativo.

La creación de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) fue dispuesta por el artículo 70 de la Ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de su facultad de avocación, por el Art. 70 de la Ley N° 17.930. La reglamentación del funcionamiento de la misma fue dispuesta por el Decreto 212/001 de fecha 4 de mayo de 2001.

La Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) se vinculará administrativamente con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Industria, Energía y Minería y actuará con autonomía técnica.

A los efectos de cumplir con los artículos 118 y 119 de la Constitución de la República, la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones lo hará a través del propio Ministerio de Industria, Energía y Minería, o del Ministerio de Educación y Cultura de acuerdo con la materia. A la misma se le atribuyen competencias de regulación y control de las actividades referidas a telecomunicaciones y servicios postales.

Podrá comunicarse directamente con los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y demás órganos del Estado (Art.74 de la Ley N° 17.296 en la redacción dada por el Art.194 de la Ley N° 17.930).

La URSEC estará dirigida por una Comisión integrada por tres miembros designados por el Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros entre personas que por sus antecedentes personales, profesionales y conocimiento en la materia, aseguren independencia de criterio, eficiencia, objetividad e imparcialidad en su desempeño. Los Directores durarán seis años en el ejercicio de sus cargos, pudiendo ser designados nuevamente por igual período.

La URSEC ajustará su actuación a los principios generales y reglas de procedimiento administrativo vigentes para la Administración Central, y sus actos administrativos podrán ser recurridos de conformidad con lo que disponen los artículos 317 y concordantes de la Constitución de la República, y artículo 4 y concordantes de la Ley N° 15.869 de 22 de junio de 1987.

3) LA UNIDAD REGULADORA DE SERVICIOS DE ENERGÍA Y AGUA (URSEA).¹⁴

a) Misión.

La URSEA es el órgano regulador de los servicios de energía -incluyendo electricidad, gas y combustibles líquidos-, agua potable y saneamiento en Uruguay, creado por la Ley N° 17.598 de 13 de diciembre de 2002. En materia de energía eléctrica, la URSEA asumió los cometidos anteriormente asignados a la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica (UREE).

b) Objetivos.

Su objetivo es proteger los derechos de los consumidores, controlando el cumplimiento de las normas vigentes y asegurando que los servicios regulados tengan un adecuado nivel de calidad y seguridad, a un precio razonable.

Como regulador independiente, es su responsabilidad promover la competencia en las áreas de la industria donde está habilitada por la ley, y regular los monopolios, estableciendo niveles mínimos de calidad y proponiendo precios basados en costos eficientes.

c) Funciones.

De acuerdo a la Ley, las principales funciones de la URSEA son: controlar el cumplimiento de las normas vigentes; establecer los requisitos que deberán cumplir quienes realicen actividades comprendidas dentro de su competencia; dictaminar preceptivamente en los procedimientos de selección de concesionarios a prestar servicios dentro de su competencia; resolver, en vía administrativa, las denuncias y reclamos de usuarios; proponer al Poder Ejecutivo las tarifas técnicas de los servicios regulados; prevenir conductas anticompetitivas y de abuso de posición dominante y Proteger los derechos de usuarios y consumidores.

d) Marco Normativo.

La Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) se vinculará administrativamente con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Industria, Energía y Minería y actuará con autonomía técnica.

A los efectos de cumplir con los artículos 118 y 119 de la Constitución de la República, la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua lo hará a través del propio Ministerio de Industria, Energía y Minería, o del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, de acuerdo con la materia.

¹⁴ - La Misión, la Visión y los objetivos de la U.R.S.E.A fueron extraídos del Sitio Web Oficial www.ursea.gub.uy.

Podrá comunicarse directamente con los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y demás órganos del Estado (Art. 3 de la Ley N° 17.598 en la redacción dada por el Art. 189 de la Ley N° 18172 de 13 de diciembre de 2002).

Está dirigida por una Comisión Directora de tres integrantes designados por el Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros, por un período de seis años.

IV) EL CONTROL DE LAS UNIDADES REGULADORAS.

1) INTRODUCCIÓN.

En nuestro derecho positivo vigente, el control que se ejerce a las unidades reguladoras se puede desprender en dos ámbitos, ya sea desde el ámbito del propio Poder Ejecutivo a través de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) como Unidad Reguladora del Ministerio de Economía y Finanzas (M.E.F); así como desde fuera de dicho sistema orgánico a través del Tribunal de Cuentas de la República (T.C.R).

2) EL CONTROL POR PARTE DE LA A.I.N.

a) Ubicación Institucional de la A.I.N.

La Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) es un órgano funcionalmente desconcentrado del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas que actúa con autonomía técnica en el desempeño de sus cometidos, cuya nueva denominación y cometidos fueron dispuestos por los artículos 45 a 52 de la Ley N° 16.736 de fecha 5 de enero de 1996, pasando a ocupar el lugar de la Ex Inspección General de Hacienda.

El ámbito orgánico de la competencia de la Auditoría Interna de la Nación alcanza a todos los órganos y reparticiones comprendidos dentro de la persona pública Estado, así como a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados comprendidos en el artículo 220 de la Constitución de la República, sin perjuicio de las autonomías reconocidas constitucionalmente.

De acuerdo al artículo 92 del Capítulo II, Del Control, del Título III del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), el sistema de control interno de los actos y la gestión económico-financieros estará encabezado por la Auditoría Interna de la Nación, a la cual corresponderá: 1) Realizar las tareas de auditoría de acuerdo a las normas de auditoría generalmente aceptadas; 2) Verificar el movimiento de fondos y valores de la Tesorería General de la Nación y el arqueo de sus existencias.

3) Inspeccionar los registros analíticos y sintéticos de la Contaduría General de la Nación y verificar, mediante los métodos usuales de auditoría, su correspondencia con la documentación respaldante y la de ésta con la gestión financiera patrimonial; 4) Verificar la adecuación de los estados contables y presupuestarios de los organismos comprendidos en el Presupuesto Nacional a los registros y la documentación que los respaldan.

5) Fiscalizar la emisión y destrucción de valores fiscales.

6) Supervisar el cumplimiento del control del régimen de asistencia, horarios, licencias y aplicación de los recursos humanos de quienes revistan en la Administración Central, debiendo realizar informes periódicos de sus resultados y 7) Cumplir toda otra tarea de control posterior que le sea cometido o que la presente ley le asigne.

Por su parte el artículo 93 del TOCAF dispone que las actuaciones y auditorías, selectivas y posteriores, a cargo de la Auditoría Interna de la Nación, abarcarán los aspectos presupuestales, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, así como la evaluación de programas y proyectos. Sin perjuicio de la técnica usual de control establecida en las normas de auditoría generalmente aceptadas, se fundará en criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia, según corresponda”.

Asimismo del Capítulo II, Del Control, del Título III del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), se desprende que: podrán instalarse unidades de auditoría interna en los órganos y organismos de los Incisos 02 al 14 del Presupuesto Nacional, las que estarán sometidas a la superintendencia técnica de la Auditoría Interna de la Nación”

y que concluida su actuación de control en un organismo, la Auditoría Interna de la Nación efectuará un informe estableciendo clara y detalladamente las conclusiones y recomendaciones a que su actuación diere

lugar. Antes de dictar resolución en relación a lo actuado, dará vista de dicho informe por el plazo de diez días, al jerarca del organismo auditado a efectos de que éste exprese los descargos o consideraciones que le merezca”.

La Auditoría Interna de la Nación elevará al Poder Ejecutivo copia de las resoluciones dictadas en las actuaciones realizadas. Asimismo, semestralmente hará público un informe sintético de los resultados de las auditorías efectuadas”.

b) Misión y Visión de la A.I.N.

En una nueva práctica que comprende no sólo personas jurídicas públicas sino también a las empresas del sector privado de la más diversa índole, y que puede catalogarse de sumamente positiva, se estila sobretodo en los sitios Web de cada una de las citadas instituciones, hacer referencia a modo de presentación de la entidad de que se trata, a su Misión y a su Visión, comprendiendo en ellas, la relación esencial de fin y medios presentes.

En tal sentido, la A.I.N no ha escapado a estos nuevos conceptos, y el nuevo Decreto N° 431/008 de reformulación organizativa los ha consagrado expresamente¹⁵.

- Misión.

En cuanto a la Misión de la A.I.N, se establece que “La Auditoría Interna de la Nación es el órgano de control que contribuye a generar un entorno económico transparente y confiable, protegiendo la hacienda pública y privada en beneficio de la sociedad en su conjunto”.

Vale detenerse en la importancia sustantiva de la Misión de la A.I.N.

En primer lugar, debe señalarse que se define a esta Unidad Ejecutora del Ministerio de Economía y Finanzas, como “el órgano de control”. Posteriormente se hace referencia a su razón de ser, o sea “el contribuir a generar un entorno económico transparente y confiable”. Y Finalmente al fin de su actuación, esto es, la protección de “la hacienda pública y privada en beneficio de la sociedad en su conjunto”.

Tal como se desprende de lo señalado, lo cual reviste una importancia sustantiva, se habla no sólo de hacienda pública sino también de hacienda privada, ya que el contralor de la A.I.N no se limita sólo a personas de derecho público, sino también se extiende a la regulación y al control del funcionamiento de las sociedades comerciales y de las cooperativas.

- Visión.

En cuanto a la Visión de la A.I.N, se dispone “Ser protagonista en la mejora de la gestión de la hacienda pública y generar seguridad y confianza en la hacienda privada al velar por la correcta aplicación de la normativa vigente, logrando constituir una organización flexible, capaz de adaptarse a los cambios del entorno, generando sinergias con los sistemas interactuantes”.

De lo reseñado se desprende la importancia de precisar la Visión de un organismo, ya sea público o privado, porque resume su esencia, su razón de ser más íntima.

De ahí que se persiga la constitución de “una organización flexible, capaz de adaptarse a los cambios del entorno, generando sinergias con los sistemas interactuantes”. Y que su actuación se extienda tanto al ámbito público como privado ya que procura “ser protagonista en la mejora de la gestión de la hacienda pública y generar seguridad y confianza en la hacienda privada al velar por la correcta aplicación de la normativa vigente”.

c) Los cometidos de la A.I.N en el Decreto N° 431/008 de fecha 9/9/08.

La “Auditoría Interna de la Nación” es una Unidad Ejecutora dependiente del Inciso 05, Ministerio de Economía y Finanzas y su estructura organizativa se refleja en la “Organización para el Cumplimiento de Cometidos”.

¹⁵ Decreto N° 431/008 de fecha 9 de setiembre de 2008. Anexo 1; Capítulo I: Misión y Visión.

En el nuevo Decreto de reformulación organizativa de la A.I.N, se dispone la creación de cinco divisiones especificando en cada una de ellas sus cometidos, que constituyen una readecuación de los cometidos entre las mismas.

En tal sentido, haremos referencia a cada una de las nuevas divisiones y sus respectivos cometidos: División Planificación y Desarrollo; División Sector Público; División Sociedades Anónimas; División Cooperativas y División Estudios Técnicos¹⁶.

1. Planificación y desarrollo

- Gerenciar el funcionamiento de los distintos departamentos bajo su dependencia.
- Coordinar las disponibilidades de los créditos de funcionamiento y de inversiones de la Unidad Ejecutora y administrar los recursos financieros, a los efectos de prever los necesarios para la ejecución de los planes y programas de funcionamiento de la Unidad Ejecutora.
- Elaborar el proyecto de presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones; programar, controlar y ejecutar los procesos de recaudación de los servicios prestados; administrar y procesar toda la documentación que ingresa a la Unidad Ejecutora, asignando los expedientes a los distintos sectores de la Organización.
- Administrar los recursos humanos y materiales a los efectos del cumplimiento de los cometidos potenciando el desarrollo de los mismos para lograr una gestión más eficiente y eficaz, definiendo programas de capacitación, planificando y desarrollando actividades relacionadas con reclutamiento, selección, asignación, reasignación conforme a los requisitos de los puestos de trabajo y los requerimientos organizacionales.
- Establecer los términos contractuales de los servicios de mantenimiento a cargo de terceros y controlar el cumplimiento de los mismos y dirigir, planificar y coordinar las actividades de registración contable y consolidar la información financiera a través del SIIF.

2. Sector público

- Verificar los sistemas de control administrativo y de gestión del sector público a través de tareas de auditoría selectivas y posteriores de acuerdo a las normas de auditoría generalmente aceptadas; verificando el movimiento de fondos y valores de la Tesorería General de la Nación y el arqueo de sus existencias; realizando inspecciones de los registros analíticos y sintéticos de la Contaduría General de la Nación y verificar su correspondencia con la documentación respaldante y la de ésta con la gestión financiera patrimonial y, en general, la verificación de la adecuación de los estados contables y presupuestarios de los organismos públicos a los registros y documentación respaldante, todo ello en forma selectiva.
- Fiscalizar la emisión y destrucción de valores fiscales.
- Evacuar con carácter vinculante, las consultas que le formulen por escrito los organismos sometidos a su control, pudiendo publicar las que considere de interés general.
- Publicar semestralmente un informe sintético de los resultados de las auditorías efectuadas e informar al Poder Ejecutivo de los dictámenes realizados en sus actuaciones.
- Supervisar los sistemas de control de los recursos humanos de la Administración Central, comprendiendo la verificación de cumplimiento del control de su régimen de asistencia horaria, licencias y aplicación de quienes revistan en la Administración Central, debiendo realizar informes periódicos de sus resultados.

3. Sociedades anónimas

- Controlar la constitución de Sociedades Anónimas, comprendiendo el control de legalidad de constitución, reforma, transformación, fusión, escisión y disolución y las fiscalizaciones especiales en dichas sociedades; el funcionamiento de las Sociedades Anónimas abiertas y la suscripción e integración de capital a los fundadores de las Sociedades Anónimas cuyo único objeto sea realizar operaciones en calidad de usuarios de la zona franca y ejercer las funciones de órgano estatal de contralor de las regularizaciones de las S.A. y sociedades en comandita por acciones referidas en la Ley N° 18.092 "Titularidad del derecho de propiedad sobre inmuebles rurales y explotaciones agropecuarias".
- Asesorar al Poder Ejecutivo en la constitución y en las modificaciones estatutarias de instituciones de intermediación financiera, compañías de seguros y consorcios.
- Controlar el cumplimiento del Art. 42 de la Ley N° 17.243 de fecha 29/06/00 que establece que CONAPROLE debe cumplir con las mismas normas de información, publicidad y control que las sociedades anónimas abiertas previstas por la Ley N° 16.060 de fecha 04/09/89.

16 Decreto N° 431/008 de fecha 9 de setiembre de 2008. Anexo 1; Capítulo II: Cometidos.

4. Cooperativas

- Controlar las Cooperativas que permanecen en su competencia en cuanto a su funcionamiento, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación y las fiscalizaciones especiales de dichas sociedades.

Recientemente fue aprobada la Ley N° 18.407 “Regulación del funcionamiento del Sistema Cooperativo”, primera ley general de cooperativas en la historia de nuestro país, cuyo Capítulo II del Título III refiere al “Control Estatal de las Cooperativas” – Arts. 211, 212, 213 y 21417.

5. Estudios técnicos

- Presidir de acuerdo a lo dispuesto por las Resoluciones del Poder Ejecutivo Nos. 89/991 y 90/991 la Comisión de Normas Contables Adecuadas, que tiene por finalidad el estudio de la incorporación de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF’s) en nuestro país (proyecto de ley de creación del ente emisor de normas contables a estudio en el Poder Legislativo).

- Administrar y gestionar el Registro de Estados Contables de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 253/001 de fecha 04/07/01.

- Supervisar el cumplimiento de las normas de prevención de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo

- Fiscalizar todos los aspectos relativos a la explotación del Casino Conrad de BALUMA S.A. y verificar permanentemente controles sobre el origen nacional del Capital mayoritario de la sociedad PLUNA Líneas Aéreas Uruguayas S.A.

c) Manual de Procedimientos de Auditoría Interna.¹⁸

Previo análisis de la actuación de la A.I.N en la U.R.S.E.A., resulta imprescindible hacer referencia a la aprobación del “Manual de Procedimientos de Auditoría Interna” por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 24 de enero de 2007, buscando orientar la actividad de los auditores a efectos de que se ajuste a métodos objetivos y sistemáticos que ayuden a la formulación de juicios razonables, mejorando las prácticas y procedimientos en uso y facilitando la tarea del equipo auditor.

Por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 25 de enero de 2007 también se dispuso la aprobación de “Normas Generales de Control Interno” que constituyen un marco de referencia para organizar la estructura de control interno en cada repartición pública, instituyéndose en un esquema básico para la transparencia de la gestión pública en el marco de la legalidad, la ética y la rendición de cuentas democrática.

1) Introducción.

La actividad de auditoría interna actúa como una actividad de aseguramiento y consulta independiente y objetiva, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones del Estado.

El propósito del presente Manual es ser una guía para la acción, proveyendo un marco para ejercer y promover bases para evaluar el desempeño de la auditoría interna fomentando la mejora en los procesos y operaciones del Estado.

2) Objeto y contenido del Manual.

El presente Manual está dirigido a orientar la actividad del auditor a efectos de que se ajuste a métodos objetivos y sistemáticos que ayuden a la formulación de juicios razonables, mejorar las prácticas y procedimientos en uso y facilitar la tarea del equipo auditor. Tiene como propósitos: a) fortalecer la sistematización del trabajo del auditor y unificar el trabajo de todos los equipos y unidades; b) contribuir como mecanismo de capacitación para el personal que se incorpora al Sector Público y c) fomentar la calidad de las auditorías que se practiquen, cuyo logro depende principalmente de los siguientes factores: la definición, comprensión y manejo de los principios, normas técnicas y prácticas de auditoría interna; eficiente asignación y administración de los recursos;- adecuada planificación y programación de las actividades;- capacitación continua y permanente del personal auditor;- eficaz supervisión en la ejecución;- soporte de los hallazgos, afirmaciones y conclusiones con evidencias suficientes, pertinentes y convincentes;- presentación

17 Ley N° 18.407 de fecha 24 de octubre de 2008.

18 - “Manual de Procedimientos de Auditoría Interna” aprobado por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 24 de enero de 2007.

de informes objetivos, confiables y oportunos sobre los resultados de la auditoría;- adecuado seguimiento de las recomendaciones.

3) Objeto y alcance del trabajo del auditor.

El auditor aplicará las técnicas de control establecidas en las normas internacionales de auditoría generalmente aceptadas y en las normas internacionales para el ejercicio profesional de la auditoría interna. Se fundará en criterios de juridicidad, eficiencia y eficacia.

Dado que pueden presentarse situaciones derivadas de normas específicas, solicitudes y/o denuncias, que demanden al auditor la necesidad de efectuar estudios o exámenes especiales, éstos serán realizados utilizando los procedimientos, recursos profesionales y métodos apropiados conforme su naturaleza y circunstancia.

Se utilizarán métodos selectivos de observación y comprobación, dado que por su naturaleza y costo, podría resultar difícil verificar la totalidad del universo sujeto a control. En tal sentido, se propicia la utilización de herramientas, tales como el análisis de riesgos y muestreo estadístico.

4) Informe de Auditoría.

El informe de auditoría es el producto final del trabajo del auditor, por medio del cual se exponen las observaciones, conclusiones y recomendaciones. Debe contener juicios fundamentados en las evidencias obtenidas, con el objeto de brindar suficiente información acerca de los desvíos o deficiencias más importantes y las recomendaciones pertinentes.

Los objetivos del informe deben estar definidos en el plan individual de auditoría y recogidos en el informe. El informe de auditoría es la herramienta de comunicación a la administración, para convencer y persuadir sobre la implantación de acciones correctivas que la ayudarán a alcanzar los objetivos y metas.

5) Estructura.

El informe deberá contener como mínimo la siguiente estructura:

- *Destinatario*: Especificar a quien o a quienes va dirigido.
- *Identificación de la unidad auditada*: Referenciar la Organización donde se encuentra comprendido el objeto de la auditoría.
- *Motivo de la actuación*: Dejar constancia si la actuación es a pedido expreso o se encuentra incluida en el plan anual de la Gerencia. Se deberá incluir la fecha de inicio de la auditoría.
- *Objetivo*: Describir el análisis y/o evaluación de la materia objeto previamente identificada, que permita proveer razonable seguridad en relación a la suficiencia y efectividad del sistema de control interno de la unidad auditada, en función de la estructura del informe COSO.
- *Alcance*: Se deben establecer: que la tarea fue realizada con independencia, objetividad y debido cuidado profesional; la enumeración de los procedimientos de auditoría aplicados e identificar el período auditado. En caso que el alcance de las tareas previamente definidas o procedimientos, se hayan visto limitados por cualquier factor, se deberá dejar constancia de ese hecho, indicando los detalles que correspondan. Se deberá informar las consecuencias que pueda generar esa limitación. De esta forma se limita la responsabilidad del auditor con respecto a aquellas circunstancias que no hayan podido ser sometidas a análisis.
- *Observaciones y hallazgos de auditoría*: Este capítulo fundamenta la conclusión a la que deberá arribar el auditor. Es el punto más extenso e informativo, debido a que todos los hallazgos de auditoría que tienen un impacto significativo en la gestión de la entidad auditada, son observaciones que deberán sustentarse con la descripción del hecho u operación examinada. El informe debe incluir sólo comentarios sobre observaciones importantes.
- *Conclusiones y Recomendaciones*: Las conclusiones y recomendaciones no deben ser simples repeticiones de lo expuesto en el capítulo de observaciones, aún cuando pudieran emplearse palabras diferentes. Una conclusión debe ser entonces, una deducción lógica, consecuencia de un hecho o de una situación, o de un conjunto de hechos o situaciones, pero no el hecho o la situación considerados en sí mismos. Las conclusiones se deben formular con absoluta independencia de criterio, objetividad, claridad y responsabilidad profesional en relación con los hechos y otra información pertinente obtenida en el transcurso de la auditoría o estudio

especial de auditoría. El auditor debe, por tanto, asegurarse que en sus papeles de trabajo existe evidencia suficiente y adecuada para apoyar cada una de sus conclusiones. Finalmente, las conclusiones no deben hacer referencia a situaciones o hechos particulares, ni contener ejemplos.

Por cada observación se deberá efectuar una recomendación. Las recomendaciones se deben formular en tono constructivo, dirigidas a mejorar el sistema de control interno y a corregir errores y deficiencias contables, financieras, administrativas o de otras naturalezas encontradas en las operaciones evaluadas en el transcurso de una auditoría o estudio especial de auditoría. Es conveniente comenzar redactando las fortalezas y proseguir con las debilidades detectadas.

- *Anexos*: Los mismos forman parte del informe, pero no de su cuerpo y deben contener información relacionada con los comentarios del mismo, con el objeto de aclarar conceptos. Los anexos, que estarán ubicados al final del informe, sólo deben incluirse en caso necesario.

6) Comunicación del Informe.

- *Reunión con el auditado*: Previo a la culminación del informe se debe mantener una reunión con el auditado a efectos de: ponerlo en conocimiento de los hallazgos, conclusiones y recomendaciones de la auditoría previo a su remisión formal, reducir el riesgo de interpretación errónea de los resultados, y darle la oportunidad de realizar las aclaraciones pertinentes sobre los hallazgos de auditoría. Los comentarios que surjan en esta reunión deben ser tomados en cuenta, para la emisión del informe final (verificación, revisión, rectificación o ratificación).

- *Emisión del primer informe*: el informe será firmado por los integrantes del equipo auditor y deberá contar con el visto bueno del supervisor. El mismo será elevado al Auditor Interno de la Nación, a través de la Gerencia del Sector Público, quien, luego de su conformidad, dispondrá dar vista a la unidad auditada.

- *Notificación*: la vista se efectivizará a través de la notificación expresa y entrega de copia del informe al jerarca de la unidad auditada por parte de un funcionario de la Auditoría Interna de la Nación. Dicho acto se formalizará en un documento de notificación emitido por la Auditoría Interna de la Nación, fechado y firmado por el funcionario notificador y por la persona que reciba materialmente la copia del informe en representación de la unidad notificada. La misma se adjuntará al expediente administrativo correspondiente a la actuación.

En caso que el informe involucre a más de una unidad, la notificación deberá practicarse el mismo día a todos los jefes de las unidades auditadas o en su defecto, dentro de un término no mayor a los 2 días hábiles a partir de la primera notificación.

- *Evacuación de la vista*: a partir del día siguiente de efectuada la única o última notificación, las unidades notificadas tienen un plazo común de 10 días hábiles perentorios para evacuar la vista. (Ley N° 16.736 Art. 51 - T.O.C.A.F. Art. 93 IV).

- *Forma*: las unidades notificadas evacuarán la vista en documento escrito, dirigido al Auditor Interno de la Nación, dentro del plazo señalado. Dicho documento formará parte del expediente administrativo de la actuación correspondiente.

- *Informe definitivo*: Transcurrido el plazo dispuesto por la normativa legal, se pueden dar las siguientes situaciones: a) Si el auditado no evacúa la vista, el informe adquirirá carácter definitivo y se dictará la Resolución respectiva y b) Si el auditado evacúa la vista, el equipo auditor puede: mantener las conclusiones y recomendaciones. En este caso, se dicta Resolución donde se deja constancia de la evacuación de la vista por parte de la unidad auditada. Se deberá confeccionar otro informe incluyendo los descargos de recibo. El informe definitivo, deberá ser firmado por el equipo auditor.

- *Elevación del expediente al Auditor Interno de la Nación*: Cumplidas las etapas descritas anteriormente, la Gerencia del Sector Público elevará el expediente administrativo, conjuntamente con el proyecto de Resolución, elaborado por el equipo auditor, al Auditor Interno de la Nación.

7) Resolución.

- *Dictado de Resolución*: El Auditor Interno de la Nación dictará una Resolución administrativa, la cual podrá recoger o no las conclusiones, observaciones y recomendaciones contenidas en el informe inicial y en el informe definitivo del equipo auditor, así como las puntualizaciones formuladas en los descargos, explicitando necesariamente los motivos de hecho y de derecho que considere necesario. (Ley N° 16.736, Art. 51 inc. 1 - T.O.C.A.F. Art. 93 IV, del Dec. N° 500/1991, Arts. 123 y 124).

- *Notificación de la Resolución*: la Resolución deberá ser notificada a la unidad auditada y al jerarca superior responsable, mediante el procedimiento reseñado en el punto 4.3. Conjuntamente con la Resolución deberá adjuntarse copia del informe definitivo, cuando el mismo se hubiese emitido como consecuencia de la formulación de descargos que hubiesen discrepado con el informe primario. La notificación deberá insertarse en el expediente correspondiente junto con la constancia de su notificación y deberá elevarse una copia de la misma al Poder Ejecutivo. (Ley 16.736, Art. 51 inc. 1 -T.O.C.A.F. Art. 93 V).

- *Publicación*: dando cumplimiento a la normativa legal vigente y culminada las etapas reseñadas, cada equipo auditor confeccionará un proyecto que versará en una síntesis de la actuación que incluirá las conclusiones del informe definitivo, las puntualizaciones efectuadas en los descargos e incluso las consideraciones que formule el Auditor al dictar la Resolución para su publicación semestral. (Ley N° 16.736, Art. 51 inc. 2 -T.O.C.A.F. Art. 93 V).

d) Normas generales de Control Interno.

Por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 25 de enero de 2007 se dispuso la aprobación de "Normas Generales de Control Interno" que constituyen un marco de referencia para organizar la estructura de control interno en cada repartición pública, instituyéndose en un esquema básico para la transparencia de la gestión pública en el marco de la legalidad, la ética y la rendición de cuentas democrática.

El director o jerarca máximo de cada repartición del Estado es responsable por diseñar y mantener vigente un ambiente y estructura de control interno, acorde a las circunstancias que promuevan los objetivos institucionales y gubernamentales, velando y garantizando un proceso integral de rendición de cuentas en el sector de su competencia.

Todo jerarca, como servidor público, tiene la obligación de rendir cuentas claras y oportunas de su gestión, basado en la responsabilidad que asume en la administración pública con apego a las normas legales vigentes. La confianza depositada al asignárseles sus funciones específicas, requiere de métodos y pruebas de supervisión y seguimiento para garantizar el logro de los objetivos y metas planificadas, el cumplimiento presupuestario respectivo y el uso de los recursos con eficiencia y eficacia medibles, retroalimentado los sistemas para mantenerlos actualizados.

El Marco Conceptual y las Normas Generales que aquí se adoptan, constituyen un marco de referencia para organizar ese ambiente y estructura de control interno en cada repartición pública. Asimismo, constituyen un esquema básico para la transparencia de la gestión pública, en el marco de la legalidad, la ética y la rendición de cuentas democrática

Como forma de solucionar la diversidad de conceptos, definiciones e interpretaciones existentes en torno al control interno, es publicado en 1992, en EE.UU., el "Informe COSO" sobre control interno (COSO: Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission)

El "Informe COSO" constituyó un gran avance al acordar una definición respecto al concepto de control interno. El informe COSO logra definir un marco conceptual común y se constituye en una visión integradora del control interno. El control interno es un proceso efectuado por la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos dentro de las siguientes categorías: Eficacia y eficiencia de las operaciones; Confiabilidad de la información financiera Y cumplimiento de las leyes, reglamentos y normas que sean aplicables.

El Informe COSO se estructura en cuatro partes.

- *Resumen Ejecutivo*: visión de alto nivel sobre la estructura conceptual del control interno, dirigido a directores ejecutivos, miembros del consejo, legisladores.

- *Estructura Conceptual*: Define control interno, describe sus componentes y proporciona criterios para que Administradores, Consejeros y otros puedan valorar sus sistemas de control.

- *Reportes a Partes Externas*: Es un documento suplementario que proporciona orientación a aquellas entidades que publican informes sobre control interno además de la preparación de estados financieros.

- *Herramientas de evaluación*: Proporciona materiales que se pueden usar en la realización de una evaluación de un sistema de control interno.

3) UN CASO PRÁCTICO: ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN DE LA A.I.N. EN LA URSEA.¹⁹

La auditoría comenzó el día 23 de enero de 2006 por iniciativa de la Auditoría Interna de la Nación, abarcando el período enero de 2003 - mayo de 2006²⁰.

a) Alcance y objetivos de la Auditoría.

El objetivo comprende la evaluación del funcionamiento del sistema de control interno. Esto implica evaluar la seguridad que el sistema tiene respecto a la información acerca del avance en el logro de sus objetivos y metas y en el empleo de criterios de economía y eficiencia, la confiabilidad y validez de los informes y estados financieros y el cumplimiento de la legislación y normativa vigente. Entendiendo estos puntos, como el logro del cumplimiento de los objetivos y metas asignados a dicha unidad a un costo adecuado. Las tareas se cumplieron con independencia, objetividad y debido cuidado profesional.

b) Procedimientos aplicados.

Para el logro del objetivo planteado se llevaron a cabo los siguientes procedimientos:

- Identificación y análisis de la Ejecución Presupuestal, Rendición de Cuentas y Estado Contables de los años 2004 y 2005, mediante el estudio de los rubros de remuneraciones del personal afectados al PNUD, arrendamientos, comparativos de rubros, mayores analíticos.
- Individualización de los recursos humanos que poseen para su funcionamiento.
- Análisis selectivo de procedimientos aplicados
- Estudio de expedientes y Actas de la Comisión Directora
- Relevamiento de toda la información oportuna y confiable para fundamentar las conclusiones y formular las recomendaciones que lucen al final del Informe.

c) Conclusiones y recomendaciones.

De la auditoría practicada en la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), cuyos resultados se explicitan en expediente N° 0460/06, se concluye que si bien la Unidad no cumple con la totalidad de los cometidos asignados, el sistema de control interno presenta una seguridad razonable, existiendo procedimientos a mejorar, como es la máxima utilización de los programas adquiridos (Memory y Lotus Note), que permitirían que la Gestión propiamente dicha, sea más beneficiosa para el Estado. También se destaca, que la plantilla de recursos humanos es muy reducida para poder llevar a cabo toda la operativa de la Unidad.

A continuación se detallan las principales conclusiones y recomendaciones:

1.- Respecto a las Rendiciones de Cuentas se observa que:

a.- Los recibos o boletas contados emitidas por los profesionales contratados con financiación PNUD, no cancelan los honorarios facturados, en virtud de que sólo lo realizan por el líquido que cobran, no generando los recibos por las retenciones de IRP e IVA. b.- Se han encontrado facturas emitidas con posterioridad al mes de cargo. En cuanto al primer punto, por el IRP e IVA retenido por la Unidad, se emite una boleta de resguardo a los efectos fiscales, debiendo en ese momento emitir un recibo por dichos conceptos. Posteriormente el IRP e IVA son volcados a los organismos de recaudación correspondiente, quedando finalizada la operativa.

2.- Referente a la Ejecución Presupuestal se puede observar que:

a.- Se sugiere en relación al Programa Contable Memory, efectuar una consulta a la Contaduría General de la Nación respecto a lo establecido en el artículo 1ro. del Decreto 88/2000 del 3 de marzo del 2000, en lo que concierne a la pertinencia o no de contar con el informe favorable de dicho Organismo para la adquisición del programa mencionado.

19 - Expediente N° 0460/2006 "Actuación de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) en la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (U.R.S.E.A.)".

20 - El presente Informe de Actuaciones de la A.I.N. forma parte del Diario Oficial N° 27.052 de fecha 9 de agosto de 2006.

b.- Concomitantemente, el programa contable debe ser utilizado de la forma más eficiente, procesando la documentación de acuerdo a normas contables adecuadas y principios de contabilidad generalmente aceptados. Permitiendo de esta forma, alcanzar conclusiones con base cierta, obteniendo como resultado una contabilidad completa, clara y al día, transformándose en una herramienta importante para la gestión de la Comisión Directora.

3.- En cuanto al arrendamiento de las oficinas de URSEA, se puede precisar que la infraestructura de la Unidad no es acorde con la cantidad de funcionarios que disponen, representando un 50% aproximadamente del total de lo ejecutado por concepto de servicios, sin tomar en cuenta las partidas destinadas al pago de sueldos y sus correspondientes cargas sociales, honorarios y transferencias corrientes a Organismos Internacionales. Por concepto de arrendamiento y gastos comunes, la URSEA incurrió en gastos en los tres años (2003 - 2005) en un monto cercano a los \$ 5:175.950 (pesos uruguayos cinco millones ciento setenta y cinco mil novecientos cincuenta), lo que al tipo de cambio interbancario comprador promedio de cada año equivale aproximadamente a U\$S 191.282 (dólares americanos ciento noventa y un mil doscientos ochenta y dos). Por lo expuesto, consideramos que de mantenerse dicha plantilla, deberá procederse a la revisión del contrato celebrado el 25 de noviembre de 2005 por el plazo de un año, con la finalidad de precisar si es conveniente para las arcas del Estado, seguir manteniendo la misma. Para lo cual se recomienda tener en cuenta la posibilidad de la progresiva incorporación de personal o manejar otras posibilidades.

4.- En virtud de la escasez de recursos humanos con los que cuenta la Unidad para el correcto cumplimiento del total de sus cometidos y control de la gestión de la misma, se deberá incorporar nuevos funcionarios, a los efectos de subsanar las distintas falencias corroboradas por esta Auditoría.

5.- Se recomienda establecer una política global de capacitación acorde al cambio constante que se produce en las distintas esferas, como ser: el conocimiento de las normas legales vigentes, nuevas herramientas de gestión, de comunicación, de atención al contribuyente y negociación, entre otras, lo que redundaría en brindar a la sociedad un servicio más eficiente y eficaz.

6.- Dado que la URSEA dispone del Programa Lotus Notes, el cual posee un sistema electrónico de expedientes, presentando beneficios importantes como la rapidez, claridad, control, visualización, seguridad y, simultáneamente se lleva como sistema de expedientes oficial o principal, el de papel, se recomienda que ambos procedimientos deben coincidir en un todo, no debiendo bajo ningún concepto, eliminar carátulas, ni desactivar vistas.

7.- Con relación a los expedientes en trámite, en virtud de haberse detectado saltos en la correlación numérica del programa Lotus Notes y atrasos importantes en el seguimiento de los mismos, se recomienda se efectúe un corte de operaciones a una fecha determinada, a los efectos de determinar fehacientemente la cantidad que tiene cada responsable en su poder, como así también precisar la numeración de los mismos, a los efectos de poder ejercer un correcto control permanente de los expedientes que dispone la Unidad.

8.- Respecto a las Actas de la Comisión Directora del programa Lotus Note, en el muestreo realizado se encontraron errores formales de fácil resolución, que obedecen básicamente a descuidos, falta de atención, etc., y otros de fondo, que sugieren usos de procedimientos no adecuados, debiendo reflejar las Actas la transcripción fidedigna de lo acontecido.

9.- Deberá cumplirse con lo establecido por el Art. 59 del Decreto N° 500/991, referente al plazo de 5 días hábiles para la emisión de los informes correspondientes, como así también con el numeral 7, literales c) y d) del instructivo de servicio sobre esquema del procedimiento administrativo a observarse en la URSEA de fecha 2 de setiembre de 2005, prestando especial atención primeramente los referentes a los que tengan relación con la seguridad de la población, siguiendo con los de aspectos económicos y por último los formales, en virtud de la falta de recursos humanos en esta área.

10.- Al constatarse la existencia del cobro de multas por concepto de incumplimiento de normativas vigentes, se recomienda la continuación de los trámites pertinentes, a efectos de su regularización y por ende la efectivización de los cobros correspondientes.

d) Vista, Descargos y Resolución.

En cumplimiento con lo preceptuado por el Art. 51 de la Ley N° 16.736 de 05/01/96, se confirió vista al Organismo auditado con fecha 8 de junio de 2006, habiéndose evacuado la misma según Nota del 23 de junio de 2006 la cual no modificó las conclusiones y las recomendaciones a las que se arribaron.

Se dictó Resolución por parte de la Auditoría Interna de la Nación adoptándose las conclusiones de los Sres. Auditores y disponiéndose el cumplimiento de las medidas necesarias y convenientes a la regularidad de la gestión de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua.

4) EL CONTROL POR PARTE DEL T.C.R.

a) Introducción.

Previo análisis del control ejercido por el Tribunal de Cuentas de la República, haremos breve referencia a su creación, al estatuto constitucional, a su competencia y a sus funciones.

b) Creación del Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas de la República como órgano de control externo fue incorporado a la organización institucional del país por la Constitución de 1934, en los últimos seis artículos de la Sección XIII titulada “De la Hacienda Pública”.

La Constitución de 1942 mantuvo en líneas generales la regulación de la Carta anterior (Arts. 198 a 203), mientras que la Constitución de 1952, separó las disposiciones referidas al Tribunal de Cuentas de las relativas a la Hacienda Pública (Sección XIII), insertándolas en una Sección específica, la XII, titulada “Del Tribunal de Cuentas” (arts. 208 a 213). La Constitución de 1967, actualmente vigente, mantuvo esta separación.

Desde su creación en 1934, la propia Constitución fijó las bases fundamentales de la organización, funciones y competencias del Tribunal de Cuentas, mediante textos, que con variaciones de detalle que no alteran la esencia de las normas originarias, se mantienen hasta nuestros días.

c) Estatuto constitucional del Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas, en el marco de nuestro sistema republicano democrático representativo de gobierno, está ubicado institucionalmente en un lugar de máxima jerarquía, similar a la otorgada al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Electoral.

Actúa en función administrativa (aunque su nombre podría inducir a confusiones el constituyente no le otorgó facultades jurisdiccionales) vigilando “la ejecución de los presupuestos” y controlando “toda gestión relativa a la hacienda pública” (art. 228). Verifica la conformidad de la gestión financiera estatal a las reglas que la regulan, “haciendo observaciones” (artículo 211 literal B) o “exponiendo las consideraciones y observaciones pertinentes” (artículo 211, literal C), o denunciando “todas las irregularidades en el manejo de fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad” (Artículo 211, literal E). Posee potestades de control financiero externo que ejerce con total autonomía e independencia frente a los Poderes del Estado y frente a toda la administración autónoma controlada.

Si bien el marco general de sus competencias está determinado en la propia Constitución, la misma admite que la ley puede atribuirle otras funciones.

Para asegurar la efectividad de sus potestades, el constituyente dotó al organismo de ciertos atributos básicos: una ubicación institucional de máximo nivel jerárquico; independencia absoluta respecto a los Poderes, organismos y entidades controladas; autonomía funcional, administrativa y técnica, que lo habilitan para actuar en forma objetiva, imparcial y libre de toda influencia político-partidaria; cierto grado de autonomía económico-financiera: la Constitución confiere al Tribunal de Cuentas la potestad de proyectar su propio presupuesto. Y si bien el Poder Ejecutivo puede introducirle modificaciones, en caso que existan diferencias entre lo planteado por el Ejecutivo y el Tribunal, ambos presupuestos deben ser remitidos al Parlamento, para que este decida en definitiva (Art. 211 lit. G de la Constitución).

d) Competencia del Tribunal de Cuentas.

El art. 228 de la Constitución determina el marco de actuación del organismo, al establecer: “La vigilancia en la ejecución de los presupuestos y la función de control de toda gestión relativa a la Hacienda Pública será de cargo del Tribunal de Cuentas”. Asimismo, una serie de normas constitucionales determinan sus cometidos (Arts. 208 a 213 y 214 a 232), existiendo disposiciones específicas y complementarias para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (art. 192 in fine y 193) y los Gobiernos Departamentales (art. 273 num. 4, 301 y 302).

El artículo 94 del Capítulo II, Del Control, del Título III del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) dispone que el sistema de control externo de los actos y la ges-

ción económico-financiero estará encabezado por el Tribunal de Cuentas, al cual corresponderá: intervenir preventivamente en los gastos y en los pagos a realizar por entidades estatales al solo efecto de certificar su legalidad pudiendo cometer dicha intervención en la forma que determine mediante ordenanzas (literal B) del artículo 211 de la Constitución de la República).

e) Funciones del Tribunal de Cuentas.

- Asesoramiento en materia presupuestal (art. 211 lit. A de la Constitución y art. 94.1 TOCAF). El dictamen del Tribunal de Cuentas es facultativo respecto al Presupuesto Nacional, por cuanto sólo se expide a solicitud expresa del Poder Legislativo. Es preceptivo, en cambio, por expresa disposición constitucional, en el caso de los Entes Industriales o Comerciales del Estado (art. 221 de la Constitución) y de los Gobiernos Departamentales (art. 224 y 225 de la Constitución), integrando su dictamen el acto complejo de aprobación de dichos presupuestos.

- Asesoramiento en materia de emisión de títulos de deuda pública, concertación de empréstitos y aplicación de superávits por los Gobiernos Departamentales (arts. 301 y 302 de la Constitución). El Tribunal de Cuentas actúa como asesor financiero de la Junta en ejercicio de las funciones de control de la gestión de la Hacienda Pública Municipal. Informa sobre los aspectos legales y condiciones económico-financieras en que se emite la deuda o se contrata el empréstito, tanto en lo formal o procesal como en lo sustancial, con especial referencia a las posibilidades y disponibilidades de recursos del municipio gestionante para absorber las obligaciones de amortización y pago de la deuda que contrae y sus acrecidas, intereses y comisiones.

- Asesoramiento en materia de Rendiciones de Cuentas (art. 211 lit. C y 193 de la Constitución y art. 94.3 del TOCAF). El Tribunal de Cuentas informa anualmente a la Asamblea General respecto a las rendiciones de cuentas que formulan todos los órganos del estado, incluidos los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados. Asimismo emite opinión respecto a las rendiciones de cuentas especiales que deben formular los Directorios o los Directores salientes de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

- Asesoramiento a la Junta Departamental (art. 273 num. 4 de la Constitución). La Junta Departamental ejerce las funciones legislativas y de control en el Gobierno Departamental, extendiéndose su jurisdicción a todo el territorio del departamento. En este marco está establecida la facultad de solicitar el asesoramiento del Tribunal de Cuentas en cuestiones relativas a la Hacienda o a la Administración Departamental, por un tercio de votos del total de sus componentes.

- Contestación de pedidos de informes de los legisladores (art. 118 de la Constitución). Todo legislador puede pedir al Tribunal de Cuentas por intermedio del Presidente de la Cámara respectiva los datos e informes que estime necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

5) UN CASO PRÁCTICO: ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN DEL T.C.R. EN LA URSEC.²¹

a) Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2233/08.

En el caso de las actuaciones realizadas por este Tribunal en la URSEC (Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2233/08), relacionadas con las misiones efectuadas por funcionarios de la Unidad Reguladora, se constató lo siguiente:

a) las Resoluciones del Poder Ejecutivo autorizando cada una de las Misiones Oficiales analizadas, son de fecha posterior a los recibos emitidos por la Tesorería de la Unidad al entregar los viáticos a favor del o los funcionarios que participaron en la Misión Oficial (se citan seis casos de los cuales solamente uno fue observado por el Contador Delegado).

b) Por otra parte de la confrontación realizada entre los importes a liquidar por concepto de viáticos según Resolución del Poder Ejecutivo y los efectivamente entregados por la Tesorería de la URSEC, se han presentado diferencias importantes en los importes mencionados, en la Misión Oficial de Buenos Aires, efectuada entre el 28 de noviembre y el 1° de diciembre de 2005. Se concluye que se ha incumplido con lo dispuesto por el

21 - Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2233/08, relacionadas con las misiones efectuadas por funcionarios de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).

- Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2234/08, se analizó la documentación relacionada con las misiones realizadas por funcionarios de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).

Art. 23 de la Ley N° 16.226 y los Arts. 7 y 8 del Decreto 148/992 en relación al pago de viáticos, en cinco de las Misiones Oficiales auditadas.

c) En virtud de lo expuesto, este Tribunal ha dispuesto poner en conocimiento al Presidente de la URSEC de las presentes actuaciones, a efectos de que se arbitren los medios tendientes a que el procedimiento de las Misiones Oficiales se ajuste a la normativa vigente.

b) Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2234/08.

En el curso de las actuaciones realizadas por este Tribunal en la URSEC (Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2234/08), se analizó la documentación relacionada con las misiones realizadas por funcionarios de la Unidad Reguladora, a efectos de las tareas de auditoría a realizar.

a) Luego del examen de la información recabada se destacan las siguientes constataciones: Resoluciones del Poder Ejecutivo recibidas autorizando cada una de las Misiones Oficiales de fecha posterior a los recibos emitidos por la Tesorería de la Unidad al entregar los viáticos a favor del o los funcionarios que participaron en la Misión Oficial, contraviniendo lo dispuesto por el Art. 23 de la Ley N° 16.226 y los Arts. 7 y 8 del Decreto 148/992 de 3 de abril de 1992 (se citan seis casos de los cuales solamente uno fue observado por el Contador Delegado).

b) Por lo tanto y en virtud de que de acuerdo con los antecedentes analizados, no se han observado las Resoluciones del Poder Ejecutivo que autorizaban Misiones Oficiales con fecha posterior al pago viáticos a favor del o los funcionarios que participaron en la Misión Oficial, se confiere traslado a la Cra. Central Delegada ante la Presidencia de la República por el plazo de diez días hábiles (conforme a lo dispuesto por la Resolución de este Tribunal de fecha 11/12/96) a efectos de que formule sus descargos.

V) PERSPECTIVAS A NIVEL GLOBAL

1) Introducción

En este capítulo se analiza a modo de conclusión, cómo las Agencias Reguladoras²² han sido consagradas en el derecho comparado y cuales son los mecanismos de control existentes

Las reformas administrativas impulsadas durante el periodo 1990-2005, contribuyeron al surgimiento de un nuevo modelo de Estado denominado por la literatura como “Estado Regulador”. Un modelo de Estado Regulador en el que las UR juegan un papel fundamental.

América Latina no ha sido ajena a este proceso, que incluso ha tenido un impacto mayor que en otras regiones ya que: a) la región partía de un déficit histórico en organismos reguladores independientes; b) las políticas de privatización durante los últimos quince años de estos países han sido muy profundas.

Este capítulo tiene como objetivo desarrollar un estudio sobre las organizaciones e instituciones responsables del control de las UR en Derecho comparado.

1.1) Evolución

Debe tenerse en cuenta que estas agencias nacen con enormes incentivos para superar el tradicional déficit institucional de las administraciones públicas de la región, y así lograr independencia y eficacia en sus actuaciones, como también seguridad jurídica e institucional en los diversos sectores regulados.

Podemos decir que las UR son de dimensiones reducidas y con una fuerte presión para ser independientes de las interferencias externas y para superar el tradicional modelo clientelar. Y así lograr instituciones públicas fuertes, perdurables y potentes.

En este sentido, debe recordarse que las nuevas UR se han creado en una suerte de “pecera” transparente que atrae el interés de organizaciones internacionales y de terceros países. Los países en cuestión basan en parte su credibilidad y la posibilidad de captar inversiones externas en el buen funcionamiento y la independencia de estas nuevas agencias.

Los motivos de creación de las UR son múltiples, pero pueden sintetizarse en la combinación de la necesidad de obtener mayor credibilidad nacional e internacional en materia de regulación y la necesidad

²² De ahora en más, a los efectos de referirnos a Unidades / Agencias Reguladoras, establecemos la abreviación UR.

de hacer frente a la presión de los operadores del sector regulado que solicitaban un modelo más estable e independiente de regulación.

La creación de las UR responde también al logro de credibilidad reguladora e institucional a nivel interno y, especialmente, a nivel externo (terceros países y organismos multilaterales).

Lograr la independencia de las UR del poder político fue un objetivo formal pero no real, ya que en muchos casos no fue este el objetivo implícito que se buscaba.

A nivel doctrinario se afirma que la autonomía puede considerarse como:

- (i) Completa, cuando la agencia sólo responde ante el poder judicial
- (ii) Elevada, cuando la agencia responde tiene que rendir cuentas al poder legislativo
- (iii) Media, cuando la agencia debe responder al ejecutivo vía un ministerio-principal
- (iv) Baja, cuando la agencia depende de las decisiones de las instancias ministeriales).

2) Como se controlan las UR.

La creación de autoridades independientes de regulación es uno de los actos más innovadores que tuvo la administración pública en los últimos años. Es así que varios países establecieron agencias reguladoras dotadas de autonomía financiera y de gestión. En muchos casos, estas agencias contrariaron estilos políticos y culturales en materia administrativa.

Ante este panorama, una de las cuestiones que se plantea es, como controlar las nuevas agencias. Dado que los organismos clásicos suelen no entender los porque de la independencia regulatoria.

2.1) Orígenes

En 1887 se crea en Estados Unidos la Comisión de Comercio, primera agencia reguladora de ese país. La primera agencia inglesa fue la Autoridad Independiente de Televisión, en 1954: en 1984 durante la administración Thatcher, se crearon varias agencias comenzando por la OFTEL (telecomunicaciones).

Mientras que en países como Francia se debió esperar hasta que las exigencias de la Unión Europea impulsaran la creación de la Autoridad de Regulaciones de las Telecomunicaciones –ART, en 1997 y en el año 2000 la Comisión de Regulación de Electricidad CRT.

En todos los casos se reconoció que la función regulatoria es una actividad esencial del Estado. El propósito de crear las mentadas agencias, fue la necesidad de dar especialización y eficiencia a ciertas actividades, mediante órganos específicamente dedicados a estas actividades, con personal especializado y de carrera.

Las agencias descritas en marras, fueron dotadas de autonomía con el propósito de colocar ciertas cuestiones fuera de las agendas políticas de corto plazo. Y así dar continuidad a las políticas y los planeamientos de largo plazo. Todo en pro de la defensa del interés público, guía de cualquier acción regulatoria.

La responsabilidad de las UR se está constituyendo en un tema central de la agenda pública en muchos países, en particular en América Latina. Episodios recurrentes de corrupción, evidencian la debilidad de las instituciones y la escasez de mecanismos de control social han contribuido a potenciar esta situación. En este contexto la responsabilidad y el control adquieren gran importancia política.

Más si tenemos en cuenta que los jefes de estas instituciones, no son electos, todo esto lleva a dar una relevancia democrática al análisis particular de estos organismos.

Seguidamente se desarrollaran dos marcos temáticos. Primero desarrollaremos la forma institucional de estas agencias desde su creación. En segundo lugar, analizaremos la tensión entre delegación y responsabilidad, subyacente de la creación de agencias independientes.

La regulación del mercado es una actividad inherente al Estado moderno, que asume muchas formas según el contexto histórico. En este contexto, las UR se especializan en la gestión económica, de control y regulación de sectores de la economía de tanta importancia, que se hace ineludible la necesidad de controlar a estas agencias.

Una de las fallas esenciales identificadas por autores como Majone es la insuficiencia de responsabilidad política por parte de estas agencias independientes.

Esta cuestión del control democrático es un tema recurrente, la experiencia americana al respecto se vuelve una cita ineludible para el análisis. Empero no debemos olvidar que nos situamos en contextos distintos, en donde los presupuestos para el debate varían. De manera que el contexto institucional que se analiza, será determinante para poder trasladar o no conclusiones a nuestro modelo.

2.2) Forma institucional de las UR en USA

Fueron creadas para actuar en un conjunto diversificado de áreas: mercado de capitales (Securities and Exchange Commission), medio ambiente (Environmental Protection Agency) y alimentos (Food and Drug Administration), sistema financiero, defensa de la competencia (Federal Trade Commission) y regulación de monopolios naturales en los servicios públicos, transportes y telecomunicaciones (Civil Aeronautics Board etc.). Las UR se presentan como la faceta intervencionista de un Estado Liberal, en un panorama con un sector productivo estatal, virtualmente inexistente.

Las primeras UR fueron creadas a finales del siglo XIX. Esta primera oleada de cambio institucional tuvo su inicio en 1887. Una segunda ola de transformación ocurre cercana a los años 40, durante el New Deal. En la década del 30 se crearon muchas agencias independientes, teniendo como modelo la Federal Trade Commission (FTC). Las instituciones centrales del Estado regulatorio americano fueron creadas en esa década: Securities and Exchange Commission (SEC), Federal Power Commission (FPC), Federal Communication's Commission (FCC), Civil Aeronautics Board (CAB) y la Food, Drug and Cosmetic Agency (FDA).

El formato de agencia independiente fue una innovación organizacional que resulto de muy buena aceptación en el Congreso, delegando funciones en las agencias sin que implicase un fortalecimiento excesivo del Ejecutivo.

Pero en 1960 se produce un cuestionamiento respecto al grado de autonomía de las UR, a nivel del congreso y del ejecutivo, a consecuencia de varios fallos judiciales. Fue así que se comenzó a instaurar un mayor control hacia el regulador por parte del ejecutivo (Nixon, Ford y Carter).

Es por esto que en los años 60 se crean agencias volcadas a la regulación social, esto represento un cambio en el "oleaje". Ya que la primer y segunda ola fueron cruciales para expandir las capacidades del Ejecutivo, mientras que en esta etapa será el Congreso quien refuerce sus facultades regulatorias. A partir de la década del 60 ocurre una dramática reafirmación de la preponderancia del Legislativo en el proceso regulatorio, concentrándose en el área social, hasta la década de los 90.

Como se dijo previamente, resulta importante distinguir los modelos. En este caso, las agencias americanas se caracterizan por su "publicidad", contrastando con el modelo regional de órganos internos, burocráticos, cuyos procedimientos y procesos decisorios obedecen casi que a padrones de sigilo.

Una segunda consideración es el hecho que las UR se subordinan y responden al Congreso y no al Ejecutivo (a diferencia de países como el nuestro).

2.3) Tensión entre delegación y responsabilidad

Responsabilidad

El debate sobre la responsabilidad en la teoría democrática es inescindible de la noción de representación.

Por gobiernos representativos entendemos aquellos en los cuales una mayoría de electores escoge gobernantes a través de mecanismos regulares (elecciones) con base en promesas sobre su comportamiento futuro.

El desempeño de los gobiernos en el ejercicio de su mandato ira a informar las futuras opciones electorales, en el sentido de punir o premiar a sus representantes (o los partidos que representan) con una reelección en sus cargos.

De esta forma los mecanismos electorales en las modernas democracias representativas incentivan a los representantes para actuar en interés de los electores. Empero los electores no detectan toda la información relevante para avalar el desempeño de sus representantes. Ciertas decisiones, como por ejemplo, la política monetaria, que afecta directamente al electorado, son un ejemplo de políticas públicas que no pueden ser publicadas ex ante a riesgo de anular los efectos buscados.

Esta antinomia se produce también en el plano de las relaciones entra la burocracia y los gobernantes. Cuestiones políticas son informadas por sujetos técnicos, sobre los que los gobernantes no tienen información.

Un sello distintivo de las sociedades modernas es la delegación, por la que la burocracia emerge como un actor autónomo en relación con los gobernantes. Es aquí, cuando el problema de la responsabilidad se vuelve duplo: responsabilidad de los políticos y gobernantes con los ciudadanos, y responsabilidad de los burócratas con los políticos electos.

En este contexto, la delegación es un instrumento deficitario en cuanto a responsabilidad.

Burocracia

En cuanto a la burocracia, la idea de responsabilidad política de los gobernantes históricamente estuvo asociada a la noción de neutralidad. A los gobernantes les cabía la decisión política y a los burócratas la tarea de implementación técnica de las decisiones. En este caso el grado de delegación era casi nulo, en la medida que las burocracias apenas implementaban las decisiones.

Este modelo de responsabilidad caracteriza a las burocracias neutras, democráticamente controladas por los gobiernos.

La historia mostró que no bastaba con que las burocracias fueran competentes y eficientes al asesorar. Era también necesario fortalecerlos para guiar y de ser necesario imponerse a los políticos que dirigen los ministerios.

Para poder hacer esto, se debía estar en una posición suficientemente independiente. Las UR debían ser un poder en sí mismo. La independencia de las agencias era asegurada con un conjunto de dispositivos institucionales. Se buscaba así despolitizar la administración de la cosa pública.

La conexión electoral es citada por toda la literatura contemporánea como un factor que lleva a la irresponsabilidad política y por tanto a la irresponsabilidad fiscal. Las políticas macroeconómicas populistas son moneda corriente para los gobernantes, que no pueden resistirse al camino de la supervivencia política.

El segundo factor a considerar en estas democracias, son el riesgo de contaminación de las elites burocráticas, por la pasión política, la captura por intereses de grupos, sectores o individuos.

El aislamiento de estas elites burocráticas, asegura la prevalencia de la racionalidad técnica sobre la "racionalidad" política. Evitando una crisis del Estado moderno.

Varios factores contribuyen a garantizar el mentado aislamiento, a saber: aislamiento decisorio, de reclutamiento meritocrático, etc.

Volviendo al déficit democrático de las burocracias autónomas, y más concretamente de las UR. Debemos decir que el aislamiento burocrático presenta un déficit duplo: de responsabilidad y de eficiencia. Las burocracias aisladas presentan pocos incentivos de desempeño. Así en muchos países se viene proponiendo reformas, que instauren contratos de gestión (que merecerán un análisis separado).

Vemos que delegación, responsabilidad y eficiencia son factores a considerar. De contrastar estos factores en un modelo hipotético, podremos decir que a mayor delegación (sin responsabilidad) mayor será la ineficiencia. Mientras que a menor delegación (sin responsabilidad) seguiremos teniendo una ineficiencia alta.

Podemos concluir que la responsabilidad es un factor clave, para la eficiencia de cualquier modelo. Si instauráramos un sistema de responsabilidad ponderado, ¿cual debe ser el grado de delegación?

Entendemos que ante una delegación mínima y un control alto, tendremos un sistema ineficiente debido a la baja capacidad institucional. Mientras que si delegamos de manera máxima y concomitantemente establecemos un control alto, obtendremos un sistema eficiente.

2.4) Delegación parlamentaria y su déficit democrático

El modelo "patrulla de policía" versus "alarma de incendio"

La crítica fundamental al modelo de agencias burocráticas independientes es esencialmente en los efectos perversos del aislamiento burocrático (déficit democrático). En este sentido la autonomía e independencia representan una amenaza a los intereses políticos en la medida que los agentes no electos toman decisiones relevantes para la sociedad.

La crítica que se realizó en USA en los 70 (trasladable a la actualidad) es que la judicatura y el Congreso no disponían de mecanismos de control efectivos sobre la burocracia, debido a que no poseían información relevante ni instrumentos de supervisión adecuados. Subyacía la idea que la delegación de poder decisorio implicaba la renuncia a la obediencia, al control y la responsabilidad.

Esta interpretación dominó la literatura en los años 70, generando a la postre un consenso en torno a la idea que el Congreso debía ejercer un monitoreo dotado de considerable poder. Las formas de este control fueron indirectas y muy distintas a las clásicas.

Fue así que McCubbins e Schwartz establecieron las bases de una nueva discusión entorno a dos modalidades de control. El de tipo "alarma de incendio" y el de tipo "patrulla de policía".

Este último asociado a un escrutinio y monitoreo sistemático, con costos elevados, ejercido por el parlamento, atendiendo a todo potencial desvió en el funcionamiento de las burocracias y la implementación de sus programas.

Como contraste, el control “alarma de incendio” refiere a un monitoreo selectivo, que implica un costo eficiente, ya que solo se atiende a comportamientos burocráticos que son denunciados por los parlamentarios. El control es ejercido a partir de escándalos o denuncias de los actores políticos, en un contexto donde los parlamentos detentan poderes de control sobre las agencias.

Existió recelo doctrinario por instaurar un control de tipo “patrulla de policía” generalizándose la opción indirecta o de incendio. Varias virtudes se destacan al instaurar un control indirecto.

Primero, a nivel motivacional, los parlamentarios buscan lograr beneficios por su actuar correctivo (control *ex post*). Segundo a nivel de expertise los legisladores se encuentran acéfalos. Les sería arduo y difícil asesorarse y especializarse a tiempo en cada segmento regulado a ser controlado. Por lo que es más lógico dejar a la burocracia la especialización como principio. Y la excepción, en una especialización parlamentaria, con motivo del análisis puntual de un tema que deba ser controlado.

2.4.1) El Modelo del Principal-Agente

Una de las principales características de las agencias reguladoras es que son independientes de los políticos electos. Su creación implica que los políticos delegan sus poderes y el acto de delegación está motivado por ciertas razones que moldean la estructura institucional de la agencia.

A su vez, esto afecta el nivel de independencia de las agencias reguladoras. Existiendo una relación entre su diseño institucional y el grado de independencia.

Esta comparación entre distintos sectores se analiza utilizando el modelo del principal-agente. Este marco ofrece los elementos adecuados para entender el asunto de la delegación y la independencia de instituciones no mayoritarias²³ tal como las agencias reguladoras independientes.

El marco del principal-agente (P-A) supone que un actor (el principal) tiene el incentivo para delegar sus facultades en otro actor (el agente), a fin de superar determinados problemas. Se supone que la delegación es un acto racional, donde los beneficios esperados son mayores que los costos.

En este trabajo, los principales son sujetos electos democráticamente que utilizan su autoridad para establecer UR mediante un acto público de delegación. Los agentes son los que ejercen las facultades delegadas.

Los modelos P-A se basan en la lógica funcional de la delegación. Los agentes prestan funciones útiles para abordar los problemas ante los principales. Son varias las razones que explican la delegación y, en un caso particular de delegación, pueden estar involucradas una o varias de ellas.

1. Disminuir los costos de la toma de decisiones en los que incurren los políticos al diseñar y negociar las políticas públicas.
2. Eludir la culpa de decisiones impopulares y políticas fallidas asignando la responsabilidad a la agencia.
3. Cumplir los compromisos que en materia de políticas públicas hacen los políticos con distintos actores (por ejemplo, inversionistas y electores).

Los principales esperan que, en el futuro, los agentes actúen de acuerdo con sus preferencias. Por lo tanto, las facultades conferidas a un agente están vinculadas a los problemas funcionales que motivaron la delegación. Sin embargo, el acto de delegación implica “costos de agencia”, que consisten en la situación en la que las decisiones tomadas por el agente difieren de las que favorece el principal, ya sea por “elusión” (*shirking*) o “desprendimiento” (*slippage*).

La elusión ocurre cuando el agente sigue sus propios intereses en detrimento de los objetivos del principal. Además, dado que la información se distribuye de manera asimétrica en la relación, los principales tienen información incompleta en relación con las actividades del agente y respecto al modo en que dichas acciones afectan los resultados, de modo que la elusión puede pasar inadvertida parcialmente o del todo.

Por otro lado, el desprendimiento implica problemas inducidos institucionalmente. Los agentes pueden actuar siguiendo las preferencias de los principales, pero el proceso de elaboración de políticas de la institución puede producir una decisión que de todos modos difiera de las preferencias deseadas del principal.

²³ Thatcher y Stone, definen las instituciones no mayoritarias como: “las entidades gubernamentales que a) poseen y ejercen cierta concesión de autoridad pública especializada, distinta de la de otras instituciones, pero b) no son elegidas directamente por el pueblo ni son administradas directamente por funcionarios electos”.

En respuesta a esos problemas, los principales imponen controles que minimizan los costos de agencia. Al imponer mecanismos de control²⁴, los principales tienen en cuenta las diversas funciones delegadas a los agentes.

Existen dos tipos de controles que usan los principales: *ex ante* y *ex post*. Los controles *ex ante* están determinados por el acto de la delegación e incluyen la estructura de la agencia, el ámbito regulador delegado, los instrumentos de los que dispone la agencia, así como los requisitos procedimentales que deben seguirse.

En cambio, los controles *ex post* se usan mediante el desempeño de la agencia. Incluyen el monitoreo y las sanciones positivas y negativas (por ejemplo, controles presupuestales, poder para destituir a funcionarios, control sobre los nombramientos y poder para invalidar las decisiones de la agencia).

En pocas palabras, la decisión de los principales para delegar va seguida de la lógica para resolver un problema (o problemas); esta motivación condiciona el tipo de facultades transferidas y éstas, a su vez, condicionan los controles diseñados. La relación entre las facultades y los controles pueden concebirse en términos de una “zona de discreción” teórica.

Esta zona está constituida por la suma de las facultades delegadas por el principal al agente, menos la suma de los controles de los que puede disponer el principal.

Cuanto más crítico sea el problema de compromiso que enfrentan los principales, más discreción delegarán, es decir, la brecha entre controles y facultades es amplia. Cuando los principales delegan para ofrecer pericia técnica, mejorar la eficiencia de la toma de decisiones o eludir la culpa de políticas impopulares, pueden diseñar controles efectivos para su agente, restringiendo la zona de discreción.

En otras palabras, cuanto más busquen los principales comprometerse de antemano de una manera particular, más facultades transferirán al agente y más débiles serán los controles *ex post* impuestos. A la inversa, cuanto más pericia técnica o eficiencia en la toma de decisiones busquen los principales, más fuertes serán los instrumentos de control *ex post*.

Un principal, puede reducir los costos de la delegación (agency losses). Los mecanismos son varios, puede realizar un screening (filtraje de agentes durante el proceso de reclutamiento para reducir agentes adversos, puede también imponer diseños contractuales específicos, incentivando ciertos comportamiento y puniendo otros, puede también establecer procedimientos minuciosos donde deben detallarse las cuentas en forma extensiva, además de los tradicionales checks and balances institucionales.

Creemos que aquí existe una polarización doctrinaria. Los autores o bien defienden el control parlamentario sobre las UR o bien manifiestan que las burocracias deben estar por fuera de este control. En otras palabras “alarma de incendio” vs “patrulla de policía”.

Nos parece pertinente recordar que la mayoría de los sistemas presenta controles policiales pero también ígneos. Es por tanto que vemos positivamente una delegación de autonomía selectiva. Delegando en aquellas áreas en que el costo de priorizar decisiones burocráticas sea menor que los resultantes de librar a la política la decisión de cuestiones en las que no poseen expertises o sus consecuencias pueden acarrearles reacciones impopulares del electorado.

Se logra así un consenso en materia de control, presentando un panorama sin controladores directos. Pero esta opción, coherente para el modelo norte-americano, no resulta del todo trasladable a países con presidentes y burocracias con alto grado de autonomía. Donde la delegación no se origina en el Congreso sino más bien en el Ejecutivo.

Además características del sistema político e institucional uruguayo difieren sustancialmente del norteamericano. La más importante diferencia es que en USA la regulación entre 1930 a 1960 represento un proceso de delegación del PL en dirección a entidades autónomas vinculadas al Ejecutivo, manteniendo fuerte poder de control sobre los reguladores. En Uruguay la delegación en curso se dio a partir del PE.

2.5) Delegación Presidencial: en busca de credibilidad regulatoria

Cuando la delegación se origina en el seno del Ejecutivo, cabe preguntarse que condiciones pueden llevar a que un presidente delegue poderes a actores burocráticos.

Vale enfatizar que en estos casos, no se trata apenas de burócratas aplicando conocimiento técnico, sino de situaciones en las que la delegación se asocia a una irreversibilidad de las decisiones.

Gobernantes que renuncias por este mecanismo a sus poderes de decisiones, en una estrategia de auto-incapacitación política. La doctrina refiere a este aspecto como un “pre compromiso” de los gobernantes en relación a situaciones futuras.

²⁴ Entendemos por control cualquier instrumento usado por el principal para canalizar o inducir el comportamiento del agente de acuerdo con sus intereses.

Se afirma que individuos racionales pueden escoger limitar sus propias decisiones en el futuro, anticipando su propio comportamiento irracional o miope. Estas irracionalidades pueden asumir la forma de pasiones políticas o limitaciones en la forma que los individuos toman decisiones.

Los incentivos del sistema democrático llevan a que actores políticos busquen beneficios presentes en detrimento de beneficios futuros. En virtud de esta estructura de incentivos, los legisladores son “forzados” a preferir beneficios menores a corto plazo, en vez de mayores beneficios a largo plazo.

De la misma forma que Ulises amarró a su timonel para que no fuera seducido por las sirenas, los legisladores racionalmente escogen limitar su ejercicio de soberanía (Elster). Mediante este mecanismo se logra que a futuro prime la razón.

De manera que las UR se plantean como una delegación de poderes, como mecanismo de autodefensa y compromiso a futuro. Lo lógico de esta delegación se acompaña por un consenso en que debe instaurarse un control sin controladores directos. Es decir que las agencias deben ser órganos de control, a los que no se los controle por ningún actor en específico.

El monitoreo sistemático ejercido en relación a cualquier desvío potencial en el funcionamiento de las agencias, debe ser sustituido por un monitoreo selectivo de costo-eficiente.

Limitación al ejercicio de soberanía: Commitment problem

La estrategia más común es transferir el poder decisorio a un agente externo. Ya que la política regulatoria exige por su propia naturaleza discreción y decisiones técnicas. Pero las transferencias de poder, suelen ser despóticas. Y es que deben serlo, de lo contrario no podrán cumplir sus cometidos.

Todo esto resulta contraproducente, ya que estas agencias son contrarias o al menos inhiben la voluntad democrática de los representantes políticos de la mayoría.

Este problema puede reducirse a una cuestión de legitimidad de la delegación de poderes en agencias, también conocido como *commitment problema*.

La cuestión refiere a la necesidad y capacidad de las autoridades gubernamentales para asegurar los contratos sean honrados en el futuro y que las reglas de juego no van a cambiar. Es decir, el presidente renuncia a sus poderes de decisión como forma de adquirir credibilidad.

Esta cuestión se asienta en el hecho de que las decisiones políticas no puedan alterar las decisiones regulatorias.

La credibilidad es una cuestión fundamental en la creación de las UR a la hora de la inversión privada. La abdicación de un gobierno a su capacidad de revertir decisiones tomadas en el pasado (por el mismo o por sus predecesores) es una variable a ser tenida en cuenta a la hora de invertir por parte de una empresa.

Debido a la globalización financiera, la estrategia de auto-incapacitarse es un imperativo de supervivencia económica por parte de muchos países.

El papel de las agencias en garantizar la credibilidad está fuertemente condicionado por la estructura institucional. Compuesta no solo por el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino también de reglas informales tácitamente aceptadas por los actores sociales que definen la capacidad institucional de un país.

Las instituciones políticas influyen la estructura de gobernanza regulatoria en función de límites establecidos para los gobernantes. La credibilidad regulatoria es mayor en países que presentan fuertes restricciones a la discreción por parte del Ejecutivo o el Legislativo. Los mecanismos que garantizan credibilidad y durabilidad de las instituciones regulatorias son al mismo tiempo los que dificultan el control.

En sistemas parlamentarios el Ejecutivo dispone de fuertes controles sobre la agenda legislativa, derivando en una inestabilidad regulatoria. También la volatilidad de mayorías parlamentarias, que altera las fuerzas políticas, con agendas políticas distintas, produce una baja en la credibilidad regulatoria, ya que al mudar los gobernantes, mudan las leyes.

En síntesis la cuestión de la delegación se relaciona con la credibilidad regulatoria. El déficit democrático resultante permanece como una cuestión sin aparente solución. Tal vez por eso, resulta tan trascendente, al menos garantizar un control indirecto

2.6) Conclusión

Delegación y responsabilidad son dos polos en tensión perpetua. Las sociedades democráticas no parecen dar solución a esta tensión.

Instituciones que adquieren un papel cada vez más importante en estas sociedades, son las UR, exigiendo autonomía decisoria para su efectivo funcionamiento. Al igual que otras agencias del aparato Estatal, la

autonomía fue perseguida como un ideal normativo en la construcción de un Estado democrático. Empero la delegación implica un creciente déficit democrático y una insuficiencia de responsabilización de sus directivos.

Dos argumentos se citan para justificar la exorbitante independencia y autonomía de las instituciones en el actual contexto.

Primero, las consecuencias negativas de la delegación son poco significativas, y parecen encontrar su causa en la falta de control y responsabilidad, no bastando con formas indirectas de control.

Lo segundo, la delegación de autonomía en UR es una opción racional de gobernantes situados en un ambiente económico globalizado.

En última instancia, el diseño institucional de las democracias contemporáneas que atribuye responsabilidad a un sistema de checks and balances entre los poderes revela su poca capacidad de generar resultados satisfactorios de alta legitimidad.

Control vs autonomía

Se constata la existencia de una tensión entre el control y la autonomía. Uno de los más importantes retos para futuras reformas consiste en lograr un apropiado balance entre flexibilidad y autonomía de los órganos reguladores.

Una de las principales preocupaciones refiere a los requerimientos de control y vigilancia, es decir a la rendición de cuentas y la manera en que es posible establecer agencias con suficiente autonomía y flexibilidad para llevar a cabo sus funciones, pero al mismo tiempo posean mecanismos de rendición de cuentas respecto a los ciudadanos y aquellos que regula –vertical- como a otras instancias del gobierno – horizontal-.

Fallar en este diseño puede traer como consecuencia una disminución en la capacidad institucional e inclusive los riesgos de una crisis de legitimidad del gobierno.

Si la delegación significa menos legitimidad para obtener mayor eficacia, la participación ciudadana significa mayor legitimidad con la probabilidad de menor eficacia.-

El objetivo último debe ser que el desempeño de las UR, en términos de su autonomía formal logre llegar a ser complementario con las prácticas democráticas (rendición de cuentas y transparencia).

3) Regulación y control: La experiencia en Argentina y Brasil.

Ambos países han incorporado explícitamente las normas sugeridas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) para la auditoría de la regulación económica.

En Brasil, las agencias están vinculadas al ministerio del respectivo sector. Están sujetas al control del Poder Legislativo y del Tribunal de Cuentas, órgano vinculado técnicamente al Congreso.

El Tribunal ejerce el control externo de las agencias a través de la Secretaría de Fiscalización de la Desestatización.

El control interno es efectuado por la Secretaría Federal de Control Interno, órgano del Poder Ejecutivo, que controla los aspectos relacionados con la gestión presupuestaria, patrimonial, compras y similares.

Los entes argentinos son controlados principalmente por el Congreso Nacional a través de dos vías: 1) La Comisión Bicameral de Seguimiento de la Reforma del Estado y las Privatizaciones, que es un organismo compuesto por seis miembros de cada una de las cámaras con el objeto de seguir la aplicación de dicha Ley e informar a los poderes del Estado. 2) El control externo es ejercido por la Auditoría General de la Nación (AGN), que es un órgano técnico, funcionalmente autónomo, que se encuentra dentro del área del Congreso de la Nación, y tiene como competencia el control de las privatizaciones y de los entes reguladores.

La Gerencia General de Entes Reguladores, audita los estados contables y la gestión. Emite informes de auditoría y dictámenes de estados contables de los entes reguladores que son comunicados a los propios entes, a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas -órgano bicameral que controla la AGN- y a los ministerios que tienen a su cargo el control de la privatización de que se trate.

El control interno de todos los entes reguladores es efectuado por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional, cuya función es dictar y aplicar normas de control interno, las que deberán ser coordinadas con la AGN. La SIGEN es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del presidente de la Nación.

En Brasil se ha establecido que el vínculo entre algunas agencias (ANEEL, ANA, ANVISA y ANS) y el Poder Ejecutivo las regula por medio de contratos de gestión. Este instrumento permite una relación más

fluida entre ambas partes y permite una mayor autonomía gerencial de la agencia, que será controlada en función de sus resultados y no de sus procesos.

El Tribunal de Cuentas acepta esta modalidad de control, aunque formula algunas observaciones. Entre otras, aconseja rever las metas que constan en el contrato de gestión a fin de que los indicadores reflejen productos y no procesos, para que los indicadores y metas se vinculen a las acciones de la agencia y no al resultado de esas acciones. Por ejemplo, una de las metas está relacionada con el número de concesiones licitadas, cuando lo correcto sería (por ejemplo, en materia eléctrica) la cantidad de MW efectivamente concedidos.

La actuación del Tribunal de Cuentas en el control de la actividad regulatoria está en consonancia con las líneas directrices establecidas por organismos internacionales encargados del control externo de la administración pública.

La Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) posee un grupo de trabajo dedicado a la auditoría de privatizaciones y sus derivaciones. En octubre del 2001 fue publicada una versión preliminar de un documento consolidando lineamientos para la actuación de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) al ejecutar fiscalizaciones sobre la regulación económica.

El control de la regulación propuesto por la INTOSAI presenta 22 lineamientos de gran relevancia para orientar la actuación de las EFS en su tarea de controlar a los reguladores, estructuradas en cinco secciones. Cada una de estas secciones contiene un conjunto de lineamientos que deben ser observadas por la EFS en ocasión del control externo de la regulación.

3.1) Contratos de gestión

Una de los proyectos más interesante como forma de control, son los contratos de gestión o desempeño. Estas medidas tratan de valorizar el empleo de instrumentos que permiten una mejor selección de medios y fines, en el ejercicio de la actividad regulatoria, por órganos o entidades de la Administración Pública, asociados a un mayor grado de autonomía.

Mediante estos mecanismos se afirma que se logra una mayor eficiencia, transparencia y responsabilidad en el seno de la Administración Pública.

Las UR firman contratos de gestión con los respectivos ministerios. Convirtiéndose estos contratos en instrumentos esenciales para la medición de la eficacia de las agencias con el Poder Público. Los contratos son previamente sometidos a un análisis de un consejo sectorial de la respectiva área de actuación de la Agencia Reguladora.

Además de establecer parámetros para administración interna de las UR, el contrato de gestión y desempeño, deberá especificar mínimamente las metas de desempeño administrativo, fiscalización, plazos de conclusión, indicadores, mecanismos de validación que permitan cuantificar de forma objetiva, estimar recursos orgánicos y cronogramas de desembolso de recursos financieros necesarios para el logro de las metas pautadas. Fijar las obligaciones y responsabilidades de las partes en relación a las metas definidas. Parámetros y plazos en caso de incumplimientos injustificados de las metas u obligaciones pautadas.

El contrato de gestión y desempeño tiene una duración mínima de un año, y será validado periódicamente, y de ser necesario, revisado en ocasión de sustitución de algún miembro del directorio de la Agencia.

Estos reglamentos serán validados y controlado durante su ejecución por una firma externa, que periódicamente emitirá informes sobre el desempeño de las UR.

Semestralmente cada agencia deberá presentar informes, para ser divulgados así como también, concomitantemente enviados al ministerio correspondiente y al TC respectivo.

Este punto resulta sumamente interesante ya que la publicidad inmediata de los informes, sin posibilidad de intervención del ministerio correspondiente, asegura una independencia técnica en cuanto a políticas regulatorias.

Obviamente que en un sistema como el uruguayo, se corre el riesgo de un control a priori del ministerio sobre las agencias reguladoras, antes de emitir sus informes.

Pero con la garantía de una auditoría externa, el regulador se vería en la encrucijada de, efectuar un informe técnicamente correcto o dejarse influenciar por políticas ministeriales, debiendo seguramente quedar expuesto al control del auditor y por tanto a la crítica pública.

3.1.1) Escepticismo: Contrato de Gestión, ¿Caballo de Troya?

Resulta evidente que una propuesta de estas características, que busca fortalecer y legitimar la actuación de las UR puede generar resistencia en algunos escépticos. Ya que las medidas propuestas, subordinan las

Agencias al control político del Gobierno. Esto debido a que la independencia se protege una vez que el contrato ha sido estipulado. Contrato que será casi qué impuesto por el Gobierno.

Se da una petición de principio, ya que se habla de independencia de las UR en su accionar, pero no se demuestra que estas sea independientes desde el “vamos”. De qué sirve dar las máximas garantías en la ejecución de una política regulatoria, si esta peca de no ser independiente.

Algunos autores se han manifestado contrario a estos modelos contractuales, donde el Ejecutivo pasa a tener influencia en la fijación de políticas de corte netamente técnico.

Se afirma que el contra de gestión puede funcionar como una forma de presión política sobre la actuación de las agencias. Empero la solución propuesta resulta casi tan inconveniente, ya que propone que la fiscalización de las UR, quede en manos de comisiones parlamentarias. Lo que en nuestra opinión llevaría que cada etapa del actuar regulatorio se vea más politizada que controlada.

Creemos que la obligatoriedad de que las UR se deban vincular mediante contratos de gestión, a ser negociados con los ministerios es un peligroso instrumento que puede servir para maniatar a las agencias.

El actuar de las unidades, al ser preeminentemente un ejercicio de la función pública, no puede ser medido como se hace respecto a la performance de un atleta, con índices y resultados.

No parece coherente que el desempeño sea medido o al menos avalado en función de indicadores que cuantifican de forma objetiva, y con una visión reduccionista y singular, la actividad del regulador que por definición es tan compleja como los sectores económicos que regula.

Alexandre Santos de Araújo, jurista estudioso del tema, afirma que

“A obrigação de a agência reguladora, sob o pretexto da fixação de políticas públicas pelo Executivo central, de celebrar contratos de gestão, constitui uma séria ameaça ao modelo contemporâneo de regulação da economia – de relativa imunidade à arena político-partidária –.

El contrato de gestión acabará por limitar la autonomía administrativa, financiera de las UR, permitiendo un control sobre los recursos conforme a lo establecido en el contrato. Estos contratos pueden ser vistos como un “Caballo de Troya”, colocando a las agencias en situación de dependencia total con los ministerios.

Falso dilema: Autonomía de las UR

Creemos estar ante un falso dilema, la autonomía de las UR, es por varios mecanismos relativa. No debemos olvidar que toda autonomía es por definición limitada. Ya que la autonomía y la libertad de actuar tiene límites fijados en una instancia normativa previa y superior, que implica la relativización de la autonomía.

3.1.2) Brasil y el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU)

Como se ha venido esbozando en citas previas, el Tribunal de Cuentas de la Unión tiene una relevancia destacable en materia de control de las UR en el Brasil.

El control ejercido por el TCU se basa en la formación de un juicio sobre los resultados económicos, eficiencia y efectividad de la actuación de los entes reguladores. Además identifica y recomienda prácticas de gestión regulatoria, analiza la gobernanza regulatoria del ente. En procura de crear un registro de políticas regulatorias que sirva de base a otras agencias al momento de la toma de decisiones. Siempre buscando no sobreponerse ni confundir su rol con el del regulador

Recientemente se implementó un “Proyecto de Modernización del Control Externo de la Regulación” en el ámbito del TCU. Estableciendo un cuerpo de profesionales y una infraestructura acorde a la fiscalización que se pretende. Y así lograr garantizar un alto grado de transparencia y accountability sobre los procesos regulatorios.

El TCU viene actuando de forma ejemplar, garantizando la accountability, mejorando los procesos de gestión regulatoria. En este sentido, el órgano de control ha venido acompañando todo el ciclo de reforma del Estado en el área regulatoria. Emitiendo dictámenes, coadyuvando a la positivización del marco regulatorio y controlando el funcionamiento de las unidades reguladoras.

El TCU se presenta como un verdadero depositario de información sobre las mejores prácticas y la trayectoria de las políticas públicas de gestión regulatoria. Dentro de las principales acciones del Tribunal en cuanto a control regulatorio, debemos destacar las auditorías periódicas.

En síntesis el modelo brasilero, que otorga al TCU las facultades descritas en marras, presenta relevantes contribuciones para la implementación y el perfeccionamiento de un sistema regulatoria.

Cabe aclarar que no se trata de un esfuerzo aislado, a los solos efectos de realizar la transición al modelo de Estado Regulador. Sino que es parte de una estrategia irreversible de analizar cuestión complejas, que envuelven la formación de un juicio de valor sobre los resultados económicos, de eficiencia y efectividad de la acción gubernamental a nivel regulatorio. Procurando identificar practicas de gestión (regulatoria) que puedan adoptarse a nivel general.

Ante este panorama, el papel del TCU parece intensificarse en cuanto al control externo de las unidades regulatorias. Influidando positivamente en evitar la captura del regulador. Que en un contexto de poco accountability y transparencia, puede verse proclive a ser capturado.

El TCU ha manifestado que el control externo ejercido sobre las agencias, contribuye a una mejor actuación de estas. De forma inexorable el papel del TCU confirma una tendencia apreciable en muchos países.

3.1.3) Tendencia Global

Cabe señalar que para el Banco Mundial, los Poderes Ejecutivo y Legislativo deben ejercer controles sociales, mediante la revisión periódica del sistema regulatorio. De manera transparente y asesorados por un Tribunal de Cuentas, utilizando también servicios de consultaría independiente e imparciales. Estos procedimientos abiertos y de participación pública, deberían finalizar con la publicación de un informe de resultado y recomendaciones

Nueva Zelandia, país que llevo al extremo las reformas de la administración pública y la separación de funciones del Estado y el Gobierno, creo UR, sometidos a instrumentos de control de desempeño, como medio para asegurar mayor responsabilidad con el Parlamento y la Sociedad.

Las experiencias en Francia, Reino Unido y Estados Unidos, permiten concluir que este instrumento es eficaz incluso cuando hablamos de UR. En la propia América Latina, hay experiencias en este sentido, como es el caso de la agencia reguladora de telecomunicaciones de Perú.

En USA, varias entidades reguladoras tienen sus relaciones con el Ejecutivo mediadas por contratos de *performance*, asegurando una mayor eficiencia en su gestión, como es el caso de la Security Exchange Comision – SEC y la Environment Protection Agency - EPA, que tienen su gestión controlada regularmente por contratos de gestión.

En Brasil, como ya vimos, la experiencia con contratos de gestión demuestra que, a pesar de su potencialidad, los contratos no fueron adecuadamente explotados para asegurar autonomía y desempeño. Al punto que se discontinuó su uso, aunque su aplicación era exigida por ley.

3.1.4) Conclusión

El hecho de experiencias incompletas e inadecuadas, no invalida al instrumento, como lo validan otras experiencias internacionales.

Se trata por tanto de una herramienta cuya implementación merece ser perfeccionada, explorando las potencialidades en legitimar la autonomía concedida a las agencias por medio de una mayor transparencia y eficacia de las actuaciones.

Como toda innovación, el contrato de gestión solamente se tornara una alternativa concreta para el perfeccionamiento de la gestión pública si se consigue superar la tendencia al formalismo de la administración pública.

Así mismo, la validación de desempeño y el perfeccionamiento de una *accountability* de las UR requieren más que solo instrumentos normativos y técnicos, exige el desarrollo de nuevos patrones de conducta, y una capacidad gerencial hasta ahora insuficiente, tanto en los propios ministerios como en las UR.

A nivel global se propone la creación de mecanismos de supervisión y control social sobre la actividad regulatoria, tales como la actuación de la *Government Accountability Office* – GAO y la *Office of Management and Budget*, en USA, la *Comisión Federal de Mejora Regulatoria*, en México, y la *Superintendencia General Del Sistema de Regulacion Sectorial* – SIRESE, en Bolivia, además de la experiencia canadiense en la fijación de metas de desempeño gerencial y validación de la eficiencia de las UR.

4) Mecanismos de control

4.1) Metodología de una fiscalización regulatoria

Toda fiscalización requiere de una metodología y procedimientos para su ejecución, que cumpla con el propósito de emitir opinión sobre la eficacia y eficiencia de la gestión del regulador. Para esto debe delimitarse el alcance de las funciones de fiscalización, esto es

- Previsión, que las fallas regulatorias no se vuelvan recurrentes a mediano y largo plazo
- Positividad, difundir las mejores prácticas desarrolladas por cada regulador y alentar su perfeccionamiento.
- No interferencia, la fiscalización no interfiere en la función regulatoria

Metodológicamente la fiscalización como proceso comprende: i) desarrollo de conceptos y perfeccionamiento de métodos de evaluación, ii) evaluación del desempeño del regulador, iii) identificación de las imperfecciones de la regulación iv) desarrollo continuo de la regulación en el tiempo, incorporando mecanismos de retroalimentación basados en la experiencia de la fiscalización.

4.2) Auditorías de Desempeño como mecanismos de control externo

La conducción de trabajos de auditorías de desempeño generalmente implica analizar cuestiones de distribución de autoridad y control en el proceso de formulación de políticas públicas, de manera diferenciada de los procesos de auditoría de regularidad.

Sin embargo, la estrategia de incluir la auditoría de desempeño entre un portafolio de revisión no descansa solamente en la independencia, especialización y profesionalismo de las instituciones de control. Esas son condiciones necesarias, pero no suficientes. El desarrollo de las dimensiones de la auditoría de desempeño depende aún más fuertemente del ambiente político-institucional que rodea a una entidad de fiscalización superior (EFS).

Lo que se busca destacar en este punto es que la manera cómo determinada EFS conduce los procesos de auditoría de desempeño es moldeada y limitada por factores dentro de los Estados nacionales, más que por cuestiones técnicas referidas a la mejor manera de proceder en la revisión y el control gubernamental.

No existe aún un conjunto coherente y programático para conducir la auditoría de desempeño. Por el contrario, las EFS han desarrollado diferentes tipos de control por resultado y revisión de mejores prácticas bajo el mismo rótulo denominado auditoría de desempeño.

No existe una definición única que contemple el significado de la auditoría de desempeño. En términos genéricos, la auditoría de desempeño puede ser definida como una modalidad de revisión y de evaluación de la actividad gubernamental, enfocada en el resultado de la gestión pública.

Desde el punto de vista instrumental, la auditoría de desempeño también puede ser más precisamente definida como un conjunto de procedimientos técnicos y métodos de investigación utilizados por instituciones centrales de control de la administración pública, para la obtención, procesamiento y difusión de informaciones relevantes sobre revisión y evaluación de actividades, proyectos, programas, políticas y órganos gubernamentales, en cuanto a aspectos de economía, eficiencia y efectividad, buenas prácticas de gestión, equidad, logro de metas, capacidad para la gestión de desempeño, información de desempeño, entre otros criterios orientados hacia el resultado de la actuación pública.

Seguidamente trataremos específicamente la trayectoria de las EFS en la realización de la auditoría de desempeño de la regulación, que permitan garantizar la accountability efectiva del sistema regulador, así como promover estudios con el fin de mejorar las prácticas de gestión de la regulación.

4.3) Las Entidades de Fiscalización Superiores (EFS)

El control externo ejercido por las EFS sobre las agencias reguladoras es capaz de garantizar la accountability de la gestión reguladora, así como contribuir a mejorar la actuación de esos entes en los aspectos de eficiencia, economía, efectividad y equidad en la implementación de políticas públicas de regulación.

Los procesos de formulación de la política de regulación estipulados por los políticos electos, y los procesos de implementación ejecutados por la agencia pueden sustraerse más fácilmente de los sistemas de frenos y contrapesos, pues las Unidades Reguladoras han sido concebidas de manera autónoma en relación con la tradicional estructura tripartita de los poderes estatales.

Con el fin de evitar ese sesgo antidemocrático y tendiente a la captura por intereses diversos de aquellos contenidos en las políticas públicas, el ambiente regulatorio debe ser expuesto permanentemente a un sistema robusto de accountability gubernamental.

Los mecanismos de control externo ejercidos por entidades de fiscalización superiores (EFS) sobre las UR, se presentan como supuestos necesarios para la sustentabilidad del modelo.

Los procesos de control externo, contribuyen de manera decisiva en la estabilidad del régimen de regulación. Estabilidad, en este contexto, significa que, de un lado, la agencia tendrá autonomía dentro de los límites de su mandato, pero, de otro lado, implica transparencia y accountability en la gestión de la regulación.

El papel de las EFS se presenta como fundamental para que el régimen de regulación sea sustentable, pues se debe garantizar un alto grado de transparencia y accountability en los procesos regulatorios, ya que la independencia puede llevar a comportamientos indeseados.

Existe una amplia gama de literatura que trata de los procesos de captura del agente regulador por el regulado, o incluso por grupos específicos de consumidores (normalmente grandes consumidores), en detrimento de los principios regulatorios de equidad, eficiencia productiva y eficiencia locativa.

4.3.1) Experiencia inglesa

El sistema institucional británico garantiza un sistema de frenos y contrapesos, y una mayor división de poderes en la implementación de políticas de regulación. Además, existe un escrutinio supranacional que establece directivas de regulación, principalmente en lo que se refiere a la calidad de los servicios y apertura del mercado (directivas emanadas de la Unión Europea).

La EFS de Inglaterra, realiza auditorías de desempeño (value for money studies) y han trabajado muy de cerca con los nuevos entes reguladores, emitiendo opiniones sobre la actuación de estos.

Tan pronto creado el ente regulador en Inglaterra, la Nacional Audit Office (NAO) realizó trabajos en todas esas agencias con el fin de comprender e informar al Parlamento británico sobre el papel y las idiosincrasias de esos entes.

Posteriormente, fueron realizados estudios de value for money en las diversas agencias, y el controlador externo británico se convirtió en un verdadero consultor de buenas prácticas de gestión reguladora en aquel país.

Más de veinte estudios de value for money han sido realizados en los entes reguladores, corrigiendo cuestiones de competencia, indicadores sectoriales, participación de los consumidores, eficiencia de las industrias, entre otras.

Además, la propia INTOSAI posee un grupo de trabajo específico para la privatización, que traza directivas de buenas prácticas de regulación económica y su control para todas las EFS, cuyo presidente del grupo es el propio controlador general de la NAO.

4.3.2) Experiencia brasilera

En el caso brasileño, el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU) como órgano de control se ha convertido en el verdadero depositario de las informaciones respecto a las prácticas y la trayectoria de las políticas públicas de gestión de la regulación emprendidas desde la segunda mitad de la década del 90 en Brasil.

No podría haber actuado de manera diferente. Amparado por mandato constitucional de 1988 para realizar auditorías de naturaleza operacional –además de las tradicionales auditorías contables, presupuestarias, financieras y patrimoniales, la EFS brasileña no ha eludido el camino más arduo del aprendizaje organizacional con vistas a capacitar a su cuerpo técnico frente a los desafíos desde entonces vislumbrados.

El control ejercido por el TCU se ha mostrado bastante oportuno y ha hecho importantes contribuciones para el perfeccionamiento del sistema. Es claro que no se trata de un esfuerzo aislado de transición, sino que se ha visto como una decisión estratégica irreversible de disponerse a responder cuestiones complejas que implican la formación de juicio respecto a los resultados, la economía, la eficiencia y la efectividad de la acción regulatoria.

Más aun, se procura identificar y recomendar prácticas de gestión (de regulación) que permitan apoyar el desempeño de los entes estatales involucrados, analizar la gobernanza del régimen de regulación e, incluso,

intentar crear una historia de las políticas de regulación que sirva de base para la toma de decisiones, más aun en los momentos de transición política.

Así, se argumenta que el papel del TCU debe ser mantenido e intensificado en materia de control externo del régimen de regulación, ya que las posibilidades de captura del regulador nacional son aún más apremiantes que en el otro modelo analizado.

4.4) Contribuciones para el éxito del modelo

El control externo ejercido por las EFS sobre las agencias reguladoras es capaz de garantizar la accountability de la gestión reguladora, así como contribuir a mejorar la actuación de esos entes en los aspectos de eficiencia, economía, efectividad y equidad en la implementación de políticas públicas de regulación. En este punto, es importante describir la trayectoria de las propias EFS en el desarrollo de auditoría de desempeño.

La conducción de trabajos de auditorías de desempeño generalmente implica analizar cuestiones de distribución de autoridad y control en el proceso de formulación de políticas públicas, de manera diferenciada de los procesos de auditoría de regularidad.

Al mediar tensiones entre los órganos del ejecutivo y del legislativo gubernamentales, las entidades fiscalizadoras superiores se han calificado como instituciones singulares y de significado constitucional distinto.

Sin embargo, la estrategia de incluir la auditoría de desempeño entre su portafolio de revisión no descansa solamente en la independencia, especialización y profesionalismo de las instituciones de control. Esas son condiciones necesarias, pero no suficientes.

El desarrollo de las dimensiones de la auditoría de desempeño depende aún más fuertemente del ambiente político-institucional que rodea a una EFS. Lo que se busca destacar en este punto es que la manera cómo determinada EFS conduce los procesos de auditoría de desempeño es moldeada y limitada por factores dentro de los Estados nacionales, más que por cuestiones técnicas referidas a la mejor manera de proceder en la revisión y el control gubernamental.

No existe aún un conjunto coherente y programático para conducir la auditoría de desempeño. Por el contrario, las EFS han desarrollado diferentes tipos de control por resultado y revisión de mejores prácticas bajo el mismo rótulo denominado auditoría de desempeño.

Algunas EFS consideran la posibilidad de incluir cuestiones relativas al contenido de las políticas públicas al desarrollar trabajos de auditoría de desempeño. Australia, Alemania, Holanda, Suecia y Estados Unidos parecen ser los únicos países que intentan atacar cuestiones de esa naturaleza. Las fuerzas externas que actúan sobre las EFS han promovido el desarrollo progresivo de la auditoría de desempeño.

A pesar de la convergencia que existe en la reforma de las prácticas de control externo, volcadas a la auditoría de desempeño en países democráticos y orientados al mercado, también es posible verificar un modelo diferente de tales prácticas. Modelo que tiende a cuestionar el contenido o el mérito de las políticas públicas.

Se argumenta aquí que el papel de las EFS en el control de la regulación no se preocupa por el mérito o contenido de las políticas públicas formuladas, pero sí en verificar el desempeño de los entes involucrados en su implementación.

Así, el Tribunal de Cuentas de la Unión, siguiendo el ejemplo del National Audit Office, realiza auditorías de desempeño en un ambiente de regulación, pues posee legitimidad política para analizar materias relacionadas con la implementación de políticas públicas regulatorias.

Por otro lado, la National Audit Office, órgano de control externo británico, encuentra dificultades para cuestionar los contenidos de las políticas públicas, pues ese órgano controla una comunidad disciplinada e integrada de formuladores de políticas públicas.

Sin embargo, los trabajos de la NAO en el área de auditoría del desempeño (value for money) de la regulación han sido constantes y profundos desde la creación de los entes reguladores.

Hasta este punto se espera que haya quedado claramente argumentado que el papel de las EFS debe ser enérgico para garantizar la estabilidad del ambiente de regulación. Resta, entonces, describir las posibilidades de actuación de esas EFS en términos del desarrollo de auditorías de desempeño en procesos de gestión reguladora. La próxima sección intenta describir la trayectoria de las EFS en lo que se refiere a la adopción de la estrategia organizacional dirigida a la realización de auditorías de desempeño de la gestión pública, incluyendo la gestión pública de la regulación.

4.5) Actualidad de las auditorías de las EFS: eventos recientes

De acuerdo a lo descrito, el papel de las entidades de fiscalización superiores es esencial para el éxito del régimen de regulación. En tal sentido, es importante trazar un paralelo entre la evolución de las reformas regulatorias y la evolución del papel de las EFS en materia de auditoría de desempeño de la regulación (performance auditing), que viene a complementar el ya tradicional abordaje del control de conformidad y legalidad.

No existe una definición única que contemple el significado de la auditoría de desempeño. En términos genéricos, la auditoría de desempeño puede ser definida como una modalidad de revisión y de evaluación de la actividad gubernamental, enfocada en el resultado de la gestión pública.

Desde el punto de vista instrumental, la auditoría de desempeño también puede ser más precisamente definida como un conjunto de procedimientos técnicos y métodos de investigación utilizados por instituciones centrales de control de la administración pública, para la obtención, procesamiento y difusión de informaciones relevantes sobre revisión y evaluación de actividades, proyectos, programas, políticas y órganos gubernamentales, en cuanto a aspectos de economía, eficiencia y efectividad, buenas prácticas de gestión, equidad, logro de metas, capacidad para la gestión de desempeño, información de desempeño, entre otros criterios orientados hacia el resultado de la actuación pública.

En la presente sección trataremos específicamente la trayectoria de las EFS en la realización de la auditoría de desempeño de la regulación, que permitan garantizar la accountability efectiva del sistema regulador, así como promover estudios con el fin de mejorar las prácticas de gestión de la regulación.

Los criterios más tradicionales y conocidos incluidos en el concepto de auditoría de desempeño se relacionan con la eficiencia, economía y efectividad (las tres “e”) de la gestión pública. Sin embargo, nuestro análisis utilizará respecto a la auditoría de desempeño, que incluye otros criterios además de aquellos. Relacionaremos tales criterios con las auditorías de desempeño ya realizadas por el TCU en agencias reguladoras.

Economía de la regulación. Consiste en reducir al mínimo el coste de los recursos empleados en la gestión de la regulación, sin perder la calidad en los resultados. En ese sentido, se han realizado diversos trabajos sobre revisión de cálculos de precios mínimos de concesiones, y de criterios de licitación que se traducen en mayor recaudación para el gobierno o en menores costes exigidos por los usuarios. Además de los resultados producidos en cada uno de los procesos analizados, han sido incorporadas mejoras en los procesos de licitación de concesiones futuras que aseguran importantes beneficios.

Eficiencia de la regulación. Representa la relación entre el producto de la actividad de regulación, en términos de bienes, servicios y otros resultados, y los recursos utilizados para producirlos. Implica también que los beneficios resultantes del cumplimiento de las regulaciones cursadas, de las fiscalizaciones efectuadas y de la administración del régimen de concesiones realizado por la agencia no sobrepasen los costes para su ejecución.

Efectividad de la regulación. Grado en que los objetivos de la regulación son alcanzados, y la relación entre los resultados deseados y los resultados reales de la gestión reguladora.

Buena práctica de la gestión reguladora. Consiste en exámenes de verificación para determinar si la agencia posee un buen sistema contable, procedimientos para el establecimiento de metas, si existe una buena relación con los clientes; si compara sus prácticas de gestión de la regulación con las de otros sectores o países; si considera que la función de recursos humanos es la de más alta prioridad de la organización, entre otros. La idea central de este criterio es que en varias áreas existe una razonable comprensión de lo que constituye una buena práctica de gestión reguladora, por lo tanto las actividades actuales del regulador pueden ser comparadas con modelos o patrones de una buena gestión.

Buena gobernanza reguladora. Mientras las buenas prácticas de gestión tratan con factores más internos a la organización, el criterio de buena gobernanza establece una visión más sistémica y externa a la organización. Este criterio se relaciona con la coordinación de las acciones gubernamentales relativas a su política de regulación, las que, debido a una serie de factores dentro de las administraciones públicas nacionales, llevan a la fragmentación y pérdida de sinergia

En este punto suelen diagnosticarse instituciones que evidencian lagunas y superposición en la actuación de los diversos entes,

Calidad de servicio. El éxito de este criterio puede ser alcanzado si un servicio público satisface las expectativas razonables de sus usuarios. En el caso de la regulación, se aplica tanto a las agencias como a los concesionarios.

Seguimiento a las metas. Implica la medida en la que la agencia o el concesionario fracasó u obtuvo éxito en sus metas, declaradas públicamente o establecidas mediante normas.

4.6) Consideraciones finales

Históricamente cuando la prestación de servicios públicos se hacía principalmente por medio de empresas estatales, el control externo se basaba, fundamentalmente, en el análisis de las rendiciones de cuentas de las entidades.

El control de los Tribunales de Cuentas tenía como foco los actos de gestión de los administradores, dejando en un segundo plano el análisis del desempeño de la empresa en tanto proveedora de servicios públicos.

En la actualidad muchos Tribunales de Cuentas, pasaron a evaluar tanto el desempeño del poder regulador como la calidad de los servicios prestados.

Se ha argumentado en este ensayo que existen dos aspectos para el éxito del régimen de regulación de los sectores de infraestructura. Por un lado, se debe buscar la autonomía e independencia de los entes reguladores para que puedan implementar las políticas públicas de regulación, sin que haya una injerencia directa de otros entes estatales. Por otro lado, la estabilidad implica transparencia y accountability del proceso de gestión de la regulación. Así, las entidades de fiscalización superiores surgen como órganos fundamentales para garantizar la accountability de la gestión reguladora.

Las EFS surgen como órganos fundamentales tanto para la consolidación como para el incremento de la transparencia, la accountability y la mejora de la gestión reguladora. Tal relevancia parece derivar de la imagen de independencia, competencia técnica y profesionalismo que esas instituciones se esfuerzan por adquirir y traducir en criterios, métodos y técnicas de auditoría de desempeño aplicables al área de la regulación.

5) ¿Quién regula a los reguladores?

Este trabajo viene examinando la respuesta a la mentada pregunta. Y fundamentalmente si alguna vez se podrá regular a los reguladores.

Una de las críticas que se la hacen a los reguladores, es que concentran mucho poder, no siendo sus miembros elegidos democráticamente.

Solo están conectados de forma distante con el gobierno. Esto ha llevado a que en otros países con respecto a las UR se afirme "with good intentions, but what they do will not have been subject to democratic scrutiny and accountability..."²⁵

Existe la percepción de que el modelo regulatorio depende demasiado de la personalidad individual, que no es suficientemente transparente cuando de tomar decisiones se trata.

Autores como C D Foster, en su libro "Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly", argumentan en defensa de la independencia, sugiriendo que la discrecionalidad es una de las razones para que los reguladores puedan funcionar satisfactoriamente.

La habilidad de los reguladores de ejercer discrecionalidad independientemente, en la toma de decisiones libre de presiones políticas o populares, puede o no, ser vista como un beneficio.

El gran problema de esta discrecionalidad y la falta de su control, es que cada jerarca máximo del órgano regulador, podrá tomar diferentes encares de un problema nacional. Esto llevara a que problemas nacionales serán tratados de forma inconsistente según quien sea el jerarca de turno.

Debe notarse que no hay ninguna institución que directamente controle a los reguladores. Si existe la posibilidad de modificar las decisiones de los reguladores. Ora por avocación, Ora al evacuar un recursos jerárquico ora revisión judicial (en un sentido amplio).

5.1) Otros Mecanismos de Control

La experiencia norte-americana de delegación fue acompañada por un intenso debate sobre las formas de control sobre los entes autónomos. Las conclusiones de este debate, llevan a afirmar que pueden diseñarse distintos mecanismos de control sobre las agencias.

Una opción es el control sin controladores directos. De forma que las agencias son controladas si bien ningún actor en particular la está controlando. Esto debido a que el monitoreo sistemático, sobre cualquier

25 Souter D (1995) Approach to Regulation, British Utility Regulation: Principles, Experience and Reform, Dieter Helm (ed) Oxaera, Oxford, 108.

desviación presenta un costo elevado (“patrulla de policía”). Mientras que el control (“alarma de incendio”), mediante monitoreos selectivos, presenta un costo menor.

El control interno corresponde a las agencias de auditoría bajo la órbita del Poder Ejecutivo,

El control externo está a cargo del Poder Legislativo, dentro del cual, a su vez, pueden diferenciarse los mecanismos de control parlamentario propiamente dichos y los controles realizados por organismos técnicos, funcionalmente autónomos, que actúan en la órbita legislativa.

Además de las agencias estatales que participan en el control de los servicios y de la gestión de los entes, existe otra que cumple fundamentalmente el rol de defensa de los derechos constitucionales. Se trata del Defensor del Pueblo, figura proveniente de la tradición europea y que, en materia de control, interviene en aquellas cuestiones que afectan a los ciudadanos.

Los controles se basan tanto en quejas presentadas por particulares -lo que puede ser considerado un mecanismo de participación ciudadana en el control - como en su propia iniciativa frente a irregularidades que afecten los intereses o derechos mencionados.

Otra interacción a tener en cuenta es la que se da entre la agencia reguladora y los Tribunales de Justicia. La revisión judicial de las decisiones administrativas adoptadas por el ente regulador es necesaria para asegurar el desenvolvimiento efectivo de los derechos de participación de los grupos de interés.

El mecanismo de audiencias públicas se presenta como una tendencia creciente orientada hacia la evaluación de la eficacia de los servicios públicos por medio del rol activo de los usuarios en este proceso.

Anunciar a todos los interesados potenciales, iniciativas concretas, solicitando opiniones sobre la cuestión, facilitan los controles de tipo “alarma de incendio”. Permitiendo un mayor control sobre las agencias, que mediante estos mecanismos reducen en cierto grado su autonomía o al menos reducen el secreto de sus actuaciones.

Vemos que mediante estos mecanismo, se puede afirmar que aunque no exista un control directo por parte de un organismo, existe un subcontrol.

5.1.1) Las Comisiones Parlamentarias

El poder de las comisiones se encuentra en su habilidad para investigar, reportar y recomendar ante el parlamento.

En Inglaterra por ejemplo, estas comisiones tienen el poder para solicitar entrevistas, documentos y grabaciones. No pueden cambiar las políticas regulatorias, ni influir directamente sobre el regulador o sobre los ministros para que tomen cierto curso de acción.

Estos comités funcionan básicamente con el uso de la publicidad y las recomendaciones, pudiendo publicar los textos de sus investigaciones y sus recomendaciones finales.

La única sanción que pueden imponer es la publicidad de sus conclusiones, que si bien no fuerzan a cambiar la situación criticada, juegan un importante rol, enfrentando a los reguladores con la opinión pública.

Los comités no tienen poder directo sobre el regulador para alterar sus decisiones, pero pueden lograr presionar y publicitar para encausar las decisiones del regulador.

Este poder de influir está lejos de ser “Regulador de los Reguladores”. Empero establece un nivel de control e influencia, ya que los reguladores siempre van a considerar al tomar una decisión, que podría decir el comité.

5.1.2) El Ombudsman Parlamentario

Figura por demás ajena a nuestro sistema²⁶, lleva el nombre en Inglaterra de “Parliamentary Commissioner for Administration”, y es otro individuo que puede limitar externamente a los reguladores. Su rol es investigar posibles injusticias de las reparticiones gubernamentales.

El Ombudsman solo puede investigar denuncias que le han sido derivadas a él por un miembro del Parlamento. Su actuar se focaliza en denuncias de mala administración que causen injusticias. Luego de investigar, puede redactar un reporte en el que realiza recomendaciones. Este reporte es elevado al Parlamento.

El ombudsman no tiene poder para que sus recomendaciones sean ejecutadas, pero generalmente muchas de sus objeciones han sido recogidas.

Siendo los Reguladores oficinas públicas, pasibles de ser investigadas por el Ombudsman, puede revisar el trabajo de los reguladores. Lamentablemente, así como las Comisiones Parlamentarias, su poder reside

²⁶ Decimos ajena en cuanto a la idiosincrasia y el saber popular, empero no desconocemos que existen consagraciones en derecho positivo como el “Defensor del Vecino”.

primariamente en la influencia pública que pueda generar para lograr un cambio. No siendo posible forzar directamente al regulador a ejecutar una recomendación realizada.

Es por todo esto que el Ombudsman no puede directamente “Regular al Regulador”, únicamente puede operar como un contralor secundario, que mediante sus recomendaciones podrá o no, modificar las decisiones del regulador. Al igual que las Comisiones Parlamentarias, su poder se encuentra en generar sobre el regulador pensamientos como Que diría el Ombudsman? y por tanto la opinión pública.

5.1.3) El control judicial

Cualquiera de las funciones que despliegue un ente, sean de naturaleza administrativa, reglamentaria o jurisdiccional si, de su ejercicio, se suscita un caso o controversia, Es claro que la necesidad de la evaluación judicial aparece como imperativo constitucional. Configurando los entes un organismo integrante de la Administración y, por ende, del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de su independencia, autonomía o, con mayor rigor, autarquía, en el supuesto de una controversia y de una decisión del ente que la resuelva, el intrínseco carácter jurisdiccional de esta decisión, vulneraría el principio de división de poderes inherente a nuestro sistema republicano si no existiera el derecho de someter aquella decisión a conocimiento y decisión del Poder Judicial.

La problemática inherente al control judicial de la actividad de los entes. Es preciso observar que el acto de un ente regulador asume la forma de un acto jurídico, pero su sustancia es técnica.²⁷

Se trata, entonces, de compatibilizar el control judicial, el cual supone interpretación y aplicación, pero no creación, de la ley, con el ejercicio de un saber técnico especializado contenido en el acto a controlar, saber técnico que supone una cierta discrecionalidad o novedad, en relación a la ley.

El control judicial aparece como un método de “Regular al Regulador” pero debe considerarse que el impacto de la revisión judicial sobre el regulador, ocurrirá después que la decisión ya fue tomada. Todos los reguladores están consientes de la posibilidad de la revisión judicial, pero es un riesgo lejano.

5.1.4) Ministro

El poder del Ministro de “override” las decisiones que ya ha tomado el Regulador, muestra una habilidad para “Regular a los Reguladores”

5.1.5) Control ciudadano

En un panorama con debilitados mecanismos tradicionales de control y de responsabilidad del sistema político, se exige –en concordancia con la plena vigencia de un Estado democrático de derecho- un reforzamiento de los instrumentos de control ciudadano.

Para ello es fundamental, crear mecanismos que permitan el acceso de los ciudadanos a la información administrativa necesaria para revisar y controlar las decisiones administrativas, facilitando así el control ciudadano de estos órganos reguladores de actividades económicas relevantes.

Como ya lo señalamos, estas amplias potestades que tienen estos órganos reguladores, unido a la autonomía organizacional y funcional de que están dotados en muchos de los casos, impide un control administrativo directo de las autoridades políticas en su gestión ordinaria, lo que hace más necesario un acceso directo de

27 Gaspar Ariño Ortiz, según la cita de Esteban J. Rosa Alves, nos dice: “...Las decisiones del ente regulador no revisten las características de los actos administrativos clásicos, caracterizados por lo que se llama su tipicidad, esto es, la vinculación estricta del contenido del acto con lo previsto por la norma en la que ese supuesto de hecho se contempla (plena subsunción del acto en la norma). Ya hemos dicho también que, frente a ello, en la regulación económica, aunque se aplique el principio de norma previa, existe un margen de discrecionalidad económica y técnica. . El ente regulador tiene que ponderar, en muchos casos, los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos. La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma estricta, aunque, ciertamente, una de las tareas fundamentales del ente regulador ha de consistir en la redacción y aprobación de normas reglamentarias a través de las cuales se vayan desarrollando y concretando cada vez más los principios contenidos en las leyes. Pero, en todo caso, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente, por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser particularmente transparente y argumentada. Sólo así, es pensable su revisión judicial” (pág. 36).

los ciudadanos a las decisiones administrativas que adoptan, así como a la documentación que le sirve o soporte o justificación de las mismas.

En este sentido, el efectivo control de estos órganos de la Administración del Estado por parte de los ciudadanos, requiere necesariamente contar con la información necesaria para su desarrollo, permitiendo contrastar la decisión misma, con los antecedentes técnicos que tuvo en consideración la Administración para adoptar ésta.

Así, el acceso de los ciudadanos a la documentación administrativa se transforma en una vía de participación directa de los ciudadanos en el control de la gestión administrativa, que se hace más necesario aún en el caso de estos órganos dotados de autonomía para la gestión de relevantes intereses públicos, ya que carecen de mecanismos de responsabilidad política directa de sus autoridades superiores.

De este modo, habilitar a los ciudadanos de prerrogativas para acceder sin restricciones a la información administrativa que respalda la actuación de los órganos reguladores, constituye una expresión consistente con el Estado democrático.

En este contexto, creemos que los ciudadanos poseen un derecho general de acceso a la documentación administrativa en virtud del cual pueden conocer ampliamente los documentos administrativos emanados de los órganos administrativos reguladores, así como a los que le sirvieron de sustento o complemento directo.

BIBLIOGRAFÍA

- La Misión, la Visión y los objetivos de la U.R.S.E.C fueron extraídos del Sitio Web Oficial www.ursec.gub.uy.
- La Misión, la Visión y los objetivos de la U.R.S.E.A fueron extraídos del Sitio Web Oficial www.ursea.gub.uy.
- Fueron consultados los sitios Web oficiales de la A.I.N, www.ain.gub.uy y del T.C.R., www.tcr.gub.uy.
- “Manual de Procedimientos de Auditoría Interna” aprobado por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 24 de enero de 2007.
- “Normas Generales de Control Interno” aprobado por Resolución de la Auditora Interna de la Nación de fecha 25 de enero de 2007.
- Expediente N° 0460/2006 “Actuación de la Auditoría Interna de la Nación (A.I.N) en la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (U.R.S.E.A.)”.
- El presente Informe de Actuaciones de la A.I.N. en la U.R.S.E.A formó parte del Diario Oficial N° 27.052 de fecha 9 de agosto de 2006.
- Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2233/08, relacionadas con las misiones efectuadas por funcionarios de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).
- Carpeta N° 216510; Ent.7381/07; Oficio N° 2234/08, se analizó la documentación relacionada con las misiones realizadas por funcionarios de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC).
- Barbará, Jorge Edmundo: “Criterios Constitucionales para el Control Social en la Regulación”, en Anuario VI (2001-2002), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.-
- Barbará, Jorge Edmundo: “República Argentina: Ruptura de Contratos Sociales y la cuestión de Entes Reguladores independientes”, VII Congreso Internacional CLAD, Lisboa, 2002.-
- Bergara, M. 2004. Las Reglas de Juego en Uruguay. El entorno institucional y los problemas económicos. Montevideo, Uruguay: Ediciones Trilce.
- CENTRE FOR THE STUDY OF REGULATED INDUSTRIES (2001). Regulatory Review 2000/2001. Millennium Edition. Bath: The University of Bath. / Accountability and regulation. Reporting Performance. Bath: The University of Bath
- Elster, Jon (2000) Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints. Cambridge University Press.
- GOLDSTEIN, Andrea (2001). Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios. Revista do BNDES N.16, dezembro de 2001.
- Gomes, Joaquim B. Barbosa (2001), Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia, Brasília, Associação Nacional dos Procuradores da República, <http://www.anpr.org.br/bibliote/artigos>.

GOMES, Marcelo Barros (2005) control externo de las agencias reguladoras en Brasil a través de una perspectiva comparada. - pp. 189-222 // EN: Revista del CLAD Reforma y Democracia. - Caracas. - No. 31, (Feb. 2005).

Gordillo, Agustín (2003), Los entes reguladores, <http://www.gordillo.com/Pdf/1-7/1-7%C2%AAXV.pdf>

House of Commons (2000), Utilities Bill, London, House of Commons <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmbills/049/2000049.htm>.

International Organization of Supreme Audit Institutions (2002), Privatization Group Papers, Vienna, INTOSAI, <http://www.nao.org.uk/intosai/wgap/digest.htm>.

Mc Cubbins, M. y Page, T. (1987): "A Theory of Congressional Delegation", en M. Mc Cubbins y T. Sullivan (eds.): Structure and Policy, Cambridge University Press, Cambridge.

McCubbins, Mathew and Thomas Schwartz (1984). "Police Patrols vs. Fire Alarms". 28 American Journal of Political Science, pp.165-79.

MELO, Marcus André (2000) "Política Regulatória: uma revisão da literatura". Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, n° 50, pp. 7-44.

MELO, Marcus André (2001), "A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação", Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol.16 n° 46, junho, São Paulo.

MELO, Marcus André. (2002) "As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança". In Abrucio e Loureiro, orgs...

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. (2002) As agências reguladoras no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, 227:47-68, jan./mar.2002

Moe, T. (1998): "La teoría positivista de la burocracia pública", en S. Saiegh y M. Tommasi (comps.): La Nueva Economía Política: Racionalidad e Instituciones, Eudeba, Buenos Aires.

Monti Laura: "Facultades Reglamentarias de los Entes de Control" en "La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas", Compilación efectuada por Argia, Información Jurídica Estratégica, La Ley, Buenos Aires, 2001.-

Oszlak, Oscar y Felder, Ruth (2000), La capacidad de regulación estatal en la Argentina: ¿quis custodiet custodes?, Buenos Aires, Tecnología para la Organización Pública, <http://www.top.org.ar/publicac.htm>

Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). Grupo de Trabajo sobre Auditoría de Privatizaciones. Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de la regulación económica, <http://www.nao.gov.uk/intosai/wgap/ecregguidelinesp.htm>

Pacheco, Regina Silvia (2005) "El control de las agencias reguladoras en Brasil: ¿Ulises y las sirenas o Narciso?". In: Oszlack, Oscar e Nuria Cunill (orgs.), La responsabilización en el Estado: aspectos teóricos y epistemológicos. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), 292p.; pp.215-38.

Peters, Guy. 2003. "Modelos de reforma de Estado y reformas después de las reformas:" 17 – 30. La reconstrucción del Estado. Enfoques políticos sobre la "Nueva Gestión Pública," Conrado Ramos (ed.) Montevideo, Uruguay: Ediciones de la Banda Oriental.

Ramos, Conrado. 2003. "La trayectoria del Estado uruguayo. Algunas virtudes, viejos vicios, nuevos ropajes y muchas incertidumbres:" 89 – 157. La reconstrucción del Estado. Enfoques políticos sobre la "Nueva Gestión Pública." Conrado Ramos (ed.) Montevideo, Uruguay: Ediciones de la Banda Oriental.

Stern, Jon (1997), "Effective Utility Regulation and Independent Regulation: What Makes an Independent Regulation: What Makes an Independent Regulator Independent", en Business Strategy Review, Vol. 8 N° 2, London.

Thatcher, M. (1998): Institutions, Regulation, and Change: New Regulatory Agencies in the British privatised Utilities. West European Politics Vol. 21 (No.1):120-147.

Thatcher, M. / Sweet, A. (2002): "Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions", EST European Politics, 25, 1, 1-22.

Thatcher, Mark y Alec Stone Sweet (2002), "Theory and Practice of Delegation to non-Majoritarian Institutions", West European Politics, vol. 25, núm. 1, pp. 1-22.

REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL DECRETO 420/007 Y FORMAS MODERNAS DE PRESTACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.¹

GRUPO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO-DRA. SILVANA NESSAR DE LENOBLE (COORDINADORA), DRA. PATRICIA DI BELLO, DRA. ADRIANA ESPAÑA, DR. GUSTAVO FISCHER, DRA. NATALIA HUGHES, DRA. JOSEFINA LORENZO, DR. PABLO SCHIAVI Y DR. JUAN RAÚL WILLIMAN.

1. INTRODUCCIÓN

En esta oportunidad el Grupo de Investigación y Estudio en Derecho Administrativo, comenzó centrándose en el análisis del reciente decreto 420/007, de 7 de noviembre de 2007 que modifica algunos aspectos del decreto 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

El interés que el tema ha despertado en el grupo se corresponde con su propia razón de ser en la medida en que nuestra atención se focaliza en el individuo-persona humana- y fundamentalmente en su relacionamiento con el Estado en su carácter de instrumento al servicio de su pleno desarrollo². Es que el procedimiento administrativo, entendido como el conjunto de formalidades y trámites que debe seguir la Administración para el dictado de los actos administrativos, es un centro de interés para toda la comunidad, incluidos los "administrados"³, los operadores del derecho y aquellos que controlan su aplicación.⁴

El objeto inicial de este trabajo, fluyó naturalmente al estudio del nuevo decreto **desde** su propósito explícito, manifestado con claridad en su parte expositiva y consistente en "abreviar...simplificar...actualizar...optimizar la gestión del Estado..", motivando su consideración y análisis a la luz de nuevas tendencias del Derecho Comparado así como de las ya existentes y consagradas a texto expreso en nuestro ordenamiento, para determinar en definitiva el grado de concreción de los mencionado propósitos.

Naturalmente que no está en nuestro ánimo el valorar la iniciativa del promotor de esta nueva norma, sino su objetivo análisis, siempre teniendo como centro de atención al ser humano, al individuo, en la búsqueda de optimizar los esfuerzos intelectuales para lograr el tan deseado equilibrio entre la libertad y la autoridad⁵; la búsqueda del desarrollo del ser humano, de la familia, de un Estado promotor, activo e interactivo.

2. LOS OBJETIVOS DEL DECRETO 420/007

Resultando del Dec. 420/007, refiriéndose al Dec. 500/91 expresa que "*...es menester proceder a su actualización en virtud de la evolución natural del Derecho Positivo y las transformaciones ocurridas en el campo de la tecnología.*"

El Derecho Administrativo se caracteriza por su constante movilidad. Es un derecho en permanente transformación, como consecuencia de los continuos cambios que experimenta la Administración en su organización y funcionamiento, y en procura de responder a los requerimientos sociales de cada momento

En éste caso, los hechos tenidos en cuenta para lograr un *aggiornamento* del Dec. 500/91 son dos: evolución natural del Derecho y evolución de la tecnología (según el propio decreto). Parecería acertada la elección del legislador en cuanto a distinguir esos dos hechos como relevantes para fundamentar una modificación del procedimiento administrativo. Ello porque el momento histórico está marcado por una tendencia de toda la sociedad y del Estado hacia la informatización.

1 Trabajo expuesto por las Dras. Patricia Di Bello y Natalia Hughes en la reunión del Anuario de Derecho Administrativo de fecha 8 de diciembre del 2008

2 (Brito, Mariano, Derecho Administrativo, su permanencia, contemporaneidad, prospectiva, Mdeo., año 2004, "Instrumentos de la intervención del Estado en el dominio económico", pág. 287 y sig.)

3 (Martins, Daniel Hugo, A.D.A. Tomo V, año 1996, "No llamemos más administrados a las personas que habitan en nuestro territorio", pág. 61 y sig.)

4 (Delpiazzo, Carlos, Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano Brito, F.C.U., año 2008, "Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva", pág. 967 y sig.)

5 (Conf. Brito, Mariano, op. cit., "Fuentes del Derecho Administrativo", pág. 25 y sig.)

3. DERECHO PÚBLICO Y AVANCES TECNOLÓGICOS

El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) los avances de la Internet, la telefonía celular y los programas de ordenador, han alcanzado a múltiples sectores y actividades de la vida cotidiana, tanto a nivel público como privado, cuyas manifestaciones son ostensibles.

La Administración no ha sido ajena, a este fenómeno de modernización, utilizando crecientemente las herramientas informáticas en su mejora de gestión, tanto en su equipamiento, como en el acceso de los ciudadanos a los servicios que brindan diferentes órganos estatales y personas públicas. A tal punto que se habla de la Sociedad de la Información.

Dentro de los diferentes estadios o avances de la Sociedad de la Información, resaltamos la informatización del Estado, incluyendo el expediente electrónico y la comunicación en red de las distintas dependencias estatales. Un paso más adelante, la posibilidad del ciudadano de interconectarse y acceder a los servicios del Estado o realizar gestiones remotas, lo cual redundará en una mayor difusión y transparencia de la información pública.

El teletrabajo del funcionario público, se desarrolla en una etapa más avanzada, en la cual el Estado ya ha adoptado la informatización e interconexión de datos y gestiones.

4. EL FENÓMENO DEL TELETRABAJO EN EL ÁMBITO PÚBLICO

El teletrabajo, consecuencia de la Sociedad de la Información, es un fenómeno común al sector privado y al público. En esta oportunidad, nos vamos a limitar al teletrabajo del funcionario público.

Sin pretender agotar los muy diversos aspectos involucrados en el teletrabajo, y solo a modo de muy apretada síntesis de los sistemas adoptados en diversos países, cabe mencionar que por “teletrabajo” se entiende lo referido al trabajo realizado fuera del ambiente habitual o tradicional del funcionario. No constituye teletrabajo aquel que los empleados puedan llevar a su casa luego de su jornada, o el que realicen – por virtud de la naturaleza de su labor - fuera de la sede administrativa en que están basados. Desde el punto de vista operativo, el teletrabajo implica una serie de aspectos logísticos, incluyendo el equipo necesario para desenvolver su trabajo, los medios de conectividad y los aspectos de seguridad involucrados.

Los países que han adoptado esta modalidad de trabajo para sus funcionarios públicos, mencionan entre las razones para fomentar esta forma de prestación la búsqueda de equilibrio entre la actividad laboral y personal de los funcionarios, promover que la tecnología constituya un aporte efectivo al bienestar de los individuos que desempeñan la función pública mejorando su calidad de vida y su compromiso con la administración.

Se valoran asimismo razones ambientales, como disminución de las emisiones, reducción del congestionamiento en el tráfico y del impacto de la infraestructura en áreas urbanas y de los costos que ello implica, se persigue también mejorar y asegurar las condiciones de trabajo a personas con capacidades diferentes.

En España, previo a la regulación legal del teletrabajo, se realizaron diversas experiencias piloto, de las cuales vale la pena resaltar los siguientes puntos que resultan ilustrativos. Esta experiencia se realizó a través del “Plan Concilia” cuya finalidad, es justamente, la conciliación de la vida personal de los funcionarios con su trabajo. Los resultados de la misma fueron positivos tanto para los trabajadores participantes, como para los responsables de las áreas donde se llevó a cabo el programa. El informe de evaluación indicó además que la productividad se mantuvo o aumentó en todos los puestos que se acogieron a la experiencia. Los teletrabajadores expresaron un alto grado de satisfacción con el programa, la mayoría pudo atender mejor y más relajadamente sus responsabilidades familiares, y otros manifestaron mejoras sustanciales en el manejo de su tiempo personal de ocio y formación. Todo lo cual determinó una importante disminución en el nivel de estrés de los teletrabajadores. Por su parte los responsables de las áreas incluidas en el estudio, consideraron que en algunas tareas se produjo un incremento notable de la productividad, como en la elaboración de informes. La conclusión fue que en ningún caso se produjeron reducciones considerables.

Entre las recomendaciones de los expertos se destacó que el teletrabajo puede ser una excelente herramienta para ayudar en la conciliación de la vida familiar y laboral, especialmente en determinados perfiles de trabajador: personas con familiares dependientes (niños o adultos mayores); personas con problemas de movilidad, personas con residencias alejadas y personas interesadas en general.

Se ha valorado como muy importante que los teletrabajadores no perdiesen por completo el contacto físico con su puesto y sus compañeros habituales de trabajo. En el plan piloto – así como en la posterior legislación

que lo implementó - se atendió especialmente a que la conciliación fuera acompañada de un mantenimiento o mejora de la calidad del servicio ofrecido a los ciudadanos. La evaluación del trabajo por objetivos como criterio básico de productividad resulta un instrumento fundamental en este sentido.

5. TELETRABAJO EN EL GOBIERNO FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

La génesis del teletrabajo en este país data de hace 10 años aproximadamente, pero su base legislativa fundamental la constituye la Ley Pública 106-346, 23/10/2000; su artículo 359 contempla que *“cada agencia ejecutiva establecerá una política bajo la cual empleados elegibles de la agencia podrán participar en teletrabajo en la mayor medida posible sin disminuir el desempeño funcional. Dentro de los seis meses de la promulgación de esta ley el director de la Oficina de Administración de Personal (OPM) dispondrá que los requisitos de este artículo sean aplicados al 25% del personal federal, y a un 25% adicional de dicho personal cada año subsiguiente”*

La OPM define el teletrabajo como: *“la organización del trabajo de forma tal que el funcionario regularmente desarrolle deberes funcionales de carácter oficial que le hayan sido asignados en su hogar o en otro lugar de trabajo que sea geográficamente conveniente para la residencia del funcionario”* El desarrollo de esta modalidad ha sido acompañado de diversas directivas y lineamientos a nivel individual de las Agencias Administrativas del Gobierno Federal y por parte de la OPM habiendo elaborado una guía o manual para el teletrabajo en el gobierno federal, que brinda información detallada de la actualidad del sistema y su perspectiva. Cada agencia gubernamental tiene discrecionalidad para determinar qué categoría de funcionarios son elegibles para el teletrabajo. Importa destacar que el teletrabajo es optativo para el funcionario y no compulsivo.

El sistema del teletrabajo se ha expandido rápidamente en las diversas agencias del Gobierno Federal; y especialmente en aquellas en que por la naturaleza de los servicios brindados se prestan de mejor manera para esta modalidad. Así por ejemplo, la oficina estadounidense de Marcas y Patentes (USPTO) implementó desde hace varios años el régimen de teletrabajo para los Examinadores de Patentes.

La Oficina tiene a su cargo el examen de expedientes de solicitudes de protección de invenciones, que se cuentan por decenas de miles anualmente. El trabajo de los examinadores de patente- que analizan desde el punto de vista técnico el mérito y novedad de la invención- se presta particularmente para el teletrabajo.

En su lanzamiento en el año 2001 la USPTO señalaba entre las ventajas del programa, la mejora en la calidad de vida de los funcionarios, permitiéndoles mayor tiempo en su hogar y reduciendo el tiempo y costo de traslados a la Agencia, redundando también en mayor productividad y reducción de costos para la Agencia.

Anualmente la OPM realiza un seguimiento y evaluación del sistema de teletrabajo en el Gobierno Federal, que plasma en un informe al Congreso de los Estados Unidos. El informe presentado en el año 2007, referido al estado del teletrabajo en el año precedente, destacaba el crecimiento sostenido de esta modalidad a nivel de las agencias federales. En el 2006, 110.592 funcionarios del Gobierno Federal trabajaban bajo el régimen del teletrabajo, constituyendo un 6.12 % del total de funcionarios federales (1.805.741). Asimismo, 49 de las 80 agencias gubernamentales encuestadas habían aumentado el número de funcionarios brindando funciones en este sistema.

6. EL TELETRABAJO EN ESPAÑA

Luego de las experiencias piloto antes mencionadas, España reguló el teletrabajo en la Administración Gral. del Estado y sus Organismos Públicos en el Real Decreto de 4 de mayo de 2007. El mismo continúa en la línea de lograr una mejor y más moderna organización del trabajo, contribuyendo a potenciar el servicio público en general y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del funcionario.

El régimen del teletrabajo aprobado en España se implementa para parte de la jornada laboral, de manera que el funcionario alterna su presencia en el centro de trabajo habitual y su hogar. A dichos efectos los departamentos ministeriales aprueban anualmente programas conteniendo distintas modalidades de distribución de la jornada.

Con carácter general el 50% de la jornada semanal de trabajo deberá desarrollarse en la oficina. El Dec. dispone que los programas mencionados serán aprobados previa negociación con las organizaciones sindicales en el ámbito de representación de que se trate, debiendo contener por lo menos los siguientes puntos: objetivos y duración del programa, número y tipo de puestos de trabajo susceptibles de ser desempeñados

en régimen de teletrabajo, criterios de valoración de las solicitudes, órganos y criterios de seguimiento del teletrabajo.

La condición de teletrabajador se adquiere voluntariamente mediante resolución de la subsecretaría del Ministerio. Para ello es necesario reunir los siguientes requisitos: encontrarse en situación de servicio activo, tener conocimientos de informática para usuarios; tener al menos dos años de antigüedad, estar ocupando un puesto de trabajo incluido en el correspondiente programa de teletrabajo y haber realizado con carácter previo el curso de formación de teletrabajador.

El Dec. prevé también la dación a cada teletrabajador de la conectividad y equipos informáticos necesarios para el desarrollo de su función.

Contiene asimismo normas relativas al seguimiento y evaluación de las tareas desarrolladas en régimen de teletrabajo.

El Ministerio de Administraciones Públicas expresó a propósito de este Decreto que el Estado, con su papel crucial en la creación de derechos, debe ejercer una función ejemplificadora para la sociedad en la implantación del teletrabajo, contribuyendo a mejorar el clima laboral, el rendimiento de los trabajadores públicos y por ende la calidad del servicio que prestan a la ciudadanía.

7. EI TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN URUGUAY

Si bien en nuestro país no encontramos el “teletrabajo” como modalidad de trabajo expresamente prevista en la Administración Pública, es dable apreciar que hay una tendencia a la modernización del Estado a través de la utilización de Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs).

El avance tecnológico, la reducción de costos de la tecnología y la implementación de políticas gubernamentales de apoyo, son elementos que determinan el desarrollo hacia esta modalidad laboral.

La introducción de las TICs en la sociedad uruguaya tiende a permitir construir una nueva economía, pero también un Estado moderno, transparente y eficiente, una mayor participación de los ciudadanos en todos los ámbitos de la administración pública, un mejor manejo de la información, mayores posibilidades para la generación, difusión y utilización de nuevos conocimientos.

Se ha expresado que a partir de las TICs, el gobierno se propone asegurar una “*Administración al Servicio Público y no simplemente una Administración del Servicio Público*”.

En este marco es que se crearon:

- a) El Comité Nacional para la Sociedad de la Información
- b) El Portal del Gobierno Uruguayo
- c) Grupo Unión Portal
- d) Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y la Comunicación (AGESIC) regulada por el Art. 72 de la Ley 17.930,⁶ sustituido por el Art. 54 de la Ley 18.046⁷ y modificado por el art. 118 de la ley 18.172.⁸

La AGESIC ha publicado los objetivos y metas para el período 2008 – 2010, aprobadas por el Decreto 373/008, entre las que se destacan la implantación de una red inter administrativa del Estado Uruguayo (RED –UY) en todos los organismos de la Administración Central a fines del 2009; extender el uso de la firma digital a todo el ámbito público; generalización del expediente electrónico para toda la Administración Pública y aumentar en un 50% la cantidad de servicios que se brindan a través del Portal de Trámites del Estado al 2010.

Resulta evidente la implementación de políticas gubernamentales de apoyo a efectos de lograr la modernización del Estado, lo que probablemente determine en un futuro las condiciones para incorporar en nuestra Administración Pública el teletrabajo del funcionario público.

A título de ejemplo se ha realizado un llamado público de selección de función de Alta Especialización donde en las bases del mismo se establecen como principales productos esperados:

- a) Asesoramiento en modernización de las organizaciones y de los métodos de trabajo adaptándolos a las nuevas tecnologías de información y gestión y a la gestión pública por resultados, contribuyendo a mejorar la capacidad de respuesta a los ciudadanos y usuarios.

6 Publicada en el D.O. 23 dic/005 N° 26.902

7 Publicada en el D.O. 31 oct/006 N° 27.109

8 Publicada en el D.O. 7 set/007 N° 27.317

- b) Contribuir y coordinar los esfuerzos para adaptar la organización y los métodos de trabajo en función de las nuevas posibilidades tecnológicas, tales como el teletrabajo, y asesoramiento sobre las modalidades en la adquisición de conocimientos.

Este llamado público por tanto confirma lo expresado en cuanto a que nuestro País está generando la infraestructura necesaria y dotándose de los recursos humanos que en definitiva, probablemente, culminen en la adopción por la Administración Pública del “teletrabajo” como una nueva modalidad de trabajo del funcionario público acorde a la tendencia mundial en el tema.

8. CONCLUSIÓN – JUSTIFICACIÓN DEL TÍTULO

Luego de esta breve sinopsis de algunas experiencias de estas modernas formas de prestación de la función pública a nivel nacional e internacional, volvemos a la realidad de la última modificación a nuestro procedimiento administrativo, el Dec. 420/007.

La norma expresamente señala en su Resultando que encuentra su fundamento de hecho en los avances tecnológicos. Sin embargo, entendemos que el texto y desarrollo del Decreto no alcanza a responder a los requerimientos invocados. Así, quedó por fuera de esta regulación, tanto la realidad de los avances tecnológicos, como la previsión que el Estado ha hecho para el futuro inmediato respecto al tema.

Dentro de este proceso de modernización, el teletrabajo en la función pública, aparece como una etapa avanzada dentro del camino hacia la informatización del Estado, por lo cual no resultaba esperable su inclusión en esta instancia dentro de una modificación al procedimiento administrativo; pero sí podía abrigarse la esperanza de ver los avances anunciados en el RESULTANDO.

De todas formas, no es la primera vez que el Derecho Administrativo se enfrenta a la urgencia y desafío de su adaptación a los avances tecnológicos. Así ocurrió con las notificaciones, la prueba electrónica, la firma digital, entre otras actualizaciones.

Sin embargo, el contexto actual tiene -por lo menos- dos variantes respecto de las realidades fácticas que fueron impulsando las anteriores reformas al procedimiento administrativo (y al derecho administrativo en general) constituidas por los avances tecnológicos y la vertiginosidad con que se producen los mismos. Es de esperar que el ordenamiento jurídico nacional recoja con celeridad esta nueva realidad en futuras adecuaciones del Procedimiento Administrativo.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y EMPRESAS PÚBLICAS

DRA. XIMENA PINTO NERÓN

DR. PABLO ZAK GODOY

I) INTRODUCCIÓN.

NOCIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS.-

La empresa es definida como la organización de capital y trabajo “destinado a la producción o mediación de bienes o de servicios por el mercado.”¹

La noción de empresa no proviene del ámbito jurídico, siendo un término que se origina en la esfera del estudio económico. Traspasado al ámbito jurídico, la noción ha sido estudiada inicialmente por el Derecho Civil y específicamente por una de sus ramas, el Derecho Comercial.

En virtud de la intervención del Estado en la economía y en aspectos de la actividad privada, aparece el concepto de empresa estatal, esto es, la actividad empresaria del Estado.

Dicha actividad se ha desarrollado mediante instrumentos de diversa naturaleza, adoptando distintas formas jurídicas las cuales han sido descritas por la doctrina: empresas adscriptas al Estado (Persona Pública Mayor) y a los Gobiernos Departamentales, Entes y Servicios Descentralizados industriales y comerciales, Empresas nacionalizadas, Sociedades de Economía Mixta de Derecho Público, Sociedades de Economía Mixta de Derecho Privado.

En las manifestaciones reseñadas se presenta una actividad empresaria del Estado, ya sea en régimen de Derecho Público como de Derecho Privado.

Por su parte, también existen figuras no pertenecientes al Estado pero que se rigen por un régimen predominante de Derecho Público: las Personas Públicas No Estatales.

Respecto de la noción de empresa pública, la doctrina ha realizado un estudio mayormente descriptivo, derivado de la dificultad de aprehender un concepto único.

Sin perjuicio de ello, se han propuesto definiciones generales que permitirían encuadrar algunas de las figuras reseñadas en la noción de empresa pública. En efecto, tal como ha indicado **Silva Cencio**, “*en sentido amplio, la expresión comprendería a todo establecimiento, ente o empresa que se encuentra en el sector público de la economía, cualquiera sea el régimen jurídico – propio del Derecho Público o del Derecho Privado- a que se halle sometido*”.²

En sentido restringido, se referiría sólo a la entidad que el Derecho positivo ha calificado como empresa pública.

Al respecto, y aceptando un concepto amplio, el Dr. Silva Cencio ha discriminado seis tipos de empresas públicas: Entes autónomos con capital estatal exclusivo; Servicios Descentralizados con capital estatal exclusivo, Entes autónomos con capital mixto; Servicios descentralizados con capital mixto; Personas públicas no estatales; Empresas privadas con participación estatal.³

El citado criterio no distingue – a efectos de individualizar a la figura – el régimen jurídico que rige a la actividad. En consecuencia, podría ser considerada empresa pública, una sociedad de economía mixta regida por el derecho privado.

Siguiendo el concepto amplio recogido y en virtud de que constituye actividad empresaria del Estado, también pueden ser consideradas como empresas públicas, las empresas adscriptas al Estado, las empresas adscriptas a los Gobiernos Departamentales, y las empresas nacionalizadas.

Otro criterio de clasificación plantearía la división entre entidades públicas y privadas según el régimen jurídico aplicable y entidades estatales y no estatales de acuerdo a su pertenencia al Estado como organización

1 **Delpiazzo, Carlos**, “Actividad empresaria del Estado” en Revista Uruguay de Derecho Constitucional y Político N° 39, Octubre-Noviembre de 1990, Pág. 215.

2 **Silva Cencio, Jorge A.**, “Las empresas públicas en Uruguay”, en “Estudios de Derecho Administrativo T.I.”, Dirección General de Extensión Universitaria, Pág. 448.

3 **Silva Cencio, Jorge A.**, “Las empresas públicas en Uruguay”, en “Estudios de Derecho Administrativo T.I.”, Dirección General de Extensión Universitaria, Pág. 455

jurídica de la colectividad.⁴ De esta forma se encontrarían las siguientes categorías: empresas públicas estatales, empresas públicas no estatales, empresas privadas estatales y empresas privadas no estatales.

Observamos aquí, que la noción de empresa pública se restringe un tanto respecto de la propuesta inicialmente, ingresando a la figura de referencia, las siguientes organizaciones que se presentan en nuestro orden jurídico: empresas adscriptas al Estado (Persona Pública Mayor) y a los Gobiernos Departamentales, Entes y Servicios descentralizados industriales y comerciales, Sociedades de Economía Mixta de Derecho público, Personas Públicas No Estatales.

La legislación nacional por su parte, no ha tenido un criterio definitorio respecto a qué incluye el concepto. Así, en la mayoría de las ocasiones se ha utilizado la expresión “empresa pública” como sinónimo de Ente Industrial o Comercial.⁵

En otras oport^o 18.093 preceptúa que la “gestión e implementación de los acuerdos de carácter departamental, interdepartamental o regional, que se celebren conforme con lo dispuesto en el artículo precedente, podrá ser realizada por empresas públicas o por personas públicas no estatales”.

Recientemente, en el Art. 226 de la Ley N° 18.172 (Ley de rendición de cuentas), se ha realizado la siguiente clasificación: empresas de derecho público y las sociedades comerciales con 100 % de capital público. Aquí la normativa no refiere a empresas públicas, sino a empresas de derecho público, quedando sin solucionar el problema –dado que no surge de la letra ni del contexto de la ley- consistente en si el concepto de empresas públicas abarca a ambas figuras.

Si bien de la mayoría de la legislación reseñada parecen surgir como sinónimos empresas públicas y, Entes y Servicios descentralizados industriales y comerciales, la ausencia de un criterio definitivo estructurado legalmente no permite concluir – en base a dicha normativa – que la empresa pública refiere sólo a la mencionada actividad estatal.

Encontramos también en doctrina, posiciones que optan por destacar la imposibilidad de arribar a un concepto único. Al respecto, corresponde citar las conclusiones efectuadas por **Levero Bocage** en torno al tema, en tanto señala: “1) La noción de empresa pública no puede considerarse como consagrada efectivamente por nuestro derecho positivo; 2) Dicho concepto es genérico e impreciso, y generalmente asume un carácter descriptivo o enumerativo, por lo cual puede encontrar una relativa utilidad en el campo de las ciencias económicas y políticas, o en los estudios multidisciplinarios o comparativos; 3) Cabe en cambio poner en tela de juicio la validez de la noción cuando se trata de enfoques estrictamente jurídicos, ya que – y en ausencia de definiciones legales – la realidad a que se alude con aquel concepto parece requerir una categorización más compleja y rigurosa”⁶

Corresponde indicar que cada figura jurídica de actividad empresaria tiene un régimen propio, particular, debiéndose tener presente que el fin que informa su actividad es el fin público, lo que implica la consecución del interés público.

Nuestro ordenamiento jurídico si bien no brinda una definición del giro interés público, en determinadas disposiciones refiere a dicho concepto.⁷

Es menester destacar que la doctrina comúnmente parte del análisis de los términos “interés” y “público”. Así, el vocablo **interés** proviene del latín “interesse” que significa “importar”.⁸ El vocablo **público**, por su parte, significa “perteneciente o relativo a todo el pueblo”, por lo que dicho término se contrapone al de “privado”.

Entendemos necesario precisar la noción de interés público brindada por **Escola**, quien sostiene que el mismo es el “resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”¹⁰

4 **Delpiazzo, Carlos**, Ob. Cit. Pág. 234.

5 Arts. 150 a 154 de la Ley N° 17.556, Art. 23 de la Ley N° 17.243.

6 **Levero Bocage, Constancio**, “Algunas consideraciones sobre la noción de empresas públicas”, en “Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real” FCU, 1ª Edición, Octubre de 1996, Pág. 311.

7 En este sentido, la Ley N° 17.060 en su Art. 20 Inciso 2º, y el Decreto N° 30/003 en su Art. 9.

8 **Real Academia Española**. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición, Año 2001, Pág. 1290.

9 **Real Academia Española**. Diccionario de la Lengua Española. Ob. Cit. Pág. 1856.

10 **Escola**, “El interés público como fundamento del Derecho Administrativo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, Año 1989, Pág. 249 – 250.

De acuerdo con lo expuesto en referencia a la necesaria prosecución del interés público por parte del Estado, la normativa ha establecido determinadas obligaciones y privilegios a efectos del desarrollo de su actividad.

En este punto, conviene señalar que los principios que rigen la actuación de las personas públicas son los de **legalidad y especialidad**.

En este sentido, se encuentran en un régimen de sujeción por contraposición a la libertad de que gozan los particulares. Las personas públicas sólo pueden actuar en el ámbito de competencia atribuido por ley, lo que implica que no existe materia implícita.

II) ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.-

La actuación de las empresas públicas implica, como ya se señaló, la intervención del Estado en la economía. Dicha intervención y su intensidad ha variado con el correr del tiempo, siendo de gran importancia las diversas concepciones que se han presentado respecto del papel que deba jugar el Estado, no debiendo soslayarse tampoco, las necesidades de cada país en una época determinada.

De esta forma, se pueden diferenciar estas dos grandes etapas con matices en su interior: Estado liberal (“juez y gendarme”) y Estado social.

Es en el Estado social de derecho donde el fenómeno de las empresas públicas se presenta con mayor intensidad.

Principalmente, el Estado comienza a intervenir en sectores de producción que originariamente se encontraban en manos de particulares. Dicha intervención puede realizarse sustrayendo esa actividad del terreno privado, como en los Servicios Públicos; mediante la instauración de monopolios o simplemente compitiendo en concurrencia con los particulares. A su vez, se presenta la intervención en el ámbito regulatorio.

En lo que refiere a la intervención directa en la producción de bienes y servicios, se pueden destacar la electricidad, seguros, recursos naturales, banca, servicio postal.

Tal como señala el **Dr. Hargain**, “a lo largo del siglo XX, nuestro país se caracterizó por combinar un régimen de gobierno democrático, característico de los países occidentales, con una economía fuertemente ligada a la acción del Estado, quien no sólo desarrolló una intensa actividad regulatoria, sino también se reservó importantes actividades industriales y de servicios para explotarlas en régimen de monopolio”¹¹

III) PRIVILEGIOS DEL ESTADO. ASIMETRÍAS CON LOS PARTICULARES

III.1) Presunción de legitimidad de los Actos Administrativos.

Siguiendo a **Marienhoff**, podemos definir el alcance de la presunción de legitimidad de los Actos Administrativos señalando que consiste en la “suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales”¹²

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sustentado y continúa sustentando en la actualidad, la vigencia de la presunción de referencia, señalando que la consecuencia procesal de adoptar tal postura, radica en que existe la carga procesal del particular de probar la ilegitimidad que se invoca, aportando prueba al respecto, señalando incluso en ciertos casos, que la misma enerva el surgimiento de determinadas presunciones que el derecho positivo establece en contra del interés del Estado (como por ejemplo, la presunción simple establecida en el Art. 6° de la Ley N° 15.869).

En lo personal, sin perjuicio de la respetable opinión de aquellos que siguen esta postura¹³, entendemos que en nuestro país (contrariamente a lo que ocurre en otros lugares, como por ejemplo Argentina y España,

11 **Hargain, Daniel**, “Análisis de la legislación de defensa de la competencia”, publicado en L.J.U. Tomo 124, Pág. D – 107.

12 **Marienhoff, Miguel S.** “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, 3ª Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Año 1966, Pág. 368 y sgtes.

13 En nuestro país, afirma la existencia de la presunción de legitimidad del Acto Administrativo el **Dr. Felipe Rotondo Tornaría**, en “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Del Foro, Montevideo, Año 2000, Pág. 211.

donde el derecho positivo impone la existencia de este principio), no existe norma o principio alguno que nos permitan concluir que nuestro ordenamiento jurídico recoge la presunción de legitimidad de los Actos Administrativos.

En este sentido se ha expedido la doctrina administrativista uruguaya, en posición abrumadoramente mayoritaria, en tanto ha sostenido que la presunción de legitimidad *“carece de fundamento jurídico, viola claros principios generales de nuestro derecho, es innecesaria a los efectos de extraer las consecuencias que de ella se pretende derivar y es perjudicial, puesto que favorece la arbitrariedad administrativa en detrimento de los derechos humanos. En definitiva, la presunción de legalidad es un mito innecesario y pernicioso”*¹⁴

III.2) Ejecutoriedad del Acto Administrativo.

Respecto de este privilegio, es menester destacar lo expresado por el **Dr. Sayagués Laso**, quien ha sostenido que *“en principio, el acto administrativo una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado. Es la regla general. Esta peculiar característica del acto administrativo se denomina ejecutoriedad. No debe confundirse ese carácter con la ejecutoriedad, que es la posibilidad de la Administración de ejecutar el acto por sí misma, incluso en caso de resistencia abierta o pasiva de las personas afectadas, pudiendo acudir en tal caso a diversas medidas de coerción”*¹⁵

III.3) Régimen Procesal Privilegiado.

Entendemos que podemos referir a que el Estado encuentra privilegios respecto del régimen procesal que rige a su respecto.

Algunos ejemplos de dicha cuestión, son los siguientes:

III.3.1.- Presunción de legitimidad de Acto Administrativo.

El Estado en el Proceso Contencioso Administrativo de Anulación se encuentra en una posición diversa a su favor ante aquél que impetra la anulación del acto administrativo de referencia. En efecto, la presunción de legitimidad del acto administrativo que se analizara ut supra (la que es recogida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sus fallos, siguiendo la postura del Profesor Argentino Miguel Marienhoff), opera ese sentido.

III.3.2.- Particularidad en materia de Recurso de Casación.

El régimen que regula el recurso de casación, ha sufrido un importante cambio en virtud de lo dispuesto por el **Art. 342 de la Ley N° 18.172**, publicada en el Diario Oficial el 7/9/07.

Dicha norma dispuso sustituir el Art. 268 de la Ley N° 15.982, otorgándole nueva redacción: *“El recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, de Trabajo y de Familia, así como los Juzgados Letrados de Primera Instancia, sean definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas.*

No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia, **excepto cuando se trate de juicios seguidos contra el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general**. En estos casos, aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordias la sentencia de primera instancia, el recurso será admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el importe equivalente a 6.000 UR (seis mil unidades reajustables)”.

La norma de referencia, que comenzó a regir a partir del día siguiente a la publicación de la Ley N° 18.172 por expresa disposición en tal sentido, modificó la anterior en tanto **consagró una excepción a la excepción** referente a la improcedencia del recurso de casación ante la confirmatoria en segunda instancia en todo y sin discordia. En consecuencia, el nuevo régimen establece que aún cuando en segunda instancia se confirmare en todo y sin discordia la sentencia de primera instancia, el Recurso de Casación procederá

¹⁴ **Durán Martínez, Augusto.** “La presunción e legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, publicado en “Estudios de Derecho Público” Vol. II, Mdeo, Año 2008, Pág. 227.

¹⁵ **Sayagués Laso, Enrique.** “Tratado de Derecho Administrativo”, Montevideo, Año 1953 Tomo I, Pág. 490.

igualmente si se trata de un proceso tramitado contra el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, siempre que supere el monto cuántico habilitante dispuesto en 6.000 UR para esta hipótesis.

Dicha norma ha dado lugar a que la doctrina se pronunciara en el sentido de afirmar su inconstitucionalidad, por contravenir el principio de igualdad consagrado en el Art. 8 de la Constitución Nacional. En este sentido se han pronunciado los **Dres. Landoni y Valentín**, quienes afirman *“como nuestra Suprema Corte de Justicia ha señalado reiteradamente, el principio de igualdad no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente. Sin embargo, no existe en apariencia ningún motivo racional para consagrar la admisibilidad del recurso de casación contra sentencias confirmatorias sin discordia en los procesos promovidos contra el Estado y excluirlo en todos los demás procesos”*¹⁶

III.3.3.- Exoneración de diversos tributos que gravan la actuación jurisdiccional.

Diversas normas establecen exoneraciones a favor del Estado, o bien de determinadas personas públicas estatales, respecto de tributos y paratributos que deben reponerse respecto de su actuación tanto ante el Poder Judicial como ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a saber:

I) Paratributos:

Timbre Profesional y Vicésima: Art. 9 Lit. f) Decreto 67/005, reglamentario de la Ley N° 17.738: Establece que estarán exonerados las entidades estatales, salvo las del Art. 185 de la Constitución, así como las públicas no estatales que la ley exima de toda tributación y las privadas a las que aquélla exima de costas judiciales.

II) Tributos ante el Poder Judicial:

II.a) **Impuesto Judicial:** Art. 93 Inciso 1° Ley N° 16.134: dispone que estarán eximidos el Estado, los Gobiernos Departamentales y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados con excepción de aquellos de carácter comercial o industrial.

II.b) **Impuesto a las Ejecuciones:** Art. 486 Ley N° 16.170: preceptúa que sólo estarán exonerados del pago de este impuesto, el Estado, los Gobiernos Departamentales y los organismos comprendidos en el Art. 220 de la Constitución.

II.c) **Tasa Judicial:** Art. 149 Ley N° 16.462 en remisión al Art. 364 Ley N° 16.320: establece que estarán exonerados del pago de dicho tributo el Estado y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, con excepción de aquellos de carácter comercial o industrial.

III) Tributos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

III.a) **Tasa T.C.A.:** Art. 183 Lit. A) Ley N° 16.462: Dispone que estarán exonerados el Estado, los Gobiernos Departamentales y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, con excepción de aquéllos de carácter comercial o industrial.

III.b) **Tributo T.C.A.:** Art. 86 Lit. A) Ley N° 16.134: Establece que estarán exonerados de este tributo el Estado, los Gobiernos Departamentales y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, con excepción de aquéllos de carácter comercial o industrial.

III.3.4.- Régimen de Astreintes.

La evolución de las Astreintes en nuestro ordenamiento jurídico, podría esquematizarse de la siguiente forma:

- **Decreto – Ley N° 14.978** del 14/12/1979: previó por primera vez las astreintes en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, en su Art. 4 exceptuaba su aplicación respecto de las personas de derecho público.

¹⁶ **Landoni Sosa, Ángel, y Valentín, Gabriel**, “Inconstitucionalidad de algunas normas procesales incluidas en la reciente Ley de Rendición de Cuentas”, publicado en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 3, Año 2006, FCU, Pág. 467.

- *Decreto – Ley N° 15.733* de 12/2/1985: derogó expresamente el Art. 4 citado, por lo cual la fijación de astreintes pasó a ser posible en materia de ejecución de sentencias contra el Estado.

- *Ley N° 15.982 (Código General del Proceso)*: El Art. 374, bajo el acápite de “Conminaciones económicas y personales” dispuso: “374.1 En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astringencia necesarias. 374.2 Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad en dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento.

El tribunal dispondrá la liquidación de las mismas una vez transcurrido un plazo prudencial. La cuenta pasará al Alguacil del tribunal, el que embargará bienes del deudor suficientes, los hará tasar por perito que designará y los asignará a un rematador público para su remate por los dos tercios de su valor de tasación, de lo que se dará cuenta.

Las cantidades se fijarán teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constrictión psicológica al cumplimiento dispuesto.

El tribunal podrá en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la conminación establecida.

Las cantidades que se paguen pasarán a un Fondo Judicial que será administrado por la Suprema Corte de Justicia.

374.3 Las conminaciones personales consistirán en el traslado de el tribunal por la fuerza pública de los encargados judiciales que no concurren espontáneamente una vez convocados, incluso testigos; así mismo, en el arresto, que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, en los casos que expresamente fije la ley y para la entrega de elementos necesarios para la ejecución dispuesta en la respectiva etapa del proceso.

374.4 Además de lo anterior, el tribunal podrá elevar los antecedentes al tribunal competente, si estimare que la resistencia a la orden judicial puede encuadrar en alguna figura penal”

- *Ley N° 16.170* de 28/12/1990: En su Art. 374 dispuso que las disposiciones del Decreto-Ley N° 14.978 no serían aplicables respecto de aquellos procesos en los que sean parte las personas jurídicas de derecho público.

Más allá de que la doctrina mayoritaria continúa entendiendo que ha existido una pervivencia de las normas del Código de Procedimiento Civil respecto del Proceso Contencioso Administrativo de Anulación ante el T.C.A., el mismo ha señalado la aplicación del Código General del Proceso en los aspectos no regulados por el Decreto-Ley N° 15.524, Ley N° 15.869 y C.P.C., como vía para integrar, como doctrina más recibida, o bien, invocando sus normas sin hacer referencia al motivo por el cual realiza la aplicación de dicha normativa.

En virtud de ello, la doctrina se ha expedido en el sentido de afirmar que el Art. 374 veda la aplicación de las disposiciones del Decreto-Ley N° 14.978, no haciendo referencia a la aplicación de las normas del C.G.P., las que serían enteramente aplicables, máxime teniendo presente que ambos regímenes de astreintes son diferentes.¹⁷

III.4) Monopolios y Servicios Públicos.

Antes del dictado de la Ley N° 18.159 fue objeto de debate el tema de la vigencia de los monopolios.

En dicha oportunidad, el **Dr. Durán Martínez** sostuvo que el reconocimiento expreso por la Ley del principio de defensa de la competencia y la represión legal de conductas contrarias a la misma, implicó la derogación de los monopolios. El citado profesor entiende que el artículo 85 numeral 17 de la Constitución plantea una privación de la libertad y no una limitación. Esto lo llevó a concluir que el Art. 13 de Ley N° 17.243 derogaba los monopolios existentes, por cuanto se establecía como excepción a la libre competencia las “limitaciones” dispuestas por interés general y no la privación.

No compartimos la posición de Durán por cuanto presenta los siguientes problemas:

- a) leyes posteriores a la Ley 17.243 ratificaron o reconocieron la vigencia de los monopolios (Ley 17.448)

¹⁷ **Durán Martínez, Augusto.** “Ejecución de la Sentencia Anulatoria en el Contencioso Administrativo Uruguayo”, publicado en La Justicia Uruguaya Tomo 136, Sección Doctrina, Págs. D 141 – D 148.

- b) El artículo 13 de la ley 17.243 imponía como principio general –tal como señala Durán- las reglas de la libre competencia. Como todo principio, el mismo no es absoluto y debe convivir con otros principios que lo limiten en su actuación. Por lo tanto, la ley 17.243 no debió entenderse absolutamente incompatible con las normas sobre monopolios que encuentran su legitimidad –como limitación de la libertad- en la propia Constitución.
- c) Resulta por lo menos discutible que el monopolio sea una privación de la libertad y no una limitación. En nuestra Constitución la posibilidad de privación y limitación de derechos se encuentra expresamente prevista. En el caso de los monopolios sólo se prevé la posibilidad de concederlos por ley. Podría considerarse que el artículo 85 numeral 17) de la Constitución autoriza una privación de la libertad; sin embargo resulta ineludible relacionar al monopolio con el derecho específico a la libertad de comercio y trabajo, y en dicho caso no se puede soslayar que el artículo Constitucional que refiere concretamente a esos derechos (sin perjuicio del artículo 7 que reconoce el derecho a la protección en el goce de esos derechos¹⁸) es el artículo 36 y el mismo sólo admite una limitación de la libertad de ejercicio. Si no se armoniza el artículo 85 numeral 17) con el art. 36, se corre el riesgo de encontrar dos normas contradictorias: una que sólo admite la limitación del derecho por ley, y otra que reconoce la posibilidad de privación del mismo derecho por ley.

Respecto de los servicios públicos, debe señalarse que nos encontramos ante una noción de las más dificultosas dentro del ámbito del Derecho Administrativo.

La misma fue trascendente ya desde la escuela de la “Puissance Publique” cuyo fundador fuera **Maurice Hauriou**, quien definió el objeto de la función administrativa a través de la noción de servicio público.

En el otro extremo, se encuentran aquellos que han sostenido que la noción de referencia es innecesaria, absolutamente carente de utilidad, y hasta confusa e imprecisa, por lo que han propugnado su destierro del Derecho Administrativo.

En nuestro país, ha sido objeto de especial estudio el concepto de servicio público, habiéndose analizado la recepción de dicha noción en nuestra Carta Magna¹⁹

El **Dr. Sayagués Laso**, afanosamente se opuso a la noción amplia de servicio público, definiendo dicho concepto como el *“conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos bajo un régimen de derecho público”*²⁰

El autor realizó la distinción del servicio público respecto de otras dos categorías diversas y colindantes: cometidos esenciales y servicios sociales.

Es menester destacar que en nuestro derecho se recogieron unánimemente las enseñanzas del Dr. Sayagués Laso, por lo que se dista de la noción amplia de servicio público.

De la noción restringida adoptada, se desprende la vinculación entre los conceptos de servicio público, exclusividad y monopolio, ya que en estos casos nos encontramos ante actividades que son desarrolladas por el Estado o por su mandato expreso.

Mientras que la solución de principio consiste en que el Estado por sí desarrolle la actividad, la solución excepcional consiste en el otorgamiento de concesiones.

18 El Art. 7 regula el derecho a ser protegido en el goce de la libertad, previendo que la persona sólo puede verse privada de esa protección conforme a las leyes dictadas por razones de interés general. Pero esa privación a la que refiere el citado artículo no es sobre el derecho a la libertad sino sobre el derecho a la protección en el goce de la libertad (Cassinelli Muñoz, Horacio, “Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo”, RCAU, T. 26, 1993). En el caso de los monopolios: si una persona quisiera accionar porque se está violando su libertad, el juez se exceptuará **privando** de la protección en el goce del derecho, en virtud de que existe una ley (creadora del monopolio) dictada por razones de interés general. En aplicación del Artículo 7 de la Constitución, la privación del derecho en el goce proviene no de la ley dictada conforme el interés general, sino de la acción de quien recibe el pedido de protección, que puede decidir en forma no favorable para el peticionante. No existe pues, en el Artículo 7 una autorización a la ley para que prive del derecho a la protección del goce de la libertad sino una disposición dirigida a quien tenga que decidir respecto del derecho a la protección en el goce en donde sólo se podrá decidir en forma no favorable si existe una ley establecida por razones de interés general que ampare tal decisión

19 Sobre los diferentes criterios para la interpretación de la expresión servicio público en la Constitución Uruguaya ver **Cajarville Peluffo, Juan Pablo**. “Apuntes sobre la noción de servicio público en la Constitución Uruguaya”, publicado en “Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins”, FCU, 1ª Edición, Setiembre 2008, Págs. 203 – 257.

20 **Sayagués Laso, Enrique**. “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I, FCU, Pág. 55 a 57.

Tal como ha señalado el **Dr. Delpiazzo**, los conceptos de monopolio y exclusividad traducen la supresión de la libre competencia; no obstante, *“mientras que el concepto de monopolio se asocia a la actividad estatal en el campo de los servicios de libre prestación, la noción de exclusividad se vincula a la exclusión de otros prestadores ya que la “publicatio” del servicio aparece su exclusión del campo de la libertad de los particulares”*²¹

Debemos distinguir los monopolios de la exclusividad. Mientras los primeros suponen la existencia de una previa libertad, la segunda se relaciona con el desenvolvimiento de los servicios públicos así declarados por ley, que, por definición, no son libres.

Los monopolios derivan de la ley requiriéndose mayorías especiales. En efecto, el Art. 85 de la Constitución de la República establece las competencias de la Asamblea General, disponiendo en su Numeral 17 la de “conceder monopolios, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Para instituirlos a favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales, se requerirá la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”.

La exclusividad, por su parte, proviene de una cláusula del contrato de servicio público por la cual la Administración se compromete a no otorgar nuevas concesiones respecto del mismo servicio.

En conclusión, tanto servicios públicos como monopolios requieren ley. No obstante, debemos tener presente que establecer un servicio público, no implica de por sí la exclusión de esa actividad de la libertad de comercio, industria y trabajo, ni su limitación. Sin perjuicio de ello, es posible el dictado de una ley, por razones de interés general, por la que se disponga tal limitación, pudiendo incluso establecerse condicionamientos.

Se comparte lo expuesto por el **Dr. Cajarville**, quien señala que *“siendo el principio la libertad de comercio, industria y trabajo, la necesidad de una “concesión” para que alguien pueda desempeñar cierta actividad no prohibida por razones de interés general puede resultar, o bien de que al cometerla a una entidad estatal, la ley excluyó de ella a los particulares por razones de esa índole, confiriendo exclusividad o monopolio a la entidad estatal competente pero habilitando el otorgamiento de “concesiones”, o bien porque aunque no confiada o confiada sin exclusividad o monopolio a una entidad estatal, el cumplimiento de la actividad requiera el ejercicio de potestades de poder público, o la utilización de bienes, vedados en principio a los particulares”*²²

III.5) Inembargabilidad de los bienes del Estado.

Uno de los grandes privilegios con los que cuenta el Estado consiste en la inembargabilidad de sus bienes, teniéndose presente que cierto sector de la doctrina ha entendido que se trata de una excepción a la regla de la igualdad.²³

En efecto, la inembargabilidad implica una prerrogativa que surge de normas de rango legal, a saber:

- a) Art. 381 Num. 8 Código General del Proceso.
- b) Art. 2363 Num. 10 Código Civil.
- c) Art. 48 Inc. 1º Ley N° 9.515, Ley Orgánica Municipal.
- d) Art. 478 Inc. 2º Ley N° 17.930.

El **Art. 381 del C.G.P.** preceptúa: “No se trabará embargo en los siguientes bienes:”, estableciendo en su **Numeral 8º** “las propiedades y rentas públicas y municipales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 397 y 398”.

Por otra parte, el **Art. 478 de la Ley N° 17.930**, en su inciso segundo, declara por vía interpretativa que la expresión “Propiedades, rentas públicas y municipales”, utilizada en el Art. 381 Numeral 8º del C.G.P., comprende toda clase de bienes, cuentas o créditos del Estado o de los Municipios.

Así, se utiliza el **criterio de la titularidad**, refiriendo a Estado y Municipios. Del tenor literal de la norma, surge sin hesitaciones que en la especie, el término Estado no fue utilizado en su acepción amplia, puesto que, de ser así, no se habría mencionado a los Municipios.

21 **Delpiazzo, Carlos E.** “Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones”, Ed. UM, Mdeo, Año 2001, Pág. 9.

22 **Cajarville Peluffo, Juan Pablo.** “Apuntes sobre la noción de servicio público en la Constitución Uruguaya”, Ob. Cit. Págs. 255 – 256.

23 Cfr. **Giorgi.**

En consecuencia, a nuestro juicio, la norma no contempla la inembargabilidad de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, por lo que sus cuentas, bienes y créditos, podrían ser eventualmente embargados.

En este sentido, el **Dr. Durán Martínez**, respecto de la norma de referencia, ha sostenido que si tomamos los términos “Estado y Municipio” en sentido restringido, no estarían comprendidos como inembargables ciertos bienes de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.²⁴

No obstante, la postura contraria, propulsada por la **Dra. Tommasino**, refiere a que dicha norma alude al Estado en sentido amplio, por lo cual sería comprensivo de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, cuyos bienes serían inembargables.

El tema de la inembargabilidad de los bienes estatales, conlleva ínsita otra dificultad, consistente en la ejecución de Sentencia contra el Estado.

Respecto de este punto, la doctrina ha señalado recientemente que *“la inembargabilidad de los Bienes Públicos y Privados del Estado como Principio, al descartar la aplicación de la Vía de Apremio o la Ejecución Forzosa o Forzada contra el Estado, importa en los hechos una Limitación de su Responsabilidad y deja al arbitrio de la voluntad Estatal o de sus Soportes o Agentes, el momento u oportunidad de ejecución de la Sentencia”*²⁵

III.6) Intereses.

Respecto de este tema, es menester destacar que la **Ley N° 18.172** de 31/8/07, en su Art. 333 dispuso: “Declarase que las compras del Estado no tienen naturaleza comercial por lo cual no son aplicables a las mismas las normas de derecho comercial. Para el caso que en dichas compras se pacten intereses, los mismos no serán capitalizables. Exceptúanse de lo dispuesto en esta disposición, las compras que realicen los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del Estado en cuanto corresponda”

Posteriormente, la **Ley N° 18.276** en su Art. Único dispuso sustituir la norma transcrita anteriormente, debiéndose destacar que se mantuvo la misma redacción de la norma antecesora, con la sola modificación de la parte final de su inciso segundo, que según la nueva redacción reza: “...Exceptúanse de lo dispuesto en esta disposición, las compras que realicen los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados de naturaleza comercial e industrial en cuanto corresponda”.

Ambas normas refieren a que las compras del Estado no tienen naturaleza comercial, lo que, a nuestro juicio, es discutible sin perjuicio de prestigiosas opiniones de la doctrina nacional que avalan dicha postura y que no tenemos el honor de compartir.²⁶

Independientemente de la posición a la que nos afiliemos, debe señalarse que ello se dispuso de tal forma, en procura de brindarle un tratamiento diferencial al tema de los intereses en materia de actuación estatal, lo que surge con claridad de los antecedentes de la norma originaria.

De esta manera, se estableció una notoria asimetría entre la actividad pública y privada, por cuanto si se trata de una empresa privada, ante incumplimientos (atrasos en los pagos), se capitalizan los intereses.

En cambio, si nos encontramos ante el Estado deudor, además de otras prerrogativas que posee (como por ejemplo la de la inembargabilidad de bienes ya analizada), **no son capitalizables los intereses que se generen**.

En este sentido, coincidimos plenamente con lo sustentado por el **Dr. Durán Martínez**, quien afirmó: *“Es muy claro, pues, que lo que la ley procura es que si el Estado se atrasa en los pagos por sus compras, los intereses devengados no sean capitalizables. Por cierto, esto es una muy mala señal. No parece ético que el Estado, que en su calidad de tal debe dar el ejemplo en lo que refiere al buen cumplimiento de sus obligaciones, por esta vía aliente sus incumplimientos. No parece ser esta, así, una norma de buena fe o ajustada al principio de igualdad, por lo que su constitucionalidad es más que dudosa. El Estado parece aquí rebelarse contra su propia misión”*.²⁷

24 **Durán Martínez, Augusto**. “Ejecución de la sentencia anulatoria en el Contencioso Administrativo Uruguayo”, publicado en La Justicia Uruguaya, Tomo 136, Sección Doctrina, Pág. 147.

25 **Ettlin, Edgardo**. “Procesos de Ejecución de Sentencias de condena a pagar sumas de dinero contra el Estado”, Ed. AMF, 1ª Edición, Octubre de 2008. Pág. 124.

26 En este sentido, **Durán Martínez, Augusto**, en “Novedades en materia de contratación administrativa en la Ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007”, publicado en La Justicia Uruguaya Tomo 137, Sección Doctrina, Págs. D 32 y 33.

27 **Durán Martínez, Augusto**, en “Novedades en materia de contratación administrativa ...”, Ob. Cit., Pág. D 33.

Es menester destacar que la norma que se analiza, establece una excepción, que refiere a las compras que realicen Entes Autónomos y Servicios Descentralizados de naturaleza comercial e industrial en cuanto corresponda.

El giro empleado (“en cuanto corresponda”), implica la consagración de una solución particular que queda exceptuada del principio instaurado, por lo que debemos concluir que los intereses que se generen por incumplimiento respecto de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados de naturaleza comercial e industrial, podrían capitalizarse.

III.7) Contratación Directa.

Mientras las personas físicas se encuentran regidas por el principio de libertad, rige respecto de las personas públicas los principios de especialidad y sujeción, en procura de la obtención del bien común, en concordancia con la finalidad pública imperante.

En materia de contratación administrativa, existen normas y principios que la regulan y rigen a su respecto

El principio en nuestro derecho positivo lo constituye la Licitación Pública. No obstante, Art. 33 del T.O.C.A.F. dispone que todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos.

A continuación, dicha norma establece que no obstante, podrá contratarse por licitación abreviada o contratación directa en diversas hipótesis.

El Numeral 3º refiere a la posibilidad de contratar en forma directa o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, en determinados casos que contempla en diversos literales, los que frecuentemente son modificados y agregados en sendas normas, debiéndose destacar que cada vez es mayor la cantidad de causales de excepción.

La contratación directa ha sido definida por el **Dr. Roberto Dromi** como el procedimiento por el cual se elige el contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes.²⁸

Entendemos, que a los efectos del abordaje de la temática objeto del presente trabajo monográfico, es menester proceder al estudio de algunas de las causales referidas, a saber:

1) Art. 33 Numeral 3 Literal A) T.O.C.A.F.

La norma, en su actual redacción (conferida por el Art. 506 de la Ley N° 18.362 - Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2007-), establece la posibilidad de contratar en forma directa “entre organismos o dependencias del Estado con personas públicas no estatales o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, la propiedad estatal deberá ser sobre el total del capital social, al momento de la celebración del contrato”.

De esta forma surge que en la actualidad, la norma no sólo contempla la contratación entre personas públicas entre sí, o respecto de personas públicas no estatales, tal como se encontraba establecido anteriormente, sino también en relación a personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social esté constituido en un 100 % por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de esas personas públicas no estatales.

Esta norma (en su redacción anterior), llevó a la doctrina a señalar que “*la contratación administrativa con otra entidad pública parece una anomalía. En efecto, la entidad pública al intervenir en el mercado como productor de bienes y servicios, lo hace en un ámbito que pertenece a la actividad privada, y si se procede a la contratación directa se desplaza al particular sin que este tenga siquiera la oportunidad de intervenir*”²⁹

28 **Dromi, Roberto.** “Licitación Pública”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, Año 1999, Pág. 117.

29 **Durán Martínez, Augusto.** “La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública”,

Dichas expresiones se agudizan aún más con la nueva redacción otorgada, por la cual se incluye a personas privadas aún cuando de propiedad estatal o de personas públicas no estatales.

2) Art. 33 Numeral 3 Literal U) T.O.C.A.F.

El **Art. 108 de la Ley N° 18.172** derogó el Art. 186 de la Ley N° 17.930 (que establecía el Literal S en relación a contrataciones de A.N.T.E.L.) e introdujo dos nuevos literales al Art. 33 Numeral 3 del T.O.C.A.F. (Literales U y V).

Así, el nuevo **Literal U)** establece como causal de excepción, “la contratación de bienes o servicios, cualquiera sea su modalidad, por parte de los entes autónomos y servicios descentralizados integrantes del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, destinada a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en regímenes de libre competencia. Las impugnaciones o recursos que en tales casos se interpusieran, en cualquier etapa del procedimiento, no tendrán efecto suspensivo, salvo que así lo resuelva el jerarca de la empresa contratante”

Dicha norma se aplica en el ámbito de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial, industrial y financiero del Estado, no aplicándose a todo contrato que celebren, sino únicamente a contrataciones de bienes y servicios destinados a servicios que se encuentren en régimen de libre competencia.

El **Dr. Durán Martínez** al respecto, ha señalado que en su opinión, todos los servicios que presten esos entes que no configuren cometidos esenciales del Estado, son prestados en régimen de concurrencia, por lo que “*la nueva norma habilitaría a esos organismos a prescindir de la licitación pública y a acudir a la contratación directa en toda contratación de bienes o servicios destinada a la prestación de los servicios que no constituyan cometidos esenciales*”.³⁰

IV) DEFENSA DE LA COMPETENCIA.-

Nuestro ordenamiento jurídico ha regulado el tema de defensa de la competencia a través de un cuerpo normativo que regula de manera orgánica la cuestión de referencia. En este sentido, la normativa vigente que regula dicha temática, es la contenida en la **Ley N° 18.159 (Ley de Promoción y Defensa de la Competencia – LPDC)**, y su **Decreto Reglamentario N° 404/2007**.

No obstante, es menester destacar que con anterioridad, se habían dictado en nuestro país disposiciones de carácter específico, a saber:

- a) Arts. 13 – 14 y 15 Ley N° 17.243 (denominada 2ª Ley de Urgencia). En dichas normas se definían los principios generales y el órgano de aplicación.
- b) Arts. 157 y 158 Ley N° 17.296 (Ley de Presupuesto Nacional). Se establecieron las facultades del órgano de aplicación, fijándose sanciones.
- c) Leyes posteriores que regularon funciones específicas en materia de órganos de regulación sectorial (URSEA, URSEC, BCU)

La insuficiencia de dichas normas, sumado al desconocimiento de las mismas por parte de los operadores³¹, llevó al dictado de la Ley N° 18.159.

Como antecedente de la misma, también es menester mencionar la normativa imperante en el ámbito del Mercosur (“Protocolo de Fortaleza”- Decisión 18/96 del CMC), que establece como principio la libertad de mercado y la prohibición de prácticas anticompetitivas.

El objetivo de la Ley N° 18.159 consiste en tutelar a consumidores activos y futuros a través de la defensa de la competencia, así como proteger también a los agentes económicos que operan en el mercado.

publicado en “Estudios de Derecho Público” Vol. II, Montevideo, Año 2008, Pág. 194.

³⁰ **Durán Martínez, Augusto**. “Novedades en materia de contratación administrativa en la Ley N° 18.172 de 31 de Agosto de 2007”, publicado en La Justicia Uruguaya Tomo 137, Pág. D 37.

³¹ El desconocimiento de dicha normativa, quedó de manifiesto en el estudio realizado por Equipos Mori en Julio de 2005, el que luce en <http://www.consumidor.gub.uy/informacion/index.php?IndexId=195>

Tal como preceptúa su Artículo 1º, dicha Ley tiene “*por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y a la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados*”.

Así, el bien tutelado es el correcto funcionamiento del mercado, atendiendo a los intereses de los consumidores y proveedores.

Dicho cuerpo normativo reconoce y procura establecer determinados principios y reglas, cuyo objeto es el mercado como instrumento de distribución de bienes y servicios.

El principio fundamental y que recoge la Ley N° 18.159, es el de la **libre competencia**. En su Art. 2 establece que “*todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general*”.

En consecuencia, la libre competencia es el principio general y toda restricción a la misma pasa a ser una excepción que, tal como señala la norma referida ut supra, debe ser establecida por ley y por razones de interés general.

El **principio de libre competencia** se puede extraer de las disposiciones constitucionales referentes a la libertad de trabajo, cultivo, industria, comercio, (Art. 36 Constitución), de asociación (Art. 39 Constitución) y, principalmente, surge como corolario del principio de igualdad.³²

La libre competencia debe tener como presupuesto inmediato la posición de igualdad jurídica de los diferentes competidores. Para la efectividad del principio de competencia se debe reconocer la necesidad de la existencia de, en primer lugar, la igualdad en la ley, esto es, que la ley no discrimine injustificadamente entre los distintos operadores de mercado. Asimismo la aplicación de la ley debe ser igual para todos (igualdad ante la ley), pudiéndose admitir correcciones realizadas por la propia ley a efectos de igualar situaciones desiguales (igualdad por la ley).

Un mercado regido por la libre competencia que permita discriminaciones injustificadas entre los competidores resulta una contradicción en sí misma.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la mayoría de los ordenamientos jurídicos permiten discriminaciones justificadas, esto es, limitaciones o restricciones al principio de libre competencia, dispuestas por ley y por razones de interés general. Por ejemplo, el Art. 36 de nuestra Constitución admite las limitaciones de interés general que establezcan las leyes, en lo que refiere al derecho a dedicarse al trabajo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita. Asimismo, el Art. 85 Numeral 17 de la Constitución establece como competencia de la Asamblea General, conceder monopolios e instituirlos a favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales.

Como se observa, se plantea un posible conflicto o situación de incompatibilidad entre los regímenes limitativos y el principio de libre competencia.

Entendiendo a los principios como mandatos de optimización³³, su característica es no ser absolutos; “*en particular, los principios no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie, porque presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas*”³⁴

Por lo tanto, si median causas de justificación suficientes, el principio de libre competencia –como todo principio– puede ser llevado a un juicio de ponderación que lo limite en su aplicación.

32 López Rodríguez, Carlos, “La igualdad como principio del modelo económico uruguayo” en “El Principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica” A.A.V.V, FCU, 1ª Edición, julio de 2008.-

33 Cfe. Alexy, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, Ed. Gedisa, 2ª Edición, Febrero 2004.

34 Lorenzetti, Ricardo L. “El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores”, en Revista “La Ley” “A”, 1998, Pág. 1042.

V) EMPRESAS PÚBLICAS, PRIVILEGIOS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El Art. 3 de la LPDC determina el ámbito subjetivo de aplicación de la ley. La normativa de defensa de la competencia se aplicará a *“todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo”*.

No quedan dudas de que la normativa se aplica también a las empresas públicas; la prohibición del abuso de posición dominante, de prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante (Art. 2 Inciso 2) alcanza también al Estado en su actuación económica y en particular, a las empresas públicas.

¿Qué sucede entonces con privilegios tales como monopolios, exoneraciones fiscales e inembargabilidad de bienes?

Dichas prerrogativas sin duda restringen el principio de libre competencia. Sin embargo, las mismas, cuando se encuentren justificadas, son compatibles con la nueva normativa.

Ya se ha señalado el Art. 2 de la Ley N° 18159 que prevé como excepción a los principios y reglas de la libre competencia las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general. A su vez, el inciso final del citado artículo preceptúa que *“el ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley, no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante”*.

Aquí no se puede olvidar que el establecimiento de restricciones por ley encontrará su primer escollo en el requisito de las *“razones de interés general”*, el cual, aunque no estuviera expresamente previsto por la ley, se aplicaría en razón de las normas constitucionales e internacionales. De esta forma, la ley que limite el principio de libre competencia estará sujeta a un juicio de constitucionalidad relacionado con su adecuación o no al interés general.

Por otra parte, conviene expresar que la ley no califica como objetivas las conductas violatorias, esto es, que dada la situación concreta ya se incurre en infracción. A efectos de calificar la conducta se requiere que ésta tenga por *“efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante (Art. 2 Inciso 2)*. Tal como han indicado diversos autores, *“la norma se aproxima a la perspectiva propia de la llamada “rule of reason”, desde la que resultan alcanzadas aquellas restricciones no razonables, según las circunstancias del caso”*³⁵

En tal sentido es importante destacar que el establecimiento de privilegios por ley no entraña que al amparo de la norma, cualquier conducta de la empresa pública actuando bajo los privilegios dispuestos, sea lícita. En efecto, la empresa podrá, por ejemplo, celebrar contratos con privados en el marco de un monopolio, pero no podrá abusar de su posición dominante respecto de dichos privados contratantes, o intervenir alterando la competencia en otros mercados.³⁶

En el caso de los servicios públicos, donde se presenta una situación en principio lícita de poder dominante, la limitación también estará en no cometer abuso de esa posición. En dicho sentido, **Cabanellas** ha indicado que *“en estos casos existirá una posición dominante que será en sí misma lícita, por derivar de normas legales y carecer entonces de antijuridicidad; pero como es característico de la figura de abuso de posición dominante, la licitud de tal posición no justifica las conductas que sobre la base de ésta puedan ser calificadas como abuso”*³⁷

A diferencia de otras legislaciones (Art. 6.3 de la ley española de 1989) nuestra ley no prevé expresamente que la prohibición de abuso de posición dominante se aplica también a los casos en que la posición de dominio en el mercado haya sido establecida por disposición legal. No obstante, siendo que el principio es la libre competencia y que las limitaciones en procura del interés general deben ser interpretadas en forma estricta, el abuso de derecho, como figura típicamente ilícita excede la posición dominante estatuida por ley y por lo tanto, es prohibido.

Por otra parte, cabe señalar la existencia del **Principio de Subsidiariedad** en materia estatal.

35 **Vázquez, Cristina**, “Régimen jurídico de la defensa de la competencia en Uruguay” en Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito” FCU, Pág. 377.

36 Cfe. **Cabanellas de las Cuevas, Guillermo**, “Derecho antimonopólico y defensa de la competencia” Tomo I, Ed. Heliasta, Año 2005, 2ª Edición, Pág. 205.

37 Cfe. **Cabanellas de las Cuevas, Guillermo**, Ob. Cit, Pág. 195.

La doctrina ubica el desarrollo del principio de referencia en el seno de la Iglesia Católica, mediante la existencia de sendos documentos pontificios.

Se ha señalado que el principio de subsidiariedad presenta dos grandes tendencias o aspectos, uno de carácter negativo y otro positivo. Así, se ha expresado que *“en el ámbito del Derecho interno el aspecto limitativo o negativo implica que el Estado no debe ejercer aquellas actividades que pueden realizar las sociedades intermedias y esas no pueden ejercer aquellas que pueden desempeñar los individuos y el aspecto positivo que implica un hacer del Estado significa que a éste le corresponde dirigir, vigilar, urgir, castigar, controlar, fomentar, estimular, ayudar, coordinar, integrar y hasta suplir a los particulares cuando exigencias del bien común lo imponen”*³⁸

Coincidimos plenamente con la doctrina que afirma que la Constitución uruguaya recoge el principio de referencia, por lo que dentro del Estado Social de Derecho, nos encontramos en la etapa de Estado Subsidiario, el que implica el avance de la libre competencia.

De esta forma, es menester realizar una evaluación de la participación del Estado en la actividad privada, a los efectos de asegurar el desarrollo de la sociedad, en base a la intervención subsidiaria del Estado, en aras de la promoción y protección de la libre competencia.

Existe un punto que entendemos de vital trascendencia, y que se relaciona con la temática referente a las causales de excepción a la Licitación Pública. Respecto de ello, es menester concluir que el principio de subsidiariedad implica que el empleo de estas causales de excepción opere únicamente en virtud de la existencia de justificadas razones de buena administración, lo que circunda la necesidad de elección de los medios adecuados para el cumplimiento de los fines estatales.

Aún en los casos en que se trate de servicios públicos donde no existe exclusividad, la concurrencia es posible, a nuestro entender.

Una especial mención merece el Literal A) del Art. 33 Numeral 3 del T.O.C.A.F., siendo necesario señalar que a nuestro juicio, la circunstancia consistente en que la entidad sea susceptible de contratar con una persona pública estatal o no estatal, o, lo que es más grave, con una persona de derecho privado propiedad en un 100 % del Estado, desplazando de esta forma a todo particular, colide de por sí con la libre competencia.

VI) EFICIENCIA ECONÓMICA (Art. 2 Inc. 3 LPDC)

El Art. 3 Inc. 3 de la LPDC establece que *“a efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores. La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia”*

El citado artículo limita las prohibiciones establecidas por la ley por cuanto se destaca que las prácticas, conductas o recomendaciones que en primera instancia puedan resultar anticompetitivas, pueden devengar en definitiva lícitas en virtud de que benefician a los consumidores, valorando que no existan formas alternativas y la eficiencia económica que se genere, es decir, costos menores, mayor productividad, etc.

En lo que refiere a las empresas públicas, el principio de eficiencia económica se debe contemplar a la luz de la concepción que se tenga sobre lo que debe ser la actuación económica de la empresa pública.

La denunciada ineficiencia de las empresas públicas ha dado lugar al debate acerca de la función de éstas y si su organización debe realizarse también en razón del lucro que se obtenga.

Al respecto, **Cajarville** expresa que *“otro aspecto que no debe olvidarse en esta cuestión de la ineficiencia empresarial de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, es que la concepción constitucional de estas empresas no es la de organizaciones necesariamente lucrativas, sino que están concebidas por la Constitución como instrumentos de realización de políticas, que no han sido diseñadas por las propias empresas sino por el Poder Ejecutivo”*.³⁹

De esta forma *“no es pertinente entonces valorar la actuación de las empresas públicas con un parámetro empresarial privado de eficiencia de una organización de capital y trabajo destinada a obtener un lucro, porque no es esa la concepción de la Constitución y de las leyes”*.⁴⁰

38 **Durán Martínez, Augusto**. “Monopolios estatales y derecho de la competencia”, publicado en “El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia” Autores Varios, Ed. UM, Montevideo, Año 2001, Pág. 49.

39 **Cajarville, Juan Pablo**, “Sobre Derecho Administrativo” Tomo 1, FCU, 1ª Edición, Setiembre 2007, Pág. 217.

40 **Cajarville, Juan Pablo**. Ob. Cit, Pág. 218.

Las empresas públicas, como todo instrumento de actuación estatal, tienen como principio rector el fin público. Fin que también fundamenta la legislación sobre defensa de la competencia. Es así, que se pretende un correcto funcionamiento del mercado en beneficio de la comunidad.

Significa ello que la eficiencia económica se ordena respecto a la finalidad última del fin público, constituyendo a nuestro juicio una condición suficiente de la obtención del objetivo.

La eficiencia económica vendría a constituir – en un enfoque causalista- el hecho que produce un efecto: la actividad eficiente produce un beneficio a la comunidad.

Conviene distinguir los conceptos de condición necesaria y condición suficiente. La primera se presenta cuando no puede darse el efecto sin la condición necesaria, pero puede darse la condición necesaria sin que se produzca el efecto.

En el análisis y respecto de la actuación de las empresas públicas, el beneficio de la comunidad no podría darse sin eficiencia económica, lo cual a nuestro juicio no es correcto de acuerdo con lo que se expresará.

La condición suficiente es aquella que si existe, produce el efecto. Puede darse el efecto sin que se dé la condición, pero no puede darse la condición sin que haya el efecto.

Aquí, la eficiencia económica siempre que exista, producirá un beneficio para la comunidad, pero podrá no existir y darse un beneficio en virtud de otras causas.

La realidad nos muestra que el fin público no siempre se obtiene mediante actividades típicamente lucrativas (en el ámbito de las empresas públicas). Se debe recordar que, como instrumentos de las políticas sectoriales, las empresas públicas en muchas ocasiones se instalan o se instalaron en determinado ámbito de la economía procurando, más que obtener lucro e incluso a costa del mismo, asegurar determinados servicios a la comunidad y en definitiva, lográndolo.

Sí podemos considerar a la eficiencia económica, como una condición suficiente para la consecución del fin público o beneficio de la comunidad. Puede suceder que la empresa pública no se maneje en algunos casos con pautas empresariales típicamente privadas, que sea en consecuencia ineficiente en comparación con el ámbito privado y sin embargo su fin se cumpla. Pero si la empresa pública opera bajando costos y mejorando la productividad, resulta indudable que la comunidad se va a ver beneficiada.

Por lo expuesto, la eficiencia económica será condición suficiente del beneficio a la comunidad aunque no condición necesaria.

A raíz de la expresada relevancia de la eficiencia económica en la actuación de las empresas públicas, el Art. 2 Inciso 3 de la Ley N° 18.159, cuando se aplique respecto de una empresa pública, deberá ser interpretado atendiendo a que los parámetros de actuación de la misma difieren de una empresa privada.

VII) POSIBLES LIMITACIONES INJUSTIFICADAS DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA.

Una vez dispuestos por ley los privilegios y generadas las asimetrías entre empresas públicas y privadas, el análisis no se debe conformar con amparar cualquier actuación pública al amparo de tales privilegios.

Al respecto, son de utilidad las premisas señaladas por **Hargain y Espinosa** en torno a la intervención del Estado en la economía:

"1) Todas las intervenciones del Estado en la economía importan distorsiones a la libre competencia.

2) La economía es un sistema; en consecuencia, las distorsiones introducidas en una parte de él provocan consecuencias en todo el conjunto. Ello implica que deban analizarse cuidadosamente los efectos que cada medida concreta, adoptada para un sector del mercado, va a terminar produciendo en la generalidad del sistema"

*3) Las limitaciones a la libre competencia deben ser resueltas en consideración del interés general, el cual debe ser privilegiado por encima de cualquier interés personal o sectorial. Esto es muy importante, porque es muy frecuente que se ejerzan presiones para limitar la competencia, cuando algún sector específico atraviesa por dificultades; en todos los casos debe tomarse en cuenta la totalidad del sistema, a efectos de determinar si corresponde intervenir, así como la entidad de la intervención"*⁴¹

41 **Hargain, Daniel y Spinoza, Rosario**, "Derecho de la competencia", en "Derecho del Comercio Internacional" V.V. A.A., Ed. BdeF, Año 2005, Págs. 143-144.

Supongamos por ejemplo, que se produce una contratación directa al amparo del Literal A) del Artículo 33 Numeral 3) del TOCAF (modificado por el artículo 6 de la ley 18362 de 6/10/08) entre un Ente autónomo con una persona jurídica de derecho privado cuyo capital social esté constituido en su totalidad por participaciones, cuotas sociales o acciones nominativas propiedad del Estado o de personas públicas no estatales.

Como excepción a la licitación, la contratación directa estaría dejando fuera del mercado relevante a las posibles empresas que puedan competir con la persona privada con participación estatal. Ahora bien, el primer límite que afrontará esa contratación directa será el interés general como presupuesto indispensable para que la contratación sea lícita; límite que también se analiza en una etapa anterior (sanción de la ley) puesto que si se entiende que el Art. 506 de la Ley N° 18.362 constituye una limitación injustificada de los principios de igualdad y libertad, podría ser declarado inconstitucional.

Asimismo, la contratación directa no puede ser realizada con abuso de posición dominante (Art. 2 de la Ley N° 18159), debiendo señalarse aquí que, este tipo de contratación directa ingresaría dentro de lo tipificado como prácticas prohibidas en el caso de que se realice injustificadamente y con abuso de la posición dominante.

Otro ejemplo que ha sido reseñado por la doctrina es el de la asociación del Estado con empresas privadas.⁴²

En un caso analizado por el Dr. Durán, se estudiaba la obligación de renegociar que tenía ANCAP respecto del contrato de distribución de gas licuado petróleo (GLP) celebrado con ACODIKE SUPERGAS. Se planteaba allí, la no renovación por parte de ANCAP del contrato de distribución, en atención a un futuro proyecto de asociación de ANCAP con diferentes empresas con el objeto de la distribución y suministro de GLP. El Dr. Durán parte de la base de que el monopolio sobre los carburantes había quedado derogado por la Ley N° 17.243.

Relaciona ello con la Cláusula 27 del contrato que señalaba que si antes del vencimiento del plazo se produjeran circunstancias que modificaren o alteraren en forma total o parcial el mercado de GLP, o las condiciones actuales de su comercialización, se renegociarán los términos del contrato. Dado que la desmonopolización supone una circunstancia que altera el mercado de GLP, se impone la renegociación. Agrega a lo anterior la situación de poder dominante de ANCAP señalando que *“en los tiempos actuales, en general, toda vez que se ha procedido al pasaje de un régimen de monopolio al de competencia, en el derecho comparado ha existido una especial preocupación de evitar los abusos del operador dominante”*.⁴³

Concluye el Dr. Durán, en que de acuerdo con la cláusula 27.2 del contrato, *“la extinción de los monopolios obliga a renegociar los contratos. Si ANCAP se niega a renegociarlos incurre en un abuso de posición dominante del tipo expresamente prohibido por la ley y compromete su responsabilidad”*.⁴⁴

A la posición de Durán Martínez le agregaríamos un matiz. En efecto, a nuestro juicio, incluso cuando la actividad se realiza en régimen de monopolio, la misma se encuentra sujeta a las reglas de la defensa de la competencia en lo pertinente. En efecto, tal como se expresó *ut supra*, si bien nuestra Ley no previó expresamente tal como lo ha hecho la Ley Española de 1989, que la prohibición de abuso de posición dominante se aplica también a los casos en que la posición de dominio en el mercado haya sido establecida por disposición legal, igual solución se desprende de un análisis armónico de la ley con los principios constitucionales.

Posteriormente al estudio realizado por Durán Martínez, A.N.C.A.P decidió promover –en enero de 2007- la asociación con ACODIKE S.A. y RIOGAS S.A. a efectos de desarrollar las actividades de envasado de GLP en las plantas de envasado propiedad ANCAP, a través de Gas Uruguay S.A. (G.A.S.U.R). Asimismo, se celebraron contratos de suministro entre ANCAP y GASUR y ANCAP y ACODIKE. Por su parte, se celebró convenio para la constitución de los fondos de remarcado y reposición de envases para GLP, entre ANCAP, ACODIKE, RIOGAS, DUCSA S.A. Y GASUR S.A. La citada operación se realizó sin recurrir a un procedimiento competitivo.

En dicha operación se pueden presentar las siguientes interrogantes que provienen de la aplicación de las normas de defensa de la competencia:

a) Si existen otros posibles o potenciales competidores en el mercado además de RIOGAS, ACODIKE, DUCSA S.A. y GASUR S.A., ¿se está ingresando en alguna de las prácticas prohibidas de los Artículos 2 y 4 de la ley 18.159?

42 Cfe. Durán Martínez, Augusto, “Incidencia del nuevo derecho de la competencia en los contratos de distribución de gas licuado petróleo”, en “Casos de Derecho Administrativo” Vol. III, Montevideo, Año 2003.

43 Durán Martínez, Augusto, “Incidencia del nuevo derecho de la competencia...”, Ob. Cit., Pág. 188.

44 Durán Martínez, Augusto, “Incidencia del nuevo derecho de la competencia...”, Ob. Cit. Pág. 189

b) Incluso en el caso de que no existieran competidores, la citada práctica ¿puede derivar en una concertación o imposición injustificada de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva?

Respecto a la primera interrogante, entendemos que A.N.C.A.P estaría incurriendo en abuso de posición dominante, excluyendo claramente del mercado a otras empresas en beneficio de las asociadas. A esta conclusión contribuye el hecho de que el procedimiento se haya realizado sin licitación.

En lo que refiere a la segunda cuestión, el problema se presenta si consideramos que un monopolio legal, de por sí permite o justifica la citada práctica. En virtud de la nueva ley, si bien la práctica desarrollada en aplicación de un monopolio legal no resulta de por sí abusiva o anticompetitiva (art. 2 inc final), ello no obsta a que cuando dicha práctica sea injustificada se considere violatoria de la ley. Por lo tanto y si bien en el caso no contamos con los elementos suficientes para calificar la práctica de justificada o no, podemos afirmar que la conducta reseñada puede derivar en un supuesto prohibido por la norma, pero que deberá ser valorado de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3 del Art. 2 de la Ley N° 18.159 (principio de eficiencia económica)

VIII) CONCLUSIONES.-

Las presentes conclusiones se relacionarán con una pregunta que parece latente en la interrogante objeto del trabajo: ¿hacia dónde va el Estado?

Entre otros autores, el **Dr. Correa Freitas** se planteaba la misma pregunta en su libro “Los nuevos desafíos del Estado” inserto en la década del ‘90 la cual encontró a nuestro país inmerso en la llamada reforma del Estado; reforma que fue adoptada con diferente intensidad por los gobiernos de la región y los no regionales.

El fenómeno de la reforma del Estado se generaliza por una “sensación de crisis incontrolada de lo público”.

45

Señala el **Dr. Parejo Alfonso** que “*el resultado es, por ahora, una situación de considerable confusión. Si de un lado, el Estado continúa basando su organización y acción de ideas, esquemas, principios, categorías, conceptos y técnicas trabajosamente elaborados y establecidos, aún en proceso de perfeccionamiento y condensados en la fórmula de Estado social y democrático de Derecho, de otro lado la realidad los pone diariamente en cuestión, demanda profundos cambios y una radical adaptación a las nuevas circunstancias, haciendo surgir con pujanza nuevas soluciones. La vida actual del estado se caracteriza, pues, por la difícil convivencia de ambos aspectos, por la tensión y la pugna entre ambos, es decir, por un proceso de transformación*”.⁴⁶

Mirando en retrospectiva la evolución del papel del Estado, observamos que luego de que el paradigma del Estado benefactor llegara a su cima, la idea que se iniciara con el primer liberalismo comenzó a pujar con fuerza al impulso de las teorías económicas liberales de segunda mitad del siglo XX. Es así que cobró renovada influencia la premisa de que el Estado debía retirarse de determinadas actividades cuyo ámbito natural era el privado o por lo menos, abrir el juego para la participación de los particulares.

La discusión en torno al nuevo papel del Estado produjo experiencias extremas, como puede ser el ejemplo de Argentina, y reformas moderadas con idas y vueltas, como en el caso de Uruguay.

La Ley de Defensa de la Competencia procura mantener un equilibrio. Es fundamental y significativo que se establezca como principio rector el libre mercado. A su vez y reconociendo que el Estado puede desempeñar un papel activo en la economía, se admiten las limitaciones establecidas por ley por razones de interés general. Aquí la norma se está dirigiendo principalmente al ámbito público, aceptando que la ley pueda establecer los llamados privilegios “en más” de la Administración.⁴⁷

Empero, la limitación es una excepción; el principio es la libre competencia.

Por eso mismo, ante posibles mensajes contradictorios de la legislación (contrataciones directas entre personas públicas estatales y personas privadas, márgenes de preferencia, modificaciones en normas procesales respecto al Estado), se debe recordar que como excepciones al principio de libre competencia deben ser interpretadas en forma estricta.

45 **Parejo Alfonso, Luciano** (coordinador), “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Ariel S.A. 5ª Edición, Pág. 19.

46 **Parejo Alfonso, Luciano**, Ob. Cit. Pág. 19.

47 A nivel doctrinario, se hace referencia a la existencia de privilegios “en más” y privilegios “en menos” por parte del Estado. En este sentido ver **Parejo Alfonso, Luciano, y otros**, “Manual de Derecho Administrativo”, Barcelona, Año 1996, Vol. I, Pág. 341 y sgtes.

IX.- BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

- Alexy, Robert**, "El concepto y la validez del derecho", Ed. Gedisa, 2ª Edición, Febrero 2004.
- Bugallo, Beatriz**. "Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente", publicado en Revista de Derecho, UM, Año I (2002), N° 1.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo**, "Derecho antimonopólico y defensa de la competencia" Tomo I, Ed. Heliasta, Año 2005, 2ª Edición.
- Cajarville, Juan Pablo**, "Sobre Derecho Administrativo" Tomo I, FCU, 1ª Edición, Setiembre 2007.
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo**. "Sobre Derecho Administrativo" Tomo II, FCU, 1ª Edición, Mayo 2007.
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo**. "Apuntes sobre la noción de servicio público en la Constitución Uruguaya", publicado en "Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins", FCU, 1ª Edición, Setiembre 2008, Págs. 203 – 257.
- Delpiazzo, Carlos E.** "Administración y Economía", en "Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins", Ed. FCU, 1ª Edición, Setiembre 2008.
- Delpiazzo, Carlos E.** "Actividad empresaria del Estado" en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político N° 39, Octubre-Noviembre de 1990.
- Delpiazzo, Carlos E.** "Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones", Ed. UM, Mdeo, Año 2001.
- Durán Martínez, Augusto**. "Ejecución de la Sentencia Anulatoria en el Contencioso Administrativo Uruguayo", publicado en La Justicia Uruguaya Tomo 136, Sección Doctrina, Págs. D 141 – D 148.
- Durán Martínez, Augusto**, en "Novedades en materia de contratación administrativa en la Ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007", publicado en La Justicia Uruguaya Tomo 137, Sección Doctrina.
- Durán Martínez, Augusto**. "La contratación directa entre entidades públicas como excepción a la licitación pública", publicado en "Estudios de Derecho Público" Vol. II, Montevideo, Año 2008.
- Durán Martínez, Augusto**. "Monopolios estatales y derecho de la competencia", publicado en "El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia" Autores Varios, Ed. UM, Montevideo, Año 2001
- Durán Martínez, Augusto**, "Incidencia del nuevo derecho de la competencia en los contratos de distribución de gas licuado petróleo", en "Casos de Derecho Administrativo" Vol. III, Montevideo, Año 2003.
- Durán Martínez, Augusto**. "La presunción e legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso", publicado en "Estudios de Derecho Público" Vol. II, Mdeo, Año 2008, Pág. 227.
- Dromi, Roberto**. "Licitación Pública", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, Año 1999, Pág. 117.
- Escola**, "El interés público como fundamento del Derecho Administrativo", Ed. Depalma, Buenos Aires, Año 1989
- Ettlin, Edgardo**. "Procesos de Ejecución de Sentencias de condena a pagar sumas de dinero contra el Estado", Ed. AMF, 1ª Edición, Octubre de 2008.
- Hargain, Daniel y Spinosa, Rosario**, "Derecho de la competencia", en "Derecho del Comercio Internacional" V.V. A.A., Ed. BdeF, Año 2005.
- Hargain, Daniel**, "Análisis de la legislación de defensa de la competencia", publicado en L.J.U. Tomo 124.
- Landoni Sosa, Ángel, y Valentín, Gabriel**, "Inconstitucionalidad de algunas normas procesales incluidas en la reciente Ley de Rendición de Cuentas", publicado en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 3, Año 2006, FCU, Págs. 465 - 467.
- Levero Bocage, Constanancio**, "Algunas consideraciones sobre la noción de empresas públicas", en "Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real" FCU, 1ª Edición, Octubre de 1996.
- López Rodríguez, Carlos**, "La igualdad como principio del modelo económico uruguayo" en "El Principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica" A.A.V.V, FCU, 1ª Edición, Julio de 2008.-
- Lorenzetti, Ricardo L.** "El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores", en Revista "La Ley" "A", 1998, Pág. 1042.
- Marienhoff, Miguel S.** "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, 3ª Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Año 1966, Pág. 368 y sgtes.
- Martínez Blanco, Camilo**. "Manual básico de Derecho de la Competencia", FCU, 1ª Edición, Noviembre de 2007.
- Martínez Blanco, Camilo**. "Grandes cadenas, poder dominante y defensa de la competencia", Ed. FCU, 1ª Ed., Junio 2001.
- Mercant, Juan Manuel**. "Conceptos claves para analizar las normas de defensa de la competencia.", publicado en La Justicia Uruguaya, Tomo 132, Sección Doctrina, Págs. D9-D23.

Parejo Alfonso, Luciano, y otros, "Manual de Derecho Administrativo", Barcelona, Año 1996, Vol. I, Pág. 341 y sgtes.

Pereira Campos y otros. "Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo", FCU, 1ª Edición, Octubre de 2008.

Rotondo Tornaría, Felipe. "Manual de Derecho Administrativo", Ed. Del Foro, Montevideo, Año 2000.

Sánchez Carnelli, Lorenzo. "El acto administrativo ante el Estado Moderno de Derecho", publicado en "Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins", Ed. FCU, 1ª Edición, Setiembre 2008.

Sayagués Laso, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, Año 1953, Tomo I, Pág. 490.

Silva Cencio, Jorge A, "Las empresas públicas en Uruguay", en "Estudios de Derecho Administrativo T.I.", Dirección General de Extensión Universitaria

Vázquez, Cristina, "Régimen jurídico de la defensa de la competencia en Uruguay" en Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito" FCU, Pág. 377.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN CHILE

CRISTIAN ROMÁN CORDERO¹
 INSTRUCTOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
 UNIVERSIDAD DE CHILE

“Es algo que parece inexplicable, por ejemplo, cómo el artículo 106 de la ley del régimen interior pudo conferir jurisdicción a los Gobernadores para imponer multas que no excedieran de veinticinco pesos, o, en su defecto, prisión que no excediera de cuarenta i ocho horas, a los individuos que les desobedecieran o faltaran al respecto, i a los que turbaran el orden o sosiego público; i como el artículo 120 de la misma ley pudo conferir facultad a aquellos funcionarios para imponer hasta un mes de prisión o hasta veinticinco palos, a los soldados de policía i a otros agentes de la misma clase, que incurrieran en faltas u omisiones que no tuvieran pena determinada en el Código criminal.

Hoy, por fortuna, nuestro Código Penal tiene previstos los casos a que esas dos disposiciones se refieren, i ha derogado, por consiguiente, o dejado sin efecto la anómala jurisdicción que ámbas atribuían a los Gobernadores departamentales, evitando así que éstos puedan ser jueces en causa propia i que puedan aplicar paternalmente la pena de palos a los infelices subalternos de la policía. ¡El rubor asoma a las mejillas cuando se piensa que semejante régimen, abiertamente contrario a la Constitución i a los sanos principios, ha sido, sin embargo, el régimen legal de nuestra República durante largos años!”

HUNEEUS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso*. 1era edición. Santiago, Imprenta de “Los Tiempos”, 1880, tomo II, p. 244.

1.- Introducción.

El presente trabajo expone la evolución que el derecho administrativo sancionador ha experimentado en Chile, desde un derecho punitivo que bien podemos llamar *pre-beccariano*, tal como lo pone en evidencia el extracto citado, hasta su configuración como un cuerpo dogmático, más o menos, preciso, que se erige, especialmente sobre la base de los derechos fundamentales reconocidos a las personas por la Constitución, como un límite efectivo al ejercicio por parte de la Administración de sus potestades sancionadoras.

Para este cometido, en primer lugar, trataré los fundamentos que justifican la atribución de tales potestades a la Administración y la necesidad de su limitación; luego, me referiré a la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador y a los principios que lo informan; y finalmente, abordaré el concepto de “sanción administrativa”.

2.- Las potestades sancionadoras de la Administración del Estado.

Fundamentos de la atribución legal de potestades sancionadoras a la Administración

Desde el momento mismo en el que es posible hablar de Administración en los términos que hoy la entendemos², aquélla tiene atribuidas potestades sancionadoras. Así, por ejemplo, el libro *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, primero en Chile y Latinoamérica sobre la especialidad³, de 1859, atribuido a don Santiago Prado, ya se refiere a ellas. Sobre el particular puntualiza que su atribución a la Administración debía ser, en primer lugar, excepcional, razón por la cual, entiende, aquello debía estar reservado a la ley, y en segundo lugar, limitada, esto es, las sanciones que la Administración podía, en su ejercicio, imponer en

1 * E mail: croman@derecho.uchile.cl

2 Sobre el particular véase: GIANINNI, Massimo Severo. *Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo*. 1era edición, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.

3 Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*. 1era edición, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, Tomo I, p. 49.

caso alguno debían exceder la “simple corrección o por vía de disciplina”⁴. Criterios que siguieron, por una parte, el Código Penal de 1875, al establecer que la Administración podía imponer sanciones, mas ellas no debían exceder las señaladas en su Libro III, salvo que una ley expresamente dispusiera lo contrario⁵, y por otra, la doctrina, uniformemente, durante buena parte del siglo XX⁶.

Ahora bien, hace poco más de medio siglo, especialmente en las últimas décadas, se aprecia un crecimiento exponencial de la cantidad de órganos administrativos que han sido dotados con tales potestades por ley expresa⁷, así como de la lesividad de las sanciones que éstos pueden imponer en su ejercicio; fenómeno que, por enorme e inorgánico, he denominado *elefantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración*⁸.

Este fenómeno ha sido cuestionado por un importante sector doctrinario. Para ello se ha afirmado que aquél constituye una irrupción desmedida de la Administración en el libre juego de las leyes del mercado⁹ y, además, que la atribución de tales potestades a la Administración contravendría la Constitución, ya que, sostienen Aróstica Maldonado¹⁰ y Soto Kloss¹¹, coincidiendo con lo señalado hace más de un siglo por don

4 La posición del mencionado autor puede apreciarse en el siguiente párrafo extraído de su *Principios Elementales de Derecho Administrativo*: “La independencia de la administración estaría comprometida sino tuviese ninguna potestad coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos, aplicando penas pecuniarias dentro de los límites de la simple corrección o por vía de disciplina. El poder legislativo delega en la administración esta parte de funciones propias del orden judicial, a fin de robustecer su acción i completar su existencia, reservando el conocimiento de las causas graves i de los delitos contra la autoridad a los jueces competentes” (sic) PRADO, Santiago. *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*. 1era edición, Santiago, Imprenta Nacional, 1859, p. 24.

5 En efecto, el artículo 501 del Código Penal dispuso: “En las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las señaladas en este Libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales”.

6 Así, por ejemplo, un libro intitulado *Derecho Administrativo*, sin autor, de 1929, señala en este sentido que: “La potestad correctiva, como se ha dicho, se aplica a los administrados cuando infringe alguna disposición administrativa. Esta potestad se contiene en la ley, pero más generalmente en los reglamentos orgánicos y se le da a la autoridad correspondiente y al jefe del servicio. Las correcciones no tienen el carácter de pena. En primer lugar por su naturaleza misma y en segundo, porque, como dijimos en otra ocasión, así lo establece el art. 20 del Código Penal. De eso se deduce que las correcciones no producen el efecto que llevan aparejadas las penas, como inhabilidad, etc. Las correcciones tiene un segundo carácter distintivo y es el no poder constituir un castigo mayor que el del Código citado impone a las faltas, salvo que la ley administrativa disponga otra cosa. Esto lo prescribe el art. 501 del Código Penal”. Autor desconocido. *Derecho Administrativo*. Santiago, 1929, p. 48. En todo caso no es posible dejar de observar la lamentable omisión que sobre el tema se advierte en las obras holísticas de la especialidad en el periodo referido.

7 Cfr. FUENTES HURTADO, Martín. *Derecho Administrativo Penal*. 1era edición, Santiago, Editorial Universitaria, 1954. Por ello, Aróstica Maldonado sostiene que, “a poco andar el siglo XX, la referencia cuasi marginal que el artículo 501 hacía a las “leyes especiales” abre las puertas, de par en par, a los poderes sancionatorios administrativos, por medio de un cúmulo enorme e incoherente de preceptos legales en tal sentido” Aróstica Maldonado, Iván, “Un Lustró de Sanciones Administrativas (1988-1992)”, en *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 50, julio-diciembre 1991, p. 77.

8 ROMÁN CORDERO, Cristian. “Los principios de Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 69/2, 2007, p. 24 y ss.

9 Sostiene al respecto Aróstica: “Resulta verdaderamente paradójico comprobar que mientras se viene abogando por el “fin del estatismo”, esto es, por el término o al menos la reducción de omnímodos poderes en manos de la Administración, en aras de concretar el justo equilibrio que entre éstos y los derechos de los ciudadanos requiere una sociedad verdaderamente libre, no se ha reparado mientes en la conservación e incluso aumento que han experimentado sus potestades sancionadoras con respecto a esos particulares” ARÓSTICA MALDONADO, Iván, Op. Cit., p. 71.

10 Aróstica Maldonado ha planteado: “De esta forma, perfectamente puede concluirse que la potestad sancionadora administrativa es totalmente inconstitucional, ya que la facultad de imponer penas y sanciones por contravenciones a la normativa vigente le corresponde exclusivamente a los únicos órganos jurisdiccionales: los Tribunales de Justicia, por expresa disposición del inciso cuarto del N° 3 del artículo 19 y del artículo 73, ambos de la Constitución” ARÓSTICA MALDONADO, Iván. “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 182, 1987, p. 74.

11 Por su parte, Soto Kloss ha planteado que, “si sancionar es juzgar, y si para juzgar se requiere estar habilitado jurídicamente por la Constitución y el ordenamiento constitucional, y ello en Chile se ha entregado a los tribunales de justicia, y más encima ello debe hacerse a través del debido procedimiento (racional y justo), no parece sino elemental el preguntarse ¿cómo, entonces, el administrador –sea el Presidente de la República, un jefe de servicio, un intendente, etc.- puede imponer sanciones administrativas sean multas, sean comisos, sean clausuras de locales, sean retiros de actos autorizatorios, sean conductas determinadas, etc. si carece constitucionalmente de jurisdicción? Si el Presidente de la República carece de toda potestad jurisdiccional, y para ordenar detenciones la Constitución ha debido regular expresamente tal posibilidad, y para el caso del estado de sitio ¿cómo es que la Administración que le está subordinada puede imponer sanciones? Porque es

Jorge Huneeus¹², sancionar es juzgar y quien puede juzgar, a la luz de la Carta Fundamental, sólo es el juez, mas no el administrador.

Difiero de la opinión de estos connotados profesores. Ello porque hoy se evidencia la conformación de una nueva sociedad -posmoderna y globalizada-, en la que distintos actores, de una u otra manera, con su acción u omisión, crean relevantes riesgos, en los ámbitos especializados en los que se desenvuelven, que pueden derivar en importantes daños para las personas o cosas - incluso mayores que los que amenaza, con su actuación, la misma Administración-. Lo anterior, que parece ser una verdad indiscutible, exige, por cierto, una reelaboración del concepto de Estado de Derecho y, a su vez, de los fines del Derecho Público, puesto que hoy, para atender a este nuevo orden de cosas, no puede seguir siendo el fin y objeto de aquellos conformar a los imperativos de esa rama del Derecho sólo a los órganos del Estado, sino que también a los particulares, en especial aquellos que, de hecho o de derecho, en este nuevo escenario, detentan formidables poderes en el seno social¹³, sana doctrina que el Tribunal Constitucional ha hecho suya recientemente¹⁵.

una realidad que día a día la Administración impone castigos, no sólo a sus agentes (funcionarios), sino a los simples ciudadanos, a los usuarios de servicios públicos, a quienes contratan con ella, a quienes son beneficiarios de una autorización, de una subvención, de un acto de admisión, en fin de cualquier acto administrativo de beneficio” SOTO KLOSS, Eduardo. “Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 44 /45, 1979/1980, pp. 95 y ss.

12 Este autor señaló sobre el particular lo que sigue: “No se concibe, en efecto, cómo un hecho al cual la ley no señala pena pudiera ser delito, i cómo es posible que, señalándose una ley especial, sólo porque ésta no tiene el nombre o título de Código Penal, o sólo porque no forma parte de éste, ese hecho pueda ser castigado por otra autoridad que los Tribunales Ordinarios de Justicia. Según este curioso sistema, el hecho prohibido i castigado por la ley era o no era delito, tomando en cuenta solamente si esa ley formaba o no parte del Código Criminal, según las palabras de nuestra ley de réjimen interior. ¿Es concebible absurdo semejante?” HUNEEUS, Jorge. La Constitución ante el Congreso. 1era edición. Santiago, Imprenta de “Los Tiempos”, 1880, tomo II, p. 244-245.

13 En este sentido Esteve Pardo ha planteado: “en los últimos tiempos se han formado en el seno de la sociedad, al margen del Estado, unos poderes formidables, como no se habían conocido hasta ahora. Las fuerzas de la economía han abierto circuitos y formado organizaciones de muy difícil control por el Estado al que, por lo demás, llegan a conmocionar con sus movimientos. Por otro lado, el impulso tecnológico, al avanzar de manera tan trepidante y por tan diversos frentes, ha configurado unos espacios que, por su complejidad y su extensión, resultan con mucha impenetrable para los poderes públicos. Unas organizaciones al margen de las estructuras estatales tienden a imponer su dominio en esos ámbitos: las telecomunicaciones, la biotecnología, la energía la industria, los medios de comunicación; y, en no pocos casos, ese poder ni tan sólo se nuclear o articula en torno a una organización visible, sino que parece brotar súbitamente, desbordado, al extenderse una tecnología, como es el caso de internet, o al estallar un enigma de la ciencia como ocurre ahora con el genoma humano. Así es como estos poderes se constituyen y desenvuelven en muy buena medida al margen de la regulación e intervención de los poderes públicos estatales por la sencilla razón de que les resultan inaccesibles y, por ello, incontrolables” ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación. Génesis y efectos*. 1era edición, Madrid, Editorial Civitas, 2002, p. 21-22.

14 En este sentido Esteve Pardo ha expresado: “En cualquier caso, es ya historia la sujeción a normas jurídicas de los poderes públicos lo que, como es notorio, constituye el objetivo y la razón del ser del Estado de Derecho en el que estamos instalados. La paradoja está hoy en el problema que a ese Estado de Derecho se le plantea: no se trata ya del sometimiento a Derecho del propio Estado, sino del sometimiento a Derecho de la sociedad o de alguno formidables poderes que en ella se han formado” ESTEVE PARDO, José, Op. Cit., p. 24. Asimismo, Cantero Martínez ha señalado: “Por otro parte, hemos de tener en cuenta que el propio surgimiento del Derecho Administrativo se ha explicado tradicionalmente en la necesidad de dotar también a los ciudadanos de ciertas garantías ante el ejercicio de estas potestades (los privilegios en más y en menos de los que hablaba Rivero). Por ello, ante este nuevo fenómeno, no es de extrañar que algunos autores comiencen a plantearse la necesidad de reorientar o redimensionar el tradicional carácter garantista del Derecho Administrativo, que se ha articulado clásicamente en torno al establecimiento de las garantías necesarias frente al ejercicio del poder público en la búsqueda por la satisfacción de los intereses generales. En el momento presente, no obstante, el recurso a la autorregulación pone de manifiesto que ahora es en la propia sociedad, en los sujetos privados y no en los poderes públicos donde empiezan a residenciarse básicamente los más reveladores poderes económicos, tecnológicos, científicos, de comunicación e información, por lo que podríamos plantearnos hasta qué punto no empezaría a ser conveniente establecer esos mismos límites, esas mismas o semejantes garantías para los ciudadanos ante los nuevos sujetos que detentan estos formidables poderes” CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el Derecho Administrativo: el recurso de la denominada “autorregulación regulada””. En: PUNZÓN MORALED A, Jesús (Coordinador). *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*. 1era edición, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2005, p. 340-342. En el mismo sentido, véase: NIETO GARCÍA, Alejandro. “Recensión al libro de Esteve Pardo: Autorregulación. Génesis y efectos”, en *Revista de Administración Pública*, N° 160, 2003, p. 429. ROMÁN CORDERO, Cristian. “Neoadministrativismo(s)”, en *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, N° 4, julio-diciembre 2008, p. 266 y ss.

15 En este sentido dicha Magistratura recientemente ha afirmado: “Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia

Para tal cometido, como resulta evidente, el Estado tiene el deber jurídico de actuar a efectos de evitar que tales riesgos –derivados de actividades complejas y cuyo control pertenece a particulares– deriven en daños a terceros¹⁶, deber que concreta, por una parte, normando esos sectores –o incentivando aquello, cuando por la especialidad del sector le resulta imposible, mediante la técnica de la autorregulación¹⁷– y, por otro, sancionando la infracción de tal normativa, lo cual, precisamente por la marcada especialización de esos sectores, no podrían satisfactoriamente realizar los tribunales ordinarios de justicia¹⁸.

Finalmente, cabe apuntar, para alejar toda sombra de duda sobre el particular, que coincido absolutamente con lo observado por el Tribunal Constitucional de España en orden a que más inconstitucional que la aparente inconstitucionalidad de la atribución de las potestades sancionadoras de la Administración, sería así declararlo¹⁹.

a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución;" (STC 976, C-36).

16 Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos. El Derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. 1era edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

17 Cfr. DARNACULLETA GARDELLA, María Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*. 1era edición, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 1era edición, Madrid, Civitas, 2004, I, pp. 1248 y ss.

18 En este sentido, Carretero y Carretero, han sostenido: "Los confines entre la competencia judicial y administrativa son históricos, y si bien el fondo de la cuestión puede ser penal, cuando median consideraciones de eficacia y de oportunidad, la competencia judicial exclusiva para imponer siempre y en todo caso sanciones resultaría inapropiada. Si, en principio, la determinación de las penas es judicial, en otras ocasiones la potestad jurisdiccional del Estado, en sentido punitivo, se atribuye a la Administración como medio de coacción para obtener el cumplimiento de los deberes de los administrados" CARRETERO PÉREZ y CARRETERO SÁNCHEZ. *Derecho Administrativo Sancionador*. 1era edición Madrid, Edersa, 1992, p. 15. Del mismo modo, Villar Ezcurra ha planteado que: "Históricamente ha sido siempre consustancial al poder público el reconocimiento de la facultad para imponer sanciones como consecuencia de la infracción de las obligaciones o prohibiciones impuestas por el mismo poder. Se trata, simplemente, de una consecuencia lógica ya que si la facultad no existiese no podía garantizarse el cumplimiento de tales obligaciones o prohibiciones. En esencia este es el fundamento de la potestad sancionadora pero con matizaciones muy importantes a partir del constitucionalismo e implantación del Estado de Derecho. En primer lugar que la utilización de la coacción corresponde en esencia a los Tribunales de Justicia, con lo cual la potestad sancionadora de la Administración sólo podrá ser concebida como algo residual. En segundo término que, como toda potestad, debe estar reconocida por una norma y sometida en su ejercicio al Derecho" VILLAR EZCURRA, José Luis. *Derecho Administrativo Especial*. 1era edición, Madrid, Editorial, Civitas, 1999, p. 87. Igualmente, Ángeles de Palma del Teso ha establecido: "Parece, por tanto, que no podemos dejar de reconocer que la finalidad última del Derecho punitivo –prevenir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger– se alcanza de forma más efectiva dotando de potestad sancionadora a la Administración. Esta es el instrumento a través del cual el Gobierno ejerce su función ejecutiva. A la Administración interventora, propia de un Estado Social, se le han de reconocer potestades para ordenar y gestionar determinados ámbitos de la vida; y un cumplimiento eficaz de estas funciones pasa por depositar en sus manos una parte del poder punitivo del Estado. Teniendo en cuenta, además, la mayor inmediatez de la Administración, en estos casos, con los hechos sancionados" DE PALMA DEL TESO, Angeles. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*. 1era edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, p. 37. Igualmente, Nieto ha dicho que "La potestad sancionadora de la Administración es tan antigua que como ésta misma y durante varios siglos ha sido considerada como un elemento esencial de la Policía. A partir del constitucionalismo, sin embargo, cambiaron profundamente las concepciones dominantes, puesto que el desprestigio ideológico de la Policía arrastró consigo inevitablemente el de la potestad sancionadora de la Administración, cuya existencia terminó siendo negada en beneficio de los Jueces y Tribunales, a los que se les reconocía el monopolio estatal de la represión. Los tiempos, con todo, han seguido cambiando y hoy casi nadie se atreve ya a negar la existencia de tal potestad –puesto que sería negar la evidencia–, aunque abunden los reproches nostálgicos y se abogue ocasionalmente por el mantenimiento o restablecimiento del monopolio judicial, al que se atribuye –cerrando los ojos a la realidad– el compendio de todas las perfecciones, incluidas las de la justicia, economía y eficacia" NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 3era edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 22.

19 En efecto, el Tribunal Constitucional de España ha planteado, en este sentido, que, "No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de menor gravedad, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia el aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediatez de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados" (STCE de 3 de octubre de 1983). A su vez, el Tribunal Supremo de dicho país ha afirmado: "La Administración, que resignó en los Tribunales muchas de sus potestades represivas, conservó en sus manos –como señala la doctrina– un evidente poder penal residual, al margen de teorías sobre división o separación de poderes

Fundamentos de la necesidad de establecer limitaciones al ejercicio de potestades sancionadoras por la Administración.

Cabe hacer presente que si bien definiendo, como he señalado precedentemente, tanto la constitucionalidad como la conveniencia de la atribución legal de las potestades sancionadoras a la Administración, no puedo dejar de observar, con el mismo énfasis, que necesario es que su ejercicio esté limitado dentro de contornos claros y precisos, y que fijan, primeramente, sus principios, y luego, sus reglas, estadio del que, lamentablemente, hoy lejos nos hallamos²⁰. La razón de tal necesidad radica en que, como resulta evidente, tales potestades son potencialmente lesivas de los derechos fundamentales del perseguido (en efecto, la sanción es, en esencia, un mal proferido a un individuo por la infracción del ordenamiento jurídico) y, en este contexto, el establecimiento de principios en los términos referidos no sólo consolidaría, en este ámbito, el Estado de Derecho²¹, sino que, además, impediría que, en el ejercicio de tales potestades, se lesionen los derechos y garantías del perseguido²² (aunque advirtiendo desde ya que esta rama no es, en lo absoluto, como el Derecho Penal, garantismo puro), evitaría un trato desigual en el ejercicio de tales potestades por distintos organismos administrativos respecto de casos análogos, y desincentivaría la natural tendencia a infringir el ordenamiento jurídico cuando éste, al parecer laxo o impreciso, crea la ilusión –y no pocas veces, realidad– de que fácil es eludir la responsabilidad derivada de su contravención.

3.- La Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador.

Algunos autores plantean que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama del Derecho Penal y, por tanto, regida por los principios de este último –al modo penal–, sino por sus reglas²³. Para afirmar aquello sostienen, en primer lugar, que entre la sanción administrativa y la pena existe una identidad ontológica, existiendo entre ellas tan sólo diferencias de grado o intensidad, y, en segundo lugar, que tanto el Derecho Penal como el “Penal Administrativo” –como ellos llaman al Derecho Administrativo Sancionador– son manifestación de un mismo y único *ius puniendi* del Estado.

Difiero abiertamente de esta posición como de sus argumentos. Para ello advierto, en cuanto al fundamento que apela a la ontología de la sanción²⁴, que aquél análisis pertenece a la filosofía y, por tanto, resulta absolutamente ajeno a aquello que nos convoca: determinar con arreglo a qué principios o reglas jurídicas debe sujetarse el ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración y, en efecto, nada obsta para

y funciones. Nuestra norma Básica ha constitucionalizado esta potestad” (STS 8 de octubre de 1988).

20 “El problema actual no es el de la existencia de la potestad administrativa sancionadora, y ni siquiera el de su justificación, sino mucho más sencillamente –y también mucho más eficazmente– el de su juridificación. No se trata ya (en otras palabras) de devolver a los jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración sino conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los jueces y procesos penales. Y así, la “despenalización” de los procedimientos y garantías” NIETO, Alejandro. Op. Cit., p. 84.

21 En este sentido, Sergio Politoff ha señalado que “Los abusos a que tales medidas –sanciones administrativas– pueden conducir explica los graves reparos que suscita su utilización, sobre todo cuando ella quebranta los criterios de respeto de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona que deben servir de freno a los excesos del poder político. Sin embargo “si se quiere realmente un auténtico Estado de Derecho democrático”, la aplicación de esas facultades –limitada a los casos permitidos por la Constitución– deberá responder de una necesidad ineludible y sujetarse a los criterios de moderación, proporcionalidad y subsidiariedad”. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Derecho Penal*. 2a edición, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2000, p. 37-38.

22 Ya en 1960, Eduardo Novoa Monreal planteaba, describiendo este crecimiento inorgánico de las potestades sancionadoras, que “La proliferación actual de leyes penales administrativas y la mayor gravedad que gradualmente van asumiendo las sanciones que ellas establecen (las leyes sobre Pesca y Caza establecen penas privativas de libertad), hace aconsejable que el legislador se preocupe de rodear a la aplicación del Derecho Penal Administrativo de garantías semejantes a las que están incorporadas al Derecho Penal, como forma adecuada para mantener el respeto por la dignidad y los derechos del hombre” NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho Penal*, 1960, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I, p.74.

23 Sobre el particular véase mi crítica a la jurisprudencia administrativa (dictamen N°14.571/2005 de la Contraloría General de la República) en cuanto ha aplicado reglas precisas del Derecho Penal en la resolución de problemas propios del Derecho Administrativo Sancionador: ROMÁN CORDERO, Cristian. “Derecho Administrativo Sancionador: Ser o no ser. He ahí el dilema.” En: Pantoja Bauzá, Rolando (coord.). *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*. 1era edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p.135-136.

24 Para la Real Academia de la Lengua ontología es: “Parte de la metafísica, que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales” *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. 21 edición, Madrid, Espasa Calpe, 1992, p. 1047.

que, por muy idénticos que sean desde la perspectiva ontológica dos fenómenos o institutos, estén regidos por regímenes jurídicos distintos²⁵. Ahora bien, en cuanto al fundamento relativo a la existencia de un único *ius puniendi* estatal, de tal ficción –ya que no puede calificársele de otra manera–, posible es concluir precisamente lo contrario, ya que conforme a ese razonamiento podría afirmarse que, al estar ambas ramas del Derecho informadas por los principios del Derecho Público Punitivo del Estado, a falta de precisos principios del Derecho Administrativo Sancionador, a éste debieran aplicársele los principios de aquél y no los del Derecho Penal, como concluyen tales autores, o bien, los de este último, pero, claro está, por “regla general”, es decir, con excepciones y/o con matices, según corresponda²⁶.

Reiteradamente, he sostenido que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho, que tiene su “anclaje” en el Derecho Público, en específico en el Derecho Administrativo, con lo cual he querido poner de relieve la finalidad prioritaria que singulariza a esta rama del Derecho, cual es, la protección del interés público, sin perjuicio de otras secundarias como, por ejemplo, dotar de garantías al perseguido²⁷. Tesis que pareciera suscribir nuestro Tribunal Constitucional si se advierte que aquél, al

25 En este sentido, Nieto ha planteado que “decir que dos fenómenos son iguales en la realidad no significa necesariamente que hayan de tener el mismo régimen jurídico; de la misma forma que el legislador puede dotar del mismo régimen jurídico figuras que en el mundo real son, sin duda alguna, ontológicamente diferentes” NIETO, Alejandro, Op. Cit., p. 128. Y en el mismo sentido Peman Gavín ha observado que gran parte de la doctrina “ha otorgado a cuestiones como la propia identidad sustantiva entre el delito y la infracción administrativa un carácter secundario dentro de los problemas del Derecho Sancionador, pues (...) lo esencial es determinar el concreto régimen jurídico aplicable al Derecho Sancionador”. PEMAN GAVÍN, Ignacio. El Sistema Sancionador Español. Hacia una Teoría General de las Infracciones y Sanciones Administrativas. 1era edición, Barcelona, Editorial Cedecs, 2000, p. 27.

26 Respecto del argumento relativo al *ius puniendi* sostiene Nieto: “El enorme éxito de tal postura –elevada ya a la categoría de dogma incuestionable– se debe en parte a razones ideológicas, a que así se atempera el rechazo que suelen producir las actuaciones sancionadoras de la Administración, de corte autoritario, y, en parte, a razones técnicas, en cuanto que gracias a este entronque con el Derecho Público estatal se proporciona al Derecho Administrativo Sancionador un soporte conceptual y operativo del que antes carecía”. Y en mismo sentido que nosotros, Nieto ha planteado: “Porque una vez integrada la potestad sancionadora de la Administración en el *ius puniendi* del Estado, lo lógico sería que aquella se nutriera de la sustancia de la potestad matriz, y, sin embargo, no sucede así, sino que la potestad administrativa a quienes realmente se quiere subordinar es a la actividad de los Tribunales penales y de donde se quiere nutrir al Derecho Administrativo Sancionador es del Derecho Penal, y no del Derecho público estatal”. NIETO, Alejandro, Op. Cit., p. 22.

27 En este sentido, Nieto ha planteado: “Aquí hay, por tanto, una sustitución ilegítima que importa denunciar, y en su caso corregir, para terminar asumiendo todas las consecuencias del dogma. Imagínese, en efecto, lo que sucedería si fuera el Derecho público estatal, y no el Derecho Penal, el que inspirara al Derecho Administrativo Sancionador. El Derecho Penal, desde la perspectiva en que aquí se le contempla, es un Derecho garantista, exclusivamente preocupado por el respeto a los derechos del inculcado; mientras que en el Derecho público estatal, sin menosprecio de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y fomento de los intereses generales y colectivos. En otras palabras, si de veras se creyera en el dogma básico –del que verbalmente tanto se alardea–, habría que rectificar los planteamientos al uso y trasladar el Derecho Administrativo Sancionador desde los campos del Derecho Penal –donde ahora se encuentra o, al menos, quiere instalársele– a los del Derecho Público estatal. Con lo cual terminaría recuperando la potestad sancionadora de la Administración la fibra administrativa que ahora se le está negando. En definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho Público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad ajena a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionador” NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 26-27. Por su parte De Palma del Teso ha sostenido: “que mientras el Derecho Penal es un ámbito exclusivamente punitivo, cuya única referencia es el Derecho Público Estatal, el Derecho Sancionador Administrativo no sólo debe mirar hacia el Ordenamiento Público Estatal, sino también hacia el propio Derecho Administrativo en el que está inserto; razón por la cual los mismos principios no tienen un contenido homogéneo en uno y otro ámbito. (...) Razones todas las vistas que justifican y exigen el recurso al Derecho Penal, por tener en él su asiento los principios aplicables a todo el Ordenamiento Punitivo, y ser referencia obligada en el proceso de elaboración de una dogmática propia del Derecho Sancionador Administrativo, teniendo en cuenta, claro está, la diferencias existentes entre los dos ámbitos y que entre ellos no existe relación de jerarquía” DE PALMA DEL TESO, Angeles. Op. Cit., p. 39-40.

28 Plantea Nieto en este sentido que “Las garantías del inculcado son ciertamente irrenunciables; pero ya no es tan cierto que tengan que proceder del Derecho Penal, puesto que el Derecho público estatal y el Derecho Administrativo están perfectamente capacitados para crear un sistema idóneo propio. Otra cosa es que hasta ahora no lo hayan hecho y que, en consecuencia, para remediar esta ausencia, haya habido, de forma provisional y urgente, que tomar a préstamo las técnicas garantistas del Derecho Penal, pero a conciencia de que no son siempre adecuadas al Derecho Administrativo Sancionador” NIETO, Alejandro, Op. Cit. p. 22 y 23.

referirse sobre esta cuestión, siempre ha empleado la expresión “Derecho Administrativo Sancionador” y no “Derecho Penal Administrativo”²⁹.

4.- Los principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Los principios que informan al Derecho Administrativo Sancionador son de dos clases: los sustantivos y los adjetivos (o procedimentales).

Los principios sustantivos del Derecho Administrativo Sancionador.

Sin perjuicio de lo aseverado con anterioridad, en relación a la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador respecto del Derecho Penal, hay un hecho inobjetable: el primero, no obstante ser cada vez más extendido y lesivo, aún no tiene la solidez dogmática que se aprecia en el segundo. Frente a este estado de cosas preciso es determinar qué principios han de informar a esta incipiente rama del Derecho. En mi opinión, corresponde aplicar, como medida de urgencia y hasta que los principios del Derecho Administrativo Sancionador adquieran claros y precisos contornos –lo que no acontece actualmente–, como *pauta* y *cota máxima*, los principios que informan al Derecho Penal. Como *pauta* pues ellos, en su conjunto, establecen los lineamientos generales que deberían considerarse para tal propósito, sin que ello importe necesariamente aplicar cada uno de dichos principios y con el mismo alcance que en el Derecho Penal (en otras palabras, admito la “importación”, pero en caso alguno el “contrabando” de ellos) y como *cota máxima*, pues en la traslación de tales principios al Derecho Administrativo Sancionador, no es posible ser “más penalista que los penalistas”, esto es, el alcance que en él han de tener, deberá ser siempre más flexible que en el Derecho Penal, conclusión que resulta, a todas luces, evidente si se considera que en dicha sede en caso alguno podría afectarse la libertad personal del perseguido³⁰.

En armonía con lo señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia N° 244, de 1996³¹, sostuvo que tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, de lo cual infieren que los principios del primero son aplicables al segundo, aunque “por regla general”, esto es, conforme puede fácilmente inferirse, de forma matizada, aunque también permitiría desviaciones del esquema penal. Con ello, el Tribunal Constitucional, tácitamente reconoció la autonomía del “Derecho Administrativo Sancionador”, prueba de lo cual es el empleo, hasta el día de hoy, de dicha expresión, para referirse a esta materia.

Sin perjuicio de lo anterior, recientemente a través de los fallos N°s 479 y 480, de 2006³², dicha Magistratura señaló que a pesar de existir algunas diferencias entre pena y sanción, ambas son manifestación del *ius puniendi* del Estado, de lo cual infiere que el estatuto constitucional establecido en el N° 3 del artículo 19 de

29 Véanse al respecto las STC N°s 479 y 480.

30 En el mismo sentido Nieto ha planteado que “el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materias y con las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público estatal. Conste, sin embargo, que esta confesada inspiración no es consecuencia de un prejuicio ideológico, no mucho menos profesoral, sino resultado de haber constatado el fracaso de una metodología –la extensión de los principios del derecho Penal– que ha demostrado no ser certera desde el momento en que la traspolación automática es imposible y que las matizaciones de adaptación son tan difíciles como inseguras; hasta tal punto que el resultado final nada tiene que ver con los principios originarios, cuyo contenido tiene que ser profundamente falseado. Para rectificar este fracaso no hay más remedio que volver a empezar desde el principio y en el principio están, como he repetido, la Constitución, el Derecho Público estatal y el Derecho Administrativo, por este orden. En esta tarea la presencia del Derecho Penal es no ya sólo útil sino imprescindible. El Derecho Penal ha de seguir operando, no obstante y en todo caso, como punto de referencia, como *pauta* técnica y, sobre todo, como *cota* de máxima de las garantías individuales que el Derecho Administrativo Sancionador debe tener siempre presentes” NIETO, Alejandro, Op. Cit., p. 28

31 En efecto, esta sentencia en lo medular sostuvo: “Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado” (C-9°).

32 En lo medular estos fallos señalaron: “Que el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado *ius puniendi*– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19.” (C-5°).

la Constitución, es aplicable “con matices” al Derecho Administrativo Sancionador. Lo anterior constituye, a mi juicio, un importante cambio jurisprudencial, pues la voz “con matices”, que emplean estas sentencias, es más restrictiva que la utilizada por la N° 244 -“por regla general”-, ya que, a diferencia de esta última, no autorizarían desviaciones o excepciones al modelo penal, con lo cual, erróneamente, a mi juicio, el Tribunal Constitucional ha acercado el Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal, poniendo con ello en entredicho su autonomía –que le es consustancial, conforme he explicado-, y ha enfatizado, a su vez, su rol garantista, en desmedro de aquél que lo singulariza: la protección del interés público.

En este contexto, por tanto, posible es concluir, tal como lo estableció el Mensaje del Proyecto de Bases de Procedimientos Administrativos Sancionatorios³³ -luego retirado-, que “con las adecuaciones de rigor” son “principios sustantivos del derecho administrativo sancionador los de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad personal, prohibición de la privación de libertad, proporcionalidad y prescriptibilidad.”³⁴.

Los principios adjetivos del procedimiento administrativo sancionador.

La Administración, en el ejercicio de sus potestades sancionadoras, debe siempre y en todo caso conformarse a un procedimiento idóneo que satisfaga debidamente los imperativos del justo y racional procedimiento, en los términos señalados en el artículo 19 N° 3 de la Constitución³⁵. Por tanto, informan al Derecho Administrativo Sancionador no sólo principios sustantivos, sino que también de orden adjetivo o procedimentales, que si bien es cierto han de guardar cierta simetría con aquellos que informan al proceso penal, no lo es menos que, atendidas las sustantivas diferencias entre la persecución penal y sancionadora –administrativa-, necesario es considerar desde ya matices, sino excepciones, como se ha explicado precedentemente.

Estos principios de orden procedimental que informan al Derecho Administrativo Sancionador pueden desglosarse, sintéticamente, de la siguiente manera:

a) *Derecho al procedimiento administrativo sancionador.* La imposición de una sanción administrativa debe siempre ser el resultado de un procedimiento idóneo seguido por un organismo administrativo. No resulta constitucionalmente admisible, en consecuencia, aun cuando una norma legal así lo permita expresamente –la que de existir no dudaría en tachar de inconstitucional-, la imposición de tales sanciones “de plano”³⁶.

b) *Reserva de ley del procedimiento administrativo sancionador.* No basta la existencia de un procedimiento sancionador administrativo, necesario es que aquél esté consultado en una norma de rango legal. En todo caso, esto no quiere decir de antemano que se impida la colaboración de normas infralegales para tal cometido (v.gr., reglamento y auto acordados), ya que aquello posible es, a mi juicio, siempre que la ley haya reglado los aspectos sustantivos del procedimiento administrativo sancionador y tales normas lo precisen sin restringir los derechos y garantías del perseguido³⁷.

33 Boletín N° 3475-06.

34 Mensaje de SE el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios (Mensaje 541-350), p. 14.

35 En idéntico sentido Aguerrea Mella ha sostenido: “Asimismo, con ello se ratifica lo sostenido por la mejor doctrina nacional en cuanto a que en los procedimientos administrativos, cualesquiera que sean, es enteramente aplicable el art. 19 N° 3 de la Constitución y que las decisiones que emitan los órganos de la Administración deben basarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiéndole al legislador contemplar los elementos que lo hagan racional y justo.” AGUERREA MELLA, Pedro. “Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*. 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005, p. 96.

36 En este sentido, la Tribunal Constitucional ha resuelto: “Que, en consecuencia, aun cuando se trate de un “resolver de plano” con las características antes indicadas, esta Magistratura concluye que resultaría contrario a un procedimiento racional y justo que la Corte de Apelaciones proceda de este modo, sin relación pública ni escuchar ella misma a la parte afectada al decidir los cargos que se formulan en contra de la requirente, pues lo que debe decidir en la gestión pendiente es una cuestión trascendente, no sólo para derechos esenciales de la requirente, sino también y especialmente delicada para la independencia de la que debe gozar un secretario cuando, obrando como juez subrogante, dicta una sentencia definitiva.” (STC Rol N° 747, C-11).

37 En este sentido el Tribunal Constitucional ya ha observado que habiéndose constatado la “omisión de toda norma regulatoria del proceso y procedimiento a través del cual pueden ser impuestas aquellas sanciones, contemplando la defensa de rigor, entre otras situaciones constitucionalmente anómalas”, no es posible sino concluir que “las omisiones

c) *El procedimiento sancionador administrativo debe satisfacer las exigencias de un justo y racional procedimiento.* El procedimiento administrativo sancionador debe satisfacer la garantía de un justo y racional procedimiento, lo que exige que aquél consulte una serie de derechos y garantías para el perseguido en dicha sede, insertos en el concepto de debido proceso, en especial los de defensa jurídica³⁸, de presunción de inocencia³⁹ y de acceso a la justicia⁴⁰.

5- El concepto de sanción administrativa.

Teniendo en consideración, como se ha señalado precedentemente, que la potestad sancionadora de la Administración debe necesariamente conformarse a una serie de principios, tanto sustantivos como adjetivos, lo óptimo sería establecer, con cierto grado de certeza, un criterio conforme al cual distinguir qué actuación lesiva de derechos que ejecute la Administración, (entre los cuales se cuentan, v.gr., la revocación de un acto favorable, la expropiación, la imposición de medidas de coacción directa, la adopción de medidas cautelares, la imposición de multas, etcétera), pueden ser considerados, para estos efectos, una “sanción administrativa”⁴¹.

normativas que evidencian ese precepto en formación impiden que pueda considerarse cumplido el cúmulo de exigencias previstas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Consiguientemente, el Tribunal debe declarar que tal disposición del proyecto infringe el fondo del precepto constitucional señalado, reproche de inconstitucionalidad material que así será decidido en la parte resolutoria de esta sentencia.” (STC Rol N° 437, C-22° y 23°)

38 En este sentido el Tribunal Constitucional ha aseverado: “Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. Por consiguiente, el legislador ha sido convocado por el Poder Constituyente a ejercer su función en plenitud, esto es, tanto en cuestiones sustantivas como procesales, debiendo en ambos aspectos respetar siempre lo asegurado por la Carta Fundamental en el numeral referido;” (STC Rol N° 437, C-17°) En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias Rol N°s 389 C-13° y 376 C-35°.

39 En este sentido el Tribunal Constitucional ha establecido –en relación a la responsabilidad penal, pero aplicable igualmente, “por lo general”, a la responsabilidad administrativa–: “la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye “un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental”, como esta Magistratura sentenció en fallo recaído sobre la causa Rol N° 519-2006. Acercándonos a la especie, la prohibición señalada representa un soporte sustancial a gran parte de las garantías de la doctrinariamente bien llamada igualdad ante la justicia que en nuestro ordenamiento adoptó la peculiar denominación “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, dando sustento a la presunción de inocencia en materia penal, de unánime reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial;” (STC Rol N° 825 C-24°).

40 En este sentido el Tribunal Constitucional ha establecido: “No se repetirán aquí los razonamientos que, en las sentencias referidas, han fundado tal conclusión, la que además parece evidente: el derecho de acceso a la justicia forma parte de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho al debido proceso, consagrado por la Constitución.” (STC Rol N° 1279 C-14°).

41 En este sentido el Mensaje del proyecto de ley de bases de los procedimientos administrativos sancionatorios, señaló: “A primera vista parece del todo evidente qué es una sanción administrativa, mas como se verá a continuación son muchos los casos que parecen serlo pero que en definitiva no lo son. Cuestión que no es un mero divagar en cuestiones semánticas, pues sólo a aquello que es sanción administrativa le son aplicables los principios del derecho administrativos sancionador, sean sustanciales o procedimentales. Así, por ejemplo, la expropiación para la construcción de una carretera si es considerada sanción arrastraría consigo los principios del derecho Administrativos sancionador, es decir los principios penales con matices.” En el mismo sentido se ha afirmado: “Estas garantías (las que deben respetarse al imponerse una sanción administrativa –nota nuestra-) suponen para los ciudadanos mayores derecho que los que tienen cuando se relacionan con la Administración en el seno de otro potestad (de policía por ejemplo), e implican por tanto correlativas cargas para la Administración en tanto que para no quebrantar aquéllos debe ser “más cuidadosa” que lo habitual. Es decir, así como para sancionar necesita la Administración que haya una norma con rango de ley que describa con carácter previo y suficiente detalle la infracción (principio de legalidad), que haya al menos negligencia en la actuación del sujeto (culpabilidad), que no haya pasado el tiempo que da lugar a la prescripción, que el castigo sea adecuado a las circunstancias concurrentes (proporcionalidad), que no se impongan dos castigos por un solo hecho (non bis in idem), o seguir un procedimiento donde se acrediten suficientemente los hechos partiendo de la inocencia del ciudadano, nada de lo anterior

Llamativamente, a no ser por contadas excepciones, nuestra doctrina no ha abordado este tópico⁴². De ello posible es inferir que la discusión que ha habido en torno al Derecho Administrativo Sancionador, en específico sobre los principios que lo informan, ha partido del supuesto –no reconocido expresamente, por cierto– de que cualquier actuación lesiva desplegada por la Administración importa una “sanción administrativa”, produciendo con ello no sólo una hiperinflación del concepto sino que, además, una ampliación desmedida de la órbita de acción de los principios del Derecho Administrativo Sancionador, que preciso es corregir⁴³.

Sabido es que sanción es la “consecuencia jurídica desfavorable que el incumplimiento de un deber produce respecto del obligado”⁴⁴, o bien, la “pena que la ley establece para el que la infringe”⁴⁵, en otras palabras, la garantía de cumplimiento de una norma jurídica; mas en cuanto al concepto de “sanción administrativa” no existe el mismo grado de coincidencia. Así, a modo ejemplar, se ha señalado que esta última es “un mal jurídico que la Administración infringe a un administrado responsable de una conducta antecedente. Son penas en sentido técnico impuestas por la Administración, utilizando sus prerrogativas (...)”⁴⁶, o bien, que es “cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora”⁴⁷, por mencionar algunas definiciones sugeridas por la doctrina

Sin perjuicio de tales definiciones, a mi juicio, la sanción administrativa es un concepto jurídico indeterminado, como muchos otros que pueden apreciarse en el Derecho Público (v.gr., la falta de servicio), y precisamente por ello vano es todo intento por definirla y, a su vez, peligroso, pues con ello se corre el riesgo de rigidizar en demasía su concepto, incluyendo en ella hipótesis dudosas, o bien, excluyendo otras que al parecer sí tendrían tal carácter⁴⁸. Corresponde a la jurisprudencia, en consecuencia, determinar su ocurrencia en cada caso concreto y a la doctrina, a lo más, fijar sus lineamientos generales. Bajo este entendido, a continuación expondré cuatro elementos que, a mi juicio, configuran el núcleo esencial de toda “sanción administrativa”:

a) *La sanción administrativa debe ser impuesta por un órgano administrativo.* Ciertamente la sanción administrativa debe ser impuesta por un organismo administrativo que tenga atribuida por ley facultad expresa en ese sentido. En consecuencia, no podría ser tal, por ejemplo, la medida lesiva de derechos impuesta por un organismo que no revista tal carácter, o bien, por un organismo administrativo que se ampare para ello en una norma reglamentaria, o bien, en una norma legal que sólo le confiera otras potestades, v.gr., de inspección, y no expresamente la de sancionar, por muy ligadas que a ésta estén⁴⁹.

será preciso, o al menos no de un modo tanto riguroso, cuando se trate de realizar otras actuaciones que aun incidiendo en la esfera jurídica de los administrados no tengan la consideración de sanciones.” (ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. 1era edición, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2005, p. 111.

42 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Elementos para definir las sanciones administrativas”, en *Revista Chilena del Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Número Especial, 1998, p. 323 y ss.

43 HUERGO LORA, Alejandro. *Las Sanciones Administrativas*. 1era edición, Madrid, Editorial Iustel, 2007, p. 187 y ss. PEMÁN GAVÍN, Ignacio. Op. Cit., p. 33 y ss.

44 COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. 1era edición, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1960, p. 544.

45 *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 21 edición, Madrid, Espasa Calpe, 1992, p. 1304.

46 CARRETERO PÉREZ y CARRETERO SANCHEZ, Op. Cit., p. 172.

47 SUAY RINCÓN, José. *Sanciones Administrativas*. 1era edición, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, p. 55.

48 En este sentido, Huergo Lora ha señalado: “El sometimiento de las sanciones administrativas a principios y garantías penales, es decir, a un régimen jurídico específico diferente del que se aplica a otros actos de gravamen, exige identificarlas con precisión. Esa tarea no puede corresponderle al legislador, pues ello le permitiría eludir a voluntad la aplicación de las garantías establecidas por la Constitución para las sanciones. No es raro, por otro lado, que los particulares intenten extender el concepto de sanción, pidiendo a los Tribunales que reconozcan esa naturaleza a medidas que no la tienen. En el fondo late una paradoja: si ese régimen especial de las sanciones consisten en último términos en un plus de garantías que tiene como finalidad proteger a los particulares frente a medidas de efectos especialmente graves para su esfera jurídica, no se entiende que las multas, como la resolución de un contrato o la revocación de una autorización.” HUERGO LORA, Alejandro. Op. Cit., p. 186.

49 SOTO KLOSS, Eduardo. “Es tan “delgada” la línea que separa “fiscalizar” de “juzgar””, en *Gaceta Jurídica*, N° 331, 2007, p. 35 y ss.

b) *La sanción administrativa debe importar una lesión o menoscabo de derechos o la imposición de un deber para un particular.* La sanción administrativa debe importar para el afectado un menoscabo o lesión en sus derechos o la imposición de un deber –el cual necesariamente debe estar establecido en una disposición legal-. Si la medida impuesta por un organismo administrativo carece de esta cualidad, en caso alguno podrá ser considerada “sanción administrativa”.

c) *La sanción administrativa debe haber sido establecida por el ordenamiento jurídico como reacción a la contravención de éste.* Toda sanción administrativa debe ser, necesariamente, la reacción frente a una acción: la realización, por acción u omisión, de una infracción administrativa, tipificada como tal por ley.

d) *La sanción administrativa debe ser impuesta con un solo fin: la represión o castigo de un ilícito administrativo.* La sanción debe ser establecida con un solo fin: reprimir o castigar la realización de un ilícito administrativo. Si se impusiera una “sanción administrativa” con otros fines, nos hallaríamos frente a una hipótesis de desviación de poder⁵⁰, que la tornaría arbitraria y que, a su vez, impediría calificarla como tal.

6.- Conclusiones.

1. El Derecho Administrativo Sancionador no es un apéndice del Derecho Penal, sino que, muy por el contrario, es una rama autónoma del Derecho, “anclada” en el Derecho Público, en específico en el Derecho Administrativo, y que, por ello, sirve un rol prioritario, cual es, resguardar el interés público.
2. No obstante su autonomía, ante la inexistencia de un cuerpo dogmático sólido en cuanto a sus principios, por razones de urgencia, deben serle aplicados, como pauta y cota máxima, aquellos que informan al Derecho Penal, pero, claro está, que con excepciones o matizaciones, según corresponda. Por otra parte, en el plano adjetivo o procedimental, la Administración, en el ejercicio de estas potestades, igualmente, deberá observar todos aquellos principios que deriven de la garantía del justo y racional procedimiento.
3. La sanción administrativa es un concepto jurídico indeterminado que el juez deberá precisar en cada caso concreto. Sin perjuicio de ello, posible es establecer algunas características que configuran lo que he denominado su núcleo esencial: a) debe ser impuesta por un organismo administrativo, b) debe importar para el infractor una lesión, o bien, la imposición de un deber, c) debe ser consecuencia inequívoca de la comisión de una infracción administrativa, y d) debe ser impuesta con un sólo fin: la represión o el castigo.

7.- Bibliografía.

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO Y DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. 1era edición, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2005.

AGUERREA MELLA, Pedro. “El estatuto constitucional de la penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.” En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo Intervencionismo*. 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005.

AGUERREA MELLA, Pedro. “Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*. 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales*. 1era edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2007.

⁵⁰ Sobre el particular, entre otras, véase: SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*. 1era edición, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2006. SANCHEZ ISAC, Jaime. *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*. 1era edición, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1973. CHINCHILLA MARIN, Carmen. *La desviación de poder*. 2a edición, Madrid, Editorial Civitas, 1999. CASTILLO BLANCO, Federico. *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*. 1era edición, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2007.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. "La personalidad jurídica y el poder sancionador de la Administración", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 1, enero 2000, p. 183 y ss.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. "Bienes Jurídicos protegidos y potestad sancionadora de la Administración." En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*. 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005.

ALONSO MADRIGAL, Francisco Javier. *Legalidad de la Infracción Tributaria (Reserva de ley y tipicidad en el Derecho Tributario Sancionador)*. 1era edición, Madrid, Dykinson, 1998.

ARANCIBIA MATTAR, Jaime. "Control judicial de sanciones administrativas en materia económica. Notas para un análisis crítico del caso británico." En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*. 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "Algunos Problemas del Derecho Administrativo Penal", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 182, 1987, p. 71 y ss.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "El Derecho Administrativo Sancionador y la Proporcionalidad de los Actos Administrativos", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIV, 1987, p. 109 y ss.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "Un Lustró de Sanciones Administrativas (1988-1992)", en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 50, p. 173 y ss.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "Sanciones administrativas y prescripción." En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*, 1era edición, Santiago Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005.

AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel. "Algunas Consideraciones Constitucionales relativas al Orden Público Económico y el Derecho Penal", en *Revista de Derecho Público*, N° 62, 2000, p. 169 y ss.

BAJO, Miguel, y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "Elementos para definir las sanciones administrativas", en *Revista Chilena del Derecho*, Número Especial, 1998, p. 323 y ss.

CALVO CHARRO, María. *Sanciones Medioambientales*. 1era edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1999.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Derecho penal y derecho sancionador en la Unión Europea*. Granada, Editorial Comares, 2001.

COBO OLVERA, Tomás. *El procedimiento administrativo sancionador tipo*. Barcelona, Editorial Bosch, 2001.

DE PALMA DEL TESO, Angeles. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Editorial Tecnos, 1996.

DELLIS, George. *Droit Pénal et Droit Administratif. La influence des principes du droit penal sur le droit administratif répressif*. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio. *Derecho Eléctrico*. 1era edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2003.

EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio. "Los tipos penales administrativos en la Ley 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles", en *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, Vol III/N° 3, octubre-diciembre 2001, p. 637 y ss.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y Buitrón Ramírez, Guadalupe. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El problema jurídico de las sanciones administrativas", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 10, 1976, p. 409 y ss.

HUERGO LORA, Alejandro. *Las Sanciones Administrativas*. 1era edición, Madrid, Editorial Iustel, 2007.

LESMES SERRANO, Carlos, y otros. *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*. Granada, Editorial Comares, 1997.

RETORTILLO, Martín, "Multas administrativas", en *Revista Administración Pública*, N° 71.

MALJAR, Daniel E.. *El Derecho Administrativo Sancionador*. 1era edición, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2004.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro y ODDO BEAS, Blanca. "Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones)", en *Revista Actualidad Jurídica* N° 8, julio 2003, p. 286.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro. "Acerca del principio general de intransmisibilidad de las multas y en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas." En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*, 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *El principio "non bis in idem" en el procedimiento administrativo sancionador*. 1era edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2000.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La Tipicidad de las Infracciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador*, 1era edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2001.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "Notas sobre Potestad Sancionatoria de la Autoridad Administrativa y Principio de Legalidad", en *Revista de Derecho Público*, N° 67, p. 118 y ss.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 3era edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

ORENA DOMÍNGUEZ, Aitor. *Infracciones y Sanciones Tributarias: un Estudio Jurisprudencial*. Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2002.

PEMAN GAVÍN, Ignacio. *El Sistema Sancionador Español. Hacia una Teoría General de las Infracciones y Sanciones Administrativas*. Barcelona, Editorial Cedecs, 2000.

QUIRÓS LOBOS, José María. *Principios de Derecho Sancionador*. Granada, Editorial Comares, 1996.

ROSINI, Emilio. *Sanzioni amministrative*. Milano, Giuffrè Editore, 1991.

ROMÁN CORDERO, Cristian. "Derecho Administrativo Sancionador: Ser o no ser. He ahí el dilema." En: Pantoja Bauzá, Rolando (coord.). *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*. 1era edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 107 y ss.

ROMÁN CORDERO, Cristian, "Los principios del Derecho Administrativo Sancionador Chileno", en *Revista de Derecho Público*, N° 69, I, p. 24 y ss.

ROMÁN CORDERO, Cristian. "Neoadministrativismo(s)", en *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, N° 4, p. 263 y ss.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. 3era edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Vol II, 2002.

SANZ GANDASEGUI, Francisco. *La potestad sancionatoria de la administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Edersa, 1985.

SOTO KLOSS, Eduardo. "Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración", en *Boletín de Investigaciones*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, N°s 44 y 45, 1979/1980, p. 95 y ss.

SOTO KLOSS, Eduardo. "La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia. El "solve et repete" y el Estado de Derecho". En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*. 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005.

SOTO KLOSS, Eduardo. "La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecua a la Constitución?". En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*. 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005.

SOTO KLOSS, Eduardo. "Es tan "delgada" la línea que separa "fiscalizar" de "juzgar""", en *Gaceta Jurídica*, N° 331, 2007, p. 35 y ss.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Madrid, Edisofer, 1998.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel y AGUADO I CUDOLA, Vicenc. *Derecho Administrativo Sancionador: Materiales*. Barcelona, Editorial Cedecs, 1995.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*. Madrid, Marcial Pons, 1992.

VERGARA BLANCO, Alejandro. *Derecho Eléctrico*. 1era edición, Santiago Editorial Jurídica, 2004.

VERGARA BLANCO, Alejandro. "Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Vol 11 N° 2 (2004), p. 142.

ZORNOZA PÉREZ, Juan. *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*. Madrid, Editorial Civitas, 1992.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo A.

Derecho administrativo dominicano y principios generales

DERECHO ADMINISTRATIVO DOMINICANO Y PRINCIPIOS GENERALES¹

OLIVO A. RODRÍGUEZ HUERTAS²

I) Introducción.

1. En la República Dominicana, el derecho aplicable a la actividad administrativa del Estado se fundamenta en los principios del derecho administrativo continental europeo de origen francés.

2. Los órganos y entidades administrativas, para el cumplimiento de sus fines, se encuentran investidos de prerrogativas de poder público, desarrollan actividades de prestación y fomento, sus bienes se encuentran sometidos a un estatuto particular, los actos, contratos y vías de hecho en que incurran están sujetos al control contencioso administrativo a cargo de un órgano jurisdiccional ubicado institucionalmente en el ámbito del Poder Judicial, como lo es el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo.

3. No obstante la inexistencia de un procedimiento administrativo general que proteja los derechos e intereses de las personas en su relación con la administración, los actos administrativos que afecten sus derechos y obligaciones están sujetos al previo cumplimiento de un debido proceso administrativo. Además, las personas, para la protección de sus derechos frente a los actos dictados por la autoridad pública al margen de la juridicidad, tienen a su disposición recursos, en sedes administrativa y jurisdiccional.

4. Si bien es cierto que el derecho administrativo dominicano sigue la tradición francesa, de un derecho propio de la administración, desde la fundación de la República en el año 1844, y hasta el año 1947, no existió en la República Dominicana una jurisdicción especializada que conociera las controversias surgidas entre las personas y la administración, función que durante ese largo lapso, de algo más de 100 años, le correspondió a los tribunales ordinarios³. De manera que la correspondencia, tan particular del sistema jurídico administrativo francés, de derecho aplicable y jurisdicción especializada, no existió en la República Dominicana en un largo período de su historia.

5. La enseñanza del Derecho Administrativo se remonta a principios del siglo pasado. Desde ese remoto origen su alcance no estuvo exento de conflicto, ya que se cuestionó la enseñanza basada en el estudio de los principios generales, con escasa aplicación de la legislación administrativa, lo que desencadenó en un cambio en la denominación de la materia en el programa de estudio de la carrera de derecho, sustituyéndose la expresión “**Derecho Administrativo**” por la de “**Legislación Administrativa**”.

1 Ponencia preparada para la reunión del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en Valladolid-España. Septiembre 2008,

2 Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PCMMA) y de la Universidad Iberoamericana (UNIBE) de la República Dominicana. Ha participado en cursos de Post Grado en España, en Derecho Público, en la Universidad San Pablo-CEU (2006); en Fiscalidad Internacional en la Universidad Castilla-La Mancha (2007) y en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca (2008). Es co-autor de la obra “Manual Teórico-Práctico de Libre Acceso a la Información Pública”. Miembro del Consejo Consultivo de la Revista de Derecho Público de Venezuela y del Consejo Editorial de la Revista de Administración Pública de la República Dominicana.

3 Rosina De La Cruz Alvarado, destacada administrativista dominicana, ha señalado, en ese sentido, lo siguiente: “A partir del 27 de febrero de 1844 y hasta el 4 de agosto de 1947, el sistema dominicano, a falta de legislación expresa en ese sentido, fue el de unidad de jurisdicción. Los tribunales judiciales eran competentes para conocer tanto los litigios entre los particulares como los asuntos contenciosos administrativos. Esta competencia general cesaba en los casos para los cuales la ley había establecido tribunales administrativos especiales. Entre estos, el tribunal más importante era el Consejo de Aduanas que comportaba dos grados de jurisdicción.”

6. El primer gran administrativista dominicano, **Don Manuel De Jesús Troncoso de La Concha**, en el prólogo a la primera edición de su obra **“ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO”**, relata la circunstancia en que se origina el conflicto referido en el párrafo anterior:

“Cuando en el año de 1917 se iba a proceder a la reforma de las leyes del servicio de Educación, los señores Jacinto R. de Castro y Julio Ortega Frier, miembros de la comisión encargada de preparar el proyecto de reformas, propusieron que en el grupo de las asignaturas del plan de estudios de la Facultad de Derecho se sustituyese la expresión DERECHO ADMINISTRATIVO por la de LEGISLACION ADMINISTRATIVA DOMINICANA. Explicaron su proposición diciendo –y esto era exacto– que el estudio del Derecho Administrativo en nuestra Universidad se circunscribía a la exposición de los principios generales de esa rama de la ciencia jurídica, con muy poca aplicación de ellos a la legislación nacional, de lo cual resultaba que los alumnos quedaban ayunos del examen de muchas leyes dominicanas del orden administrativo cuyo conocimiento era indispensable. Su móvil era, así, que al adoptarse, como lo fué, la nueva denominación, se pusiese de relieve el pensamiento de la ley de que, si bien se necesitaba el estudio de aquellos principios, no se necesitaba menos el de la organización legal de los servicios administrativos en la República Dominicana”.

7. Lo referido anteriormente ha tenido influencia en la doctrina nacional, ya que, precisamente la otra gran obra de enseñanza del Derecho Administrativo en la República Dominicana, escrita por el Lic. Manuel A. Amiama⁵, fue titulada **“PRONTUARIO DE LEGISLACION ADMINISTRATIVA DOMINICANA”**.

8. Independientemente de la denominación que se utilice para la enseñanza del Derecho Administrativo, la realidad es que en la República Dominicana, el estudio de ésta disciplina autónoma del derecho público comprende tanto los principios generales, como la legislación administrativa, lo que se refleja en las definiciones que han brindado los dos grandes estudiosos de nuestro Derecho Administrativo, los profesores Troncoso De La Concha y Amiama:

“El Derecho Administrativo **es el conjunto de los principios y reglas** por los cuales se rige la actividad del Estado en cuanto se refiere al cumplimiento de los fines de esa actividad y a la determinación de los medios para llevarlos a cabo”⁶.

“El Derecho Administrativo es la parte o rama del Derecho Público que estudia de una manera sistemática, y **con vistas al establecimiento de principios y reglas generales**, la organización de la Administración Pública, las atribuciones de los organismos y funcionarios que la constituyen, las facultades de los particulares derivadas de las leyes administrativas, resultado de esas leyes, y los medios a que se puede recurrir para remediar la violación de esos derechos”⁷ (Manuel A. Amiama).

9. La Ley 1494, de 1947, que instituyó la jurisdicción contenciosa-administrativa da cabida a los principios generales como fuentes del derecho administrativo dominicano, al disponer que todas las sentencias del Tribunal Superior Administrativo se fundamentarán en los preceptos de carácter administrativo que rijan el caso controvertido y **en los principios que de ellos se deriven**⁸.

10. Asimismo, la reciente Ley 13-07, que dispone importantes reformas en el ámbito de la justicia contenciosa administrativa, al otorgar competencia para conocer del contencioso administrativo municipal a los Juzgados de Primera Instancia, dispone que al estatuir sobre estos casos **aplicarán los principios y normas del Derecho Administrativo**, y sólo recurrirán de manera excepcional, en ausencia de estos, a los preceptos adecuados de la legislación civil⁹.

4 La primera edición formal de esta obra se produjo en el año 1938.

5 La primera versión mimeografiada de esta obra apareció en el año 1956.

6 Troncoso De La Concha, Manuel De Jesús. Elementos de Derecho Administrativo Dominicano, Cuarta Edición, página 7.

7 Amiama, Manuel A. Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana, Editorial Tiempo, 1987, página 5.

8 Artículo 29, Ley 1494, de 1947.

9 Artículo 3, de la Ley 13-07. La razón de esta previsión se debe a que los Juzgados de Primera Instancia están habituados a la solución de los conflictos a través de las reglas de derecho privado.

11. En materia de identificación de principios generales, la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02¹⁰, hizo un aporte importante al derecho administrativo dominicano al identificar, como tales, los siguientes: legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, motivación de los actos que restrinjan la esfera jurídica de los interesados, jerarquía normativa, eficacia, razonabilidad, economía, transparencia, celeridad, preclusión de plazos, publicidad y debido proceso. A estos principios debemos agregarle otros igualmente incorporados en la Ley 183-02, como el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos¹¹, el de presunción de legalidad de los actos administrativos¹², el principio de ejecutoriedad¹³, el principio de ausencia de efectos suspensivos de los recursos administrativos¹⁴.

12. La jurisprudencia emanada de nuestra Suprema Corte de Justicia¹⁵ ha reconocido a los principios generales como fuente del derecho en la República Dominicana, aunque no a propósito de controversias de naturaleza contenciosa administrativa.

II) Las fuentes del Derecho Administrativo Dominicano.

13. El Derecho Administrativo Dominicano se nutre de una diversidad de fuentes: fuentes escritas, fuentes no escritas. Las fuentes escritas, la conforman las normas que integran el denominado "Bloque de Constitucionalidad", los tratados internacionales distintos a los de derechos humanos, las leyes adjetivas, los reglamentos que dictan las autoridades administrativas¹⁶. Mientras que la fuente no escrita le corresponde a los principios generales del derecho administrativo.

14. La noción de "Bloque de Constitucionalidad" ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico dominicano por vía pretoriana, mediante la Resolución 1920, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en fecha 13 de noviembre de 2003:

"Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria¹⁷".

10 Artículo 4, letra e), de la Ley 183-02, promulgada el día 21 del mes de noviembre del año 2002.

11 Ese principio se encuentra incorporado de manera expresa en el Artículo 4, letra d) de la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02: "Los Reglamentos y los Instructivos tendrán siempre un alcance general y lo dispuesto en ellos no podrá ser objeto de alteración singular por actos dictados por el mismo órgano que emitió la disposición reglamentaria".

12 Artículo 4, letra a) de la Ley 183-02.

13 Artículo 4, letra a) de la Ley 183-02.

14 Artículo 4, letra c) e la Ley 183-02.

15 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia del 6 de octubre de 1999 y del 9 de febrero de 2000

16 La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia ha reconocido que autoridades administrativas distintas del Presidente de la República tienen competencia para dictar reglamentos de ejecución de las Leyes. En una sentencia dictada en fecha 15 de marzo de 2006, en ocasión de una acción directa de inconstitucionalidad de la Ley de Registro Inmobiliario, dijo: "en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico y conforme la Constitución de la República, el Presidente de la República es el encargado de cuidar de la fiel ejecución de las leyes, en virtud del poder general que en ese sentido le acuerda el artículo 55, numeral 2 que le confiere la facultad de dictar normas de aplicación general obligatorias para sus destinatarios; que, sin embargo, dada la imposibilidad de que el Primer Mandatario vele personalmente por la aplicación de todas las leyes, el poder de reglamentación ha sido extendido a otras entidades de la administración pública o descentralizadas de esta, razón por la cual dicha facultad puede ser ejercida, además del Presidente de la República, por la autoridad u organismo público al que la constitución o la ley haya dado la debida autorización". Este criterio es cónsono con la opinión de la destacada administrativista dominicana Rosina De La Cruz Alvarado: "El principio es pues, que sólo el Presidente de la República es titular del Poder Reglamentario, sin embargo, ese principio conoce temperamentos, ya que puede ser atribuido, en virtud de un texto legal a un Secretario de Estado o a un organismo descentralizado, como ocurre con nosotros con la Junta Monetaria y como veremos que ha sido atribuido a la Administración Tributaria". (El Poder Reglamentario de la Administración Tributaria, artículo aparecido en Estudios Jurídicos, Volumen IV, Número I, Enero-Abril 1994),

17 Esta noción del Bloque de Constitucionalidad se aplica a partir del dictado de la Resolución 1920, con bastante

15. Conforme se puede apreciar, la noción de “Bloque de Constitucionalidad” comprende normas de orígenes nacional y supranacional, otorgándole carácter vinculante a la doctrina que sirve de sustento a la jurisprudencia en materia constitucional, así como a las opiniones consultivas y a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ampliando así la esfera de protección de las personas en sus relaciones con los órganos del Estado que ejercen función administrativa, ya que como ha proclamado la jurisprudencia¹⁸, es un requisito para la validez de las normas y de los actos administrativos su conformidad con el Bloque de Constitucionalidad.

16. La Constitución de la República Dominicana contiene una regulación dispersa sobre diversos temas de interés para el derecho administrativo. En ella figuran recogidos principios esenciales de esta disciplina del derecho público como lo son los principios: de legalidad, de razonabilidad¹⁹, de igualdad²⁰, de responsabilidad²¹, de seguridad jurídica y no retroactividad²², de publicidad²³ y de continuidad de los servicios públicos²⁴.

17. Asimismo, la Carta Fundamental del Estado recoge algunas reglas básicas de interés para el derecho administrativo, como las relativas a la administración central del Estado²⁵, la previsión de la existencia de los organismos autónomos, de los gobiernos locales, las relaciones interadministrativas entre la administración central y los gobiernos locales, la potestad reglamentaria, la capacidad regulatoria de la administración monetaria, la libertad de empresa, el régimen de la expropiación forzosa de bienes, la distinción en materia de bienes públicos, de los que conforman el dominio público y el dominio privado, entre otros aspectos.

18. Los tratados internacionales, distintos a los de derechos humanos, tienen igualmente una importancia trascendente en el sistema de fuentes del derecho administrativo dominicano, sobre todo aquellos relativos a temas de naturaleza económica, como los relacionados con la Organización Mundial del Comercio (OMC), y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, conocido, por sus siglas en inglés, como DR CAFTA²⁶, y en materia de transparencia, como la Convención Interameri-

frecuencia en la Jurisprudencia en materia constitucional de la Suprema Corte de Justicia, tanto las que son producto del control concentrado de constitucionalidad, como del control difuso.

18 Sentencia del 4 de agosto de 2004, de la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia: “una norma o acto, público o privado, es válido cuando, además de su conformidad formal con el bloque de constitucionalidad, esté razonablemente fundado y justificado dentro de los principios de la norma superior”; que, para garantizar esos principios la Constitución nacional en su artículo 46, dispone. “ Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución o acto contrario a esta Constitución”

19 Art. 8.5, segunda parte. La ley no puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad, ni puede prohibir más que lo que le perjudica. Este texto ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que el mismo “**confiere a los tribunales la facultad de exigir la condición de razonabilidad en la aplicación de toda ley por los funcionarios públicos, condición que debe alcanzar, sobre todo, a aquellas que impongan cargas y sanciones de toda índole**” (Sentencia de fecha 15 de junio de 1973).

20 Art. 8.5. La Ley es igual para todos. Art. 100. “La República condena todo privilegio y toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos, entre los cuales no deben contar otras diferencias que las que resulten de los talentos o de las virtudes”.

21 Artículo 4. El gobierno de la Nación es esencialmente republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. **Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las Leyes**

22 Artículo 47: La ley solo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté sub-júdice o cumpliendo condena. En ningún caso la ley ni poder público alguno podrá afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.

23 Artículo 8, numeral 10. Todos los medios de información tienen acceso a las fuentes noticiosas oficiales y privadas, siempre que no vayan en contral del orden público o pongan en peligro la seguridad nacional. La Ley 200-04, de Libre Acceso a la Información Pública, desarrolla este principio de publicidad y establece los mecanismos para que las personas accedan a la información que figura en los archivos públicos, con excepción de aquellas que por intereses públicos o privados preponderantes no estén sujetos a publicidad.

24 Artículo 8, numeral 11, letra d): Será ilícita toda huelga, paro, interrupción, entorpecimiento o reducción intencional de rendimiento que afecten la administración, los servicios públicos o los de utilidad pública.

25 El Artículo 55 de la Constitución dispone que el Presidente de la República, es el titular del Poder Ejecutivo y en tal condición jefe de la administración pública. El artículo 61 de ese mismo texto fundamental se dispone que para el despacho de los asuntos de la administración pública habrán las Secretarías de Estado que determine la ley, la que también determinará lo relativo a sus atribuciones (Art. 62).

26 El DR-CAFTA, generó una importante transformación de numerosas leyes administrativas y el dictado de una Ley

cana contra la Corrupción, que contienen disposiciones que son directamente aplicables en el ordenamiento jurídico interno²⁷.

19. En el ámbito de la Ley, el rol que le corresponde al Poder Legislativo es de importancia primordial, ya que de conformidad a la Constitución es atribución del legislador crear las Secretarías de Estado entre las que son distribuidas las grandes competencias administrativas del Estado, de donde se desprende que la desconcentración de competencias en órganos subordinados, en base al **principio del paralelismo de formas**, le corresponde también al legislador; crear y asignar competencias a los organismos autónomos o entidades descentralizadas funcionalmente, así como a los Municipios. Por otra parte, es tarea del legislador, todo lo atinente a la limitación de derechos.

20. Varias leyes que tienen una gran incidencia en aspectos vitales de la actividad administrativa del Estado, como la Ley de la Seguridad Social²⁸, la Ley de Función Pública²⁹ y la Ley de Municipios³⁰, han sido estructuradas en base a principios que sirven de pauta de interpretación para el resto del articulado de esas respectivas leyes.

21. Finalmente, en cuanto a las fuentes escritas, los reglamentos constituyen cuantitativamente una fuente de primerísima importancia en el derecho administrativo dominicano, sobre todo en los ámbitos sustentados en leyes marco, como acontece en los ordenamientos sectoriales del medio ambiente, de la actividad de intermediación financiera, de los mercados de valores, de la seguridad social, de la salud, entre otros.

22. En lo que respecta a las fuentes no escritas, los principios generales del derecho administrativo encuentran en esta rama del derecho público un amplio campo de aplicación debido a la ausencia de regulación general de muchas de las instituciones esenciales del Derecho Administrativo, tales como, la actividad y la organización administrativas, el acto administrativo, el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el régimen de los bienes públicos, entre otras.

III) La Organización Administrativa Dominicana.

23. La organización administrativa es una de las instituciones del derecho administrativo que da cabida a una cantidad apreciable de conceptos jurídicos, y en la que los principios generales del derecho administrativo juegan un papel fundamental, debido a las carencias de que adolece la Ley Orgánica de Secretarías de Estado³¹.

24. En la República Dominicana el Estado es de naturaleza unitaria. No obstante, coexiste desde el punto de vista de las formas de organización administrativa, la centralización y la descentralización.

25. La administración central del Estado, que está a cargo de las autoridades nacionales, está conformada por el Poder Ejecutivo, por las distintas Secretarías de Estado, y por las Direcciones Generales que le están subordinadas.

26. La Ley Orgánica de Secretarías de Estado No. 4378, de 1956, con la finalidad de garantizar unidad y coherencia al conjunto de órganos administrativos que conforman la administración central del Estado, consagra, de forma expresa, el principio de jerarquía:

de Contrataciones Públicas.

27 El Artículo 3 de la Constitución de la República dispone que “la República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”.

28 La Ley 87-01, que instituye el Sistema Dominicano de la Seguridad Social consagra en su Artículo 3 los principios fundamentales del Sistema: universalidad, obligatoriedad, integralidad, unidad, equidad, solidaridad, libre elección, pluralidad, separación de funciones, flexibilidad, participación, gradualidad, equilibrio financiero.

29 La Ley 41-08, de Función Pública, establece en su Artículo 3, los siguientes principios fundamentales: mérito personal, igualdad de acceso, estabilidad, equidad retributiva, flexibilidad organizacional, irrenunciabilidad, tutela jurisdiccional.

30 La Ley 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios señala en su Artículo 6, como principios los siguientes: descentralización, desconcentración, subsidiariedad, concurrencia, coordinación, eficiencia, eficacia, equidad, transparencia, participación, concertación.

31 No. 4378, del 10 de febrero de 1956.

Art. 13.- Los Secretarios de Estado tienen capacidad para revocar o modificar todos los actos de los funcionarios, empleados u organismos de su dependencia jerárquica, aún cuando éstos hayan actuado en ejercicio de atribuciones legales, salvo los recursos de que sus decisiones pudieren ser objeto de acuerdo con la Constitución y las leyes.

27. Asimismo, con la finalidad de evitar el congestionamiento de la más alta jerarquía de la administración central del Estado, a cargo del primer mandatario de la nación, la Ley 4378, dispone que la vía administrativa se agota en las Secretarías de Estado, ya que sus decisiones se presumen como emanadas del Presidente de la República.

28. El ordenamiento jurídico administrativo dominicano consagra disposiciones legales aplicables a las relaciones interadministrativas que se suscitan entre la administración central del Estado y las entidades descentralizadas funcionalmente, sujetándola al **principio de la tutela administrativa**³², que se expresa a través de una supervigilancia a cargo de la Secretaría de Estado a fin a la naturaleza de los cometidos de la entidad descentralizada, sin poder de revocación:

Art. 17.- Los organismos autónomos instituidos por leyes, se regularán, bajo su responsabilidad, por las leyes en virtud de las cuales se hubieren instituido; pero su funcionamiento estará bajo la supervigilancia del Secretario de Estado encargado de las materias correspondientes a la competencia del organismo de que se trate, a fin de que su funcionamiento se ajuste a las prescripciones legales. En caso de necesidad, los Secretarios de Estado, por vía de requerimiento, pedirán a esos organismos el cumplimiento de la ley o presentarán al Presidente de la República los informes o recomendaciones que creyeren de lugar.

29. En lo que respecta a las relaciones interadministrativas entre el Estado y los Municipios, se encuentran reguladas, en principio, en la Constitución de la República. Esa regulación revela la naturaleza esencialmente centralista del Estado Dominicano, ya que no atribuye competencias específicas a los Municipios, lo que es dejado a la discreción del legislador³³; la arbitrios que en aplicación de su potestad tributaria puedan crear, puede ser anulado mediante Decreto del Poder Ejecutivo³⁴, y no pueden colidir con los impuestos nacionales, el comercio intermunicipal o de exportación, ni con la Constitución o las Leyes³⁵; además el Poder Ejecutivo debe autorizar la enajenación de inmuebles³⁶ y aprobar los contratos que suscriban cuando constituyan en garantía inmuebles o rentas municipales³⁷.

30. La Ley 176-07, del Distrito Nacional y los Municipios, enumera, en su artículo 12, un conjunto de principios aplicables a las relaciones interadministrativas de los ayuntamientos municipales y la administración central del Estado, tales como los de colaboración, de coordinación, de concurrencia, de subsidiariedad, de información mutua, y de respeto a sus respectivas competencias.

31. A fin de asegurar el cumplimiento de estos principios básicos de las relaciones interadministrativas, la ley confiere legitimación al Poder Ejecutivo para impugnar jurisdiccionalmente las ordenanzas, reglamentos, resoluciones y acuerdos dictados por los Ayuntamientos por infracción del ordenamiento jurídico³⁸; y a los Ayuntamientos, para impugnar los actos y disposiciones dictados por el Poder Ejecutivo y sus órganos administrativos dependientes, cuando estos lesionen la independencia y autonomía funcional del Municipio³⁹.

32. Un aspecto importante en el ámbito de las relaciones interadministrativas en el derecho administrativo dominicano, lo es el relativo al principio de coordinación. Como he señalado anteriormente, este

32 La Ley de Función Pública define la tutela administrativa como el conjunto de facultades de control y supervigilancia otorgadas a las Secretarías de Estado para velar por la orientación, eficacia, eficiencia, y legalidad de la gestión de las entidades descentralizadas, cuyos objetivos programáticos le son afines.

33 La parte in fine del Artículo 83 dispone que la Ley determinará lo relativo a las atribuciones, facultades y deberes de los Ayuntamientos. Sin embargo, es importante señalar que la Ley del Distrito Nacional y los Municipios

34 Artículo 55, numeral 25.

35 Artículo 85, parte in fine.

36 Artículo 55, numeral 26.

37 Artículo 55, numeral 26.

38 Artículo 102 de la Ley 176-07

39 Artículo 104 de la Ley 176-07

principio de organización administrativa figura expresamente recogido en la Ley del Distrito Nacional y los Municipios⁴⁰.

33. La introducción en la legislación dominicana de la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, y de la Ley General de Defensa de la Competencia, ha conllevado una transformación en el ejercicio de las funciones administrativas a cargo de los órganos reguladores sectoriales en materias como: telecomunicaciones, banca, seguros, mercados de valores, seguridad social, electricidad, entre otras, **que sólo pueden ser resueltas de manera eficiente a través del principio de coordinación**, toda vez que esas legislaciones subordinan el dictado de reglamentaciones y decisiones que afecten a los consumidores o usuarios, o a la libre competencia, a la previa opinión del Consejo Directivo de Pro-Consumidor⁴¹ o de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia⁴², según sea el caso.

34. La Ley Monetaria y Financiera consagra un régimen particular de coordinación en el ámbito de los mercados financieros cuando dispone que “la Administración Monetaria y Financiera y los Organismos reguladores y supervisores del mercado de valores, seguros y pensiones guardarán la necesaria coordinación en el ejercicio de sus respectivas competencias regulatorias, con el objeto de permitir una adecuada ejecución de sus funciones, una eficiente supervisión en base consolidada y un fluido intercambio de las informaciones necesarias para llevar a cabo sus tareas⁴³”.

35. No obstante la existencia de regulación particular en esos aspectos importantes de la organización administrativa, no existe en la República Dominicana normas que hayan incorporado, **con carácter general**, en la legislación administrativa los principios generales relativos a la competencia, la delegación de competencia, la delegación de firma, la avocación administrativa, la encomienda de gestión, las reglas relativas a la solución de los conflictos de competencia⁴⁴, así como las atinentes al funcionamiento de los órganos administrativos colegiados⁴⁵, entre otros.

36. En el año 2005, el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia y el Programa de Ayuda a la Reforma y Modernización del Estado (PARME), financiado por la Unión Europea y el Gobierno de la República Dominicana, auspiciaron un anteproyecto de “Ley Reguladora de la Actividad de la Administración Pública y su Control por los Tribunales”, que recogía, entre otros aspectos, los temas señalados en el punto anterior. Este anteproyecto no ha sido considerado aún por el Gobierno Dominicano para su envío a discusión al Poder Legislativo.

37. Anteriormente, en el año 2003, el mismo Programa PARME de la Unión Europea auspició, sin éxito, un anteproyecto de Ley de Organización de la Administración Pública que recogía, entre otros aspectos, los principios básicos de la organización administrativa, consagrando además aspectos claves, como la desconcentración administrativa y sus tipos; ampliaba y aclaraba el alcance del principio de jerarquía administrativa, y de la tutela administrativa.

38. Se trata de iniciativas importantes, sobre todo en un país con una escasa tradición de derecho administrativo, por lo que la ausencia de normas escritas en temas tan esenciales, genera dificultades al momento de solucionar las controversias mediante la aplicación de principios generales.

40 Ver No. 31

41 Artículo 17, letra K de la Ley 358-05.

42 Artículo 20 de la Ley No. 42-08.

43 Artículo 1, letra d) de la Ley 183-02.

44 El Artículo 1, letra d) de la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, contempla el dictado por parte de la Junta Monetaria de un reglamento de conflictos de competencia entre los órganos reguladores de los sectores que intervienen en los mercados financieros.

45 En relación a este último aspecto, existen algunas leyes administrativas que regulan algunos aspectos del funcionamiento de sus órganos colegiados. Ejemplo de ello lo encontramos en la Ley Monetaria y Financiera (Artículo 13); la Ley del Distrito Nacional y los Municipios (Artículo 58); la Ley del Mercado de Valores (Artículo 36); la Ley que crea el Sistema Dominicano de la Seguridad Social (Artículo 24); la Ley de Competitividad e Innovación Industrial No. 392-07 (Artículos 7 al 9) .

IV) Función Pública y Responsabilidad Administrativa.

• Función Pública.

39. La Constitución dominicana dispone que al Presidente de la República, como jefe de la administración pública, corresponde “nombrar los Secretarios y Subsecretarios de Estado y los demás funcionarios y empleados públicos cuyo nombramiento no se atribuya a ningún otro poder u organismo autónomo reconocido por esta Constitución o por las leyes, aceptarles sus renunciaciones y removerlos⁴⁶”.

40. Como se puede apreciar, el sistema diseñado por la Constitución concentra en las manos del Presidente de la República el nombramiento y remoción de los servidores públicos. La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia refuerza aún más esa concentración de poderes en materia de función pública en manos del Jefe del Estado, cuando señala que “ninguna norma de carácter adjetivo, como la Ley No. 153-98 puede, **sin estar afectada de inconstitucionalidad, llevar limitaciones a una prerrogativa reconocida por una expresa atribución constitucional**, caso del párrafo 1 del artículo 55⁴⁷”.

41. En fecha 4 de enero de 2008, el Presidente de la República promulgó la Ley 41-08, que contiene el nuevo estatuto de la función pública aplicable a los servidores públicos del Estado, los Municipios y las entidades autónomas.

42. Esta ley dispone que el ejercicio de dicha función estará regido por una serie de principios, como el mérito personal, la igualdad de acceso, estabilidad en los cargos de carrera, equidad retributiva, jus variandi, irrenunciabilidad y tutela judicial⁴⁸.

43. Una vieja institución del derecho administrativo como lo es la teoría del funcionario de hecho, queda incorporada de manera formal en la legislación administrativa dominicana, a través de la Ley 41-08, que en el párrafo I del Artículo 33, dispone que **“todo nombramiento o contratación efectuado sin el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo será nulo sin perjuicio del tiempo que hubiera transcurrido, lo cual no afectará la validez de los actos y actividades efectuados por la persona”**.

44. La doctrina administrativa dominicana⁴⁹ se había referido a la teoría del funcionario de hecho: “Se da el nombre de funcionarios de hecho, o de facto, a las personas que ejercitan todas las atribuciones correspondientes a una función pública con toda la apariencia de tener para ello una completa investidura legal, pero en realidad, con ciertas fallas en esa investidura”. Respecto de los efectos jurídicos de estos actos, “la opinión general de los tratadistas, y el criterio de la jurisprudencia, es que a los actos de los funcionarios de hecho debe reconocerse igual validez jurídica que a los actos de los funcionarios regulares”.

45. La jurisprudencia dominicana emanada de la Suprema Corte de Justicia con anterioridad a la Ley de Función Pública, había reconocido, **la teoría del funcionario de hecho** señalando que “si bien es cierto que un alguacil suspendido en funciones por una de las causas previstas en la ley debe abstenerse de ejecutar los actos y notificaciones propios de su ministerio mientras esa suspensión perdure, **no es menos cierto que la estabilidad del orden jurídico y el interés general requieren que los efectos de los actos emanados de funcionarios públicos en esa situación, se les reconozca la misma validez que a los actos de los funcionarios regulares, en razón de que no es justo que los particulares sin culpa alguna e ignorantes de la suspensión, se perjudiquen en relación con los actos que le conciernen vinculados con la administración pública, al tener esos funcionarios toda la apariencia de que actuaban regularmente; que este tipo de funcionario**

46 Artículo 55, numeral 1 de la Constitución de la República

47 Sentencia de fecha 9 de agosto del 2000. El caso planteado en la acción principal de inconstitucionalidad era la inamovilidad establecida por un período de cuatro años de los miembros del Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones. El mantenimiento de una doctrina constitucional semejante hace peligrar el régimen de estabilidad que a los funcionarios de carrera pretende dotar la nueva Ley de Función Pública.

48 Artículo 3, de la Ley 41-08.

49 Amiana, Manuel A., Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana, páginas 149 y 150. El profesor Manuel De Jesús Troncoso de la Concha se había referido a esta teoría señalando que era una de las materias más interesantes del Derecho Administrativo. (Elementos de Derecho Administrativo, página 105).

público es el que es calificado por el derecho administrativo y la jurisprudencia como **funcionario de facto o de hecho**, cuyos actos son tenidos por válidos, salvo prueba de concierto fraudulento, de lo que no hay constancia de que ocurriera⁵⁰.

• Responsabilidad Administrativa.

46. El principio de responsabilidad del Estado es uno de los principios esenciales sobre los cuales se asienta el Derecho Administrativo. Como en su oportunidad señaló el profesor francés Jean Rivero⁵¹ “la teoría de la responsabilidad presenta una importancia extraordinaria: la posibilidad, para los administrados, de obtener reparación de los daños imputables al poder público es una pieza esencial del Estado liberal; más allá de su valor práctico, toda teoría de la responsabilidad refleja una cierta forma de civilización”.

47. Una voz respetada del derecho administrativo dominicano, la de la Profesora Rosina De La Cruz Alvarado⁵², ha señalado que la responsabilidad del Estado por los daños que cause con su actividad, no ha sido nunca objeto de grandes debates entre nosotros, lo que atribuye al carácter fuertemente caudillista que desde la fundación de la República, ha tenido, entre nosotros, el ejercicio del Poder Ejecutivo, y de otro lado, al principio de inembargabilidad del Estado.

48. La Ley No. 41-08, de Función Pública, incorpora en la legislación administrativa un régimen general de responsabilidad administrativa en sus artículos 90 y 91:

Artículo 90.- El Estado y el servidor público o miembros del órgano colegiado actuante serán solidariamente responsables y responderán patrimonialmente por los daños y perjuicios causados por la acción u omisión del funcionario actuante. La Jurisdicción Contenciosa Administrativa será competente para conocer de dichos incumplimientos y para establecer las indemnizaciones correspondientes.

Artículo 91.- En los casos en que la persona perjudicada no haya dirigido su acción reclamatoria de daños y perjuicios contra el funcionario responsable, el Estado, condenado a resarcir el perjuicio causado por la gestión dolosa, culposa o negligente de dicho funcionario, podrá ejercer contra éste una acción en repetición. El Procurador General Administrativo podrá, de oficio, ejercer en representación del Estado, la acción en repetición contra el funcionario responsable.

49. Los textos anteriormente transcritos consagran en el derecho administrativo dominicano un régimen de responsabilidad solidaria entre el Estado y el servidor público que por acción u omisión cause un daño a un particular, así como el derecho de repetición en provecho del Estado frente a su funcionario, cuando el daño indemnizado sea el producto de la gestión dolosa, culposa o negligente de éste.

50. La Ley de Registro Inmobiliario consagra un régimen especial de indemnización en provecho de las personas que sin negligencia de su parte y actuando de buena fé, resulten afectados por la aplicación de la Ley.

51. En el ámbito de la administración monetaria y financiera, la Ley 183-02, consagra también un régimen particular de responsabilidad patrimonial en perjuicio de las autoridades y funcionarios al servicio de dicha administración, cuando autoricen, permitan o de cualquier modo toleren la concesión de financiamiento por parte del Banco Central a entidades públicas o privadas, en violación a la ley, consagrando un sistema de salvamento de voto como forma de liberarse de responsabilidad⁵³.

52. La Ley 10-04, que instituye el Sistema Nacional de Control y Auditoría, faculta a la Cámara de Cuentas, órgano de fiscalización externo del Estado, a determinar, mediante acto administrativo, la responsabilidad civil de los servidores públicos en ocasión de la administración de recursos públicos, cuando por acción u omisión causen una lesión al patrimonio público⁵⁴.

50 Sentencia de fecha 18 de abril de 2000.

51 Droit Administratif, 1985, Dalloz colec précis, páginas 249 y 250.

52 Revista Estudios Jurídicos, Volumen VII, Número I, Enero-Abril 1997; La Responsabilidad de las Personas Públicas.

53 Artículo 6, letra d), de la Ley 183-02.

54 Artículos 45 y siguientes.

V) Acto administrativo y Procedimiento administrativo.

• Acto Administrativo.

53. El acto administrativo ha sido definido como “un acto jurídico emitido unilateralmente por la administración con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere⁵⁵”. Dicho de otro modo, “la administración puede modificar las situaciones jurídicas por su sola voluntad, sin el consentimiento de los interesados. Es esta una característica de la potestad pública⁵⁶”.

54. Desde el punto de vista de su contenido se distinguen dos tipos de actos administrativos⁵⁷: los actos reglamentarios y los actos individuales. Los primeros establecen una regla general dictada por una autoridad administrativa en ejercicio de una competencia normativa, y los segundos, rigen para una persona especialmente designada.

55. La potestad con que se inviste a las autoridades públicas para dictar actos administrativos que pueden hacer nacer unilateralmente obligaciones y, eventualmente, derechos en beneficio o a cargo de terceros, sin el consentimiento de estos, es denominado en el régimen administrativo francés como el privilegio de la decisión ejecutoria o prerrogativa de la ejecución de oficio, que constituyen, como nos enseñó el decano Vedel⁵⁸, la más característica de las prerrogativas de potestad pública de que dispone la administración.

56. Los actos administrativos se benefician además de la autotutela declarativa y ejecutiva, que permite que los mismos se presuman ajustado a Derecho⁵⁹, que no necesiten ser homologados por ningún tribunal, que a partir de su notificación o publicación puedan ser ejecutados por la Administración⁶⁰, y que además, salvo texto legal en sentido contrario⁶¹, los recursos que se interpongan, en sede administrativa o jurisdiccional, no tienen efecto suspensivo.

57. Otro principio básico en materia de actos administrativos, es el relativo a la intangibilidad de los actos administrativos creadores de derecho, por lo que una vez este tipo de acto ha quedado firme, no podrá ser revocado por la administración. El profesor Manuel A. Amiama, en su *Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana*⁶² señala que el artículo 4 de la ley 1494, de 1947, consagra un sistema práctico, que es una conciliación entre los sistemas de revocabilidad y no revocabilidad, de los actos creadores de derecho,

55 Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*, Ediciones Aguilar, página 128.

56 Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*, pag. 100.

57 En la legislación administrativa dominicana, tanto los reglamentos como los actos individuales de las autoridades administrativas, son considerados como actos administrativos. Ejemplo de ello lo encontramos en la Ley General de Telecomunicaciones y en la Ley Monetaria y Financiera. Sin embargo, mientras la primera permite su impugnación por ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la Ley Monetaria y Financiera en el Artículo 4, letra d), traza un régimen particular de impugnación de las decisiones reglamentarias que dicten los órganos que conforman la administración monetaria y financiera, los que sólo podrán ser impugnados en ocasión de un recurso frente a un acto de aplicación de los mismos.

58 Ob. Cit., pag. 139.

59 El derecho administrativo francés se refiere a la autotutela declarativa como el “privilegio de la presunción previa”.

60 El artículo 4, letra a), de la Ley Monetaria y Financiera consagra la presunción de legalidad de los actos que dicten los órganos de la administración monetaria y financiera, así como su carácter ejecutorio. Por su parte, el Artículo 99 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que los actos administrativos del órgano regulador serán de obligado cumplimiento. Igualmente la Ley del Distrito Nacional y los Municipios consagra en la letra b) del Párrafo del Artículo 8, la presunción de legitimidad de los actos y disposiciones normativas que emitan los Ayuntamientos.

61 El Código Tributario de la República Dominicana dispone en el Artículo 57, Párrafo I, el carácter suspensivo del recurso que se interponga contra los actos administrativos de la administración tributaria. Asimismo, de conformidad al Artículo 13, del Reglamento de Apelaciones del Consejo Nacional de la Seguridad Social, los recursos que se interpongan contra las resoluciones de la Superintendencia de Pensiones y la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales tienen efecto suspensivo.

62 Página 640. Otro reconocido profesor de Derecho Administrativo, el Dr. René Mueses Henríquez, en su obra “Derecho Administrativo Dominicano” al analizar este tema opina que “si el acto es revocado dentro del año de su expedición, no procede el recurso; lo que hace suponer que para nuestro legislador los derechos adquiridos con motivo de un acto administrativo sólo nacen después del año (páginas 101 y 102).

ya que estos “son revocables dentro del año, de su expedición. Si la revocación se hace después de un año, la medida revocatoria es recurrible ante el Tribunal Superior Administrativo, salvo cuando dicha medida revocatoria esté fundada en una disposición del propio acto revocado.

58. En el derecho administrativo dominicano la figura del silencio administrativo es reconocida, como regla general, en forma de silencio negativo, por lo que la Ley 1494, de 1947, sobre la jurisdicción administrativa autoriza a las personas a ejercer a ejercer un recurso contencioso administrativo “cuando la administración o el órgano administrativo autónomo no dictare resolución definitiva en el término de dos meses, estando agotado el trámite, o cuando pendiente éste, se paralizara, sin culpa del recurrente, por igual término”.

59. Algunas leyes administrativas recogen como excepción a la regla del silencio administrativo negativo, la del silencio positivo, en materias como el registro de sindicatos⁶³ o de asociaciones sin fines de lucro⁶⁴, el reembolso de impuestos⁶⁵, el trámite de consulta previa que los órganos reguladores sectoriales deben agotar por ante el Consejo Directivo del Instituto de Protección de los Consumidores o Usuarios⁶⁶, entre otras.

60. Los principios a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, tan característicos de la actuación unilateral de la administración, no se encuentran incorporados en la legislación positiva dominicana **con carácter general**⁶⁷, salvo estos últimos aspectos de la revocabilidad del acto administrativo y del silencio administrativo negativo.

61. El anteproyecto de Ley Reguladora de la Actividad de la Administración Pública y su Control por los Tribunales, a que se ha hecho referencia en otra parte de este trabajo, recoge expresamente todo lo relativo a los requisitos de validez de los actos administrativos⁶⁸, la forma de los actos administrativos, la motivación⁶⁹, la ejecutividad⁷⁰, el régimen de publicación y notificación⁷¹, la ejecución forzosa⁷², revisión y revocación de actos⁷³, y el régimen de nulidad⁷⁴, por lo que de ser acogida una iniciativa legislativa de esa naturaleza quedarían incorporados en nuestro derecho positivo los grandes principios en materia de actos administrativos.

• Procedimiento Administrativo.

62. El procedimiento administrativo consiste “en la serie de actuaciones que ha de llevar a cabo la Administración pública, en el conjunto de formalidades y trámites que ésta tiene que observar, para emitir sus decretos, disposiciones o resoluciones”⁷⁵. Con éste se procura garantizar los derechos de las personas en sus relaciones con la administración, así como el acierto y eficacia de la actuación administrativa.

63. En República Dominicana no existe una Ley de Procedimiento Administrativo, como es común en prácticamente la totalidad de nuestra América hispana. No obstante, existe la paradoja de que algunas leyes administrativas, especialmente de las que se han dictado en la última década, contienen disposiciones de las que parecería inferirse su existencia⁷⁶. Algunas, incluso, consagran un procedimiento administrativo particular, como es el caso de la Ley General de Defensa de la Competencia.

63 Artículo 376, del Código de Trabajo.

64 Artículo 5, de la Ley 122-05.

65 Artículo 350 del Código Tributario

66 Artículo 17, letra K), de la Ley General de los Derechos del Consumidor o Usuario No. 358-05.

67 Algunos de ellos, de manera aislada figuran en algunas leyes administrativas.

68 Artículo 30.

69 Artículo 31.

70 Artículo 34.

71 Artículos 36 al 40.

72 Artículos 83 y 84.

73 Artículos 90 al 94.

74 Artículos 41 y siguientes.

75 Hutchinson, Tomas. Régimen de Procedimientos Administrativos, Séptima Edición, Editorial Astrea, página 32.

76 Es el caso, por citar un ejemplo, de la Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales No. 64-00, que al referirse en el párrafo II, del Artículo 167, a la revocación de las autorizaciones señala que las mismas se “aplicarán conforme al proceso administrativo correspondiente mediante resolución administrativa motivada y hecha por escrito, la cual deberá ser notificada por acto de alguacil y podrá ser recurrida conforme al procedimiento administrativo”;

64. La Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, prevé el dictado de un reglamento de procedimiento administrativo⁷⁷ en base al cual los órganos y entidades que conforman la Administración Monetaria y Financiera ejerzan las competencias administrativas que le sean asignadas. El artículo 4, letra e) de la referida Ley, señala que ese reglamento deberá respetar los principios de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, motivación de los actos que restrinjan la esfera jurídica de los interesados, jerarquía normativa, eficacia, razonabilidad, economía, transparencia, celeridad, preclusión de plazos, publicidad y debido proceso.

65. La Ley 176-07, del Distrito Nacional y los Municipios, por su parte, tiene un capítulo⁷⁸ dedicado al procedimiento administrativo, y a pesar de que estipula un reenvío reglamentario al Concejo Edilicio, máxima autoridad normativa y fiscalizadora de los Municipios, adelanta que la tramitación administrativa, en el ámbito municipal se desarrolla, mediante procedimientos de economía, eficacia y coordinación, incentivando la implementación de procedimientos informáticos⁷⁹.

66. El anteproyecto de Ley Reguladora de la Actividad de la Administración y su Control por los Tribunales, al que tantas veces he hecho referencia en este trabajo, dedica el Título VII⁸⁰ al procedimiento administrativo, regulando entre otros aspectos, lo relativo a la iniciación y ordenación del procedimiento, instrucción, participación de los interesados y finalización del procedimiento.

67. La inexistencia, con carácter general, en el derecho administrativo dominicano de un procedimiento administrativo común a todos los órganos y entidades de la administración pública, no significa la ausencia en ámbitos particulares de actividad administrativa, de un procedimiento administrativo reglado. Tal es el caso, en materia de actos administrativos reglamentarios⁸¹, ya que la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública establece que las entidades públicas que pretendan adoptar reglamentos relativos a requisitos o formalidades que rigen las relaciones entre los particulares y la administración o se exijan a las personas para el ejercicio de sus derechos y actividades, tienen la obligación de publicarlo con suficiente antelación a su expedición⁸². El reglamento de la Ley en sus Artículos 45 y siguientes detalla el procedimiento consultivo previo, en esta materia.

68. Asimismo, en materia de actos administrativos que afecten los derechos y obligaciones de las personas, en aplicación del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los órganos y entidades de la administración están obligados, con carácter previo, a respetar el derecho de ser oído del posible afectado⁸³, norma ésta que forma parte del Bloque de Constitucionalidad, y que, además, algunas leyes que facultan a órganos administrativos para aplicar sanciones administrativas, así lo recogen expresamente⁸⁴.

77 A pesar de que ya han transcurrido varios años de la promulgación de esta Ley, aún la Junta Monetaria del Banco Central no ha dictado el referido reglamento.

78 Título X, Capítulo I (Artículos 129 al 133).

79 Artículo 130 de la Ley 176-07.

80 Artículos 56 y siguientes.

81 Algunas leyes dictadas con anterioridad a la regla general establecida en la Ley 200-04, disponían la obligatoriedad de acudir a un procedimiento consultivo previo al ejercicio de sus potestades normativas. Tal es el caso de la Ley General de Telecomunicaciones, y de la Ley Monetaria y Financiera.

82 Artículo 23, de la ley 200-04.

83 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la destitución de los Magistrados del Tribunal Constitucional de la República del Perú, dijo: "de conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo [...] **Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.** Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del Artículo 8 de la Convención Americana". (www.cajpe.org.pe/guia/debi.htm).

84 Artículo 72, de la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02. Artículo 111 de la Ley de Mercado de Valores No. 19-00. Artículo 82.2 de la Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98.

VI) Contrato Administrativo.

69. El contrato administrativo es también una de las instituciones clásicas del derecho administrativo. Hacer referencia a esta noción, implica la existencia de un régimen jurídico particular distinto al de derecho común de los contratos.

70. En el ámbito de los contratos administrativos, el Estado tiene una serie de prerrogativas que puede ejercer de manera unilateral. Está facultado para rescindir el contrato, sin falta de co-contratante; puede imponer modificaciones a la ejecución del contrato; cuenta con un poder de interpretación; está investido con un poder de dirección y control; y goza de la potestad de sancionar al contratista. Por su parte, el particular co-contratante tiene como contrapartida el derecho a ser indemnizado; a que se restablezca el equilibrio económico financiero del contrato afectado por un álea económico o administrativo; así como a demandar la rescisión del contrato.

71. Esos principios, consustanciales en materia de los contratos administrativos, hijos del papel creador de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, han formado parte de la terminología utilizada en el derecho administrativo dominicano. La propia ley que instituye la jurisdicción contenciosa administrativa⁸⁵, atribuye al Tribunal Superior Administrativo la competencia para conocer de todo lo relativo al cumplimiento, caducidad, rescisión, interpretación y efecto de los contratos administrativos, identificando como tales, a las concesiones y contratos de servicios públicos o de construcción de obras públicas, así como los que versen sobre el uso y goce de las dependencias del dominio público del Estado, los Municipios y el Distrito Nacional.

72. La jurisprudencia dominicana ha reconocido el régimen exorbitante en materia de contratos administrativos: **(a)** En una Sentencia que figura en el Boletín Judicial 968, la Suprema Corte de Justicia consideró que la revocación unilateral de un contrato de concesión con una empresa telefónica hecha por un municipio no era ilegal, por no tratarse de un simple contrato entre particulares, sino de una concesión de servicio público; **(b)** En Sentencia de fecha 27 de noviembre de 1991, nuestro más alto órgano de justicia, frente al alegato de un Ayuntamiento de que, por iniciativa del Sindico, se adjudicó por concurso el diseño de un hipódromo sin contar con previsión presupuestaria, lo que fue revocado por la Sala Capitular porque el Ayuntamiento no puede ser responsable de actuaciones de la Sindicatura que estén al margen de la ley, la Suprema Corte de Justicia consideró correcta esa decisión; y **(c)** En sentencia de fecha 3 de julio de 2001, la Suprema Corte de Justicia, señaló que “la concesión de los servicios telefónicos a favor de la recurrente por el Gobierno Dominicano, es un contrato administrativo, considerado de utilidad pública e interés general, sujeto a la vigilancia y tutela del Estado; que esto implica la atribución de ciertas prerrogativas cuyos efectos, salvo situaciones excepcionales, son exorbitantes del derecho común, tanto frente al concesionario como frente a particulares que no han sido partes en el acuerdo de concesión, por lo que considera que tienen una eficacia erga omnes”.

73. De la suscripción y aprobación por parte de la República Dominicana del Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA), surgió la necesidad de que el Estado Dominicano se viera precisado a dictar una Ley sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones No. 340-06⁸⁶, a fin de hacer compatible la legislación administrativa en materia de contrato, con el compromiso internacional asumido.

74. La nueva ley de contrataciones públicas precisa un conjunto de principios aplicables a todo el régimen jurídico que consagra⁸⁷, como son los de eficiencia, igualdad y libre competencia, transparencia y publicidad, economía y flexibilidad, equidad, responsabilidad, moralidad y buena fé, reciprocidad, participación y razonabilidad.

75. Asimismo, la referida normativa tiene el mérito de incorporar en nuestra legislación positiva, los principios generales del derecho administrativo aplicables en materia de contratos administrativos. El Artículo 31, confiere a las entidades públicas contratantes el derecho de interpretar el contrato; el de modificar, aumentando o disminuyendo, hasta un veinticinco por ciento (25%), el monto del contrato original en materia de obras;; suspender temporalmente el contrato por causas técnicas o económicas o por circunstancias de

85 Ley 1494, de 1947

86 Modificada por la Ley 449-06

87 Artículo 3, de la ley 340-06, modificada por la Ley 449-06.

fuerza mayor; el poder de control, inspección y dirección de la contratación; y la prerrogativa de proceder a la ejecución directa del contrato. Por su parte, al contratista⁸⁸ le asiste el derecho a los ajustes correspondientes, cuando ocurrieren acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, y ejecutar el contrato hasta un 50%, mediante sub-contratación, siempre y cuando obtenga la previa y expresa autorización de la administración contratante.

76. La Ley 340-06, somete a un mismo régimen de derecho público toda la contratación en que intervengan los entes públicos⁸⁹, con lo que se transforma el concepto tradicional de contratos administrativos por el de contratos de la administración, siendo estos enjuiciables por ante la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo que las partes hayan previsto, como mecanismo de solución de controversia, el arbitraje⁹⁰.

77. Por otra parte, en la legislación administrativa dominicana se encuentran regímenes especiales de contratación, en materias de concesiones de telecomunicaciones⁹¹, concesiones eléctricas⁹² y concesiones para la explotación minera⁹³, entre otros.

VII) Controles Administrativos y Jurisdiccionales de la Administración.

• Control Administrativo.

78. Los actos dictados en ejercicio de la función administrativa del Estado, se encuentran sujetos a un control por órganos de la propia administración, de oficio, o como consecuencia de recursos administrativos interpuestos por los afectados.---

79. El profesor Allam R. Brewer-Carias, reputado juspublicista iberoamericano, define el recurso administrativo como "una vía abierta al administrado para atacar, para impugnar la validez del acto administrativo que lesiona sus derechos e intereses⁹⁴". A través de esta figura jurídica se puede obtener la revocación, reforma o sustitución del acto administrativo atacado.

80. La doctrina nacional reconoce la noción de recurso administrativo, fundamentándolo en que el "deber de legalidad puede ser burlado por los órganos y agentes administrativos, bien sea por error de concepto, por espíritu de abuso de autoridad, o por mala voluntad contra ciertos administrados⁹⁵".

81. En el derecho administrativo dominicano, a pesar de que no existe un texto que recoja el régimen general aplicable, se reconocen como recursos administrativos, al recurso gracioso o de reconsideración y al recurso jerárquico. El primero, se dirige a la misma autoridad autora del acto; y el segundo, al superior jerárquico de la autoridad administrativa que lo dictó.

82. De conformidad a los principios generales en la materia, en República Dominicana los recursos administrativos, salvo texto legal en sentido contrario, no producen efectos suspensivos, por lo que la administración, a pesar de su interposición, puede ejecutar el acto. Algunas disposiciones normativas establecen excepciones

88 Artículo 32 de la Ley 340-06.

89 El artículo 5 de la esta Ley señala que todos los procesos de "compra y contratación de bienes, servicios, consultoría y alquileres con opción de compra y arrendamiento, así como todos aquellos contratos no excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial" se encuentran sometidos a sus disposiciones.

90 Artículo 65 de la Ley 340-06. En los casos comprendidos dentro del DR CAFTA, el arbitraje ante el CIADI es el mecanismo de solución de controversias.

91 Artículos 19 y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98.

92 Artículos 42 y siguientes de la Ley General de Electricidad No. 125-01.

93 Ley 146, de 1971.

94 Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

95 Amiana, Manuel A. Ob. Cit., página 632.

al principio del efecto no suspensivo de los recursos, en materia tributaria⁹⁶, en materia sancionadora en el ámbito del mercado de valores⁹⁷, y en seguridad social⁹⁸, entre otros.

83. En lo relativo al plazo para la interposición del recurso administrativo de reconsideración, la regla de principio es, que no está sujeto a plazo⁹⁹. No obstante, a los fines de evitar que el acto administrativo se convierta en firme e inatacable, este recurso debe ser ejercido dentro del plazo para interponer el recurso contencioso administrativo, que en nuestra legislación es de treinta (30) días, a contar de la notificación del acto.

84. En cuanto al recurso jerárquico, el artículo 9 de la Ley 1494, de 1947, que instituye la jurisdicción contenciosa administrativa, dispone que el plazo para interponer ese recurso, es de diez (10) días, contado a partir de la notificación de la decisión administrativa¹⁰⁰.

85. La legislación administrativa dominicana no contempla, **con carácter general**, las reglas de forma a que estarán sometidos los recursos de reconsideración y jerárquico.

86. El anteproyecto de Ley Reguladora de la Actividad de la Administración y su Control por los Tribunales, en sus artículos 95 al 104, contempla un régimen para los recursos administrativos que comprende los casos en que procede, formas de interposición, el principio del efecto no suspensivo, los poderes del órgano administrativo ante el que se interpone, los plazos en que deben ser interpuestos y decididos, así como otros requisitos de procedencia.

• Control Jurisdiccional.

87. En la República Dominicana, es a partir del año 1947 que se establece un órgano jurisdiccional de alcance nacional e instancia única, denominado Tribunal Superior Administrativo, encargado de conocer las controversias que surjan entre las personas y la administración, por los actos administrativos que emita y los contratos administrativos que suscriba. Como antes hemos señalado, hasta esa fecha, y desde la fundación de la República en 1844, competía a los tribunales ordinarios conocer de esas controversias.

88. El modelo de justicia administrativa contenido en la Ley 1494, de 1947, es el de justicia retenida, ya que los jueces del Tribunal Superior Administrativo serían designados por el Poder Ejecutivo, y sus decisiones no se encontraban sujetas al control de casación por parte de la Suprema Corte de Justicia. En otras palabras, el Tribunal Superior Administrativo no era un tribunal del orden judicial¹⁰¹, por lo que es a partir del pasado año 2007¹⁰², con la promulgación de la Ley 13-07, cuando la universalidad de las actuaciones de la

96 El párrafo I del Artículo 57 del Código Tributario dispone que la interposición del recurso de reconsideración “suspende la obligación de efectuar el pago de impuestos y recargos determinados, hasta que intervenga decisión sobre el mismo”.

97 El párrafo I del Artículo 37 de la Ley de Mercado de Valores No. 18-00, dispone que el recurso de apelación contra los actos del Superintendente de Valores “no suspenderá la ejecución de la decisión objeto de apelación, **excepto cuando la misma conlleve la aplicación de sanciones administrativas**”.

98 El Reglamento que Establece Normas y Procedimientos para las Apelaciones por ante el Consejo Nacional de Seguridad Social, aprobado mediante Resolución No.124-02 del 16 de febrero de 2005 y la Resolución No.125-02 del 1 de marzo de 2005, dispone que los recursos de apelación interpuestos contra los actos del Superintendente de Pensiones o del Superintendente de Salud y Riesgos Laborales tendrá efecto suspensivo.

99 Varias leyes administrativas que prevén expresamente este recurso, establecen plazos dentro de los cuales deben ser interpuestos. Por ejemplo el Código Tributario dispone que el plazo para la interposición del recurso de reconsideración es de veinte (20) días, y la Ley General de Telecomunicaciones lo fija en un término de 10 días (Artículo 96.1).

100 Sin embargo varias leyes administrativas establecen plazos más amplios, como la Ley 146-02, de Seguros y Fianzas dispone que el recurso jerárquico contra las decisiones del Superintendente de Seguros deberá ser interpuesto dentro del término de 15 días francos, a partir de la notificación.

101 Estas funciones jurisdiccionales le fueron traspasadas en el año 195 , a la Cámara de Cuentas de la República, que es el órgano constitucional de control financiero externo del Estado, cuyos miembros propone al órgano que designa, que es el Senado de la República.

102 Es importante aclarar varias cosas. Desde el año 1954, las decisiones de la Cámara de Cuentas, en funciones de Tribunal Superior Administrativo, eran susceptibles de Recurso de Casación ante la Suprema Corte de Justicia. Asimismo-

administración pública son controladas por un órgano jurisdiccional ubicado institucionalmente en el ámbito del Poder Judicial, como lo es el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo.

89. La Ley 1494, de 1947, siguiendo el modelo de la Ley Española de Santamaría de Paredes de 1888, establece los requisitos para que las personas puedan interponer los recursos contenciosos administrativos por ante el Tribunal Superior Administrativo, con excepción de la impugnación de los actos discrecionales, por desviación de poder, que el régimen dominicano, a diferencia del español, consagró de forma expresa.

90. La Ley 13-07, denominada como "*Ley de Transición hacia el Control Jurisdiccional de la Administración*", ha constituido una reforma trascendental para la efectiva protección de los derechos de las personas y el fortalecimiento del Estado de Derecho en la República Dominicana, ya que pone a cargo de órganos jurisdiccionales ubicados en el Poder Judicial e control contencioso administrativo¹⁰³, y de los recursos de amparo frente a los actos de las autoridades públicas que vulneren derechos fundamentales¹⁰⁴; elimina el requisito de la obligatoriedad de agotar la vía administrativa para acceder a la justicia administrativa, convirtiendo los recursos administrativos en potestativos para el ciudadano afectado¹⁰⁵; y ampliando el radio de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, para extenderla a las acciones en materia de responsabilidad patrimonial de las entidades públicas y sus funcionarios, los casos de vías de hecho administrativa, de expropiación forzosa, así como del control de los actos de las personas públicas no estatales, de manera específica, de las Corporaciones Profesionales cuando actúen investidas de prerrogativas de poder público¹⁰⁶.

91. Es importante resaltar que esta reciente reforma legislativa, procura, además, la efectividad de las decisiones de la justicia contenciosa administrativa¹⁰⁷, haciendo efectivo el derecho fundamental a la tutela cautelar, estableciendo un adecuado sistema de medidas cautelares¹⁰⁸ a cargo del Presidente del Tribunal,

mo, el Código Tributario contenido en la Ley 11-92, creó el Tribunal Contencioso Tributario, que forma parte del Poder Judicial, encargado de conocer las controversias entre los contribuyentes y los órganos de la administración tributaria. Asimismo, mediante una Sentencia de la Suprema Corte de Justicia del año 1999, se otorgó competencia a los juzgados de primera instancia, para conocer de los recursos de amparo frente a actos de la administración que vulneren derechos fundamentales de las personas, constituyendo este recurso un mecanismo a través del cual se obtenían las medidas cautelares frente a la administración.

103 Estos órganos jurisdiccionales son el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, y los Juzgado de Primera Instancia, que conocen del contencioso administrativo municipal.

104 **Artículo 1.- Traspaso de Competencias.** Se dispone que en lo sucesivo las competencias del Tribunal Superior Administrativo atribuidas en la Ley No. 1494, de 1947, y en otras leyes, así como las del Tribunal Contencioso Administrativo de lo Monetario y Financiero, sean ejercidas por el Tribunal Contencioso Tributario instituido en la Ley 11-92, de 1992, el que a partir de la entrada en vigencia de la presente ley se denominará Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo.

105 **Artículo 4.- Agotamiento facultativo vía Administrativa.** El agotamiento de la vía administrativa será facultativo para la interposición de los recursos, contencioso administrativo y contencioso tributario, contra los actos administrativos dictados por los órganos y entidades de la administración pública, excepto en materia de servicio civil y carrera administrativa.

106 Párrafo del Artículo 1 de la Ley 13-07.

107 Hay que reconocer que la Cámara de Cuentas en funciones de Tribunal Superior Administrativo otorgó medidas cautelares en el curso de la instrucción de procedimientos contencioso administrativo, a pesar de que no existía un texto que de forma expresa las previera. En una sentencia del 10 de septiembre del año 2002, señaló que "es de principio que para que la suspensión provisional de la ejecución de un acto administrativo tenga lugar es necesario la reunión de los siguientes elementos: 1) que el acto impugnado sea ejecutorio por su propia naturaleza; 2) que su ejecución sea susceptible de causar al solicitante de la suspensión perjuicios graves; 3) que los motivos en que se apoya la solicitud de suspensión tengan carácter de seriedad".

108 **Artículo 7.- Medidas Cautelares.** El recurrente podrá solicitar, en cualquier momento del proceso, por ante el Presidente del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de una eventual sentencia que acoja el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario. Esta petición se someterá mediante instancia separada del recurso principal. Una vez recibida, el Presidente del Tribunal, o el de una de sus Salas que designe mediante auto, convocará a las partes a una audiencia pública que celebrará dentro de los cinco (5) días siguientes, a los fines de escuchar sus argumentos y conclusiones, debiendo fallar el asunto en un plazo no mayor de cinco (5) días.

Párrafo I. Requisitos para la adopción de Medidas Cautelares. El Presidente del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, o el de una de sus Salas, adoptará la medida cautelar idónea siempre que: (a) Pudieran producirse situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la sentencia; (b) De las alegaciones y documentos aportados por el solicitante, sin prejuzgar el fondo del asunto, parezca fundada la pretensión; y (c) No perturbare gravemente el interés público o de terceros que sean parte en el proceso. Si de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios podrá exigirse la constitución de una garantía o acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar

las que pueden ser solicitadas aún antes de la interposición del recurso contencioso administrativo¹⁰⁹; las solicitudes de adopción de medidas cautelares que sean interpuestas frente a los actos administrativos de naturaleza sancionadora producen un efecto suspensivo sobre el acto sancionador; y, en adición, la demanda en suspensión de ejecución de sentencia interpuesta ante la Suprema Corte de Justicia, contra las decisiones adoptadas por el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo o el Presidente o de una de sus salas en materia de medidas cautelares, no tienen efecto suspensivo¹¹⁰.

92. Un aporte importante realizado por la jurisprudencia, mucho antes de ser dictada la Ley 13-07, lo constituyó la declaratoria de inconstitucionalidad del solve et repete, como requisito de admisibilidad del recurso contencioso administrativo. El primero en pronunciarse al respecto, por vía de excepción, lo fue el Tribunal Contencioso Tributario¹¹¹. Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia, en funciones de control concentrado de constitucionalidad expulsó del ordenamiento jurídico los artículos del Código Tributario que contenían la exigencia del previo pago¹¹².

93. En adición al control jurisdiccional de la administración, a través del contencioso administrativo y de los recursos de amparo, a cargo del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, los actos normativos del Poder Ejecutivo y de las demás autoridades públicas, se encuentran sujetos al control concentrado de constitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia, en virtud de la interpretación que la justicia constitucional¹¹³ ha realizado del Artículo 67, numeral 1, parte in fine de la Constitución de la República.

dichos perjuicios. En este caso la medida cautelar adoptada no se llevará a efecto hasta que se acredite el cumplimiento de la garantía.

109 **Párrafo IV, del Artículo 7. Medidas cautelares anticipadas.** Las medidas cautelares podrán ser solicitadas al Presidente del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, antes de iniciarse el proceso contencioso administrativo. En caso de que la medida cautelar sea concedida, el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario deberá presentarse en el plazo previsto en esta ley; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de las costas. En caso de que el administrado haya interpuesto recurso en vía administrativa el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario, a los fines de este párrafo, se computa a partir del momento en que se haya agotado la vía administrativa.

110 En la práctica judicial dominicana esta previsión de la Ley 13-07, ha sido de capital importancia, ya que el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo juzga en instancia única, y un mecanismo al que con frecuencia acudía la autoridad para hacer inefectiva la tutela judicial conferida al beneficiario de la decisión, era recurrir de manera inmediata, en casación, la sentencia y demandar, al mismo tiempo, la suspensión de la ejecución, con cuya notificación automáticamente quedaba suspendida en virtud del artículo 12 de la Ley de Procedimiento de Casación dominicana.

111 Sentencia del 9 de enero de 1988.

112 Sentencia del 10 de mayo de 2006.

113 **“Considerando**, que si bien es cierto que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República menciona sólo a las leyes como el objeto de la acción en inconstitucionalidad por vía directa ante la Suprema Corte de Justicia, lo que ha servido de base para la posición hasta ahora mantenida, restringida a los actos propiamente legislativos del Congreso Nacional, no es menos valedero que cuando el artículo 46 de la misma Constitución proclama que son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución o acto contrarios a esta Constitución, está dando apertura indudablemente al sistema de control difuso de la constitucionalidad, o sea, el que opera mediante la excepción de inconstitucionalidad en el curso de una controversia judicial entre partes, como medio de defensa; que al consagrar la Asamblea Revisora de la Carta Magna en 1994, el sistema del control concentrado de la constitucionalidad, al abrir la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o una parte interesada, pudieran apoderar directamente a la Suprema Corte de Justicia, para conocer de la constitucionalidad de las leyes, **es evidente que no está aludiendo a la ley en sentido estricto, esto es, a las disposiciones de carácter general y abstracto aprobadas por el Congreso Nacional y promulgadas por el Poder Ejecutivo, sino a la norma social obligatoria que emane de cualquier órgano de poder reconocido por la Constitución y las leyes** pues, aparte de que el artículo 46 de la Constitución no hace excepción ni distinción al citar los actos de los poderes públicos que pueden ser objeto de una acción en nulidad o inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia, como guardiana de la Constitución de la República y del respeto de los derechos individuales y sociales consagrados en ella, está en el deber de garantizar, a toda persona, a través de la acción directa, su derecho a erigirse en centinela de la conformidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos en virtud del principio de la supremacía de la Constitución”. **Sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 6 de agosto de 1988.**

VIII) Conclusiones.

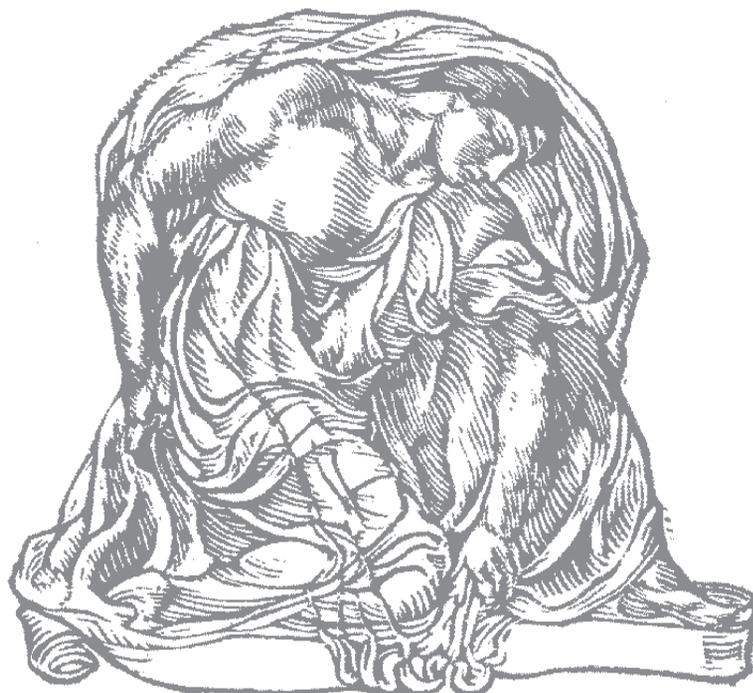
94. Los principios generales han tenido una importancia fundamental en la construcción del derecho administrativo de origen francés. Como ha señalado el profesor Weil¹¹⁴, ésta disciplina tiene la particularidad de que la jurisdicción precedió al derecho, construyendo así los principios fundamentales de sus diferentes instituciones.

95. En la República Dominicana, a pesar de que el derecho administrativo no ha tenido un gran desarrollo, su estudio se remonta al primer cuarto del siglo pasado, y la discusión sobre el papel de los principios generales, en esta materia, se ubica en esa misma época. Las leyes que han regulado la justicia contenciosa administrativa, como la 1494, de 1947, y la 13-07, reconocen de forma expresa los principios generales como fuentes del derecho administrativo aplicable a los litigios llevados ante los órganos jurisdiccionales con competencia en el ámbito de lo contencioso administrativo.

96. A pesar de que en los últimos dos decenios la legislación administrativa dominicana ha experimentado una importante transformación, que introduce, en ámbitos particulares, numerosas instituciones y principios del derecho administrativo, aún quedan aspectos básicos de la disciplina que no han sido abordados por el legislador.

97. La ausencia de tradición del derecho administrativo dominicano, aunado a la inexistencia una burocracia pública profesional y estable, hace imprescindible que los grandes principios del derecho administrativo, en materias tales, como organización administrativa, actividad administrativa, actos administrativos y procedimiento administrativos, sean incorporados en la legislación administrativa con carácter general, como lo tienen la mayoría de los países de América Latina.

114 Weil, Prosper y Pouyaud, Dominique. *Le droit administratif*. Editorial Puf, pag. 9.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

*Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno N°
37 de 9 de marzo de 2006.*

DEI-CAS, Bárbara

Indemnización del daño moral en el Derecho ambiental.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 3º TURNO N° 37 DE 9 DE MARZO DE 2006.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados "J.G. c/ S.M. - Daños y perjuicios" IUE: 412/766/2000, venidos a conocimiento de este Tribunal por virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor, contra la sentencia N° 204 de 20 de octubre de 2004, dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia de Treinta y Tres de 2º Turno.

RESULTANDO:

- 1) Que por el referido pronunciamiento no se hizo lugar a la demanda, sin especial condenación.
- 2) Que en tiempo y forma deduce recurso de apelación la actora estableciendo, en lo medular, que la sentencia le agravia:
 - a) Por cuanto sostiene que el promotor carece de legitimación para invocar un daño ambiental, para obtener reparación a causa de la extracción de arena efectuada por el demandado. El compareciente es propietario pero, como enseña Gamarra, en la responsabilidad civil el legitimado es el perjudicado.
 - b) Por cuanto, pese a reconocer que el demandado ni el Sr. P. habían obtenido el permiso previo a la extracción, no entendió configurada la ilicitud, avalando el gravísimo impacto ambiental ocasionado por la mutilación de una playa, desviación del cauce de un río y alteración del paisaje existente, en contravención con lo dispuesto por el art. 47 de la Constitución y las leyes N° 16466 y 17283. Los permisos agregados con posterioridad no sanean la situación anterior.

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO AMBIENTAL

I) INTRODUCCIÓN

La sentencia emitida por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º turno, N° 37/2006 de fecha 9 de marzo de 2006, cabe ser analizada no sólo porque hace lugar parcialmente a la demanda ordenando la indemnización del daño moral o extrapatrimonial -y no patrimonial- ocasionado por determinados comportamientos que implicaron un daño ambiental relevante; sino también porque a lo largo de su fundamentación, se exponen y analizan con importante profundidad, determinados aspectos que en su conjunto caracterizan al derecho ambiental nacional e internacional ¹.

Tal pronunciamiento de segunda instancia, fue emitido en los autos caratulados "J.G. c/ S.M. - Daños y Perjuicios" (IUE: 412/766/2000), en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia N° 204/2004 de fecha 20 de octubre de 2004, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Treinta y Tres de 2º turno, la cual no hizo lugar a la demanda.

En el presente trabajo, a partir de los distintos fundamentos plasmados en la sentencia emitida por el Tribunal de Alzada, se van a analizar sola y sucintamente determinados aspectos caracterizantes del derecho ambiental -y sin aludir a los elementos fácticos alegados por las partes- a efectos de que una vez concluido su estudio, el lector pueda a grandes rasgos y de manera preliminar, conocer y formar su propio juicio acerca del concepto, funcionamiento y caracteres principales de tal derecho.

II) LEGISLACIÓN AMBIENTAL NACIONAL

La Constitución Nacional del año 1967, no contaba con ninguna disposición que regulara expresamente la protección del medio ambiente, fue recién con la aprobación del nuevo texto del artículo 47º de tal cuerpo normativo -otorgado por la

¹ Sentencia N° 37/2006 de fecha 9 de marzo de 2006, LJU, caso 15474, tomo N° 136, año 2007.

c) Las dificultades de evaluación del daño no constituye motivo suficiente para exonerar a la contraria; a lo sumo, se impondrá el procedimiento liquidatorio del art. 378 CGP.

3) Que surge de autos que el recurso fue sustanciado y se evacuó el traslado conferido, haciendo hincapié el apelado en la circunstancia de que el recurso no había cuestionado la sentencia en punto a la falta de legitimación pasiva.

4) Elevados los autos y efectuado el estudio respectivo por los miembros naturales de la Sala, el que debió completarse luego de la nueva integración de aquélla, se procedió al dictado de la presente decisión anticipada, por configurarse los requisitos del art. 200 CGP.

CONSIDERANDO:

I.- Que el Tribunal, con la voluntad coincidente de los miembros requeridos por la ley (art. 61 inc. 1 LOT), habrá de revocar la sentencia recurrida, haciendo lugar a la demanda, en los términos y con el alcance que se dirá.

II.- Sobre la legitimación del actor.

En primer lugar, habrá de pronunciarse la Sala sobre la legitimación del actor, que la impugnada entiende inexistente por dos órdenes de razones: a) porque como propietario del inmueble lindero de la costa del Río Yi no acreditó estar incluido en la excepción del numeral 3 del informe del MTOP; el actor no es propietario de las arenas extraídas por el Sr. P.; b) porque en cuanto a la reclamación por posibles daños de índole ambiental, existe un organismo público -el MVOTMA- con el cometido de la protección de los intereses cuya salvaguarda pretende el actor, que efectuó una investigación que culminó con el archivo de las actuaciones, al no haberse constatado registros de afectación de importancia.

Pues bien, el Tribunal no comparte -en su totalidad- las aseveraciones que vienen de efectuarse.

En efecto, se coincide con la Sra. Jueza a-quo en que el promotor carece de legitimación para reclamar el daño patrimonial, en tanto la arena extraída no era de su propiedad, ni la extracción afectó su campo ni los componentes agregados al mismo.

reforma constitucional plebiscitada el 8 de diciembre de 1996 - que se regula de manera expresa la protección del medio ambiente en la norma superior de nuestro derecho positivo.

Dicha disposición reza: *“La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”*.

Sin perjuicio de tal consagración constitucional, tanto la doctrina como jurisprudencia nacional entienden que interpretando de manera conjunta algunas normas constitucionales -los artículos 7^o, 72^o y 332^o- se podría sostener que en la redacción de la Constitución implícitamente ya se recogan con anterioridad determinados principios de protección ambiental ².

Asimismo, Uruguay ha sancionado una importante cantidad de leyes que refieren al tema de la protección del medio ambiente, entre las que cabe mencionar la ley N^o 16.112 de 30 de mayo de 1990, por medio de la cual se crea el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA); la ley N^o 16.466 de 19 de enero de 1994, denominada Ley de Evaluación del Impacto Ambiental; y la ley N^o 17.283 de 28 de noviembre de 2000, por medio de la cual se reglamenta el artículo 47^o de la Carta Magna anteriormente citada.

Si bien del citado artículo 47^o de la Carta, se desprende que la protección del medio ambiente es de *“interés general”*, no se hace alusión a que se entiende por *“medio ambiente”*. Dicha tarea se le atribuyó al legislador, el cual le asignó un **significado amplio**, comprensivo de elementos humanos y naturales tales como la salud, seguridad, calidad de vida de la población; las condiciones estéticas, culturales y sanitarias del medio; y la configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales ³.

Por último, corresponde destacar que, nuestro país también ha ratificado importantes instrumentos internacionales sobre la protección del medio ambiente, haciéndolos de esa manera parte integrante de su derecho positivo. A modo de ejemplo, cabe mencionar el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, creado por la decisión del Consejo

2 Rúben CORREA FREITAS - “Derecho constitucional contemporáneo”, tomo I, FCU, año 1993, pág. 183.

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

En cambio, sí existió daño extrapatrimonial, en relación al cual -afirma esta Sede- el actor tiene legitimación para pretender. Se trata de supuesto de daño ambiental. No es de recibo entonces el argumento de la atacada, al sostener que la actuación del Ministerio legitimado legalmente constituye garantía suficiente en cuanto a la protección del medio ambiente. Parece entender la Sra. Jueza a quo que la decisión de la Administración, de no actuar en determinado caso, excluye la legitimación conferida por la Constitución y la ley a cualquier interesado.

Precisamente, una de las características del sistema nacional es consagrar un amplio espectro de sujetos legitimados para actuar en cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, que comprende indistintamente al “Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido” (art. 42 CGP). Por ende, no resulta óbice para la intervención del particular afectado, la actitud que al respecto haya adoptado el Ministerio competente: el MVOTMA, según lo dispone el art. 6 inc. 2 de la Ley N° 16112.

Y es que en el caso sub-júdice, es evidente que el actor promovió la acción de reparación de los daños individuales. Se dice al respecto, en obra colectiva con la participación de la redactora: “Los sujetos que han sufrido un perjuicio individual en sus propios derechos, conservan, obviamente, la facultad de ejercer el reclamo particular, pudiendo, asimismo, optar por la acumulación de su pretensión (la indemnización personal) a la acción promovida para el resarcimiento del daño colectivo o difuso” (Código General del Proceso, Comentado..., t. 6 ps. 389-390 y 394-395; ver también Pereira Campos, S. y Garderes, S.: “Representación de intereses difusos y defensa del medio ambiente”, RUDP 2/03 ps. 277 y ss.).

Citando un ejemplo mencionado por Mateo, refiere la obra aludida a la legitimación conjunta de diversos interesados, según el también diverso horizonte de las pretensiones respectivas. Así, se menciona el interés individual -además del difuso- en caso de alteración de un cauce de un río que afecta a un determinado sujeto -pescador-, a paseantes o aficionados a la observación de la naturaleza y también a asociaciones para la protección del paisaje (Código General del Proceso, Comentado..., t. 6 ps. 382-383, nota N° 38).

Por su parte, el art. 2 de la Ley N° 17283 consagra el derecho de los “habitantes de la República... a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado”.

del Mercado Común N° 02/2001, en la ciudad de Asunción el día 22 de mayo de 2001, el cual fue ratificado por nuestro país mediante la ley N° 17.712 de fecha 19 de diciembre de 2003.

III) DERECHO SUBJETIVO Y MEDIO AMBIENTE

En la sentencia analizada, no se desarrolla expresa y profundamente la existencia de un derecho subjetivo de todos los “habitantes de la República... a ser protegidos en el goce de un medio ambiente sano y equilibrado”, como si se hace con otros aspectos también relevantes del derecho ambiental. A pesar de ello, tal reconocimiento implícitamente se desprende no solo de la normativa citada, sino también, de la doctrina y jurisprudencia utilizada para fundamentar el fallo.

Tanto el artículo 47° de la Constitución como el artículo 1° de la ley N° 17.283, califican de “*interés general*” la protección del medio ambiente, expresión que se entiende tiene un doble significado. Desde un punto de vista **político**, ya que el constituyente al otorgarle prioridad a la protección del medio ambiente, lo considera como una cuestión atinente a toda la comunidad; y desde un punto de vista **jurídico**, en virtud de que tal interés es uno de los principales criterios impuestos al legislador a efectos de que pueda limitar derechos reconocidos en la Carta Magna, según lo dispuesto por el artículo 7° de la misma.

A saber: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino **conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general**”.

En efecto, se considera que el referido artículo 47°, “no establece el interés general como una vía de limitación de un derecho reconocido. Adviértase que no nos está diciendo que la protección del ambiente sólo puede ser limitada por razones de interés general, sino que está declarando la protección ambiental de interés general. Es decir, **la protección del medio ambiente es una de esas razones que pueden llevar a limitar derechos reconocidos por la Constitución**, como el de propiedad, trabajo o libre comercio o industria”⁴.

4 Marcelo COUSILLAS - “La protección constitucional del Ambiente”; ob. cit. pág. 145.

III.- Sobre la legitimación pasiva del Sr. S.M.

Con relación al aspecto atinente a la legitimación pasiva del Sr. S.M., cabe consignar -en forma liminar- que el libelo recursivo se orienta a demostrar este extremo, a diferencia de lo sostenido por el apelado quien afirma -erróneamente- que "tal punto no le causó agravio" (fs. 276). Sólo una lectura desaprensiva del escrito respectivo hizo posible una aseveración de tal índole, puesto que en forma reiterada el actor endilga responsabilidad a su contraparte.

En cuanto al mérito del agravio formulado, entiende la Sala que el mismo es de recibo, aunque en forma parcial, como se verá seguidamente.

En este sentido, cabe comenzar por reseñar el mandato constitucional establecido en el art. 47: "La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores" (texto agregado en la reforma de 1996).

Por su parte el art. 4 de la Ley N° 16466 establece: "Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que señale la ley, quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente, en violación de lo establecido por los artículos de la presente ley, será civilmente responsable de todos los perjuicios que ocasione, debiendo hacerse cargo, además, si materialmente ello fuere posible, de las acciones conducentes a su recomposición". A su vez, el art. 3 de la Ley N° 17283 consagra el deber de las "personas físicas y jurídicas, públicas y privadas... de abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente".

La prueba obrante infolios permite aseverar que el hecho ilícito causante del daño invocado, fue producido por la conducta de dos sujetos, como lo reconoce la sentencia atacada en el Considerando 7. La propia demanda se adelanta a la eventual oposición del accionado -que podría invocar no ser el ofensor principal- y funda la responsabilidad del emplazado por haber franqueado o permitido la entrada de la maquinaria a través de su propiedad, para la extracción de arena (num. 10 del libelo introductorio). Por su parte, también el accionado alude a esta situación en forma expresa, al establecer que fue el propio actor quien refirió a la actuación de un tercero respecto del retiro de arena (libelo defensivo, num. 2.2 de fs. 50vto.).

La doctrina nacional, ha entendido que en virtud de lo dispuesto tanto en el artículo 47 de la Carta, así como en los artículos 2° y 3° de la ley N° 17.283, se desprende que la situación jurídica de cada uno de los habitantes de la República debe ser calificada como de **derecho subjetivo**.

El artículo 2° dispone que, "*Los habitantes de la República tienen el derecho a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado*", mientras que el artículo 3° establece que, "*Las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, tienen el deber de abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente*".

Respecto a ésta última disposición, se entiende que "describe el supuesto para la aplicación de una norma primaria que dispone, que si un sujeto desarrolla una determinada actividad, no se abstiene de ejecutarla, obtendrá una sanción -respuesta coactiva desfavorable -. Emerge entonces un **deber genérico cuyo reverso es el derecho subjetivo**, que tienen todos los habitantes de la República. Existe un derecho subjetivo pues entre las condiciones de la sanción se requiere una manifestación de voluntad de un sujeto lesionado en sus intereses"⁵.

Asimismo, se reconoce que "El medio ambiente es un bien jurídico colectivo. No es de nadie en particular, es de todos. **Los hombres y mujeres tienen un derecho subjetivo respecto a un bien colectivo: el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado**"⁶.

La existencia y reconocimiento del medio ambiente como un bien colectivo, nos lleva a la necesidad de diferenciarlo del bien individual, el cual se ve claramente perjudicado cuando el individuo es dañado por la depredación, destrucción o contaminación en su integridad física o en sus bienes materiales.

Tal distinción, ha llevado a afirmar que "La persona, particularmente considerada, no tiene derecho a una reparación individual por el daño al bien colectivo medio ambiente. Siendo el medio ambiente un bien colectivo, la respuesta del sistema jurídico frente al daño causado a éste es con respecto a todos los sujetos de la comunidad y no a uno en particular"⁷.

5 Marcelo AMORÍN y Jorge Píriz - "El daño ambiental en el derecho uruguayo", ADCU, tomo XXXVI, FCU, año 2005, pág. 528.

6 Arturo CAUMONT y Andrés MARIÑO LÓPEZ - "El derecho subjetivo a un medio ambiente sano y equilibrado", ADCU, tomo XXVII, FCU, año 1996, pág. 469.

7 Andrés MARIÑO LÓPEZ - "Bases del derecho de daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de Acuerdos Regionales en América Latina", ADCU, tomo XXXVII, FCU, año 2006, págs. 652 y 653).

El tema de la legitimación sustancial de los contendientes, es de previo pronunciamiento por parte del tribunal, ha sido debatida en este proceso por las partes y referida expresamente en el fallo apelado.

Sin embargo, dados los términos de la pretensión, cabe una precisión de carácter adjetivo.

No es necesario, para declarar la ausencia de legitimación parcial del demandado, que éste haya provocado la intervención en el proceso del sujeto a quien considera legitimado causalmente en su lugar; aunque tal facultad se

encontraba en el ámbito de su disponibilidad (art. 51 CGP). El segundo supuesto de la disposición en examen, de comunidad en la controversia o de sentencia que puede afectar, implica provocar la intervención coactiva del citado, para que responda en lugar del citante, “convirtiéndose así en un litigante principal” (cf. de la redactora y Van Rompaey, L.: “La intervención coactiva de terceros en el art. 51 del Código General del Proceso”, Rev. del CAU, tomo XXVI, nov. 1993, p. 23 y ss.).

Entonces, la sentencia podrá declarar la responsabilidad de todos los involucrados en el hecho dañoso, pero únicamente podrá condenar al sujeto indicado como demandado por el actor (art. 117 num. 3 CGP).

En tal sentido, es de verse que sin la autorización del demandado para ingresar en el campo de su propiedad, el Sr. P. no habría tenido acceso a la playa y, por consecuencia, no podría haber extraído la arena, con los resultados dañosos que se invocan.

A juicio de la Sala, son dos las conductas -del demandado y del Sr. P.- que causaron el daño: por un lado, el demandado autorizó el pasaje por su campo para la extracción, lo que significó cobrar determinada suma de dinero; por otro, el Sr. P. ejecutó directamente las actividades de extracción que cabe reputar ilícitas.

Ello determina que corresponda atribuir al demandado únicamente un 50% de participación causal en los hechos de autos, ordenando la condena respectiva en los términos señalados (art. 1331 inc. 2 CC).

IV.- Sobre la legitimación pasiva del Sr. S.M. La prueba allegada al proceso.

Puesto que el demandado ha pretendido desconocer la prueba obrante infolios, corresponde efectuar su examen, de conformidad con lo dispuesto por el art. 140 CGP.

Sin perjuicio de tal afirmación, hay que aceptar la existencia conjunta de dos tipos de acciones, es decir, una **acción individual o personal** cuyo titular es la persona respecto de los perjuicios padecidos o a padecer por un bien de su patrimonio; y una **acción colectiva** cuyo titular puede ser cualquier interesado respecto a los perjuicios padecidos o a padecer por un bien colectivo.

En análogo sentido se expresa que **el medio ambiente es un derecho fundamental** “con actuación en un doble campo de formación frente al eventual o efectivo daño; en uno amparando a los particulares respecto de su individual entorno (incidencia en el microambiente), en el otro, comprendiendo tanto a un grupo determinado o indeterminado de personas (incidencia en el macroambiente)”⁸.

No solo la doctrina nacional e internacional especializada se ha expedido sobre este tema, sino también, nuestra jurisprudencia se ha manifestado al respecto y con una dedicación relevante.

En una contienda judicial con una pretensión similar a la resuelta en el fallo a estudio, se ha entendido que, “La materia de este proceso es de derecho ambiental y se participa de la construcción doctrinaria y jurisprudencial de los últimos años, relativa a que **el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado constituye un auténtico derecho subjetivo**, donde las consecuencias más importantes dimanadas de esta concepción son la legitimación universal, la tutela preventiva del derecho y la construcción operativa del régimen jurídico del daño ambiental sobre la base de la consideración de éste como el resultado de la lesión del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado”.

A continuación, agrega que “En conceptos trasladables del administrativista español Gordano Fraga (El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva), puede afirmarse que como “posición jurídica garantizada” o como “interés jurídicamente protegido” se ha colocado la relación de disfrute sobre un bien jurídico colectivo (todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona) y de otro, se ha otorgado “una facultad de poder exigir al Estado u otro órgano de la administración una acción u omisión concretas correspondientes a esta posición” o “un apoderamiento para la actuación en su defensa”, pues la normativa faculta a los titulares para su alegación ante los tribunales ordinarios en la medida en que tal derecho haya sido delimitado por las leyes. Estos dos elementos perfectamente definidos son los componentes de un verdadero derecho subjetivo. **La consecuencia es clara: como derecho subjetivo, el derecho al medio ambiente es susceptible de tutela efectiva y es título legitimador**”.

8 Marcelo AMORÍN y Jorge PÍRIZ – “El daño ambiental en el derecho uruguayo”; ob. cit. pág. 527.

En este sentido y en primer lugar, cabe aseverar que las constancias y fotografías del día 27 de febrero de 1999, emanadas la autoridad policial, deben ser consideradas auténticas y producidas por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones (parte policial de fs. 6-7). Por consiguiente, para enervar su valor probatorio, no resultan idóneas y suficientes las meras manifestaciones del demandado al respecto (fs. 51), en contra de lo dispuesto por el mandato constitucional (art. 15 que prevé la actuación de oficio en casos de delitos flagrantes; arts. 2 incs. 1 y 2, 3 y 5 de la Ley Orgánica Policial N° 13963).

Además, debe consignarse que la omisión de actuar en el marco de la audiencia preliminar selló toda posibilidad de impugnación a la parte accionada. La simple compulsión del acta de audiencia evidencia que el demandado toleró, sin impugnar, la agregación de la prueba documental de autos, entre la que -desde luego- cabe computar la documental presentada por el accionante (providencia de fs. 57-58), resultando -por ende- extemporáneo su intento en audiencia complementaria de prueba (constancia de fs. 105).

La pasividad de la accionada significó consentimiento tácito a la actuación judicial, en función del principio de convalidación que rige el sistema procesal (art. 112 CGP), ineludiblemente conectado con el de preclusión. Así reza la norma citada: "No puede pedir la anulación de un acto quien ha consentido aunque sea tácitamente. Importa consentimiento tácito el no reclamar la reparación de la nulidad en la primera oportunidad hábil al efecto y por la vía correspondiente".

"En la audiencia preliminar la preclusión va operando por "franjas", de conformidad con las diferentes actividades previstas en los numerales del art. 341. Las distintas etapas se hallan pautadas por la ley, lo que significa que habiendo culminado alguna debe pasarse a la siguiente y que las impugnaciones deben proponerse en el momento preciso, so riesgo de que se entienda convalidada la actuación judicial que se considera irregular." (Algunos temas de interés en el área de los medios impugnativos, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1/05, en prensa).

Con meridiana claridad recoge la Gerencia Hidráulica del MVOTMA la actuación policial antes mencionada: en febrero de 1999 "resultó verificada la extracción no autorizada de 420 metros cúbicos de arena y su transporte sin las correspondientes guías por el Sr. J.P. El acceso a la zona de extracción se produjo con permiso y a través de los campos del Sr. S.M. (respuesta a oficio, fs. 76). En el mismo informe se establece

Continúa afirmando que, "Actualmente en nuestro derecho la Reforma Constitucional de 1997 dio nueva redacción al art. 47 (...) Comenta Durán Martínez (Situaciones jurídicas subjetivas - con especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad y la acción de nulidad -; en LJU T.122 secc. Doct. P. 104): "Nosotros por nuestra parte hemos adherido a la tesis de Gross Espiell y hemos sostenido que de los arts. 47 y 332 y de una correcta interpretación de los arts. 7 y 72 de la Constitución se desprende claramente en el Uruguay la existencia de un derecho subjetivo perfecto a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, derecho humano de los considerados de la tercera generación"⁹.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa en procesos judiciales en los que está en juego temas como el "medio ambiente" u otros que han sido calificados como de "intereses difusos" - que serán desarrollados en los siguientes párrafos- es un aspecto relevante, y se ha estudiado con profundidad.

La sentencia analizada en el presente trabajo, expresa sobre el tema lo siguiente: "Se coincide con la Sra. Jueza a-quo en que el promotor **carece de legitimación para reclamar el daño patrimonial**, en tanto la arena extraída no era de su propiedad, ni la extracción afectó su campo ni los componentes agregados al mismo. En cambio, **si existió daño extrapatrimonial, en relación al cual - afirma esta Sede - el actor tiene legitimación para pretender. Se trata de supuesto de daño ambiental**. No es de recibo entonces el argumento de la atacada, al sostener que la actuación del Ministerio legitimado legalmente constituye garantía suficiente en cuanto a la protección del medio ambiente. Parece entender la Sra. Jueza a-quo que la decisión de la Administración, de no actuar en determinado caso, excluye la legitimación conferida por la Constitución y la ley a cualquier interesado".

A continuación, agrega que "Precisamente, una de las características del sistema nacional es consagrar **un amplio espectro de sujetos legitimados para actuar en cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente**, que comprende indistintamente al "Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido" (art. 42 del CGP) (...) Y es que en el caso sub-júdice, es evidente que el actor promovió la acción de reparación de los daños individuales. Se dice al respecto, en obra colectiva con la participación de la redactora: "Los sujetos que han sufrido un perjuicio individual en sus propios derechos,

9 Sentencia del TAC de 2° turno, N° 213 de 21 de diciembre de 2000, LJU tomo 124, año 2001.

que, realizada inspección en julio del 2000, no es posible determinar “los efectos que pudieren haber generado las extracciones realizadas en el año 1999 ni los niveles de afectación que pudieran haberse producido”, afirmación en la que coincide el Departamento de Áreas Especiales de Protección, luego de haber efectuado una inspección de la zona (fs. 75).

Es a todas luces evidente que las mentadas constataciones del MVOTMA no enervan las conclusiones probatorias a las que permite arribar la constatación policial, en tanto las de los organismos técnicos dependientes de la Secretaría de Estado antes mencionada se ubican en el año 2000.

En el procedimiento policial llevado a cabo en febrero de 1999, el agente de policía S. recuerda las huellas de camiones y “un montón de arena grande” ... “que había sido juntado con alguna máquina” (fs. 86-89); incluso reconoce la foto respectiva (fs. 11).

El policía F.L. por su parte, “constató trabajos realizados por maquinaria pesada dentro del cauce de río y después un montón (no sabría explicarle el volumen) de arena, sobre la margen derecha del río Yí de la parte que está en Durazno”. “Habían huellas de máquinas, pasando de Florida hacia Durazno, habían huellas en la parte del canal, y las huellas pasaban por el curso del agua”. Establece que “aparentemente se había modificado el curso del río... sobre una de las pasadas habían unas tablas puestas, y por afuera de esas tablas habían hecho un canal, volviendo nuevamente al cauce normal”. Señala -además- haber sacado las fotografías mencionadas en el parte policial que se le exhiben y admite la existencia de un tractor en la escena relevada. Reconoce, finalmente, la identidad de las imágenes de las fotografías de fs. 1 y de fs. 11-12 (fs. 91-95).

Sin embargo, es el propio J.P. quien describe mejor la situación “...pusimos una tabla en el río y se puso el camión adentro del río y el curso del agua se desplazó un poco más, bajó de nivel y se desplazó más, pero siempre dentro del cauce”. Al exhibírsele las fotografías de fs. 10 a 13 manifiesta: “...acá fue donde desvié el curso, el agua corría más contra esta barranca, la última foto de fs. 12 ahí es donde está el desvío del curso... Eso fue por tener el camión”. Admite que la extracción se realizó con una pala mecánica y con el apoyo de un camión con acoplado; y reconoce la última toma fotográfica de fs. 8 como el lugar de los hechos (fs. 95-100).

conservan obviamente, la facultad de ejercer el reclamo particular, pudiendo asimismo, optar por la acumulación de su pretensión (la indemnización personal) a la acción promovida para el resarcimiento del daño colectivo o difuso (Código General del Proceso, Comentado..., t. 6 ps. 389-390 y 394-395)”.

A efectos de clarificar tal supuesto, es decir, la legitimación conjunta de diversos interesados -según el diverso horizonte de las pretensiones respectivas - en la sentencia aludida se menciona un ejemplo, a saber: “Así, se menciona el interés individual - además del difuso - en caso de alteración de un cauce de un río que afecta a un determinado sujeto - pescador -, a paseantes o aficionados a la observación de la naturaleza y también a asociaciones para la protección del paisaje (Código General del Proceso, Comentado..., t. 6 ps. 382 - 383, nota N° 38)”.

Cierta doctrina especializada, entiende que la legitimación activa en el ámbito del medio ambiente, presenta dos particularidades que son convenientes analizar. En primer lugar, la ya mencionada **legitimación colectiva**, que se admite cuando se verifica un daño a determinados bienes colectivos, ya que “todos tienen derecho a su preservación y, en su caso, a su reconstitución y a la mitigación o reducción de los daños inevitables”. En segundo lugar, el concepto de **generaciones futuras**, el cual ingresa al sistema jurídico uruguayo a través de la definición de **desarrollo sostenible** contenida en el inciso final del artículo 1° de la ley de Protección del Medio Ambiente, N° 17.283 -“*desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades*” - así como en el deber impuesto al Estado por el artículo 4° de la misma de “*propiciar un desarrollo ambientalmente sostenible*”.

A su vez, se considera que tal concepto de “*generaciones futuras*”, padece dos aspectos relevantes. Por un lado, la **fijación de un parámetro de conducta** actual para los individuos, las empresas y los Estados que se relacionan con el medio ambiente, es decir, que “se exige en una primera fase, un juicio de previsibilidad abstracto sobre las consecuencia que una actividad determinada pueda tener para las generaciones futuras, para luego, en un segundo paso, realizar una valoración entre las necesidades de éstas y las de las generaciones presentes”. Por otro lado, la aceptación de una **acción colectiva intergeneracional** ya que el sujeto presente es legitimado como integrante de una generación actual a la que se le adjudica la protección de generaciones futuras, que como grupo no existe real y actualmente¹⁰.

10 Andrés MARINO LÓPEZ - “Bases del derecho de daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de Acuerdos Regionales en América Latina”; ob. cit, págs. 653 y 654.

El testigo Ch. depone sobre la situación de la playa antes y después de la extracción en los siguientes términos: “En las veces que fui al campo noté cambios en la zona, en la playa donde nosotros acampamos hay un cambio en la arena. Lo noté en julio del 2001. Noté que la playa era más chica, la zona donde nosotros habíamos acampado se había achicado. Antes la playa se veía más grande y ahora la vi más baja y el lugar era más chico. Más baja en cantidad de arena y era más angosta también. La playa perdió como la tercera parte de lo que era antes”. Señala además que “las tomas fotográficas agregadas en dicha revista y con motivo de su publicación fueron tomadas en el lugar de los hechos a que me refiero, en la playa que me referí anteriormente” (fs. 176-177; la fecha de la toma emerge del pie de página, fs. 1).

Entonces, más allá de reiterar que la prueba documental fue incorporada a los autos sin objeción de la demandada, cabe consignar que la misma adquiere plena validez o bien por emanar de la autoridad competente o bien por constituir documentos privados reconocidos por los sujetos involucrados.

Finalmente, la prueba pericial es categórica respecto de la situación. Entiende la Sala que se trata de la prueba idónea, por referir la situación a hechos para cuya verificación son necesarios conocimientos científicos o técnicos especiales (art. 177 CGP). No obstante, su examen se produce en este momento, luego del análisis de los restantes medios probatorios, en tanto la práctica de la prueba (art. 181 CGP), sólo pudo abarcar la situación actual del escenario de los hechos; no así -obviamente- la situación anterior a la extracción, de la que debió informarse el Sr. Perito recurriendo a los demás elementos de convicción allegados a la causa (fotografías, información gráfica, información sobre el volumen de arena extraída que constituye un hecho no controvertido, según surge de la aclaración del Perito de fs. 242).

Entonces, la fuerza probatoria de la pericia -a juicio de la Sala- tenía como presupuesto tener por probada la situación anterior al hecho ilícito, base de las conclusiones del dictamen, de las que no se apartará el Tribunal, por no encontrar justificación de ninguna índole para hacerlo (art. 184 CGP).

En tal sentido, luego de definir el ecosistema del Río Yi, señala con carácter general el Ing. Agr. Silveira: “En este ecosistema la acción de la extracción de arena constituyó un hecho desequilibrante, que sin embargo tuvo consecuencias acotadas. Siempre que el daño se produzca a escalas razonables, la naturaleza tiende

Ya en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo -emitida durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada los días 3 al 14 de junio de 1992 en la ciudad de Río de Janeiro- se trata de **equilibrar las necesidades de desarrollo de las sociedades y el deterioro inevitable del medio ambiente que con las mismas se ocasiona**. En efecto, su primer principio expresa que “*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza*”. Asimismo, el principio cuarto establece que “*A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada*”.

La **legitimación activa** en procesos cuyo objeto son temas como el medio ambiente, está expresamente regulada en el artículo 42° del Código General del Proceso, el que reza: “*En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido*”.

En lo que respecta a los **efectos de la sentencia** recaída en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42°), el artículo 220° del mismo cuerpo normativo establece que, la misma “*...tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso*”.

La doctrina más recibida entiende sobre tal punto que, “Mediante esa pluralidad de legitimados se procura abrir el abanico de posibilidades para la protección de los derechos involucrados, dada su importancia, y permitir, de ese modo, el acceso a la justicia, con toda amplitud (...). Sin embargo, el medio más apto es el tercero, o sea, **atribuir la legitimación a los cuerpos intermedios**. El dejar la tutela “a cualquier interesado” choca con dificultades prácticas como la que es difícil encontrar quiénes solitarios con ánimo de perder tiempo en una aventura procesal que atañe a todos; la atribución de la legitimación al “Ministerio Público” encuentra el obstáculo de que sería otra tarea más a agregar a las múltiples que, por lo menos en nuestro país, ya soporta en el campo del proceso civil, penal o de familia. Por ello, no asegura una defensa adecuada de dichos intereses, por lo menos hasta que no se produzca una profunda ampliación de sus cuadros y de su infraestructura material. En consecuencia, la solución de conferir la habilitación de actuar en juicio en defensa de los intereses sociales a aquellas entidades que tengan por fin de su institución tal protección, resulta la más adecuada”¹¹.

11 Luis Alberto VIERA - “Los intereses difusos y la garantía del amparo”, en “V as. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Editorial Universidad, año 1989, pág. 206.

al equilibrio y a reconstruir la situación, toda vez que ese perjuicio no se repita antes de que estos procesos naturales puedan actuar reconstruyendo el paisaje y el ecosistema agredido” (dictamen escrito, fs. 215).

Alude luego a la disminución de pajonales, aunque aclara que no tiene consecuencias para la vida humana (fs. 215 y 243). En cuanto a la desaparición de la playa allí existente, señala textualmente: “De acuerdo a los elementos gráficos que obran en el expediente se podría concluir que la playa existente desapareció al ser sacada la arena, pero el proceso de arrastre natural ha ido reponiendo el material, de manera que se estima que la situación ha vuelto a su estado original (anterior o la extracción) en un porcentaje que se podría estimar en 80%...”. Y más adelante especifica que “en toda el área se rebajó la arena en un promedio de 0,65 m.”.

Estas conclusiones coinciden con las del Inq. Agr. Núñez, que refiere a la existencia actual de la playa, cuyas dimensiones fluctuarán naturalmente y en proporción a la extracción. Asimismo, alude al curso del río que no variará fácilmente, en función de la existencia de barrancas en ambos lados del cauce (fs. 143).

V.- En cuanto a la pretensión de obrados, se funda -como se viera- en el interés general al que se le adiciona el del actor, relativo a la “protección del ambiente, de la calidad del aire, del agua, del suelo y del paisaje”, así como la necesidad de “prevención, eliminación, mitigación y la compensación de los impactos ambientales negativos” (art. 1 de la Ley N° 17283).

Por su parte, el art. 2 apartados I y III de la Ley N° 16466 considera “impacto ambiental negativo o nocivo toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente perjudiquen o dañen... la calidad de vida de la población... la configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales”.

Se ha dicho en antecedente de la Sala, en conceptos trasladables a la especie: “Entre las conclusiones aprobadas en reciente 1er. Encuentro Nacional de Magistrados sobre Derechos Humanos... se concluyó que para la plena vigencia del Estado de Derecho se debe reconocer al ordenamiento positivo en tema de los llamados Derechos Humanos, como un conjunto integrado por normas de origen tanto nacional como internacional... Y ello es convocable en el caso en razón de la índole de los derechos cuyo amparo se reclama en la demanda; los que siendo reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966,

El Profesor Dante Barrios de Angelis afirma que, “Es interés la relación entre las necesidades de un sujeto y la aptitud de un bien para satisfacerlas, el interés puede ser, desde el punto de vista de los sujetos, **individual o grupal**, según que corresponda exclusivamente a un individuo o a un individuo bien delimitado. Pero cuando el interés corresponde a un grupo indeterminado, ya comienza a hablarse de **interés difuso o colectivo** (...) es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés; pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen lo que convierte a ese interés en difuso. Por lo tanto, **el interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado**”¹².

En ese sentido, se ha entendido respecto de los **intereses difusos** que “constituyen una modalidad distinta de derechos de la persona humana. Tiene algo de los derechos subjetivos, en especial de los derechos a la vida y a la salud o de los intereses legítimos, puesto que los hechos nocivos no afectan a un ser fantasmagórico sino a seres humanos concretos, de carne y hueso. Pero se diferencian de aquellos porque afecta a todos sin discriminación. Por eso, desde el punto de vista dogmático, no resulta dificultoso ubicarlos dentro de los “derechos de la personalidad”¹³.

Por ende, “las violaciones al medio ambiente no serían entonces contra un “interés privado en particular”, es decir, de una sola persona aisladamente considerada, sino del grupo social constituido por miembros indeterminados de una comunidad, amenazando y lesionando relevantes intereses sociales; estaríamos defendiendo al interés difuso medio ambiente, que si bien no es privado tampoco es público exclusivamente, ya que **trasciende el ámbito del provecho o beneficio individual; en un área de beneficios de un grupo indeterminado de personas**, que innegablemente poseen preponderantemente naturaleza pública”¹⁴.

V) LEGITIMACIÓN PASIVA

En la sentencia analizada se entiende que del estudio de la prueba producida, se pudo acreditar que el hecho ilícito causante del daño, fue producido por la **conducta de dos sujetos**: el demandado, por haber permitido la entrada de la maquinaria a través de su propiedad para la extracción de la arena a cambio del cobro de una determinada suma de

12 Dante BARRIOS DE ANGELIS - “Defensa Judicial de los intereses difusos”, en LJU, tomo 81, pág. 281.

13 Luis Alberto VIERA - “Los intereses difusos y la garantía del amparo”; ob. cit. pág. 203.

14 M. Esperanza BENTOS ABAD - “El Ministerio Público. La defensa del interés difuso Medio Ambiente”, en LJU, tomo 105, pág. 13.

aprobado por Ley N° 13751, son simultáneamente reconocidos en la Sección II de la Constitución. Se estatuye en ese pacto el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, respecto de lo cual cada uno de los Estados partes se compromete a tomar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, hasta el máximo de los recursos de que disponga. Y lo mismo se impone por el llamado Protocolo de San Salvador, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado el 17 de noviembre de 1988 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y aprobado por Ley N° 16519; toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano... (su Artículo 11)" (cf. sentencia N° 189/02, citando sentencia N° 74/97).

De modo que en el caso es clara la ilicitud que caracteriza las conductas del demandado y del Sr. J.P., tanto como el apartamiento al modelo del buen padre de familia en que han incurrido al lesionar derechos fundamentales del actor.

Por último, corresponde descartar el argumento del demandado relativo a que contaba con autorización de las autoridades respectivas, ya que ello no es cierto como surge de las actuaciones administrativas, pero tampoco impide el accionamiento del afectado. La sentencia -por su parte- refiere a que, pese a que los Sres. S.M. y J.P. no habían obtenido el permiso previo de la Dirección de Hidrografía, denunciados los hechos se les cobró el canon correspondiente, poniéndoseles en conocimiento de las condiciones de extracción (Considerando 5). Los permisos fueron otorgados con posterioridad al hecho lesivo denunciado. Y si resulta claro que la autorización previa no enerva la naturaleza del hecho lesivo (cf. sentencia de TAC 2°, citada por Gamarra, J.: Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XXV p. 200), con mucho menos razón podría enervarla el cobro posterior del canon correspondiente.

VI.- El daño ambiental como daño a la vida de relación.

En cuanto al daño ambiental reclamado, se ubica -como se dijo- en la categoría de daño moral; y dentro de ésta, en el daño a la vida de relación.

Dice Gamarra que "lo que constituye el aspecto esencial del daño a la vida de relación (es) la perturbación a las actividades extralaborales". Y describe el concepto en los siguientes términos: "Es un daño donde los impedimentos, perturbaciones o imposibilidades, inciden sobre actividades que son por completo ajenas a

dinero -ya que sin tal autorización no se habría configurado el daño- y del tercero citado al proceso, que fue la persona que efectivamente ejecutó las actividades de extracción que cabe reputar ilícitas. Al respecto, el Tribunal de Alzada afirmó que "la sentencia podrá declarar la responsabilidad de todos los involucrados en el hecho dañoso, pero únicamente podrá condenar al sujeto indicado como demandado por el actor (art. 117 num. 3 del CGP)".

El Tribunal, fundamenta tal responsabilidad en la siguiente normativa: "Cabe comenzar por reseñar el mandato constitucional establecido en el art. 47°: "La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores". Por su parte el art. 4° de la Ley N° 16.466 establece: "Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que señale la ley, quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente, en violación de lo establecido por los artículos de la presente ley, será civilmente responsable de todos los perjuicios que ocasione, debiendo hacerse cargo, además, si materialmente ello fuera posible, de las acciones conducentes a su recomposición". A su vez, el art. 3° de la Ley N° 17.283 consagra el deber de "las personas físicas o jurídicas, públicas y privadas...de abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente".

De lo que viene de exponerse surge que en el derecho positivo uruguayo, el factor de atribución por daños al ambiente, se basa en una **responsabilidad de carácter subjetiva**. Al respecto, se entiende que "El régimen de atribución es el que surge del artículo 1319 del Código Civil, se está en presencia de un deber genérico de abstenerse (artículo 47° de la Constitución), pues el sujeto del hecho dañante, es una clase genérica de individuos, todos los que integran la comunidad"¹⁵.

Sin perjuicio de admitir en el daño medioambiental tal responsabilidad subjetiva, cabe mencionar que en los últimos tiempos cierta doctrina sí como la legislación nacional e internacional, han comenzado a recepcionar a la **responsabilidad de carácter objetiva**. En efecto, se considera que "El daño medioambiental da otro cimbronazo al Derecho de daños tradicional. Ya no se protege a conjuntos de individuos, sino a todos. No sólo a los presentes, sino también a los que vendrán. **La objetividad se impone por la vulnerabilidad general, presente y futura, frente al daño medioambiental.** La gravedad del problema impone aquí regímenes de responsabilidad objetiva absoluta o agravada"¹⁶.

15 Marcelo AMORÍN y Jorge PÍRIZ – "El daño ambiental en el derecho uruguayo"; ob. cit., pág. 535.

16 Andrés MARINO LÓPEZ – "Bases del derecho de daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de Acuerdos Regionales en América Latina"; ob. cit., pág. 657.

las de tipo laboral; por ej. ...dar un paseo caminando por un parque, concurrir a un teatro o a una conferencia, practicar un deporte, mantener relaciones sentimentales y sexuales, entregarse a un "hobbie" (pesca, jardinería), etc. Se trata de actividades sociales, culturales y recreativas, o de la mera existencia cotidiana (aun no culturales, ni sociales, ni recreativas), que todas las personas realizan durante su vida en mayor o menor medida, y que están desprovistas de todo carácter lucrativo" (ob. cit. ps. 176-177, 180).

Citando la jurisprudencia italiana, alude el autor al hecho de "gozar de la vida en la misma medida en que le era posible hacerlo antes del hecho lesivo". Y más adelante expresa que el daño "se refiere a los menoscabos de la integridad sico-física de la persona, que inciden sobre el valor hombre, que no está vinculado exclusivamente a la aptitud para producir riquezas, sino al conjunto de funciones naturales que tiene relevancia biológica, social, cultural y estética, en relación a las variadas articulaciones ambientales donde la vida se desarrolla, no sólo económicamente" (sentencia del Tribunal de Pisa y fallo de la Corte de Casación, ob. cit. ps. 179 y 181, respectivamente).

En sentido similar, agrega el Maestro que Viney define la noción como "la pérdida de todos los placeres ordinarios de la vida; es el conjunto de molestias, sufrimientos y frustraciones, padecidos en todos los aspectos de la existencia cotidiana por causa de la lesión y sus secuelas" (ob. cit. p. 183).

Un repaso por la jurisprudencia nacional pone de relieve que existe daño a la vida de relación, cuando la existencia común, normal y corriente, resulta menoscabada en cualquiera de las actividades. Se trata de la "disminución orgánica (física y/o psíquica) que modifica negativamente las condiciones habituales en que se desarrolla la existencia de la víctima, anteriores al accidente" (cf. Gamarra, ob. cit. p. 193; sentencia N° 274/03 de la Sala).

Por ello, no es de recibo la argumentación de la sentencia fundada en la afirmación de que no existe prueba de que el actor y su familia "aprovecharan la referida playa en forma permanente" (Considerando 6). Enseña Gamarra que no es necesario que "la víctima realizara antes del evento dañoso una determinada actividad, de la cual resulta privada. Esto es enteramente razonable, porque un sujeto que no actuaba de tal o cual manera, hubiera podido hacerlo luego, y además, porque cualquier acto que en el futuro la víctima se vea privada de realizar es un perjuicio, sea cual fuere la naturaleza, individual y privada, o pública, social

Así como la legitimación activa a la hora de plantear un reclamo por daños al medio ambiente tiene particularidades -las que fueron expuestas con anterioridad- la legitimación pasiva también las tiene.

En efecto, se entiende que en general la contaminación no es el producto de una acción aislada sino que de la confluencia de diversas conductas contaminantes. Tal extremo, lleva a la doctrina a distinguir dos tipos de acciones: por un lado, la **acción grupal común**, que procede cuando el daño es causado por un conjunto de sujetos, en donde la responsabilidad debe ser solidaria entre ellos - sin perjuicio de las acciones de regreso o repetición -; y por otro lado, la **acción grupal anónima**, que procede cuando el daño es causado por uno o más integrantes de un grupo de individuos pero no se sabe cual fue. El daño al medio ambiente, dada la necesidad social de reparación y reconstitución, plantea la **responsabilidad solidaria** de todos, sin perjuicio de las acciones de regreso o repetición¹⁷.

Lo que viene de exponerse, implica admitir las llamadas **obligaciones "in solidum"**, sobre las que se ha entendido que acotan "el ámbito de aplicación del artículo 1331 del Código Civil, indicando que dicha norma se aplica para hipótesis de un único hecho ilícito e identidad de fuente o título de la obligación de reparar, luego, cuando los hechos ilícitos son varios a esta zona corresponden las obligaciones in solidum. Verificado el daño, se dice, los sujetos responden cada uno por el todo. En la categoría se requiere pluralidad de sujetos deudores, identidad de objeto, distinta causa y un acreedor"¹⁸.

Por último, y sin perjuicio de tal admisión, cabe hacer referencia a la posición que el Profesor Jorge Gamarra ha asumido al respecto, al entender que "es inadmisibles en Uruguay esta categoría, a su juicio, se agrega para aplicar el artículo 1331 un requisito que la norma no incluye, la identidad de la fuente de la obligación resarcitoria y el derecho a reclamar por el todo a cualquiera de los deudores sólo puede otorgarlo el legislador que sólo lo hizo para el caso de pluralidad de comportamientos dolosos. Finalmente, la existencia de pluralidad de hechos ilícitos y la existencia de distintas fuentes de obligación, no autoriza a sostener que la responsabilidad de cada deudor sea por el todo, aunque ellos deban la misma cosa, se trata de una obligación mancomunada o conjunta (art. 1338 del C.C.U.)"¹⁹.

17 Andrés MARIÑO LÓPEZ - "Bases del derecho daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de Acuerdos Regionales en América Latina"; ob. cit., págs. 656 y 657.

18 Leslie VAN ROMPAEY - "¿Es admisible la condena in solidum en la responsabilidad extracontractual?", en ADCU, tomo XXII, FCU, año 1991, pág. 471.

19 Jorge GAMARRA - "Obligación in solidum", en ADCU, tomo XXXV, FCU, año 2004, pág. 693.

y mundana, cultural o no; deportiva o no” (ob. cit. p. 193). El ejemplo de la existencia de daño moral por pérdida de vacaciones examinado por el autor, puede parangonarse con la situación de obrados, donde se acreditó la imposibilidad de utilización de la playa para actividades de recreación, como se dijera antes (ob. cit. p. 211).

En definitiva, puede establecerse que el daño a la vida de relación constituye una modificación negativa, una repercusión negativa de la vida normal o cotidiana, la afectación del ser existencial individual que se extiende a todas las áreas que el damnificado podría potencialmente abarcar, siempre que sean extralaborales.

En sentido coincidente, señala el Sr. Perito Silveira: “El daño de carácter inmaterial, que podría calificarse como “impacto ambiental negativo” de acuerdo al art. 2° inc. II de la Ley 16466” se basa en el “hecho de que un lugar utilizado como playa (el arenal del cual se extrajo el material) dejó de ser aprovechable para tales fines durante un período de tiempo limitado” (dictamen pericial escrito, fs. 217). Y en la audiencia complementaria señala que “lo considero un daño estético en la recreación o el esparcimiento», se trata de un daño “por no usar una playa” (fs. 241).

Entonces, la indemnización que por este dispositivo se otorga refiere a los daños padecidos durante el período de recuperación natural del lugar y paisaje de disfrute del actor. Véase que el art. 3 de la Ley N° 17283 define el daño ambiental como “toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente”. En el caso de autos, se trata de la afectación de valores paisajísticos vinculados al resguardo de la calidad de vida, a la vida de relación, al derecho al disfrute y goce de un ambiente natural, debidamente preservado, aunque se trate de una situación temporal: porque mientras la playa dejó de ser utilizable, el daño se configuró.

Como se desprende de la prueba obrante infolios el daño impetrado se halla limitado en el tiempo y en su envergadura.

Así lo señaló el Sr. Perito Ing. Agr. Silveira: “En este ecosistema la acción de la extracción de arena constituyó un hecho desequilibrante, que sin embargo tuvo consecuencias acotadas. Siempre que el daño se produzca a escalas razonables la naturaleza tiende a equilibrio y a reconstruir la situación, toda vez que ese perjuicio no se repita antes de que estos procesos naturales puedan actuar reconstruyendo el paisaje y el ecosistema agredido” (dictamen escrito, fs. 215).

VI) DAÑO AMBIENTAL

Como se mencionara con anterioridad, el daño ambiental reclamado en la demanda -y condenado en la sentencia en estudio- consiste en un **daño moral**, y dentro de esta categoría, el **daño a la vida de relación**, concepto que es analizado y desarrollado con gran profundidad tal como se desprende de los siguientes párrafos.

El Tribunal de Apelaciones de 3° turno entendió que, lo que constituye el aspecto esencial del daño a la vida de relación es la **perturbación a las actividades extralaborales**, y lo define citando al Profesor Jorge Gamarra como “un daño donde los impedimentos, perturbaciones o imposibilidades, inciden sobre actividades que son por completo ajenas a las del tipo laboral; por ej: dar un paseo caminando por un parque, concurrir a un teatro o a una conferencia, practicar un deporte, mantener relaciones sentimentales y sexuales, entregarse a un “hobbie” (pesca, jardinería), etc. Se trata de actividades sociales, culturales y recreativas, o de la mera existencia cotidiana (aun no culturales, ni sociales, ni recreativas), que todas las personas realizan durante su vida en mayor o menor medida, y que están desprovistas de todo carácter lucrativo (ob. cit. ps. 176-177)”.

A continuación, agrega: “Citando la jurisprudencia italiana, alude el autor al hecho de “gozar de la vida en la misma medida en que le era posible hacerlo antes del hecho lesivo”. Y más adelante expresa que el daño “se refiere a los menoscabos de la integridad psico-física de la persona, que inciden sobre el valor hombre, que **no está vinculado exclusivamente a la aptitud para producir riquezas, sino al conjunto de funciones naturales que tiene relevancia biológica, social, cultural y estética, en relación a las variadas articulaciones ambientales donde la vida se desarrolla**, no sólo económicamente” (sentencia del Tribunal de Pisa y fallo de la Corte de Casación, ob. cit. ps. 179 y 181 respectivamente)”.

Continúa su estudio expresando que, “En sentido similar, agrega el Maestro que Viney define la noción como “la pérdida de todos los placeres ordinarios de la vida; es el conjunto de molestias, sufrimientos y frustraciones, padecidos en todos los aspectos de la existencia cotidiana por causa de la lesión y sus secuelas” (ob. cit. p. 183). Un repaso por la jurisprudencia nacional pone de relieve que existe daño a la vida de relación, cuando la existencia común, normal y corriente, resulta menoscabada en cualquiera de las actividades. Se trata de la “disminución orgánica (física y/o psíquica) que modifica negativamente las condiciones habituales en que se desarrolla la existencia de la víctima, anteriores al accidente” (cf. Gamarra, ob. cit. p. 193; sentencia N° 274/03 de la Sala)”.

En el dictamen del mes de abril de 2004, luego de señalar que “la playa existente desapareció al ser sacada la arena” agrega que “la situación ha vuelto a su estado original (anterior a la extracción) en un porcentaje que se podría estimar en 80%...” (fs. 216-217). Y más tarde en la audiencia de prueba afirma: “Yo pienso que la arena se va a llegar a reponer totalmente en forma natural, yo estimo que en un año más o una cosa así, depende de lo que llueva” (ampliación en audiencia, fs. 241).

En cuanto a la limitación temporal, en etapa de aclaraciones o ampliaciones del dictamen, manifiesta el Ing. Agr. Silveira que la playa “dejó de ser aprovechable durante un período de tiempo limitado” (fs. 243). En lo que concierne a la trascendencia del daño, aclara -en audiencia- que “no fue una afectación importante” (fs. 243).

A este respecto, cabe considerar -también- las constataciones realizadas mediante inspecciones en el año 2000 por los organismos técnicos dependientes del MVOTMA que concluyen en estos términos: “no encontrándose registros de afectación de importancia” (fs. 76-77).

Por su parte, el testigo Ch. señala que “cuando volví la arena volvió a formarse pero no en el estado que estaba antes” (fs. 176-177; los primeros campamentos fueron en los años 1997 y 1998 y volvió al campo en el año 2001).

En cambio, descartó el experto que haya habido afectación de las barrancas ni modificación del curso del río, “más que de manera transitoria y sólo hasta la siguiente crecida”; hecho que atribuye a la morfología del cauce “delimitado por las barrancas”. Esta situación se ilustra con la fotografía “B” de fs. 217, donde se aprecia “el curso actual del río, que volvió al curso primitivo” (ver también fotos de fs. 218). Excluyó también toda producción de “daño irreversible”, en conclusiones coincidentes con las del Ing. Agr. Núñez (fs. 143).

VII.- El monto de la condena.

Por último, no puede soslayar el Tribunal la circunstancia de que la demanda no estableciera concretamente el monto de la condena que se reclamara.

De todas formas, en opinión de este órgano, tal hecho no constituye impedimento para el dictado de la presente decisión. Y ello por cuanto, no existe posibilidad para la Sala de fallar fuera de lo pedido (mandato

Asimismo, el Tribunal de Alzada comparte con el autor nacional en que “no es necesario que “la víctima realizara antes del evento dañoso una determinada actividad de la cual resulta privada. Esto es enteramente razonable, porque un sujeto que no actuaba de tal o cual manera, hubiera podido hacerlo luego, y además, porque cualquier acto que en el futuro la víctima se vea privada de realizar es un perjuicio, sea cual fuere la naturaleza, individual y privada, o pública, social y mundana, cultural o no, deportiva o no” (ob. cit. p. 193). El ejemplo de la existencia de daño moral por pérdida de vacaciones examinado por el autor, puede parangonarse con la situación de obrados, donde se acreditó la imposibilidad de utilización de la playa para actividades de recreación, como se dijera antes (ob. cit. p. 211)”.

Por último, el Tribunal entiende que “puede establecerse que el **daño a la vida de relación constituye una modificación negativa, una repercusión negativa de la vida normal o cotidiana, la afectación del ser existencial individual que se extiende a todas las áreas que el damnificado podría potencialmente abarcar, siempre que sean extralaborales (...)** Entonces, la indemnización que por este dispositivo se otorga refiere a los daños padecidos durante el período de recuperación natural del lugar y paisaje de disfrute del actor. Véase que el art. 3° de la Ley N° 17.283 define el daño ambiental como “*toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente*”. **En el caso de autos, se trata de la afectación de valores paisajísticos vinculados al resguardo de la calidad de vida, a la vida de relación, al derecho al disfrute y goce de un ambiente natural, debidamente preservado, aunque se trate de una situación temporal: porque mientras la playa dejó de ser utilizable, el daño se configuró.** Como se desprende de la prueba obrante infolios el daño impetrado se halla limitado en el tiempo y en su envergadura”.

El concepto de **daño ambiental**, fue introducido por primera vez en nuestro derecho positivo por la Ley de Prevención y Evaluación del Impacto Ambiental, N° 16.466 de 19 de enero de 1994, ya que su artículo 2° define al **impacto ambiental negativo o nocivo** como “*toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente causada por cualquier forma de materia o energía o resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente perjudiquen o dañen:*

- I. *La salud, seguridad o calidad de vida de la población.*
- II. *Las condiciones estéticas, culturales o sanitarias del medio.*
- III. *La configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales”.*

Asimismo, el artículo 47° de la Carta Magna refiere también a la responsabilidad causada por daño ambiental, ya que dispone que “*...las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente*”.

del art. 198 CGP), en la medida que el actor determinó un monto mínimo, al atribuir la competencia por razón de cuantía en esta causa, al Juzgado Letrado interviniente, órgano ante el cual compareció.

En efecto, de conformidad con las enseñanzas de Odriozola y más allá de la no total plenitud de la demanda, puede extraerse de su promoción la utilidad que reclama el Ordenamiento para que pueda ser atendida (Código General del Proceso, anotado..., t. III ps. 27 y ss.). Ello implica -entonces- para el órgano Judicial el poder-deber de pronunciarse (art. 5 LOT), acudiendo a los elementos consignados en el libelo introductorio.

En tal sentido, no puede dudarse que el accionante reclamó por lo menos la suma de \$ 115.000, correspondiente a la competencia de la Sede Letrada, según Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7385 del 20 de diciembre de 1999, que determinó el monto habilitante de la competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior (arts. 68, 71 y 73 num. 1 lit. a de la LOT).

Por tales razones, y en atención a situaciones análogas (sentencia N° 189/02), habrá de fijarse el monto de la condena en el equivalente en moneda nacional a la suma de U\$S 5.000 a la fecha del presente dispositivo, cantidad que se reajustará hasta su efectivo pago, más los intereses legales desde la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal FALLA:

Revócase la recurrida y en su lugar se dispone: condénase al demandado a abonar al actor, en concepto de daño moral, el 50% de la suma establecida en el Considerando VII. Con las costas y costos del grado en el orden causado. Y devuélvase a la Sede de origen.

Klett - Chalar - Rossi
Esc. Fernández, Sec. Let.

Con posterioridad, la ley General de Protección del Ambiente, N° 17.283 de 28 de noviembre de 2000, en el inciso final del artículo 3°, al interpretar dicha disposición constitucional entiende que “...se consideran actos que causan depredación destrucción o contaminación graves del medio ambiente, aquellos que contravengan lo establecido en la presente ley y en las demás normas regulatorias de las materias referidas en el artículo 1°. Asimismo, se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente” .

La doctrina nacional e internacional especializada entiende con respecto al daño ambiental que, éste llevo a que “se considerasen inadecuadas las formulaciones clásicas sobre la responsabilidad civil, en función de la colectividad de aquél. En otro orden, desde el análisis económico del derecho, se ha referido a **daños socialmente tolerables**, expresando que toda actividad humana causa perjuicio al ambiente (...) la vida en sociedad impone inconvenientes normales, poluciones o daños admisibles hasta cierto punto más allá del cual la reparación debe admitirse, pues se trata de un daño anormal. Al daño que se reputa normal, se le ha denominado daño socialmente tolerable”²⁰.

También la jurisprudencia nacional se ha expedido al respecto, ya que ha entendido lo siguiente: “Transcribiendo a Sayagués: “La mayor parte de las nuevas leyes originan molestias y perjuicios; pero tales dificultades son propias de la vida en sociedad y no exceden de los sacrificios normales que cabe exigir a quienes también se benefician con el progreso de la legislación (...) **El daño debe ser especial, excepcional, exceder los sacrificios normales propios de la vida en sociedad**. Si la ley afectara por igual en los hechos o a un gran número de personas, es decir, si en los hechos sus efectos fueran realmente generales, no surgiría obligación de indemnizar (...) El perjuicio debe ser directo, es decir, derivar en forma inmediata de la ley. Los perjuicios indirectos no son indemnizables. De ahí que si entre la ley y el perjuicio se interponen otras circunstancias, la reclamación no puede prosperar”²¹.

En análogo sentido, se ha expedido la Suprema Corte de Justicia al entender que, “...tanto el art. 47 de la Constitución, como la Ley N° 17.283, exigen la nota de **gravedad** en los actos de contaminación del medio ambiente y tal nota de gravedad no puede ser determinada con un criterio arbitrario, según el mero criterio del decisor, sino que **lo grave es lo que exceda los límites prefijados por estándares legales, reglamentarios o técnicos en la materia** (...) No toda emisión está prohibida por las normas, sino sólo aquellas que revistan ese carácter o sobrepasen los límites de seguridad. **No toda degradación ambiental es antijurídica y por ello capaz de generar responsabilidad**. Todo acto de consumo genera

20 Marcelo AMORÍN y Jorge PÍRIZ – “El daño ambiental en el derecho uruguayo”; ob .cit., pág. 529.

21 Sentencia del TAC de 2° turno, N° 92/98 de 11 de junio de 1998, LJU, caso N° 13.578.

daños ambientales; pero, en principio, esos daños no generan responsabilidad porque no son antijurídicos. El derecho al ambiente no es absoluto y su protección tampoco. Jurídicamente la sociedad determinará cuales serán los daños admisibles mediante las respectivas normas. El conocimiento científico y tecnológico influye en el nivel admitido en cada momento histórico. Dentro de unos años, los actos de disposición permitidos por ésta época serán, muy probablemente, antijurídicos (cf. Mosset, Hutchinson, Donna: Daño Ambiental, t. 1 p. 212)”²².

Por último, cabe hacer referencia a otro pronunciamiento judicial, por medio del cual también se condena la indemnización de daño moral ocasionado por determinadas conductas que implicaron un daño ambiental. La Sala entendió que, “Siendo indiscutible el **derecho de todo ciudadano a desarrollar su vida en un medio ambiente saludable, y siendo también indiscutible la correlativa obligación de todos sus conciudadanos a respetar ese derecho**, resulta evidente que la demandada, al imponer a los actores las consecuencias de su accionar, lesionó aquel derecho”.

A continuación, agrega que “Resulta también evidente que cualquier individuo que es obligado a vivir durante seis años soportando basura y desperdicios en la vía pública que lo rodea, desbordes de fosas sépticas y evacuación irregular de aguas servidas – con los consiguientes malos olores y peligro de contaminación común a todo ello – pese a haber cumplido, durante todo dicho período, gestiones para obtener el cese de tal situación, sufre, durante el mismo, daño moral. Porque los expuestos no son hechos que puedan calificarse de “nimios” como pretende la demandada, sino que y por el contrario, por lo desagradable que hacen al diario vivir así como por el peligro que representa, **sin duda originan un perjuicio espiritual causante, por su notoriedad, de daño moral “in re ipsa”**”²³.

Lo que viene de exponerse, es la efectiva aceptación y aplicación del denominado **principio contaminador pagador**, tan aplicado en el derecho ambiental nacional e internacional. El mismo, consiste en aquel “*por el cual las personas naturales o legales, gobernadas por el Derecho privado o el público, que son responsables de la contaminación, tienen que pagar los costos de las medidas que sean necesarias para eliminar esa contaminación, o para reducirla de manera que cumplan con los estándares o medidas equivalentes que permitan que objetivos de calidad ambiental sean alcanzados, o, en donde no existan tales objetivos, para que cumplan con los estándares o medidas equivalentes establecidas por las autoridades públicas; (...) sin depender – en principio – de políticas basadas en concesiones de ayudas*”²⁴.

VII) PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

El régimen jurídico que regula el derecho ambiental en el Uruguay, no solo se limita a consagrar el referido principio contaminador pagador, sino también, otros de análoga importancia para el aplicador del derecho, así como también, para el creador del mismo.

Se entiende que tales principios consisten en, “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”²⁵.

El artículo 6° de la ley General de Protección del Ambiente, N° 17.283 de 28 de noviembre de 2000, consagra los **principios de política ambiental**, los que por sí mismos no poseen un efecto dispositivo, sino que cumplen una doble función que consiste en:

a) operar como orientaciones para el Poder Ejecutivo en su tarea de fijación de dicha política, ya que se establece que “*el Poder Ejecutivo se basará en los siguientes principios*”; y

b) cumplir una función interpretativa a efectos de dirimir conflictos jurídicos e institucionales, ya que se dispone que “*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*”²⁶.

22 Sentencia de la SCJ N° 237/05 de 23 de noviembre de 2005, publicada en LJU, caso 15.271, tomo 134, año 2006.

23 Sentencia del TAC de 5° turno, N° 252/01 de 13 de noviembre de 2001, LJU, caso N° 125019, tomo 125, año 2002.

24 Párrafo 2° de la Recomendación N° 75/436 del Consejo de la Comunidad Económica Europea (CEE) de fecha 3 de marzo del año 1975.

25 Marcelo COUSILLAS – “El Principio contaminador pagador”.

26 Marcelo COUSILLAS - “El Desarrollo del Derecho Ambiental Nacional”, en Revista de la Judicatura N° 42, págs. 78 y 79.

Tales principios son los siguientes:

1.- El **principio de distinción**: tiene como objetivo que el país en el contexto de las naciones se distinga como un **País Natural**, “*desde una perspectiva económica, cultural y social del desarrollo sostenible*”.

2.- El **principio preventivo**: consiste en la necesidad y conveniencia de evitar la producción de daños ambientales, en lugar de imponer una sanción al infractor o de la recomposición del medio ambiente afectado que en reiteradas oportunidades es imposible.

En lo que respecta a la responsabilidad por daño ambiental, la doctrina entiende que en la actualidad “Aparecería un retorno al sistema informado por el reproche a una conducta, que toma como elemento medular al ofensor. Tal conclusión debe atemperarse pues en la confrontación del sistema, se prevén instrumentos de avanzada propios de la nueva concepción del derecho de daños, que enfoca su atención a la situación desde el ofendido o la víctima (*favor victimae*) y al elemento “daño”. Se percibe, la referencia persistente a la **prevención del impacto nocivo negativo, y a la recomposición del ambiente si fuera posible**. No solo la función sancionatoria sino también la preventiva y reparatoria, constituyen índices de la evolución del pensamiento jurídico en función de los denominados “nuevos daños”²⁷.

El principio en estudio, también se encuentra regulado en el artículo 1° de la ley N° 16.466, ya que declara de interés general “...la **prevención del impacto ambiental negativo nocivo y en su caso la recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas**”, y en el artículo 4° se establece que además de responder civil, penal y administrativamente de los perjuicios que ocasione el autor del evento dañoso deberá “...*hacerse cargo, además, si materialmente ello fuera posible, de las acciones conducentes a su recomposición*”.

Tales disposiciones, son complementadas por el artículo 16° de la ley N° 17.283, ya que establece que de verificarse demora o resistencia a dar cumplimiento a la recomposición, reducción o mitigación prevista en aquellas, se prevé la posibilidad de solicitar la imposición judicial de conminaciones económicas o hacerlo de oficio, siendo de cargo del infractor los gastos que ello ocasionen.

3.- El **principio precautorio**: se encuentra claramente regulado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ya que dispone que “*con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el **criterio de precaución** conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible 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*”.

En mérito a su importancia, cabe mencionar lo que sobre el mismo establece el literal B del artículo 6° de la ley General de Protección del Ambiente: “...*cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas*”.

4.- El **principio de incorporación**: se entiende 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*”.

5.- El **principio de participación**: se considera que la participación tanto de las personas como de las organizaciones representativas es un **derecho – deber**, ya que aquella se basa en que “*la protección del ambiente constituye un compromiso que atañe al conjunto de la sociedad*”.

Se puede citar como ejemplo de la implementación de tal principio en nuestro derecho, la creación de la Comisión Técnica Asesora de la Protección del Medio Ambiente (COTAMA), que funciona en la órbita del Ministerio de Vivienda Ordenamiento territorial y Medio Ambiente (MVOTMA), entre otros.

6.- El **principio de transectorialidad**: implica que la integración y coordinación de los sectores públicos y privados involucrados, asegurando así el “*alcance nacional de la instrumentación de la política ambiental y la descentralización en el ejercicio de los cometidos de protección ambiental*”.

En efecto, se entiende que “La coordinación se revela como el armónico desarrollo de actividades de distintos entes u órganos en vista de la obtención de un fin común a ellos, con lo cual siempre aparece la coordinación inserta en una conducta planificadora de la acción estatal”²⁸.

27 Marcelo AMORÍN y Jorge PÍRIZ – “El daño ambiental en el derecho uruguayo”; ob .cit., pág. 531.

28 Mariano BRITO – “La coordinación de la descentralización administrativa. Disposiciones que la regulan”, en “Derecho Administrativo: su permanencia – contemporaneidad – prospectiva”, Universidad de Montevideo, año 2004, pág. 568.

7.- El **principio de la adecuada información ambiental**: a efectos de “asegurar su disponibilidad y accesibilidad por parte de cualquier interesado”.

8.- El **principio de cooperación internacional**: tiene como objetivo el incremento y el fortalecimiento de la cooperación internacional en materia ambiental “promoviendo la elaboración de criterios ambientales comunes”.

La sentencia en estudio, también hace referencia a este principio, lo que demuestra la importancia que posee en nuestro derecho positivo ambiental, al afirmar que: “Se ha dicho en antecedente de la Sala, en conceptos trasladables a la especie: “Entre las conclusiones aprobadas en el reciente 1er. Encuentro Nacional de Magistrados sobre Derechos Humanos...se concluyó que para la plena vigencia del Estado de Derecho se debe reconocer al ordenamiento positivo en tema de los llamados Derechos Humanos, como un conjunto integrado por normas de origen tanto nacional como internacional...Y ello es convocable en el caso en razón de la índole de los derechos cuyo amparo se reclama en la demanda; los que siendo reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobados por la Ley N° 13.751, son simultáneamente reconocidos en la Sección II de la Constitución. Se estatuye en ese pacto el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, respecto de lo cual **cada uno de los Estados partes se compromete a tomar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos de que disponga**. Y lo mismo se impone por el llamado Protocolo de San Salvador, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado el 17 de noviembre de 1988 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y aprobado por Ley N° 16.519; toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano...(cf. Sentencia N° 189/02, citando sentencia N° 74/97)”.

Dra. Bárbara Dei-Cas



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

CARRERAS DE GRADO:

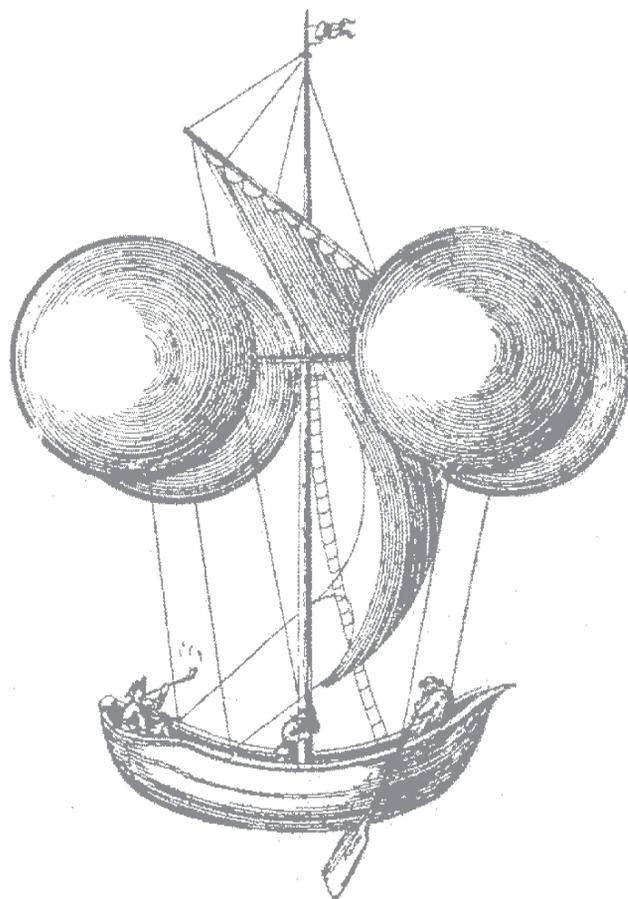
- Dos alumnos de la Facultad de Derecho viajaron a Berlín para participar en el seminario que se realizó a fines de mayo, dentro del programa: *Europe meets Latin America: A Forum for Young Leaders*, organizado por el *Institute for Cultural Diplomacy* de Berlín. El seminario reunió a jóvenes líderes de todo el mundo para discutir la relación entre estas dos regiones y analizar en qué forma se pueden fortalecer las relaciones por medio de un intercambio cultural organizado.
- Un grupo de estudiantes se prepara para participar en la “*Competencia Internacional de Arbitraje Comercial*”, organizada por la **Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires**. En el mes de junio los alumnos presentaron las memorias escritas y del 24 al 27 de septiembre tendrá lugar la defensa oral del caso en Buenos Aires. En el marco de esta competencia, se logró un acuerdo con la organización **Kluwer Law International** para acceder a su base de datos en materia de Arbitraje Internacional.
- Del 22 al 29 de marzo, una nueva delegación de alumnos participó en la competencia internacional de argumentación jurídica – “*The Philip C. Jessup International Moot Court Competition*”, que tuvo lugar en Washington, Estados Unidos. Se obtuvo un muy buen resultado en las memorias escritas.
- Un alumno de la Facultad de Derecho obtuvo una beca para participar en un programa de intercambio organizado por la Embajada de Estados Unidos: *Global Undergraduate Exchange Program UGRAD*
- En el mes de noviembre culminará sus cursos la primera generación de la carrera de **Notariado** que comenzó en marzo de 2005.

MAESTRÍAS:

- En el marco de Máster en Integración y Comercio Internacional, el Dr. Alejandro Perotti de la Universidad de Austral dictó, en el mes de junio, una Conferencia orientada a operadores del ámbito judicial y de comercio internacional de nuestro país, sobre el tema “**La Justicia Uruguaya, la tasa consular y el MERCOSUR**”.
- Al igual que en años pasados se destaca la presencia de varios profesionales extranjeros cursando el Programa Máster en Integración y Comercio Internacional.
- También en junio se dictó el Seminario sobre “**Derecho Municipal**” a cargo del Dr. Álvaro Ricino donde se analizó particularmente el régimen nacional a la luz de las tendencias actuales en materia de organización y actividad municipal, así como también lo relativo al régimen patrimonial y control municipal.
- En septiembre el Cr. Alejandro Horjales dictará el “**Taller de Precios de Transferencia**”, con especial consideración de la nueva normativa en la materia así como jurisprudencia y soluciones adoptadas a nivel internacional por los distintos países, todo ello orientado a permitir la resolución de casos prácticos y situaciones de alta complejidad que se presentan en la actuación profesional.
- En agosto comenzará una nueva edición del **Postgrado sobre Derecho Penal Económico**. Realizarán la apertura académica el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, el Dr. Rafael Ubiría y el Director del Postgrado, el Dr. Miguel Langón. Además se contará con la presencia de los principales referentes de la materia en el país.
- En el mes de octubre tendrá lugar el “**Taller sobre Tributación del Comercio Exterior**” que será impartido por los Dres. Pablo Labandera y Pablo González Bianchi. El mismo estará orientado a incrementar la percepción sobre el tema de la valoración aduanera, la tributación al comercio exterior y las prácticas desleales de comercio, así como también proporcionar algunas “reglas prácticas” que permitan analizar los elementos que deben tenerse presentes para una adecuada praxis en los ámbitos tributario y aduanero
- Igualmente en octubre será dictado el curso “**Análisis Económico del Derecho**” a cargo de los Dres. Ady Beitler (LL.M., Harvard Law School) y Bernardo Amorín (BSc - Economics, London School of Economics), orientado de acuerdo al curso preparado por el *John M. Olin Center for Law and Economics* de la Universidad de Harvard, impartido por los reconocidos profesores Steven Shavell y Luis Kaplow.
- En el mes de noviembre será impartido un “**Curso de Actualización Tributaria**”, orientado a la puesta al día en esta dinámica materia para los egresados del Máster en Derecho y Técnica Tributaria y Máster en Derecho de la Empresa, y con un sentido esencialmente práctico-analítico. El mismo estará a cargo de profesores especialistas en las distintas áreas abordadas.

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS:

- Una egresada de la Facultad de Derecho, obtuvo el primer premio en el concurso "*Premio Futuros Juristas Latinoamericanos*", organizado por Garrigues Abogados, Instituto Tecnológico de Monterrey y la Cátedra Eduardo A. Elizondo. Entre los premios se incluía el ingreso como abogado en la firma Garrigues Abogados en Madrid y la participación en el Curso Superior de Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues. Egresados de más de 280 escuelas de Derecho participaron en el concurso.
- El 11 de junio se realizó la jornada académica "*Sistema Electoral y Democracia ¿es perfectible?*". Presidió la jornada el presidente de la Corte Electoral, Dr. Carlos Urruty. Se contó con la participación de los siguientes panelistas: Dr. Julio María Sanguinetti, Ing. Q. Jorge Brovotto, Dr. Wilfredo Penco, Prof. Carlos Julio Pereyra, Prof. Rodolfo González Risotto, Dr. Pablo Mieres y el Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Prof. Dr. Jaime Rodríguez- Arana Muñoz.
- Desde el 11 al 13 de mayo un grupo de profesores uruguayos fueron invitados por la **Universidad de Florida en Gainesville, EEUU**, a participar en un taller de trabajo académico con el objetivo de preparar y organizar un Congreso sobre temas de política legislativa, judicial y administrativa en América Latina. La delegación uruguaya estuvo bien representada por integrantes de todas las Facultades de Derecho del país, y por la Universidad de Montevideo en particular se contó con la participación de los Dres. Nicolás Etcheverry y Miguel Langón. Se hizo hincapié en la necesidad de abordar con carácter primordial los siguientes temas: 1) Reforma Procesal Penal, 2) Reforma del Sistema Carcelario, 3) Derecho Ambiental y responsable explotación de los recursos naturales, y 4) Capacitación y ética profesional en las áreas de magistratura, legislación, gestión administrativa y abogacía.



TESINAS DE MASTERS

FLEITAS VILLARREAL, Sandra

El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Su regulación en la legislación uruguayana

EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS SU REGULACION EN LA LEGISLACION URUGUAYA

SANDRA FLEITAS VILLARREAL ¹

1.- INTRODUCCIÓN.

El delito de lavado de activos constituye un ejemplo paradigmático de la nueva delincuencia de nuestros tiempos.

Es uno de los fenómenos criminales que más atención ha suscitado a nivel internacional, pese a su aparición tardía.

La lucha de los ordenamientos jurídicos para evitar que los delincuentes puedan encubrir y disfrutar con comodidad del producto del delito cometido tuvo su impulso en la década del "70", principalmente por los EEUU, quien presentó propuestas a organismos internacionales multilaterales, referidas a la prevención y represión del delito de lavado de activos.

El delito al que nos enfrentamos es mutante, su espacio de acción resulta ser el mundo globalizado, se moviliza en los sistemas económicos y su comisión aumentado en forma sorprendente, lo que ha llevado a los Estados a armonizar sus legislaciones para que la reacción a dicho fenómeno sea global, sin que ello suponga vulnerar los principios vigentes en cada uno de esos ordenamientos jurídicos.

Para ello resulta importante todo esfuerzo dirigido a la perfección del tipo penal que nos ocupa, principalmente a la correcta determinación y delimitación de los distintos elementos objetivos y subjetivos de dicho delito.

Por tratarse de un fenómeno criminal muy complejo, que produce daños tan significativos, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento y que se encuentra vinculado directamente con el delito previo que le precede, ofrece muchas dificultades al momento de probar su origen delictivo.

Máxime que en la gran mayoría de los casos los autores de este tipo de delitos no poseen bienes a su nombre, pues utilizan los más variados y sofisticados mecanismos para ocultar su titularidad y su procedencia, lo que hace tan difícil su constatación.

Es por eso que en mi calidad de docente joven en formación – aspirante – entiendo imprescindible el estudio del "bien jurídico" tutelado por el tipo en cuestión, que desde el punto de vista de la dogmática penal moderna resulta ser el punto neurálgico, que nos permitirá resolver gran parte de los obstáculos que se nos presentan a los operadores jurídicos que intervenimos en su investigación.

Nuestra experiencia práctica obtenida como representante del Ministerio Público en las investigaciones sobre el blanqueo de capitales nos ha permitido visualizar que la efectiva aplicación de las normas penales que regulan y definen semejante actividad criminal depende esencialmente de la interpretación que los Tribunales de Justicia realizan respecto a la construcción del tipo penal, lo que incide directamente en el eficaz desarrollo de las tareas de investigación de dicho ilícito.

La misión esencial del derecho penal no es otra que la protección de bienes jurídicos, sin embargo no los crea sino que los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos tutelándolos.

Pero también los bienes jurídicos suponen una limitación al "ius pudiendi", en todo Estado de derecho democrático

La ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material, como también de toda legitimidad.

Por eso cualquier tipificación que no se realice sobre la base de la protección de un bien vital, resulta imposible y arbitraria si no se construye sobre la base de su preexistencia.

Sin embargo eso no significa que toda conducta que vulnera un bien jurídico debe ser castigada como delito.

¹ Aspirante a Profesora Adscripta en Derecho Penal de la Facultad de Derecho (UDEAR).
Secretaría Letrada de la Fiscalía Letrada Nacional en lo Penal de Tercer Turno.

La imposición de la pena se justifica si tal castigo es “útil” e “imprescindible”, afirmación que nos lleva a deducir que el concepto de bien jurídico y por lo tanto su protección no es un ámbito exclusivo del derecho penal.

La difícil tarea de delimitar cuales de estos “presupuestos imprescindibles para una existencia común” exigen un grado de protección tan alto que justifique que los mismos sean elevados al rango de bienes jurídicos – penales -, le corresponde al segmento legislativo, actividad que deberá realizar a la luz de los criterios que ofrezca el texto constitucional.

En tal sentido es que conviene tener presente que la Ley Fundamental de cada Estado no se limita a establecer criterios de “no contradicción” que permitan al legislador actuar con libertad dentro de sus amplias paredes, sino que también fija en su parte dogmática un orden objetivo de valores cuya vigencia trasciende mucho más allá de la misma, irradiando su eficacia sobre todos los ámbitos del Derecho.

Pues como muchas veces los tipos penales no mencionan cual es el bien jurídico que protegen, el mismo debe ser determinado a partir de una labor interpretativa que desarrollan los distintos operadores.

Y la concepción que se tenga de lo que es y lo que significa el bien jurídico, es lo única que puede indicar la solución a dar a determinados y significativos problemas que plantea la teoría del tipo.

En el caso del delito de “blanqueo de capitales”, la doctrina discute arduamente cual es el bien o los bienes jurídicos que resultan vulnerados por dicho comportamiento delictivo.

Dicho debate también a tenido lugar en el ámbito legislativo, no lográndose consenso a la hora de su determinación, lo que ha dado origen a la existencia de diversas soluciones en la legislación comparada.

Por los motivos mencionados, después de efectuar un análisis de las distintas posturas doctrinarias existentes sobre el tema y de investigar cual ha sido la posición adoptada por el legislador nacional y por los tribunales, intentaremos individualizar, cual es el bien jurídico que a nuestro criterio resulta tutelado en el delito de “lavado de activos”, tipificado en la legislación nacional.

2.- CARACTERISTICAS CRIMINOLOGICAS.

En el momento en que la doctrina empezó a interesarse por estudiar esta modalidad delictiva, los distintos autores han intentado en forma sistemática definir que se entiende por “lavado de activos” o “blanqueo de capitales”.

Para ello han recurrido a la utilización de diversos términos, los cuales han utilizado como sinónimos, tales como lavado, reciclaje, blanqueo, normalización, legalización, etc, para identificar el delito objeto de estudio.

Como punto de partida para lograr un abordaje adecuado del tema, identificaremos cuales son los rasgos cuya presencia caracterizan al delito que nos atañe.

2.1 – Reciclaje.

La doctrina italiana, ha sostenido que el reciclaje es un proceso por medio del cual se busca alejar a determinados bienes de su origen ilícito.

Es así que la Real Academia Española, acepta tal acepción definiendo al verbo “blanquear” como “ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables”.

Lo que se pretende es lavar, limpiar, blanquear, los capitales, con el fin de ocultar su procedencia o destino ilícito. A tales efectos se le da una apariencia lícita a dichos bienes con la intención de lograr reintegrarlos en los cauces económicos regulares y de esa forma no levantar sospechas acerca de su verdadero origen.

Para lograr ese reciclaje, la riqueza debe de pasar por tres etapas; fase de colocación, fase de conversión y fase de integración.

Etapas del proceso de reciclaje.

A - Fase de colocación

En este estadio lo que se busca es hacer desaparecer, ocultando grandes cantidades de dinero metálico, proveniente de actividades ilegales.

Con ese fin los recicladores recurren a distintos medios propiciados por los avances tecnológicos y jurídicos, como los títulos valores, transferencias bancarias, compensaciones electrónicas.

La acumulación de moneda del curso legal, es el primer gran problema al que debe de enfrentar la gran delincuencia socio-económica.

Es así, que mientras los delincuentes que cometen delitos tradicionales buscan convertir sus ganancias en dinero de pequeña denominación para hacer uso inmediato del mismo, las grandes organizaciones delictivas, se ven obligadas a transformar el dinero corriente que poseen el cual constituye un gran capital difícil de ocultar, en otros activos que sean susceptibles de ser introducidos sutilmente en los cauces económicos del mercado sin ser detectados por la autoridad de los Estados.

En esta etapa, los tenedores de la riqueza sucia pretenden desvincularse materialmente del dinero ilícito, para lo cual lo desplazan a lugares distintos de los cuales lo han obtenido, para posteriormente ingresarlo en el circuito financiero, a través de colocaciones en distintas instituciones financieras, casas de cambio, cooperativas de crédito, compra de títulos valores, transferencias de dinero así el exterior, etc.

Pero el primer gran problema que se les plantea a estos delincuentes, antes de iniciar la actividad de reciclaje propiamente dicha, es como reducir el volumen de moneda del curso legal que deben de ocultar. Y la forma mas sencilla de disminuir las cantidades de numerario es canjearlas por billetes de mayor valor.

Lo que sucede es que en muchas oportunidades es tan grande la cantidad de efectivo que ni siquiera permutándolo por dinero de mayor valor es suficiente para reducirlo a una escala razonable.

Y es en estos casos donde, con la finalidad de ocultar dicha riqueza los sujetos, transforman el dinero en efectivo en otro título que les permite documentar la mayor cantidad de moneda y les facilite su circulación dentro del mercado.

Por lo general recurren al *sistema financiero* para ocultar dicho capital.

Y con el fin de no despertar sospechas acerca del origen ilícito de dicho dinero, efectúan varios depósitos de pequeñas sumas de dinero, directamente en la ventanilla de la sucursal bancaria o mediante la utilización de cajeros automáticos.

En otros casos *arriendan cajas de seguridad o cofre fort* donde materialmente ocultan dicho efectivo hasta el momento en que les es posible reintegrarlos a los cauces normales del mercado.

Pero en algunas oportunidades estos delincuentes, optan por la utilización de *los títulos valores* principalmente al portador, como lo instrumentos más idóneos para garantizar el cobro efectivo de dichos créditos y la pronta circulación del capital.

En el mismo sentido también suelen ser utilizados, *los cheques*, documentos tan frecuentemente utilizados para concretar distintas operaciones del mercado y *los títulos de deuda pública*, activos emitidos por el Estado.

Mientras que en otras oportunidades, *depositan el dinero ilícito en Estados, donde el control fiscal sea nulo o prácticamente inexistentes – paraísos fiscales-*. En esos casos con el fin efectivizar el desplazamiento espacial de dichas riquezas, los recicladores optan por transformarlos en divisa fuerte, como el dólar la cual es aceptada y reconocida por gran parte de la comunidad internacional.

Es por eso que las entidades que se dedican a la intermediación de divisas en el mercado - casas de cambio, las casas de intermediación financiera, instituciones bancarias- pueden llegar a colaborar activamente en el lavado de capitales, facilitando no solo la disminución del volumen de efectivo sino también el anonimato de quienes realizan este tipo de actividades.

Y cuan útil resulta para los lavadores, la *concesión de préstamos de dinero en efectivo*, a baja tasa de interés, como otra de las alternativas que les permite, justificar el manejo de grandes cantidad de moneda y lograr disimular u ocultar el origen ilícito de su riqueza.

Recurrir al ámbito del *juego y de las apuestas*, puede ser la solución que le permita a estos delincuentes deshacerse de importantes cantidades de dinero para obtener un cheque por una suma mayor. En estos casos el sujeto ingresa a una sala de juego y previo haber adquirido una cantidad razonable de fichas de juego, haciendo o no uso de las mismas, posteriormente las restituye a la caja como si fueran una ganancia, logrando de esa manera reducir su volumen y justificar su origen.

Otra de las opciones elegidas, es ingresar la riqueza ilícita en los *sectores de la actividad económica, donde se maneja gran cantidad de dinero en efectivo*, porque en ellos convergen una cantidad importante de consumidores que demandan bienes y servicios de primera necesidad, tales como los supermercados, los restaurantes, bares y los hoteles. En la actividad de estos establecimientos resulta fácil ingresar gran cantidad de dinero ilícito a la caja diaria como si fuera ganancia, con el fin de lograr su legalización.

También en el *mundo del deporte* – boxeo, fútbol, automovilismo –, donde se realizan contrataciones de jugadores, acuerdos millonarios por venta de publicidad, etc. resulta ser otro de los ámbitos utilizados por estos delincuentes para justificar lícitamente la tenencia de dinero proveniente del delito.

Será en esta etapa donde los investigadores, podrán detectar el origen ilícito de la riqueza que estos delincuentes intentan blanquear, pues en las etapas posteriores cuando el dinero ya ha ingresado en el mercado, participando en operaciones comerciales y financieras, acreditar dicha ilicitud será muy difícil.

B - Fase de conversión

En esta etapa se busca asegurar el distanciamiento de la riqueza de su origen ilícito.

Para legalizar dichos capitales, sus tenedores les dan ingreso en los cauces oficiales del mercado, haciéndolo participar en distintas operaciones comerciales, con la intención de hacerlo circular y de esa manera lograr tal finalidad.

Y para asegurarse la circulación de esa riqueza, los recicladores recurren a las *instituciones financieras y bancarias*, por ser las principales transmisoras de dinero, en donde abren distintas cuentas corrientes, a nombres de distintos testaferros, las cuales utilizan para efectuar múltiples transferencias de fondos sucios, que trascienden las fronteras del estado, en tan solo segundos.

Las transferencias electrónicas de capitales, a través de Internet, les asegura a sus tenedores la rápida circulación de volúmenes importantes de dinero, lo que hace más difícil el seguimiento de esas transacciones asegurando el anonimato de sus propietarios – es lo que se conoce como la delincuencia virtual –.

Dichos fondos muchas veces circulan entre filiales de una misma institución bancaria, que puedan encontrarse en la misma o diferente jurisdicción, a través de los mecanismos de la compensación entre sucursales, donde los controles son inexistentes.

Situación que puede verse agravada cuando para efectuar la apertura de dichas cuentas, desde las cuales se realizaran transferencias de dineros sucios, los lavadores utilizan *sociedades “off shore”*, como forma de ocultar su identidad.

Pero como sostiene Escobar seguir las huellas de ese dinero a través de tales transacciones electrónicas, que se efectúan hacia distintas partes del mundo, se torna una tarea casi imposible en la práctica.²

Otra de las modalidades que permite legalizar las ganancias obtenidas de la comisión de delitos, es la *transformación* de las mismas en *bienes mueble e inmuebles* tales como metales preciosos, obras de arte, joyas, armas, automóviles, antigüedades, inmuebles, etc.

Bienes que a su vez pueden ser utilizados para adquirir o para permutarlos por otros bienes, y de esa manera al participar en un número ilimitado de operaciones, se lo hace circular por el mercado con el fin de ir alejándolo de su origen ilícito.

Pero en otras oportunidades los recicladores optan por *traspasar la titularidad de sus bienes a terceras personas*, - tales como personas fallecidas, ancianos, inimputables, personas que carecen de recursos económicos, etc-. Estos testaferros, acceden a que se utilice su identidad a cambio del pago de sumas de dinero, con el fin de justificar la transferencia de bienes de un patrimonio a otro.

También han recurrido a la *solicitud de préstamos de dinero*, para lavar del dinero sucio. De esta manera estos delincuentes han solicitado a instituciones bancarias importantes créditos, con el fin de realizar distintas inversiones. Realizando la devolución de los capitales prestados con riqueza de origen ilícito.

Por lo general los lavadores recurren a la *constitución y utilización de gran cantidad de sociedades comerciales* con el fin de poder disfrazar las actividades ilícitas a las cuales se dedican y ocultar su identidad.

C – Fase de integración

Y por último la *fase de integración* – donde los bienes obtendrían la calidad de lícitos, lo que les permitiría el ingreso en los cauces económicos oficiales.

Según la Real Academia Española, invertir bienes, consiste en “emplearlos, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas”, con la intención de obtener ganancias.

Sin embargo lo que le interesa a estos grupos criminales no es tanto invertir su riqueza ilícita en aquellos ámbitos donde el mercado ofrece mayor rentabilidad sino colocarlos en aquellos sectores de la economía donde resulte difícil descubrir el origen ilegal de dichos capitales.

2 Escobar, Raúl Tomas, “El crimen de la Droga. Tóxicos. Depresores. Estimulantes. Drogadicción. Narcotráfico. Lavado de dinero. SIDA. Mafias. Geoestrategia”, editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, pp 394 y 395.

Muchas veces estos sujetos, invierten parte del dinero sucio para su consumo personal, para comprarse distintos bienes que le permiten vivir confortablemente, en tanto que otra gran parte del dinero los adquieren con la finalidad de comercializarlos en el mercado lícito, aun cuando dicha actividad no le sea rentable.

Sin lugar a dudas *la inversión en el ámbito financiero y en la actividad crediticia*, suelen ser sectores utilizados por los recicladores, pues les permiten la manipulación de grandes cantidades de riqueza ilícita.

También *la adquisición de empresas lícitas* que se encuentran en una mala situación económica, resulta ser una excelente opción para quienes quieren legitimar sus capitales.

El sector de *la contratación pública*, resulta un área muy codiciada por estos delincuentes, porque le permite invertir volúmenes importantes de dinero sucio, aun a costa de perder una importante cantidad del mismo.

Lo mismo sucede con el mundo del *juego, de las apuestas y del deporte*, el cual resulta muy útil para blanquear dinero sucio, por la rentabilidad que ofrece, por el anonimato de las transacciones que se realizan, etc.

Estas son algunas de las tantas áreas elegidas por los recicladores para legalizar su riqueza, siendo como sostiene Caparrós³ lo habitual que el lavado de dinero se realice mediante la combinación de varios de los métodos analizados, con la intención de desvirtuar el origen ilícito del capital.

Al tratarse el lavado de activos de un proceso tendiente a lograr la legalización de la riqueza, la duración y magnitud del mismo dependerá del grado de ilicitud de esta última. Lo importante en dicha operación, no está en lograr demostrar la legalidad del capital que se detenta, sino en lograr la circulación de los bienes con la intención de que sea imposible vincular a su propietario con la procedencia ilícita de los mismos.

2.2 – Bienes ilícitos.

Pueden ser objeto de lavado además del *dinero otros productos o ventajas patrimoniales* obtenidas directamente del delito - tales como joyas, obras de arte, armas, automóviles, etc -, que resultan mucho más difíciles de blanquear a consecuencia de que no son fungibles como lo es la moneda.

Cuando hablamos del blanqueo del dinero, supone referirnos al llamado "*dinero sucio*"⁴, que es aquel que además de permanecer de espaldas a los circuitos económicos regulares, encuentra su origen en variadas actividades ilícitas -comisión de un delito -.

Y que debe ser diferenciado del "*dinero negro*", que es aquel que proviene de actividades lícitas, pero que se mantiene al margen de todo control fiscal.

Es importante destacar que poco importa si los bienes obtenidos proceden de un delito consumado o de un delito tentado.

Tampoco interesara que los autores de esa infracción previa hayan sido, individualizados, procesados o condenados. O que una vez identificados y detenidos, al someterlos a proceso los delincuentes se vean amparado en una causa de justificación o de inculpabilidad.⁵

Ni es relevante a los efectos de atrapar las conductas de blanqueo determinar si esa riqueza que se pretende blanquear fue entregada al reciclador por el sujeto que cometió el delito, es decir su autor o por otro sujeto que participo en calidad de coautor o cómplice en el delito antecedente.

Lo único importante es que dichos bienes provienen de una actividad que el ordenamiento jurídico lo tipifica como delito - bastando la prueba indiciaria - y que dichos objetos estén dotados de relevancia económica.

Actualmente cada vez son más quienes postulan que se debe de ampliar la aplicabilidad de este delito a la normalización de bienes provenientes de la comisión de una amplia nomina de delitos previos - trafico de estupefacientes, terrorismo, proxenetismo, trata de blancas, trafico de armas, extorsión, secuestro, contrabando, corrupción, etc -⁶.

En tanto que otra fuerte corriente de opinión entiende que se debe de acotar la delimitación del objeto material apelando a categorías genéricas de delitos, a título de ejemplo, bienes que provienen de la comisión de delitos graves.⁷

Mientras que otros autores, como el delito de blanqueo es un delito autónomo hay que abandonar la técnica de utilizar determinadas conductas previas como delitos de referencia, solo es necesario constatar

3 Fabián Caparrós, Eduardo, "El delito de Blanqueo de capitales", editorial Colex, Madrid, 1998, p 158.

4 Idem N° 3, p 58.

5 Aránguez Sánchez, Carlos "El delito de blanqueo de capitales", editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p 196.

6 Faria Costa, José "El blanqueo de capitales" (traducción de P. Arenas Rodríguez) en "Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann" BOE, Madrid, 1995, p 678.

7 Bernasconi, Paolo, citado por idem N° 3, p 295.

que los bienes que se intentan reciclar provienen de cualquier clase de infracción penal al margen de cual sea su naturaleza o importancia.⁸

Pero es importante destacar que el objeto de blanqueo, es decir los bienes a reciclar no tienen porque ser necesariamente el producto directo o inmediato del delito previo.

Pueden provenir indirecta o mediatamente de la infracción penal original⁹.

Sin embargo esa sucesión de sustituciones debe limitarse, de modo que no permanezca indefinidamente sobre los bienes.

En tal sentido coincidiendo con parte de la doctrina española, ese límite, “debería estar marcado por la mera aplicación del principio de culpabilidad”¹⁰

Es decir se debe probar que el sujeto activo fue conciente del origen criminal de los bienes sobre los que actuó.

El origen criminal de los bienes objeto del lavado, constituye un presupuesto del tipo subjetivo, en la medida que el conocimiento de dichos elementos integra el dolo del sujeto activo. Por lo que si se prueba que el sujeto conoció la procedencia ilícita de los bienes que reciclo, se habrá acreditado su intención dolosa.

La participación en actividades ilícitas, supone para el sujeto una alta rentabilidad.

En contrapartida, asume el riesgo de ser sancionado desde el momento en que considera que tal eventualidad se ve superada por sus expectativas de enriquecimiento, sin que ello suponga que el partícipe analizó las consecuencias que su comportamiento le podían traer. Basta con que la decisión de actuar derive de la sensación conciente o inconsciente de que es mejor actuar en contra del derecho que abstenerse de hacerlo.¹¹

En armonía con la opinión planteada, entendemos que la tipificación del lavado de dinero solo debe de criminalizarse en su comisión dolosa. Debiéndose acreditar a los efectos de penalizar dicha conducta que el sujeto activo no sólo conoció la ilicitud de la conducta ha desarrollado sino también se decidió por la ejecución de la misma¹².

Si aceptamos que uno de los objetivos del Derecho Penal es lograr que los individuos se motiven en la norma jurídica y conducirlos hacia un querer materialmente correcto – con la finalidad de lograr la protección de determinados bienes jurídicos penales – solo se podrá prohibir con carácter general y amenazar con la imposición de la pena, es decir tipificar, aquellos actos derivados de la voluntad.¹³

2.3 – Blanqueo de capitales – Crimen organizado.

La conversión de bienes cuya rentabilidad es muy elevada y que es capaz de afectar seriamente y desequilibrar los cursos normales del mercado, es la que puede ser considerada un “capital” y son dichas operaciones las que resultan atrapadas por el delito objeto de estudio.

Es por eso que se puede afirmar con certeza que el reciclaje de fondos de origen ilícito encuentra su medio habitual y alcanza su máximo desarrollo en el ámbito de la delincuencia organizada.

Las características propias del fenómeno del blanqueo, como actividad que se realiza de modo organizado y que facilita el control de las actividades de un gran número de personas y la concentración del poder, la lleva a vincularse frecuentemente con el crimen organizado.

Esta opera como un gran colector de riqueza que se desplaza del campo legal al ilegal, a la vez que como una membrana semi impermeable, filtra nuevamente hacia el área legal aquellos capitales procedentes del ámbito ilegal.¹⁴

El capital obtenido ilícitamente, no solo le permite al delincuente financiar su empresa criminal sino además muchas veces le permite invertir parte de esa riqueza, en una multiplicidad de actividades económicas legales, con la intención de aumentar sus ganancias, previamente haberlo sometido al proceso de reciclaje.

Pero muchas veces el mismo grupo delictivo que obtiene los bienes ilícitos es quien se dedica a lavarlos en tanto que otras oportunidades es otra organización delictiva la que desempeña tal tarea. Dicha diversifi-

8 Gómez Iniesta, Diego “El delito de blanqueo de capitales en Derecho español”, editorial Cepdec, Barcelona, 1996, p 34 y 35.

9 Díez Ripollés, José Luis “La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente” ADPCP, año XL, fascículo II (mayo – agosto 1987) p 395.

10 Idem N° 3, p 300.

11 Pastor Prieto Santos, “Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho”, editorial Tecnos, Madrid, 1989, pp 169 y 170.

12 Artículo 18 del Código Penal Uruguayo –... “cometido además con conciencia y voluntad”...-.

13 Jescheck, Hans – Heinrich “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II”, Bosch casa editorial, Barcelona, 1981, pp 324 y 325.

14 Ferracuti Franco, Bruno Francesco, citado por idem N° 3, p 69.

cación depende fundamentalmente del grado de profesionalización y especialización de sus miembros y del volumen de negocios y de capital que manejan estos poderosos delincuentes.

De esta manera, la asociación criminal se asegura mantener despejadas las vías de circulación a través de las cuales fluye normalmente la riqueza ilícita, gracias al lavado de capitales, evitando que el exceso de liquidez, haga colapsar el funcionamiento del propio sistema criminal.¹⁵

Estos grupos delictivos, utilizan frecuentemente determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, que les asegura cierto “estándar de fiabilidad ilícita” para todos los integrantes del circuito clandestino, ellos son los “networks ilícitos”¹⁶.

En los últimos años la criminalidad organizada ha experimentado un salto espectacular hacia el exterior de fronteras.

El fenómeno del crimen organizado de carácter transnacional, como lo señala *Resta*¹⁷ rompe el circuito de validez y eficacia de las normas, puesto que se establece fuera de su alcance. Es así que este delito no solo traspasa las fronteras nacionales, sino que la utiliza, deliberadamente para sus fines, ya que las autoridades, como el Derecho Penal al cual sirven, se encuentran condicionadas por el principio de territorialidad.

En este contexto es importante destacar como inconvenientes que contribuyen a obstruir la pesquisa judicial la ausencia en algunos Estados de normativa que regule dicho fenómeno. Y en la mayoría de los casos, ausencia de una cooperación internacional eficaz, todo lo que contribuye a que muchas veces estas conductas delictivas escapen a toda clase de represión.

Sumado a la complejidad que supone la investigación de la normalización de capitales, donde nos encontramos ante un género de actos cuya relevancia delictiva sólo existe en la medida en que se pruebe que su objeto procede de la previa comisión de un hecho delictivo.

Sin embargo que sea un instrumento utilizado por las organizaciones criminales no quiere decir que el proceso de lavado de activos sea una actividad exclusiva de esta grupos de delincuentes, por el contrario cabe la posibilidad de que esa riqueza sucia proceda de una actividad de alta rentabilidad destinada a resolverse en una única transferencia de utilidad económica – una estafa, una insolvencia societaria fraudulenta - y que dicho accionar sea ejecutado por sujetos que llevan acabo esa accionar en forma ocasional.

3 – CONCEPTO DE “LAVADO DE ACTIVOS”.

El primer ordenamiento jurídico que incorporó a su código penal el delito de blanqueo de ganancias procedentes de actividades ilegales, fue Italia en el año 1978¹⁸.

En tal sentido el artículo – 648 bis - buscaba intimidar a quienes colaboraran con los autores de los delitos - citados en el artículo mencionado-, facilitándoles disfrutar de las ganancia obtenidas con tales ilícitos.

Con dicha norma el legislador, mediante el empleo de un criterio de prevención general, buscaba reforzar la protección del bien jurídico que fue vulnerado por el delincuente al cometer el delito base, mediante la desestimulación de su autor.

En tal sentido *Caparrós* ha individualizado al lavado de capitales como “*el proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de apariencia de legalidad*”.¹⁹

Para este autor cualquier persona ²⁰ esta en condiciones de realizar actos de reciclaje y en su caso de realizar la inversión de dicha ganancia lavada, en actividades productivas lícitas. Pero solamente se podrán responsabilizar penalmente a las personas físicas²¹. Por lo que constatada la intervención de una entidad

15 Soláns Soteras, Miguel, citado por idem N° 3, p 73.

16 Gómez Luis Flavio, Cairoli Milton, Cervini Raúl, “Macrodelincuencia Económica”, Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1998, p 30.

17 Resta, Elgio, “Relato sobre Aspectos Sociales-Económicos”, en XI Congreso Internacional de Defensa Social: La internacionalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del Movimiento de la Defensa Social”, repartido mimeográfico, sub. 8, Buenos Aires, 1986, p 7.

18 Idem N° 3, p 186.

19 Idem N° 3, p 76.

20 Algunas legislaciones prevén la posibilidad de que las personas jurídicas sean castigadas como autores de esta delito, ejemplo de ello el artículo 37 in fine de la Ley Orgánica sobre Estupefacientes y Sicotrópicos Venezolana.

21 Tres son los argumentos que ha sustentado la doctrina mayoritaria para afirmar la irresponsabilidad de las personas

colectiva en una operación de blanqueo de capitales, será necesario valorar y demostrar la responsabilidad de aquellas personas individuales que hayan actuado y que se ocultan bajo la estructura de la empresa – directores, socios, administradores, etc -.

En tanto que *Blanco Cordero* propone una definición sencilla del fenómeno. Lo identifica como “*el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita*”²²

Lo mismo que *Martínez- Bujan Pérez* quien maneja un concepto más estricto del blanqueo “*proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad*”²³.

Una descripción más compleja es la que construye *Escobar* quien afirma que “*el lavado de activos*” se trata del “*procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas (armamento, prostitución, trata de blancas, delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico) son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tan heterogéneos como tácitamente hábiles*”²⁴.

Otra propuesta distinta es la que realiza *Aranguéz Sánchez* al definir al “*blanqueo de capitales*” como “*cualquier acción u omisión mediante la cual se pretenda otorgar apariencia de legitimidad a los bienes obtenidos por la comisión de delitos, con el fin de reintegrarlos al circuito económico legal desvinculándolos de su origen*”²⁵

Dentro de la doctrina nacional *Adriasola* afirma que se trata de “*una actividad dirigida a disfrazar como lícitos fondos derivados de una actividad ilícita. Se trata de ocultar dichos fondos y a sus reales titulares y devolverlos al mercado de dinero, bienes y servicios con la apariencia de haber sido generados en una actividad o inversión legítima*”²⁶

En tanto que *Langón* propone la definición que propicia INTERPOL sobre el fenómeno delictivo. Como “*todo acto o tentativa tendiente a ocultar o encubrir la naturaleza de haberes obtenidos ilícitamente, a fin de que parezca que dichos haberes proceden de fuentes lícitas*”²⁷

Podríamos citar una innumerable cantidad de definiciones del delito objeto de estudio. Diferiendo unas de otras, según sea la posición que adopta el autor respecto a la individualización del bien jurídico objeto de tutela en dicho tipo penal.

Y en su consideración del fenómeno de “*lavado de activos*” como un delito autónomo o por el contrario una conducta delictiva accesoria de otros tipos penales ya existentes – encubrimiento, receptación -.

4 – INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

La complejidad que reviste el fenómeno del “*lavado de activos*”, hace que esta modalidad delictiva, sea considerada uno de los típicos ejemplos de criminalidad organizada.

Desde esa perspectiva este fenómeno delictivo se ubica en la cima de la delincuencia económica, caracterizándose por actuar por encima de las fronteras nacionales – transnacionalidad – lo que explica el interés de los Estados - que integran la comunidad internacional-, en la aprobación y ratificación, de normativa internacional tendiente a la detección y repatriación de fondos ilícitos.

Lo que a llevado como consecuencia a la proliferación de tipos penales relativos al “*lavado de activos*” en las legislaciones internas.

Observándose que a la hora de tipificar dichas conductas, los legisladores han optado por el empleo de distintos criterios, como veremos en el transcurso del presente estudio.

jurídicas, primero su incapacidad de acción en sentido jurídico penal, segundo su incapacidad de culpabilidad y finalmente su incapacidad de pena.

22 Blanco Cordero, Isidoro “El delito de blanqueo de capitales”, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p 101.

23 Martínez – Buján Pérez, Carlos “Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial”, 2 edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p 495.

24 Idem N° 2, p 381.

25 Idem N° 5, p 35.

26 Adriasola, Gabriel “El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito” editorial Ingranusi Ltda, Montevideo, 2001, p 1.

27 Langón, Miguel “Código Penal. Y Leyes complementarias de la República Oriental del Uruguay” Tomo II, Volumen II, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004, p 272.

En un primer momento las legislaciones comenzaron por penar el reciclaje de bienes provenientes del tráfico de estupefacientes, pero posteriormente fueron evolucionando hacia una tendencia de ir ensanchando sus espectro ampliando lo que sería el elenco de los delitos bases.

Acorde con tal tendencia política criminal, surge la necesidad a nivel internacional de globalizar la información financiera, con la intención de perseguir ese dinero sucio que intenta rápidamente legalizarse para ingresar a los cauces oficiales de la economía, con el fin de distanciarse de su origen ilícito.

En tal sentido surgen las obligaciones de reportar las operaciones sospechosas a las Unidades de Inteligencia Financiera, la de conocer los clientes con los que se opera, el origen de los movimientos bancarios que realizan, ampliándose el elenco de sujetos obligados a cumplir con dichas cargas y la inoponibilidad del secreto bancario y tributario, con el fin de lograr el contralor de los movimientos de fondos ilícitos.

Sin realizar un análisis pormenorizado de la legislación internacional existente en el tema, tarea que excedería el objetivo del presente trabajo, destacaremos que la normativa se ha desarrollada en dos niveles:

- 1) la regulación penal en el ámbito multilateral, bilateral y finalmente nacional y
- 2) en el campo de la autorregulación corporativa.

Debemos reconocer que los más importantes aportes a la regulación multilateral relativa al tema de lavado de dinero proviene de la Convención de Viena de 1988²⁸, la que fue incorporada a nuestro ordenamiento nacional por la ley N° 16.579 de fecha 07/09/1994 y el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas elaborado en el marco de la CICAD (Comisión Interamericana para el control de abuso de drogas) de la OEA de 1992.

Se destaca la importancia del cuerpo normativo citado en primer término, en lo concerniente a la creación de nuevas incriminaciones delictivas, entre ellas los delitos de lavado de dinero²⁹.

Dentro de esta categoría de delitos, se distingue “el delito de lavado strictu sensu” y “el delito de lavado en sentido amplio”, los cuales constituyen en pureza formas especiales de encubrimiento (personal y real), pues del punto de vista dogmático tienen la estructura de nuestros delitos de encubrimiento y receptación.

Ello es así por cuanto el blanqueo comporta una ayuda al aseguramiento del beneficio producido por el delito principal³⁰

El encubrimiento se estructura básicamente sobre dos conductas diversas. Por un lado, el encubrimiento personal, que implica la ayuda al delincuente y por otro lado el encubrimiento real, que comprende la ayuda para asegurar el provecho o precio del delito – delito de receptación -.

Mientras que el Reglamento Modelo en su artículo 2³¹ describe las conductas que tipifican las diferentes modalidades del “delito de lavado”.

28 Langón, Miguel “La Convención de Viena de 1988 y los Reglamentos modelo sobre delitos de lavado de dinero y precursores químicos de estupefacientes y sicotrópicos”, en INUDEP, Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, año IX, N° 12, ediciones jurídicas E.M.B.A, Montevideo, 1992, p 25 y ss.

29 Artículo 3. 1 b) i) “ La conversión o transferencia de bienes, a sabiendas, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”... - delito de lavado de activos en stricto sensu -

3.1. b) ii) “La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos”... - delito de lavado en sentido amplio - de la Convención de Viena.

30 Reta, Adela, “Consideraciones acerca del llamado lavado de narco-dólares”, Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, tomo XX, Montevideo, 1991, p 7.

31 Artículo 2 (Delitos de Lavado)

1. Comete delito penal la persona que convierta o transfiera bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.
2. Comete delito penal la persona que oculte, encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.
3. Comete delito penal la persona que oculte, encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.

Distinguiendo como modalidades principales: “el delito de lavado propiamente dicho o lavado en stricto sensu” – numerales 1 y 2 – y “el delito de lavado en sentido amplio” – numeral 3 – del artículo 2 del Reglamento Modelo.

Las diferencias más importantes respecto de la fórmula de la Convención de Viena se vinculan con el elemento subjetivo del tipo penal y a la no exigencia de una finalidad específica de ocultación o encubrimiento³².

Otros instrumentos internacionales suscriptos en la materia; la Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del delito, adoptada por el Consejo de Europa (1990), las Directivas sobre Prevención del Uso del Sistema Financiero para el lavado de dinero (adoptada por el Consejo de la Unión Europea), la Convención Interamericana contra la Corrupción y el Blanqueo de Capitales (1996), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Convención de Palermo (2000), etc.

5 – TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE “LAVADO DE ACTIVOS.

Consultado el derecho comparado, nos encontramos que distintos han sido los criterios adoptados a la hora de ubicar al delito en cuestión dentro de la sistemática del derecho penal.

Determinar cual es la mejor manera de regular este tipo penal y la forma que el mismo debe de adoptar no resulta sencillo, máxime teniendo en cuenta la complejidad que caracteriza a este fenómeno.

5.1 – ¿Tipo penal amplio o concreto?

En tal sentido algunos autores entienden que este tipo penal debe ser lo suficientemente amplio a fin de poder atrapar los supuestos tan complejos y diversos que asume este flagelo.

Pero asimismo dicha amplitud debe tener ciertos límites, pues de lo contrario un tipo excesivamente lato nos llevaría a atentar contra el principio de legalidad, desde el momento en que, haciendo uso de esta técnica, se podría poner en peligro el mandato de determinación al que siempre deben estar sujetos los tipos penales, surgiendo la posibilidad de que los Jueces dictaran resoluciones arbitrarias³³.

De allí la importancia de determinar cual es el punto ideal entre estas dos orientaciones contrapuestas, tarea que no resulta sencilla según lo indican las diversas soluciones que han sido consagradas por los distintos ordenamientos jurídicos.

Si lugar a dudas el punto intermedio entre ambas posturas, sería la medida adecuada ha aplicar a la hora de tipificar dicho fenómeno.

Se debería de concebir el tipo penal lo más amplio posible, de manera de que pueden verse atrapadas la mayor cantidad de formas que pueden adoptar esa riqueza ilícita, pero sin que ellos suponga vulnerar principios que informan nuestra disciplina.

4. Comete delito penal la persona que participe en la comisión de alguno de los delitos tipificados en este artículo, la asociación o la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, la asistencia, la instigación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión, o que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

5. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos previstos en este artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

6. Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito o delitos conexos.” Del Reglamento Modelo.

32 Cervini Raúl, Terra de Oliveira William, Gomez Luis Flavio, “Lei de Lavagem de capitais”, editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1998, p 160.

En dicha obra el colega Cervini expresa que las dos innovaciones efectuadas por el Reglamento Modelo, constituyen a su juicio un retroceso en lo que refiere a la observancia de medulares principios penales intradogmáticos, viéndose peligrosamente desdibujado el principio de la culpabilidad como límite de la pretensión punitiva del Estado.

33 Idem N° 13, pp 182 y 183.

5.2 – ¿Su regulación en el Código Penal o en una Ley Especial?

Con respecto a la inclusión en el Código Penal³⁴ del tipo penal en cuestión o su regulación en una ley especial³⁵ tampoco ha sido unánime la técnica elegida por el legislador.

En tal sentido algunas legislaciones como la Argentina, si bien sostienen que dicho delito es autónomo, lo regulan como una agravante del delito de encubrimiento, por lo que lo ha ubicado dentro del Código Penal - artículo 278 aprobado por Ley N° 25.246-.

Otros países entienden que el “lavado de dinero” es un supuesto de receptación, ya que lo que se busca es castigar a quienes obtengan alguna ventaja patrimonial de los bienes procedentes de un delito, por lo que también lo incluyen dentro del código.

Afirmando parte de la doctrina³⁶ que la ubicación de un ilícito en el Código Penal viene a expresar una clara voluntad legislativa de considerar así los tipos penales como especialmente importantes.

Finalmente otro grupo de Estados, consideran al delito en cuestión como autónomo y lo tipifican en una ley especial, que bien regule íntegramente el problema de las drogas o contemple en forma exclusiva el tema del lavado. Como ocurre en el caso de nuestro ordenamiento jurídico que lo regula en el artículo 54 del Decreto Ley N° 14.294.

Creemos que la solución consagrada en nuestro país, es adecuada, pues consagra la autonomía del delito de “Lavados de activos”, tanto del punto de vista formal como del punto de vista material, es decir en cuanto a las formas - su regulación en una ley especial - y en sus contenidos - su afectación al orden socio económico del estado-.

5.3 – Homogenización de la normativa vigente en los distintos estados.

Debido al carácter expansivo y transfronterizo que asume este fenómeno, se hace cada vez más evidente la necesidad de homogenizar la normativa vigente en los distintos países tendiente a la punición de estas conductas delictivas.

Pues en definitiva este es el único medio por el que se podrá evitar que las grandes organizaciones dedicadas al blanqueo de capitales se sirvan de la benevolencia de las legislaciones de determinados territorios.

Si los fondos que ingresan a una jurisdicción ya han sido previamente “desinfectados” en otros estado, por más que la legislación nacional sea perfecta se convertirá en una mera declaración de principios carentes de eficacia, en un derecho simbólico, que se limitara a cumplir “funciones retóricas de autojustificación del legislador y apaciguamiento de la opinión pública, sin desempeñar el papel protector de bienes jurídicos que corresponde”³⁷

En tal sentido creemos que dicha armonización de las legislaciones, implica la utilización de unanimidad de criterios a la hora de diseñar los tipos penales a fin de facilitar el empleo de los mecanismos de cooperación internacional que permitan atrapar y castigar estas manifestaciones delictivas.

Pero esto no supone darle ingreso en forma mecánica al ordenamiento jurídico, a una disposición que tipifique el delito en cuestión, sino que dicha norma debe ser integrada adecuadamente al sistema jurídico, teniendo fundamentalmente en cuenta el marco legislativo y constitucional vigente en cada Estado.

Porque el derecho debe permitir satisfacer las necesidades y el sentir de una comunidad en un momento histórico determinado y debe facilitar la resolución de los problemas, por lo que como instrumento de control que es, debe adaptarse a las peculiaridades de ese grupo social específico³⁸.

34 Ordenamientos jurídicos que adoptan esta técnica legislativa; Francia – artículo 222-38 Código Penal de 1994; Italia – artículo 648 bis Código Penal Italiano; Suiza – artículo 305 bis y ter Código Penal Suizo-.

35 Estados que emplean esta herramienta legislativa a la hora de tipificar la conducta de “lavado”; Estados Unidos; Alemania.

36 Teidemann, Klaus “Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)” ed. PPU, Barcelona, 1993, p 234.

37 Silva Sánchez, Jesús María “La receptación específica” en Cobo del Rosal, “Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Tráfico ilegal de drogas), T XII, EDERSA, Madrid, 1990, p483.

38 Bolle, Pier – Henri, citado por idem N° 3, p 251.

6 – LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO.

6.1 - Ubicación del “bien jurídico” dentro de la Teoría del Delito.

La mayoría de los autores coinciden en afirmar que la misión del Derecho penal no es otra que la protección de “bienes jurídicos”³⁹, es decir aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que por lo tanto, resultan merecedores de protección mediante el empleo del poder coactivo del Estado, mediante la imposición de la pena⁴⁰.

Se trata de una categoría normativa que se ubica en el epicentro de la Teoría del delito.

El “bien jurídico” puede tener un sustrato material, pero dicho sustrato, como realidad empírica, no constituye todavía un “bien”, pues solamente se podrá considerar un bien si se añade la consideración valorativa, o sea, entendido como objeto valioso por sus cualidades y necesario para el desarrollo de la vida individual o social.

El Derecho Penal no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica y pondera su importancia, tutelándolos – principio de lesividad -.

Esto nos obliga abordar los procesos de selección de los bienes jurídicos (incriminación –desincriminación), lo que pasa a ser un problema normativo.

Será el intérprete quien deberá dilucidar cual es el “Desvalor de acción” y “Desvalor de resultado” contenidos en la norma penal, para definir el concepto material del delito.

Pues es necesario individualizar la conducta que fue desvalorada por el legislador, en la medida que la misma pone en peligro o lesiona un “bien jurídico”.

La determinación de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, supone una valoración que como tal esta condicionada históricamente.

Los valores que en cada época determinada el legislador somete a tutela penal dependen no solamente de las necesidades sociales concretas, sino también de las concepciones morales dominantes en la sociedad.

Por eso como sostiene *Bustos Ramírez*, los bienes jurídicos no pueden entenderse sino en conexión con un sistema social determinado⁴¹.

Al tratarse la categoría del “bien jurídico” de un concepto creado por el legislador, es una construcción normativa pasible de interpretación, que ocupa gran parte de las discusiones de la disciplina⁴².

Como todo concepto normativo es una creación artificial, producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado y a veces manipulado y pervertido en sus elementos esenciales.

De ahí la importancia de ponerse de acuerdo sobre lo que se entiende por tales y cuando su lesión habilita la intervención del Derecho penal.

El castigo se considerara “útil e imprescindible”, cuando la tutela de dichos bienes no fue posible por medio de otras ramas del derecho, lo que llevó a que el legislador los halla elevado a la categoría de bienes jurídicos - penales.

Resultando en definitiva que la protección de los bienes jurídicos a través del derecho penal, no es solo una cuestión dogmática sino también un problema de Política Criminal.

Desde esta perspectiva el bien jurídico, constituye el lugar de encuentro sobre el cual convergen ambos enfoques.

Pero también es el punto de partida, pues la norma penal que no tenga individualizado el “bien jurídico” por ella tutelado, carece de legitimidad, pues no tiene un contenido material, que justifique la tipificación de la conducta delictiva, resultando “imposible o arbitraria”.⁴³

Prescindir de la consideración del bien jurídico como elemento necesariamente afectado por la relación penal, no es posible en el actual desarrollo de la moderna dogmática, donde toda conducta delictiva debe necesariamente lesionar o poner en peligro – cuando así lo dispone la ley - el bien jurídico protegido por ella (principio de lesividad) y en la que éste cumple por un lado, una función crítica o de garantía – limitando al

39 Hassemer, Winfried, Muñoz Conde, citado por idem N° 3 p 164.

40 Roxin, Claus, “Política criminal y sistema de Derecho Penal”, editorial Bosch, Barcelona, 1972, p 25.

41 Bustos Ramírez, Juan “Manual de Derecho penal español. Parte General” Ariel, Barcelona, 1984, p 185.

42 Rudolphi “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, en Nuevo pensamiento penal, Madrid 1975, p 329. Indicando el autor que pese a los esfuerzos realizados por la doctrina es un concepto que presenta una falta de claridad.

43 Bustos Ramírez, Juan “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”, RFDUC, volumen monográfico N° 11, estudios publicados en homenaje al Prof. L. Jiménez de Asúa, Madrid, 1986, p 150.

mínimo indispensable la práctica punitiva – y por otro lado, una tarea teleológica – sirviendo como criterio de interpretación del tipo.⁴⁴

6.2 – Concepto y contenido del bien jurídico.

La idea de bien jurídico aparece en la primera mitad del siglo XIX, cuando Birnbaum postula dicho concepto con el fin de rechazar la concepción iluminista del delito como “lesión de un derecho subjetivo”.

Dicho autor postula un contenido, ontológico de dicha categoría, al afirmar que derivan de la naturaleza de las cosas y del desarrollo social, siendo el Derecho y el Estado quienes en una etapa posterior los reconocen y los tutelan.⁴⁵

Dicho concepto surge vinculado a los postulados liberales y a la idea de que todos los ciudadanos deben ser garantizados en cuanto a goce de cierta inmunidad del poder punitivo del Estado.

Se escoge el término de bien jurídico para indicar que se designa algo más amplio que el concepto de “derecho” o “derecho subjetivo”.

En tal sentido toda norma de Derecho Penal, que no tutele un interés social, carece de legitimidad.

Pues no hay delito sino existe una ofensa o una lesión a un bien jurídico – principio de lesividad - .

Por lo que cualquier tipificación resulta imposible o arbitraria si no se construye sobre la base de la protección de un bien vital para el ciudadano.

Sabido es que la noción de bien jurídico, valorada desde el punto de vista dogmático, desempeña una función ordenadora de los diversos tipos que integran la normativa penal de cada ordenamiento jurídico. De este modo dependiendo de cual sea el objeto afectado y la importancia que el mismo tiene para esa comunidad, las figuras delictivas ocuparan un lugar u otro dentro de la sistemática del texto punitivo fundamental.

En todo marco de un sistema democrático de derecho, el Estado no debe de dirigir su acción en función del ideal de justicia sino su actuación la debe orientar a la protección de todo aquello que es objetivamente necesario para la existencia de un grupo social en un momento histórico determinado y su convivencia pacífica.

En general los tipos penales no mencionan el bien jurídico protegido, por lo que el mismo debe ser determinado a partir de la labor interpretativa.

Actualmente la doctrina esta dividida respecto a cual es el criterio ha emplear para individualizar el bien jurídico.

En tal sentido “*las posiciones sociales o sociológicas*”, sostienen que el contenido del bien jurídico se determina tomando a la realidad social como referencia fundamental – pues es en este ámbito donde el individuo desarrolla sus potenciales y sus necesidades-.

En tanto que “*las teorías constitucionales*”, individualizan el bien jurídico acudiendo a los criterios recogidos en la carta magna.

Asimismo dentro de este grupo de autores encontramos quienes esgrimen que hay que recurrir al texto constitucional en un sentido genérico – “*teorías constitucionales amplias*” - , para poder determinar los valores que deben de tener en cuenta los legisladores en los procesos de criminalización.

Y quienes postulan que la decisión de castigar una conducta determinada debe encontrarse recogida en una o varias disposiciones constitucionales concretas - “*teorías constitucionales estrictas*”-.

Finalmente encontramos quienes afirman la necesaria concurrencia de las posiciones sociológicas y constitucionales a la hora de determinar el bien jurídico, pues en definitiva ellas solamente son dos formas distintas de explicar una misma cuestión.⁴⁶

Por lo tanto cualquier norma jurídica, de una jerarquía inferior a la Constitución, habrá necesariamente de acatar las directrices políticas criminales diagramadas en dicha norma de superior rango, pudiéndose declarar su nulidad cuando exceda alguna de los preceptos contenidos en la Carta Magna.

Pues como propuso Kart Löwenstein⁴⁷, la Constitución de un Estado liberal y democrático no puede ser un traje que se apolilla en el armario sin que nadie lo use, o un disfraz que oculta la verdadera identidad de quien lo viste, sino una prenda que el cuerpo social emplea todos los días y le sienta bien.

44 Fernández Gonzalo, “Bien jurídico y sistema de delito. Un ensayo de fundamentación dogmática”, editorial B de F, Montevideo, 2004 p 289 y ss.

45 Idem N° 3, p 166.

46 Idem N° 3, p 171.

47 Löwenstein, Kart, “Teoría de la constitución” - traducción y estudio de A. Gallego Anabitarte – editorial Ariel, Barcelona, 1964, p 216.

La suscrita adhiere a la afirmación de aquellos publicistas que entienden que la Constitución recoge en sus preceptos cuales son los bienes que deben ser tutelados por el Derecho Penal – “*doctrina constitucional estricta*” - .

En este marco el concepto de bien jurídico, es el que nos permite individualizar que es lícito y por lo tanto digno de protección desde el punto de vista del derecho penal.

Nuestro ordenamiento constitucional en su artículo 10⁴⁸, establece que la lesión o vulneración del bien jurídico, es un presupuesto necesario para la imposición de la pena – principio de lesividad - .⁴⁹

Teniendo presente que sólo se debe recurrir a la aplicación del derecho penal – principio de mínima intervención - cuando otras ramas del derecho resulten ineficaces para proteger esos objetos pasibles de tutela según lo dispone explícita o implícitamente la Constitución.

En tal sentido, la correcta interpretación de los preceptos constitucionales, será la que nos permitirá deducir con certeza cuales son los límites del *Ius Pudiendi* del Estado, en cada momento histórico, porque nos indicara cuales son los objetos que deben ser tutelados por el ordenamiento jurídico y dentro de ellos cuales deben ser protegidos por el derecho penal.

6.3 – Bienes jurídicos “inmediatos” y “mediatos”.

La categoría del bien jurídico plantea numerosas cuestiones de interés que la doctrina se ha encargado de estudiar y resolver.

Uno de los temas que se ha tratado de aclarar es el relativo a diferenciar claramente los conceptos de “bien jurídico inmediato” y “bien jurídico mediato”.

En tal sentido se ha utilizado la noción de bien jurídico “*inmediato*” o “específico” o “directamente tutelado”, para identificar el bien jurídico protegido en sentido técnico, en tanto que elemento básico y constitutivo del tipo objetivo de todo delito.

En tanto que el término de bien jurídico “*mediato*”, tiene un alcance diferente, se refiere a la “*ratio legis*” o “finalidad objetiva de la norma”, es decir a los motivos o razones que han llevado al legislador a criminalizar dicha conducta, las finalidades políticas criminales perseguidas con ellas⁵⁰.

Si bien en muchos casos los contenidos de ambas nociones coinciden, en muchos otros casos eso no sucede, por lo que debe quedar bien claro que se trata de conceptos diferentes.

Es así que únicamente el bien jurídico “*inmediato*”, es el que se incorpora al tipo de injusto de la infracción delictiva de que se trata. Es el que resultara lesionado o puesto en peligro por la acción del sujeto activo y por tanto dicha vulneración resultara abarcada por el dolo o por la imprudencia del agente.⁵¹

Por eso este concepto tiene una función interpretativa, ya que tiene la misión de descubrir el sentido y la finalidad del tipo penal que integra.

Por el contrario, la protección del bien jurídico “*mediato*” no aparece incorporada al tipo de injusto del delito correspondiente, por lo que el interprete no deberá acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni se tiene que probar que el dolo y la imprudencia del sujeto activo van dirigidos a él.⁵²

En este caso la función que cumple esta categoría jurídica, será de orientación y límite del “*ius puniendi*” del Estado, de sistematización de los grupos de delitos y de determinación de la cuantificación de la pena.

La importancia de deslindar ambos conceptos del bien jurídico, resulta relevante en los delitos socio económicos, habida cuenta de que en la mayoría de estas figuras delictivas es posible descubrir un bien jurídico inmediato y un bien jurídico mediato, que muchas veces no coincide.

En tales supuestos por lo general el bien jurídico inmediato se refiere a la protección de un intereses de naturaleza patrimonial individuales, en tanto que el bien jurídico mediato se proyecta sobre un intereses supraindividuales o colectivos.

48 Artículo 10 de la Constitución Nacional “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”.

49 Chavez Hontou, Gastón, “El derecho constitucional y el derecho penal”, en “Estudios de la parte especial del derecho Penal Uruguayo”, Tomo II, Montevideo, 2001, p 147.

50 Martínez – Bujan Pérez, Carlos “Derecho Penal Económico. Parte General” Tirant lo Blanch libros, Valencia, 1998, pp 90 y 91.

51 Luzón Peña “Curso de Derecho Penal. Parte General I”, Madrid, 1996, p 302.

52 Idem N° 50, p 92.

Circunstancias que desde nuestra perspectiva es lo que ha llevado a la inseguridad y muchas veces a la confusión de la doctrina y de la jurisprudencia a la hora de individualizar y acreditar el bien jurídico que ha sido lesionado por la conducta delictiva de los recicladores.

6.4 – Bienes jurídicos “individuales” y “supraindividuales o colectivos”.

Dentro de los bienes jurídicos tutelados encontramos aquellos que son “*individuales*”, en cuanto afectan directamente a la persona - tales como la vida, el honor, la propiedad - y los “*colectivos supraindividuales*” que son aquellos que le interesan a la sociedad en su conjunto – entre ellos el crédito público, el sistema financiero, el mercado -. Trascienden la mera acumulación de los bienes individuales, conformando una entidad comprensiva de todos ellos, aunque distinta y superior.

Más bien se tratan de un marco de referencia o un conjunto de condiciones necesarias que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales⁵³.

Dentro de este último grupo encontramos los bienes jurídicos “*sociales generales*” son los que se caracterizan por ser los intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que integran la comunidad y los bienes jurídicos “*difusos*” son aquellos que le interesan a amplios sectores de la población, son intereses sectoriales. No son intereses individuales pero tampoco son intereses que afecten a toda la población.

Actualmente se advierte una tendencia universal a ampliar el ámbito de tutela del Derecho Penal, confiándole a él además de la protección de los intereses individuales – vida, integridad, libertad sexual, propiedad, etc.- la tutela de ciertos intereses colectivos – salud pública, seguridad pública, orden socio económico, medio ambiente, etc- .

Para ello a prohibido la realización de ciertas conductas que si bien no perjudican de modo inmediato los intereses estrictamente personales del individuo, repercuten de modo negativo en el funcionamiento de la comunidad en el cual el individuo desenvuelve su actividad cotidiana⁵⁴.

Todo Estado Democrático de Derecho no solamente se encarga de vigilar sino también de proteger ciertos bienes comunes al grupo social cuya afectación condiciona la vida de todos los individuos que lo integran.

Sin embargo algunos autores han discutido mucho la tutela de “bienes jurídicos colectivos”, aduciendo la vaguedad de sus formulaciones y el recurrir a figuras de peligro abstracto para su tipificación.

6.5 – Bienes jurídicos que “constituyen las bases del sistema” y “los relacionados con el funcionamiento del sistema”.

Desde una perspectiva sistemática y considerando que los bienes jurídicos reflejan relaciones sociales concretas protegidas por la norma penal en un sistema social determinado, Bustos Ramírez, ha propuesto distinguir entre los bienes jurídicos que “*constituyen las bases y las condiciones del sistema*”, es decir son aquellos sin los cuales el sistema social concreto, no podría existir. Son los que se vinculan directamente a la persona, que tienen un carácter microsocioal, tales como vida, la libertad, la salud individual, el patrimonio. De ahí que haya que incluirse aquí todos aquellos bienes jurídicos tradicionalmente denominados individuales.

Y por otra parte los bienes jurídicos relacionados con “*el funcionamiento del sistema*” tienen un carácter macrosocioal, y son los que permiten asegurar el correcto funcionamiento y equilibrar los desajustes que pudieran ocasionarse en el sistema social, como consecuencia del surgimiento de situaciones conflictivas, a título de ejemplo, el medio ambiente, el crédito público, el sistema financiero, etc.

La vigencia de estos bienes, legitiman la intervención punitiva del Estado, la cual es imprescindible para asegurar las condiciones indispensables para que las relaciones microsocioales (vida, patrimonio, etc) puedan desarrollarse.

A su vez dentro de esta última categoría, distingue los bienes jurídicos “*institucionales*”, que son aquellos referidos a instituciones básicas para el funcionamiento del sistema; los “*colectivos*”, que son los dirigidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico y los “*de control*”, que son los bienes orientados a la protección del aparato estatal para que este pueda cumplir con sus funciones.⁵⁵

53 Terradillos Basoco, Juan “Derecho Penal de la empresa”, editorial Trota, Madrid, 1995, p 50.

54 Entre los bienes supranacionales encontramos al “orden socio económico”. Los delitos que atacan estos bienes jurídicos provocan gran dañosidad social claro ejemplo el delito de “lavado de activos”, debido al importante trastorno que produce en el normal funcionamiento de la economía.

55 Idem N° 41 p 161.

Esta clasificación resulta útil, en la medida que jerarquiza los bienes jurídicos, afirmando que los intereses jurídicos referidos al funcionamiento del sistema son complementarios a los que constituyen las bases y condiciones del sistema.

La consecuencia de tal planteo, es la protección primaria de los bienes jurídicos individuales frente a la subsidiariedad de la tutela de los bienes colectivos.

6.6 – Bien jurídico “orden socio - económico”.

En el ámbito de las infracciones al derecho de propiedad o el patrimonio existen ciertos supuestos delictivos ante los cuales no resulta sencillo determinar con claridad cuando dichas conductas afectan la riqueza privada – bien individual - o a las relaciones económicas macrosociales – interés colectivos-.

Si bien un grupo de conductas delictivas ocurridas en dicho ámbito, consideradas aisladamente pueden ser intrascendentes para un sujeto aislado, la generalización de las mismas puede amenazar con alterar las líneas básicas del sistema económico.

Es entonces cuando el Estado se ve obligado a intervenir, pasando de ser un mero espectador de la vida económica a un partícipe, pese a los problemas de legitimación que debe afrontar por intervenir en un área donde predomina la autonomía de la voluntad de las partes.

Actualmente nadie discute la necesidad de la intervención del Estado en la economía, no sustituyendo la actividad de los particulares sino controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando de esa manera que la economía del mercado se concierta en una selva dominada por la ley del más fuerte.

Aparece la necesidad de penalizar aquellas conductas especialmente intolerables dirigidas a distraer, obstaculizar, frustrar la actividad del Estado, dirigida a la protección de una real igualdad de oportunidades en el seno del mercado.

Por todo ello el bien jurídico, como sostiene Pedrazzi⁵⁶, ya no es sólo un punto de partida para la norma penal, sino que puede también representar una meta, un punto de llegada.

6.6.1 - Posiciones doctrinarias respecto a su determinación.

Sin embargo el concepto del “orden socio - económico” y su aceptación como un bien jurídico protegido por el derecho penal económico, originó una importante discusión en la doctrina.

Pues dicho concepto está vinculado a las condiciones concretas de cada país y de cada momento histórico, por eso es que solo se puede hablar de un concepto de “orden socio económico” en relación con una estructura social determinada.

Para algunos autores⁵⁷ el bien jurídico que es protegido por esta rama del derecho es el “orden económico en sentido estricto”, entendiendo como tal la actividad directora, interventora y reguladora del estado en la economía.⁵⁸

Lo que se pretende tutelar es la propia existencia del orden económico vigente.

Desde este punto de vista se concibe a la actividad interventora del Estado, como una forma de lograr la protección de los intereses individuales de los particulares o del estado, pero no se alcanza la protección de los intereses colectivos.

Y se identifica el concepto de “orden económico” con esa actividad directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden, imponiendo coercitivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos⁵⁹.

Actualmente existe una opinión unánime respecto de que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada sino controlándola y tratando de evitar sus excesos, con el fin de evitar que la economía de mercado se transforme en una verdadera jungla.

56 Pedrazzi, Cesare, “El bien jurídico en los delitos económicos” (traducción de A.A Richard Rodríguez) en Barbero Santos, M (comp.) “La reforma penal. Delitos socio económicos”. Universidad Complutense, Madrid, 1985 p 287.

57 Posición adoptada por Bacigalupo, Burelli, Suárez Gonzalez, Rodríguez Murillo, entre otros, citados por Cervini, Raúl “Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada”. Revista de Derecho 2008. N° 03, Universidad Católica, Montevideo, 2008, p 20.

58 Werget, Samuel “El concepto de delito económico para las ciencias penales” en Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala, editorial Galkir, 1972.

59 Muñoz Conde, Francisco, “Derecho Penal. Parte especial”. Decimotercera edición, con apéndice de puesta al día. Editorial Tirant lo blanch libros, Valencia, 2001, p 463.

En tanto que otros publicistas afirman que el bien jurídico tutelado es el “orden socio- económico en sentido amplio”, el cual consiste en “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes o servicios”.⁶⁰

Aquí la actividad del Estado esta dirigida a la tutela de intereses particulares⁶¹ y de interés colectivos o supraindividuales.

Dentro de esta corriente de opinión Klaus Tiedemann ha sostenido que la finalidad del derecho penal económico es la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

Es así que para referirse a los bienes jurídicos colectivos de la esfera económica que no pueden ser incluidos en los intereses pertenecientes al Estado, pero que tampoco se identifican con los intereses económicos del sujeto individual, crea la categoría de los “bienes jurídicos intermedios”.

El autor alemán afirma que siempre en los delitos económicos el bien jurídico inmediato, es decir que resulta afectado en sentido técnico, es un bien jurídico supraindividual, al que llama “bien jurídico intermedio”.

Al mismo tiempo que se lesiona un bien jurídico individual (patrimonio) se esta lesionando un bien jurídico supranacional (orden económico), planteándose la sumatoria de bienes jurídicos afectados.⁶²

En igual dirección Ripollés, afirma que el “orden socio económico” se configura como un bien jurídico de carácter supraindividual, cuyo sujeto pasivo del delito es la comunidad en general, por las profundas alteraciones del sistema financiero y económico, que distorsionan los presupuestos básicos de la convivencia social⁶³.

La concepción del bien jurídico “orden económico” en sentido amplio es la actualmente predominante, poniendo su acento en la protección de los intereses individuales patrimoniales en primer lugar y en un segundo término en la tutela de de intereses colectivos⁶⁴.

La amplitud de este concepto de orden económico, según parte de la doctrina es el que le hace perder al “nuevo Derecho penal económico”, en precisión conceptual todo lo que gana en importancia cuantitativa.⁶⁵

Pues esa amplitud genera el riesgo, de utilizar tipos de peligro abstracto y de crear delitos que, en los hechos, no tutelén ningún bien jurídico. Con la utilización de un concepto de orden económico tan difuso, vago, e impreciso fracasa cualquier intento de establecer un bien jurídico protegido.

Se le critica que dicha perspectiva, tiene un claro desarraigo democrático, pues desvanece su fundamento antropológico, se desentiende de las notas de garantía que trasuntan los bienes jurídicos determinados, tendiendo a la dispersión normativa y termina por desvincularse de la realidad económica que pretende tutelar.⁶⁶

6.6.2 - La consideración del “orden socio económico” como bien jurídico “inmediato” o “mediato”.

Otra de las cuestiones objeto de debate, ha sido determinar si el “orden socio económico” como interés social protegido, constituye el bien jurídico inmediato o mediato objeto de tutela.

60 Cervini, Raúl y Adriasola Gabriel “El derecho penal de la empresa. Desde una visión garantista” editorial Ib de f, Buenos Aires, 2005, p 96.

61 Palma Herrera, José Manuel “Los delitos de blanqueo de capitales” Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, edersa, Madrid, 2000, pp 248 y 249. Expresa el autor que la distinción de delitos individuales y delitos colectivos o supraindividuales, hay que hacerla teniendo en cuenta cual es el aspecto lesivo, individual o colectivo, que predomina en los comportamientos delictivos de que se trate. Así en el caso del delito de “lavado de activos”, prevalece el aspecto colectivo sobre el individual, porque supone una agresión al orden socio económico – bien jurídico supraindividual - .

62 Tiedemann, Klaus, “El concepto de delito económico” en Nuevo pensamiento Penal, año 4, n° 8, Buenos Aries, 1975, p 465.

63 Ripollés, citado por N° 22, p 187.

64 Bajo Fernández, “Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial” 1ª edición, editorial Civitas, Madrid, 1978, p 32.

65 Idem N° 59, p 464.

66 Bacrie, Stephane, “El debate sobre el bien jurídico en el derecho natural de los negocios” (versión original), en Revista del Instituto Latinoamericano de París, Vol 11, abril 1992, pp 82 y ss.

Existen un grupo de autores que afirman que en los delitos económicos en sentido amplio el “orden socio económico” puede ser considerado el “bien jurídico mediato” genérico, integrado en la “ratio legis” de esos tipos delictivos.

Mientras que en los delitos económicos en sentido estricto el “orden socio económico” aparece como el “bien jurídico inmediato”, tutelado por estas figuras delictivas.

En tanto que otros grupos de autores afirman que en ningún caso el “orden socio económico” puede ser el “bien jurídico inmediato” protegido en los delitos económicos⁶⁷.

Pues dicho concepto no sirve para designar, en rigor un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico, ni siquiera en el caso de los delitos económicos en sentido estricto. Tal inadecuación obliga a distinguir un bien jurídico mediato “es decir el orden económico en general” y otro inmediato, a saber el interés directamente tutelado.

1.1.3– El “orden socio-económico” como bien jurídico “mediato”.

Para quienes entienden que el “orden socio- económico” solo puede ser considerado “el bien jurídico mediato” protegido por la norma, se impone la necesidad de determinar cual es el bien jurídico inmediato, a saber el “interés directamente tutelado” por el delito.

Cuando individualizaremos al “orden socio- económico”, como el bien jurídico tutelado por el delito de “lavado de activos”, analizaremos las distintas posiciones adoptadas por los publicistas a la hora de determinar cuales son los aspectos de ese interés que inmediatamente resulta vulnerado por el blanqueo – bien jurídico inmediato-.

7 – INDIVIDUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE “LAVADO DE ACTIVOS”.

La determinación de cuál es el bien jurídico que se debe de tutelar en el “delito de blanqueo”, a generado gran debate en la doctrina.

Discusión que también se ha evidenciado en el segmento legislativo, prueba de ello la gran diversidad de criterios empleados por los legisladores a la hora de individualizar y ponderar los intereses y valores que se tutelan con este tipo penal.

El disfrute por parte de los delincuentes, de los beneficios obtenidos a partir de la comisión de delitos, desde hace mucho tiempo ha despertado la preocupación de las autoridades.

Es por ello que los distintos autores se han planteado la relevancia de la creación de un tipo penal para atrapar estas conductas, o si en realidad el mismo es innecesario e inútil, ya que dichos comportamientos delictivos, pueden ser razonablemente asimilados a otros tipos penales existentes - encubrimiento y recepción -.

Asimismo para quienes afirman la autonomía del tipo penal en cuestión se han llegado a cuestionar si el bien jurídico que justifica la intervención del derecho penal para incriminar el blanqueo es único “uniofensivos” o por el contrario el blanqueo puede poner en peligro varios bienes jurídicos simultáneamente, “pluriofensivos”.

O si con este tipo penal se protegen bienes jurídicos “individuales” o “colectivos”.

Pero a su vez quienes postulan la protección de un único bien jurídico, no coinciden al momento de identificar el mismo.

Hay quienes sostienen que el bien jurídico tutelado es “el mismo que es atacado por el delito precedente”.

Otros consideran que es la “administración de justicia” quien resulta lesionada por esta conducta delictiva.

En tanto que encontramos quienes afirman que es “la propiedad”, la que resulta vulnerada en el delito de “lavado de activos”.

Mientras que hay autores que coinciden en sostener, teniendo en cuenta que los intereses afectados trascienden las dimensiones de los delitos patrimoniales, que el bien jurídico objeto de tutela es el “orden socio económico del estado”.

67 Idem N° 50, pp 98 a 100.

Y dentro de este grupo aquellos que concretando el interés objeto de tutela, entienden que no se trata de la protección del “orden socio económico en lato sensu” sino dentro del referido orden público, individualizan distintos aspectos del mismo, tales como “la libre competencia”, “la estabilidad y solidez del sistema financiero” “el tráfico financiero y económico legal” y del “normal funcionamiento de los mecanismos o resortes superiores de la economía”.

Asimismo quienes optan por considerar al blanqueo como un delito pluriofensivo, han planteado un buen número de combinaciones posibles de los bienes jurídicos antes expuestos.

La individualización de esta categoría normativa, nos permitirá determinar como lo verificaremos en el desarrollo del presente trabajo, la autonomía del delito de “lavado de activos”.

7.1 - Naturaleza jurídica del delito de “lavado de activos”. ¿Tipo penal accesorio o autónomo?

Una de las cuestiones claves al momento de estudiar exhaustivamente el fenómeno del “blanqueo de capitales” es determinar si se trata de un delito autónomo y por ende pasible de ser penalizado en forma independiente.

O por el contrario se trata de una conducta delictiva cuyas modalidades resultan atrapadas por otros tipos penales ya existentes – encubrimiento, receptación -.

La postura que se adopte sobre dicho punto, incidirá directamente sobre la posibilidad de determinar si el autor del delito previo puede ser criminalizado por su participación en el crimen de “blanqueo de capitales” y por ende pasible de ser penado en concurso con el delito precedente, o su conducta de lavado debe tomarse como agotamiento del delito base. Y sobre la prueba a considerar, para incriminar a sus responsables.

Desde nuestra perspectiva, la conducta de quienes se dedican a la conversión de bienes, no configura un desmembramiento del delito de encubrimiento – en ninguna de sus modalidades favorecimiento personal o real (receptación) -, ni una circunstancia de agravación, sino constituye un delito autónomo⁶⁸.

Abogamos por su autonomía en la medida que su presencia pone en peligro intereses jurídicos diferentes a los del delito de encubrimiento y de receptación.

Si bien es cierto que ambos tipos penales protegen el bien jurídico de “la administración de justicia”, a nuestro criterio, el bien jurídico inmediato tutelado en el delito de “lavado de activos”, es el “orden socioeconómico” en tanto que “la administración de justicia” constituye el interés mediato protegido por la norma.

Mientras que en el ilícito de encubrimiento “la administración de justicia” es el bien jurídico inmediato tutelado.

7.2 – Bien jurídico tutelado “el delito precedente”.

Dentro de esta corriente doctrinaria, que ha perdido actualidad ubicamos a quienes niegan la imprescindible lesividad de las conductas de “blanqueo de capitales”.

Dentro sus seguidores encontramos a *Bajo Fernández*⁶⁹, quien afirma que lavado de activos, es una actividad absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico penal, salvo por el valor indiciario de la comisión de un hecho delictivo, que sería el fraude fiscal.

Desde esta perspectiva, no se puede identificar un bien jurídico afectado por el delito de lavado, que, simplemente lesionaría el mismo bien jurídico afectado por “el delito originario que se esta ocultando”.

El lavado opera como causa final dentro de un plan integral, en tanto que perfecciona el delito previo o promueve su reiteración.

Ciertos matices pueden llevar a distinguir dos vertientes dentro de esta posición.

Por un lado quienes afirman la existencia de un vínculo entre el lavado de activos con la lesión concreta, causada por el hecho previo; donde se pretende aprehender a quienes ayudan a asegurar el provecho obtenido por el delincuente.

Y por otro parte quienes ligan el delito de lavado con el peligro – futuro – de lesión, esto es, un evento diferente al ya acaecido. Desde este punto de vista el delito previo puede no constituir un hecho aislado, sino

68 Esta es la tendencia internacional sugerida por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, entre otros y la posición adoptada por muchos estados de la comunidad internacional, tales como Estados Unidos, Canadá, Australia y nuestro país.

69 Bajo Fernández, Miguel – Bacigalupo Saggese, Silvia “Derecho penal económico”. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp 677 a 684.

un eslabón más dentro de un plan criminal continuado. Por lo que la disponibilidad económica generada por el lavado de dinero operará como propulsor de nuevos hechos, o como factor motivador en futuros proyectos.

Cuando el delincuente cuenta con la posibilidad de que alguien le reciba las ganancias ilícitas obtenidas, mejora ampliamente sus expectativas de éxito, por lo que seguramente se verá determinado a volver a reiterar su conducta.

Con este tipo penal se estaría reforzando la tutela del bien jurídico que resulta agredido primariamente.

Desde este punto de vista, se trataría entonces de un acto accesorio y continuado del delito principal o previo.⁷⁰

Pero si valoramos la cuestión tomando como punto de partida el principio de lesividad, construir el tipo penal del lavado de activos, para reforzar la protección de un determinado bien jurídico – salud pública, seguridad pública, hacienda pública, libertad, propiedad, etc – que ya es tutelado por otro tipo penal, no es una solución satisfactoria. Por el contrario entendemos que sería una construcción teórica inútil e innecesaria pues perfectamente las conductas de estos partícipes, pueden ser penalizadas mediante la aplicación de los delitos de “encubrimiento” y “receptación”.

Esto podría llevar a que el codificador creara tantos delitos de lavados de activos, como bienes jurídicos quisiera incrementar su tutela, constituyendo su accionar una técnica legislativa irracional que propiciaría una desordenada “política criminal”.

Esta identificación del bien jurídico con el propio del delito precedente, limita el fundamento político – criminal de la criminalización del blanqueo.

Como lo afirma Ors⁷¹ la extensión del delito de blanqueo de capitales a cualquier delito previo – por insignificante que este sea – parece vaciar de contenido su verdadera razón de ser: una herramienta exclusiva para la lucha contra ciertos delitos transnacionales graves, económicamente relevantes, desarrollados en el seno de una estructura organizada.

Las recomendaciones de la GAFI los tratados internacionales, así como la legislación comparada, marcan que la tendencia actual es considerar al delito de “lavados de activos” como un delito autónomo, que protege un bien jurídico distinto a los que son vulnerados en el delito subyacente.

7.3 – Bien jurídico tutelado “administración pública”.

En relación con este bien jurídico, cuando el legislador penal ha querido tutelar este interés no se ha referido al sentido técnico corriente de la expresión, propio del Derecho Administrativo, sino alcanza una mayor amplitud.

En esta línea lo que se ha querido proteger a sido “el normal funcionamiento de los órganos de gobierno, la regularidad funcional de los órganos del Estado, en todas sus ramas de sus tres poderes”⁷².

El delito en cuestión consiste en una suerte de conducta elusiva, capaz de entorpecer el normal funcionamiento de áreas específicas del Estado

Para sus seguidores las técnicas de lavado de dinero no sólo involucran fondos de origen delictivo, sino mayoritariamente, aquella riqueza que desea mantenerse fuera del control del estado – por ejemplo bienes sustraídos a la obligación de tributar -.

Por lo que la especial lesividad de la conducta no radica en la futura aplicación de fondos de origen delictivo o ilícito, sino en el hecho de dotarlos de opacidad y sustraerlos al seguimiento estatal.

7.4 – Bien jurídico tutelado “administración de justicia”.

El delito de blanqueo, como tal supone como lo ha definido la doctrina, lavar, legalizar, blanquear, reciclar bienes que han sido obtenidos ilícitamente.

Se busca legitimar dicha ganancia con el fin de alejarlos de su origen ilegal.

70 Durrie, Roberto, “El lavado de dinero en la Argentina. Análisis dogmático y político- criminal de los delitos de lavados de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo” editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p 96.

71 Ors, Omar “Lavado de dinero de origen delictivo” Hamurabi, José Luis Desalma editor, Buenos Aires, 2007, p 298.

72 Fontán Balestra “Tratado de Derecho Penal”, Tomo VII. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1992, p 150.

Desde este punto de vista los actos de reciclaje constituyen formas delictivas de segundo grado, en una delincuencia inducida⁷³, desde el momento en que su existencia esta condicionada a la previa realización de otra conducta ilícita, perseguida por el ordenamiento jurídico, cuya comisión se oculta.

Resulta evidente que al ser “el blanqueo de activos”, una actividad encubridora, afirman sus seguidores, el bien jurídico afectado resulta ser la “administración de justicia”⁷⁴.

La conducta de los recicladores dificulta y obstaculiza la acción de la autoridad policial o/y judicial, destinada a descubrir, esclarecer la comisión del delito del cual se obtienen los bienes y la identificación y aprehensión de los sujetos partícipes y responsables de su comisión.

En definitiva impiden entre otras funciones que el Estado, pueda bloquear y confiscar los bienes obtenidos y/o producidos de las actividades criminales.⁷⁵

Siguiendo tal orientación algunas legislaciones castigan el efectivo encubrimiento⁷⁶ en tanto que otras penalizan la mera realización de actividades tendentes a ocultar la procedencia ilícita de los bienes⁷⁷ al margen de obtener o no éxito.

Por ende bajo este punto de vista, el delito en cuestión se trata de una modalidad del delito de “encubrimiento”, que según la doctrina mayoritaria concreta la calificación afirmando que se trata de una hipótesis de favorecimiento real.⁷⁸

La conducta no recae sobre la persona que comete un delito previo, sino sobre los objetos obtenidos a partir de los actos ilícitos previos.

Es decir se colabora con el autor del delito precedente, dirigiendo dicha ayuda al aseguramiento de los bienes obtenidos en la comisión del delito.

A tal punto que algunos legisladores, han penalizado los actos dirigidos a obstaculizar la localización, secuestro o decomiso de los propios bienes que han sido lavados.⁷⁹

Dentro de sus seguidores, encontramos a *Palma*⁸⁰, quien afirma que la “administración de justicia” es el bien jurídico que resulta protegido en el delito de “blanqueo de capitales” en una doble dimensión. Cuando un individuo comete el delito de lavado y favorece o posibilita el aprovechamiento de las ganancias de procedencia ilícita, esta estimulando la comisión de nuevos delitos con lo que se lesiona a “la administración de justicia en su dimensión preventiva”. En tanto que cuando el sujeto trasmite un bien de procedencia delictiva grave con el fin de que su titular no sea vinculado al delito del cual procede dicho bien, esta lesionando a “la administración de justicia en su aspecto represivo”, orientado a la persecución y castigo del responsable del delito.

Esta técnica legislativa no nos parece acertada.

Si analizamos la finalidad que persigue el delincuente con dicha conducta delictiva observamos que la esencia del reciclaje de capitales no consiste tanto en impedir su confiscación sino en distanciarlos progresivamente de su origen ilegal, con la finalidad de aparentar que dichas ganancias provienen de actividades lícitas, para de esa manera poder libremente ingresarlos en los cursos económicos normales del mercado.

Desde nuestro punto de vista esta claro que el lavado de activos, es algo más que una simple forma de disimular la ilicitud de las ganancias obtenidas y por ello de evadir el castigo de los responsables.

El encubrimiento no es el fin que persigue el delincuente con la actividad de reciclado, sino es una consecuencia colateral, de la que también se beneficia.

Cuando ese acto de lavado se lleva a cabo por una organización criminal, el acto de encubrir se ve sustituido por la finalidad de facilitar la actividad financiera de la empresa ilícita. Cuanto mas compleja es la

73 Faría Costa, José “El blanqueo de capitales” (traducción de P. Arenas Rodrigáñez) en “Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann” BOE, 1995, p 663. Según expresa el autor “en términos muy simples e inequívocos; solo hay necesidad de blanquear dinero si este proviene de actividades primitivamente ilícitas”.

74 Blanco Cordero afirma que gran parte de la doctrina Alemana se refiere a la “administración de justicia” como el bien jurídico que resulta protegido en el delito de “blanqueo de capitales”, previsto en el derecho alemán, idem N° 22 p 163.

75 Participan en la doctrina española de esta opinión Mata Barranco, Norberto “Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustituida y la teoría del mantenimiento”. El artículo 546 bis f) del Código Penal, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), Madrid, 1989, p 49 y 50; Gómez Pavón, Pilar “El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento. CPC, N° 53, 1994, p 481.

76 Ley Orgánica sobre Estupefacentes y Psicotrópicos Venezolana, artículo 37.II, citado por idem N° 3 p 252. Ley N° 25.246 de fecha 11/05/2000 que modifico los artículos 277 y 278 del Código Penal Argentino.

77 Código Penal Canadiense, sección 462 (31) (1), citado por idem N° 3, p 254

78 Bernasconi, Paolo, Antolisei, Pisa, Musco, citados por idem N° 3, p 255. En tal sentido la doctrina italiana mayoritaria, considera que el “reciclaggio” es un delito contra la “administración de justicia”.

79 Código Penal Suizo, artículo 305 bis, citado por idem N° 3, p 255.

80 Idem N° 61, p 297.

estructura de la gran empresa criminal, más difícil resulta demostrar la existencia de un vínculo entre el delito precedente y el posterior acto de encubrimiento de los bienes procedentes de dicha actividad delictual.

En tanto que si dicho análisis lo efectuamos tomando como punto de partida la acción llevada a cabo por el partícipe, solo existirá el delito de “encubrimiento” si los bienes ilícitos se prometen ocultar o se ocultan una vez cometido el delito previo.

Por lo que en aquellos supuestos donde la promesa de favorecimiento se da antes de cometer el delito o durante su comisión, habrá alguna modalidad de concurso criminal – anterior -, pues sus autores participan en ese plan global, pero no existirá delito de encubrimiento.

Desde esta perspectiva quienes se dedican a reciclar activos, son sujetos que ya han prometido anticipadamente brindar ayuda a quienes les proporcionan los bienes a blanquear, pues el concierto entre ambos sujetos es la base sobre la que se sustentan la mayoría de las operaciones de reciclado.

Y en el supuesto en que dichas actividades de blanqueo lleve a cabo un grupo criminal organizado, la modalidad delictiva de encubrimiento resulta aun más inadmisibles, pues en este caso quienes se dedican a esta actividad integran un sector especializado de la empresa, donde en forma profesional se dedican a colaborar con quienes le suministran los bienes ilícitos.

Por todos los argumentos expuestos entendemos que la figura del encubrimiento debe ser desechada a la hora de tipificar estas conductas delictivas, pues “el blanqueo de capitales” supone una carga de lesividad que va más allá de la obstaculización de la investigación de las autoridades.

7.5 – Bien jurídico tutelado “la propiedad”.

El delito de blanqueo de capitales, se vincula a la expectativa de todo delincuente a lograr disfrutar efectivamente de la ventaja patrimonial obtenida a partir de la comisión del hecho delictivo.

Pero no debemos olvidar que siempre el delincuente busca disfrutar a través del consumo de los bienes obtenidos ilícitamente, mejorando su calidad de vida, a través de la adquisición de automóviles, inmuebles, joyas, objetos de arte, entre otros, de gran valor.

Pero estos supuestos no son hipótesis de lavados de activos. Solamente nos encontramos ante este fenómeno criminal toda vez que esas adquisiciones se realizan con el fin de practicar una determinada actividad empresarial, que le permitirá enriquecerse aún más.

Desde esta posición el lavado de activos, sería el medio a través del cual se actualiza el ánimo de lucro que guía a quien previamente comete un delito, asegurándole la inversión de dichas ganancias, la obtención de rendimientos ilegales y la legalización de las mismas.

Por ello es que muchos afirman que los actos de reciclaje deben de subsumirse en el concepto de “receptación”⁸¹, técnica que ha sido adoptada por algunas legislaciones⁸².

Para sus seguidores, con este tipo penal el legislador quiere criminalizar el agravamiento del menoscabo al que es sometido el legítimo titular, cuando el objeto sale de las manos de quien lo obtuvo ilícitamente en favor de un tercero, reduciéndose las posibilidades de que el dueño recupere el bien de su propiedad⁸³. Es decir se penaliza el desvalor que merece la conducta de quien obtiene un enriquecimiento a costa del delito cometido por otra persona.

En estos casos el legislador criminaliza la conducta de quienes obtienen un provecho económico a partir de bienes procedentes de la comisión de actividades delictivas.

Es decir para esta concepción la conducta relevante para el derecho penal no es que dichos bienes ilícitos se oculten, se alejen del alcance de la justicia en definitiva se legalicen sino el hecho de que se obtenga a partir de ellos el disfrute de una ventaja patrimonial.

81 Díez Ripollés, José Luis “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La receptación de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, AP N 32, 1994, p 610. En tal sentido afirma el autor que la realización de cualquier acto sobre los bienes para ayudar a las personas que participan en la comisión de un delito previo, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, constituye un supuesto de tipificación autónoma de tentativa de favorecimiento real. Pues lo que se busca es ayudar al partícipe del delito, no a ocultar su persona sino en ocultar los bienes que lo podrían vincular al delito del cual proceden.

82 Código Penal Danés, artículo 191 y Código Penal Español, artículo 301, citado por idem N° 3, p 145 .

83 Teoría del mantenimiento sostenida por la doctrina alemana y algunos autores españoles. Dicen sus seguidores, “ya no se trata de participar en las ganancias delictivas del hecho previo sino de mantener, consolidar o incluso profundizar y prolongar aquella situación antijurídica. Se crea un eslabon más que impide o dificulta la vuelta al estado patrimonial lícito inicial”. Mata Barranco, Norberto “Límites de la sanción en el delito de receptación; La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal, Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) Madrid, 1989, p 21.

El lavador encuentra una determinada ventaja en el hecho de disponer de dinero o bienes aceptados en la economía formal, de modo que no inciden en él las estimaciones normales de costo- beneficio que sí guían las decisiones de quienes lícitamente, confluyen en el mismo sector empresarial. De esta manera toda empresa ilícita afecta económicamente a sus competidores legales, al captar por un medio espurio un conjunto de clientes que, en situación normal, engrosarían sus carteras.

Sin embargo compartimos la opinión de quienes afirman que los supuestos de “lavados de activos”, no tienen cabida dentro de la modalidad de “la receptación”.

En primer lugar porque la casuística ha demostrado que en el proceso de blanqueo de capitales no siempre los bienes obtenidos ilícitamente pasan a manos de terceros, pues muchas veces no es preciso ningún cambio posesorio de los bienes, basta con una simple modificación del título en virtud del cual se detentan.

En segundo término, si analizamos la finalidad, lo que pretende el delincuente con el blanqueo es lograr que esos bienes que posee cuya procedencia es ilícita, se legalicen, permaneciendo en su poder para finalmente darle ingreso en los cursos normales del mercado.

En tal sentido la conducta del reciclador no guarda ninguna relación con ese ánimo de lucro que caracteriza al delito de receptación. Puede o no darse el enriquecimiento del delincuente pero ese no es el objetivo que el se proyecta cuando decide legitimar sus bienes. La riqueza sucia la obtiene cuando comete el delito previo y su interés cuando recicla es blanquear la ganancia anteriormente obtenida.

Incluso en algunas oportunidades el reciclador no solo no consigue obtener ningún beneficio económico sino por el contrario su actividad le puede ocasionar pérdidas en términos de rentabilidad económica, factores que son considerados como parte de los costos del negocio del blanqueo.

Su conducta no se regirá por la lógica económica del rendimiento sino por la lógica de la seguridad necesaria para realizar su actividad delictiva.

Otra razón de la imposibilidad de considerar que el delito en cuestión puede asimilarse al delito de receptación es que mientras esta última es un delito instantáneo, el delito de lavado de activos es un proceso, integrado por una serie de operaciones que suele prolongarse en el tiempo.

Creemos como lo hemos mencionado *ut supra*, que la obtención de una ventaja económica no es más que un dato criminológico y que por lo tanto no afecta la lesividad de la conducta en cuestión.

7.6 - Bien jurídico tutelado “orden socio – económico”.

Un número muy significativo de autores, entienden que el delito de “lavado de activos”, afecta el “orden socio – económico lato sensu” del Estado, es decir la economía en sentido amplio.

Son los intereses macro económicos y la estabilidad y credibilidad del sistema financiero los que se tutela con este tipo penal.

Los perjuicios de naturaleza socio- económica que genera la normalización de capitales sucios es un hecho tangible, que puede llegar a condicionar el normal desenvolvimiento de las relaciones del mercado.

Pues los recicladores para legitimar sus ganancias, se sirven de procedimientos y técnicas concebidos para solucionar problemas del mercado, (tales como cajeros automáticos, aperturas de cuentas bancarias, utilización de títulos valores, de sociedades anónimas, amparo en el secreto bancario, etc) afectando de este modo el normal uso de dichos institutos, amenazando contaminar todo el sistema económico.

Por lo que se ve afectada la credibilidad del sistema financiero, al afectar la confianza de los inversionistas en la solidez y estabilidad del mercado financiero.

Lejos de colaborar en el progreso de la economía de los estados, como muchas veces desafortunadamente se piensa, los lavadores atentan contra la misma cada vez que utilizan con una finalidad anormal, los distintos instrumentos que ofrece el mercado para satisfacer distintas necesidades de los usuarios.

Como afirma *Caparros* “nos encontramos ante una lesividad cuya naturaleza no es uniforme, sino que se va transformando e incrementando a medida que avanza la legalización de capitales, desde el momento en que se obtienen los rendimientos hasta que los mismos son finalmente reintegrados en los cauces oficiales”⁸⁴.

El objetivo de los recicladores es lograr legitimar su riqueza, para ello introducen su capital en el ámbito de los negocios, donde concurren con empresarios honestos y actúan en el mercado al margen de toda racionalidad económica, atentando de esa manera contra la autonomía, las actividades y los intereses de las empresas regulares.

Al ingresar en el mercado con una disponibilidad ilimitada de fondos, tiene la posibilidad de afrontar ciertos riegos comerciales que no están en condiciones de asumir sus competidores.

84 Idem N° 3, p. 212.

Eso lleva a que estos sujetos puedan ir progresivamente apoderándose del mercado, constituyéndose muchas veces su emprendimiento en el monopolio del sector donde se desarrollan. Lo que en definitiva les permitirá la más absoluta libertad para lavar la ganancia ilícita que fueran obteniendo.

Resulta evidente que el efecto más nocivo que produce el delito de “blanqueo de capitales”, es el perjuicio que ocasiona sobre el régimen de la libre competencia, pues obstaculiza la libre, justa y transparente competencia de los mercados.

Sin embargo podemos afirmar que su nocividad se aprecia en un doble sentido, por un lado afecta las condiciones generales del mercado que permiten el normal desarrollo de las relaciones entre consumidores y usuarios y por otro lado pone en peligro las expectativas de quienes en forma individual, participan en las relaciones económicas.

Es importante recordar que estos sujetos no buscan la obtención de ganancias con sus inversiones sino su objetivo fundamental es alejar dichos capitales de su origen ilícito, hacerlos circular por el mercado, para aumentar las posibilidades de que ese patrimonio se separe definitivamente de su origen, por lo que las pérdidas que muchas veces deben de afrontar las consideran parte de los costos del negocio.

Es evidente que los procesos de “blanqueo de capitales” inciden negativamente en el mercado económico, el cual es tutelado por nuestra Constitución⁸⁵.

Por lo que el estado se ve obligado a intervenir, para asegurar la protección de aquellos competidores que ven vulnerados sus derechos frente a estos empresarios deshonestos y poderosos, que buscan blanquear la riqueza obtenida ilícitamente.

Y para evitar la migraciones de capitales hacia otros mercados, que le ofrecen a los inversionistas la transparencia del sistema.

Sin embargo, la crítica que se le ha formulado a esta posición doctrinaria, es que la vulneración del bien jurídico individualizado, resulta muy difícil de probar en un proceso penal, por tratarse de un bien jurídico colectivo y abstracto.

Pues sería necesario recurrir a peritos especializados, que demuestren en que medida las conductas desarrolladas por el agente delictivo, ha afectado la economía nacional, o la credibilidad del sistema financiero o ha incidido en la libre competencia del mercado, por lo que lo rechazan por motivos prácticos.

También se ha manifestado que en muchas oportunidades los casos de “blanqueo de capitales” no han llegado a incidir en las variables macroeconómicas de los países receptores de esa riqueza sucia, lo que lleva a cuestionar que estos delitos tutelén el bien jurídico “orden socio económico”⁸⁶ – bien jurídico colectivo de carácter difuso -.

Finalmente se ha argumentado que al tratarse el “orden socio económico” de un bien jurídico colectivo o supraindividual, para su protección se debe de recurrir al empleo de los tipos de peligro abstracto, lo que trae como consecuencia prescindir de una adecuada individualización del bien jurídico tutelado, lo que llevaría a favorecer la tendencia expansiva del Derecho Penal, apareciendo estas expresiones, como vacías y sin existencia real⁸⁷.

En definitiva permite elaboraciones teóricas dirigidas a crear un Derecho penal de intervención desligado de las garantías clásicas del Derecho penal material y procesal⁸⁸.

A nuestro juicio, las observaciones formuladas a esta postura, resultan inconsistentes, pues no es necesario requerir a una pericia contable para constatar que esta conducta delictiva afecta al sistema económico, dicha circunstancia se inferirá de la misma realidad.

La reducción de la tasa de crecimiento del mercado, la desviación de fondos de la economía real y productiva para ser invertidos en el aparato especulativo - lo que incide directamente en el precio de algunos productos y en los índices de desempleo-, los efectos adversos que produce sobre la recaudación tributaria, la falta de credibilidad en el sistema financiero, son algunas de las consecuencias que provoca el impacto del

85 Artículo 50 de la Constitución Nacional “El Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino se la exportación o que reemplacen bienes de importación. La ley promoverá las inversiones destinadas a este fin y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público.

Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado.

Asimismo, el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y bienestar general”.

86 Cervini Raúl, Adriasola Gabriel, Gomes Luis Flavio, “Lavado de activos y secreto profesional” Carlos Alvarez editor, Montevideo, 2002, p 110.

87 Peña Cabrera, Raúl “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal Peruano)”, en Revista Brasileira, de Ciencias Criminales N° 9, San Pablo, 1995, p 46.

88 Hassemmer, Winfried “Persona mundo y responsabilidad”, editorial Titan lo Balnch, Valencia, 1999, p 56.

ingreso de la riqueza sucia en la economía nacional e internacional, constituyendo la prueba mas evidente de la afectación del “orden socio - económico” de un estado.

7.6.1 - Bien jurídico mediato “orden socio económico”.

Como mencionáramos en la sección 6.6.2, existen un importante grupo de autores que afirman que en *ningún caso el orden socio económico puede ser el bien jurídico inmediato* protegido en el “delito de lavado de activos”.

Pues dicho concepto no sirve para designar, en rigor un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico.

Tal inadecuación obliga a distinguir un *bien jurídico mediato que en el caso es “el orden económico en general”* y otro inmediato, a saber el interés directamente tutelado.

7.6.2 – Bien jurídico inmediato. Su determinación.

Por tal motivo a la hora de delimitar los aspectos del orden económico que resultan vulnerados por el blanqueo de capitales, no existe consenso en la doctrina.

7.6.2.1 - Bien jurídico inmediato “la libre competencia”.

Hay quienes⁸⁹ identifican a la “*libre competencia sobre la que se basa el sistema de economía de libre mercado*” como el interés afectado, restringido y cuestionado por el blanqueo de capitales.

Por consiguiente se considera “el acceso a la economía lícita, en igualdad de condiciones” el bien jurídico protegido en este tipo penal.

Pues las empresas dominadas por el crimen organizado no están sujetas a las reglas de la economía y pueden evitar que la competencia sobre la calidad del producto o sobre el precio suponga algún riesgo para ellas.

La crítica que se le ha formulado a esta posición es que si bien hay que reconocer que el reciclaje puede vulnerar el principio de libre competencia, ello no sucede en todos los casos. Y además el tipo penal en cuestión no busca proteger los intereses privados y públicos, pues los mismos son protegidos por otras ramas del derecho.

7.6.2.2 – Bien jurídico inmediato “la estabilidad y solidez del sistema financiero”.

Otros publicistas⁹⁰ entienden que el bien jurídico inmediato protegido es “*la estabilidad y solidez del sistema financiero*”.

Pues la legitimación de capitales empaña la transparencia del sistema financiero ya que desacredita a las instituciones financieras y a los operadores económicos poniendo en peligro la seguridad del tráfico comercial.

Pero también se ven afectados los particulares, porque al deformarse los factores que permiten prever el comportamiento del mercado produce la desconfianza de los ahorristas.

Quienes no comparten esta opinión, sostienen que al estimarse que dicho aspecto supra individual representa el interés protegido, la consideración del mismo como bien jurídico inmediato, llevaría a la consagración de una categoría “ficticia”, “difusa” y “nebulosa”.

El sistema financiero es un instrumento que canaliza los capitales convergentes del mercado, cuyo funcionamiento no resulta afectado por el ingreso y circulación en el mismo de bienes de procedencia ilícita.

89 Díez Ripollés, hace referencia a la “libre competencia” como el aspecto del orden económico afectado por el blanqueo de capitales en idem N° 81 pp 609.

90 Blanco Cordero alude a “el menoscabo de la estabilidad y solidez del sistema financiero” vulnerado por el delito de “lavado de activos”, idem N° 22 pp 197 y 198.

7.6.2.3– Bien jurídico inmediato “el tráfico financiero y económico legal”.

Sus seguidores⁹¹ identifican al “*tráfico financiero y económico legal*”, como el aspecto del “orden económico” que resulta afectado por el delito de “lavado de activos”.

Con la incriminación del blanqueo se pretende evitar que los beneficios delictivos ingresen en la corriente circulatoria de la economía nacional e internacional.

En sede de reciclaje el punto esencial radica en la circulación de dinero.

El objetivo de los recicladores es lograr que la riqueza sucia, transite por los cauces normales de la economía, pues cuanto más circulen los bienes, mayor será la probabilidad de que esos capitales pierdan la conexión con su origen ilícito.

Por esa razón lo que se tutela es la “*circulación de los bienes en el mercado*” como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general.

De esa manera se busca que el dinero que procede de la comisión de delitos, se mantenga fuera del tráfico comercial, asegurando la seguridad del tráfico financiero y económico legal mediante la preservación de la licitud de los bienes.

7.6.2.4- Bien jurídico inmediato “el normal funcionamiento de los mecanismos o resortes superiores de la economía”.

Otros autores entienden que la intención del legislador, en este tipo penal, ha sido la protección del “*normal funcionamiento de los mecanismos o resortes superiores de la economía*”.

En esta línea argumental, Severin, señala que desde el punto de vista técnico las manifestaciones de “lavado de activos” constituyen una modalidad de la “macro o extracriminalidad económica contemporánea”.

Afirmando que la misma “configura la expresión emergente de una desviación estructural vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abuso de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, los que no necesariamente se vinculan a la llamada economía de mercado, a saber: los mecanismos de equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismos de los cambios), los de transformación del capital en renta, y de la renta capital (mecanismos financieros y bursátiles), los de la circulación y aplicación de los activos, y finalmente los mecanismos de equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los “*commodities*”, abusos al consumidor, etc)”⁹²

Entendiéndose por mecanismos económicos, “aquellos encadenamientos de fenómenos económicos que se producen bajo ciertas condiciones a partir de un impulso inicial”, lo cual supone que su conocimiento sea esencialmente empírico y no valorativo.

Distinguiéndose los mecanismos económicos “cerrados”, que son aquellos que desembocan en un resultado de la misma naturaleza, que el impulso inicial. Y los “abiertos”, que son los que desembocan en un resultado de naturaleza distinta al del fenómeno inicial.

Y en tal sentido ambos tipos de mecanismos por distintas vías pueden ser susceptibles de desviaciones. Produciéndose las de mayor gravedad en el ámbito de los “mecanismos abiertos”.

En esta línea de razonamiento, el citado profesor destaca que a la hora de tipificar una conducta como prohibida, se debe de considerar su realidad social, su trascendencia económica, su conflictividad social, en definitiva cuan disvaliosa es esa acción para la comunidad social.

Por eso toda norma penal, debe tener como objeto de protección, un interés concreto, específico y suficientemente definido, referido a las necesidades del individuo en particular y a otras exigencias sociales limitadas que traducen la función de coordinar y equilibrar los conflictos.

Por los argumentos expuestos concluye que en el delito de “lavado de activos”, el bien jurídico que resulta normativamente – valorado es “el normal funcionamiento de los mecanismos o resortes superiores de la economía, cuyo ejercicio ilícito y objetivamente abusivo traduce instancias de macro o extracriminalidad”⁹³.

91 Fabián Caparrós, propone como bien jurídico protegido “al tráfico financiero y económico de bienes” idem N° 3 pp 285 y 286. Igual propuesta formula Palma Herrera, idem N° 61 p 288.

92 Severin, Louis W, “Recent developments in relation to economic crimes”, Ladelitl Editors, Austin, 1991, p 42 y ss.

93 Severin, Louis W “Economics process and Criminal Law”, Law and Criminology review, Vol 2, N° 4, Austin, 1970, p 67 y ss.

8 – REGULACIÓN DEL DELITO DE “LAVADO DE ACTIVOS” EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

En el presente apartado analizaremos la evolución que ha sufrido la legislación nacional al tipificar el delito de “Lavado de activos”.

En el referido estudio podemos constatar que nuestro país no fue ajeno, a esa tendencia internacional expansionista de ampliar el elenco de los delitos antecedentes en materia de atrapar conductas orientadas a reciclar bienes de origen ilícito.

Y a la influencia de las recomendaciones de los Organismos Internacionales, acerca de la conveniencia de estructurar en las legislaciones internas un sistema mediante el cual se identifiquen una serie de personas físicas o jurídicas, que deben cumplir con una serie de obligaciones – conocimiento del cliente, de las operaciones financieras que el realiza, del origen de los capitales de que dispone, reporte de operaciones sospechosas, entre otras - tendientes a prevenir las conductas de antilavado.

8.1 – Ley N° 17.016 de fecha 22 de octubre de 1998.

La primera norma que legisló sobre esta temática fue la *Ley N° 17.016*.

Dicha disposición introdujo modificaciones al Decreto - Ley 14294 en materia de sustancias estupefacientes y tipificó el delito de “Lavado de activos” provenientes de actividades vinculadas al tráfico de drogas y delitos conexos.

Entre las distintas orientaciones legislativas empleadas en el Derecho Comparado, respecto de la ubicación sistemática de las normas sobre “blanqueo de capitales”, nuestro país optó en una primera instancia por incorporarlas dentro de una ley especial que regula el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes⁹⁴.

En tal sentido creo cuatro tipos penales – artículos 54 a 57⁹⁵ -, tendientes a criminalizar todas aquellas conductas que posibiliten el surgimiento de ganancias sucias, su sucesiva aplicación e incluso la ayuda personal o asesoramiento al blanqueador de activos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes y precursores químicos y delitos conexos⁹⁶.

En esa disposición además de definir la figura base del “lavado de activos” procedentes del narcotráfico y delitos conexos se consagran formas de encubrimiento personal y real.

Antes de la entrada en vigencia de la presente ley, no existía una tipificación autónoma del “blanqueo de capitales” sin perjuicio de ello a la hora de punir dichas conductas delictivas la jurisprudencia abordaba la persecución penal a través de las figuras penales del encubrimiento y receptación⁹⁷.

94 El dictado de dicha Ley es como consecuencia del compromiso asumido por nuestro país al incorporar a su legislación interna los lineamientos de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1988. Y la observación de las Recomendaciones de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas) OEA.

95 Artículo 54 “El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría”.

Artículo 55 “El que adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos o que sean el producto de tales delitos, será castigado con una pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría”.

Artículo 56 “El que oculte, suprima, altere, los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes, o productos u otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría”.

Artículo 57 “El que asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría” redacción dada por la Ley N° 17.016 de fecha 22 de octubre de 1998.

96 Adriasola, Gabriel, “La nueva ley de estupefacientes y lavado de dinero. Análisis de la Ley N° 17.016 de 22 de octubre de 1998. Monografías jurídicas. Ediciones “Del foro S.R.L”, Montevideo, 1999, p 27.

97 Casos de la Justicia Uruguaya N° 11.475 y 11.901.

8.2 – Ley N° 17.060 de fecha 23 de diciembre de 1998.

En esta ley se establecen normas relativas al uso indebido del poder público.

Y se crea otra modalidad de la figura del delito de “Blanqueo de capitales” al tipificar el lavado provenientes de la corrupción administrativa, es decir de los delitos concusión, cohecho, tráfico de influencias, fraude, conjunción del interés público y personal, revelación de secreto, cohecho y soborno transnacional – artículo 30⁹⁸ -.

El dictado de la presente disposición llevo a que en la doctrina nacional se cuestionara la técnica legislativa empleada, al optar por que cada segmento delictual tenga su propio tipo penal relativo al blanqueo de las ganancias que produce.

Afirmándose que dicho criterio conduce a la duplicidad y a la desarmonía, siendo conveniente la creación de un único tipo penal de blanqueo de capitales que comprenda a las diversas hipótesis del delito base ⁹⁹.

8.3 – Ley N° 17.343 de fecha 23 de mayo de 2001.

En su artículo 81¹⁰⁰ se concreto por primera vez en nuestro país la tendencia internacional de ampliar el espectro del delito base, a partir de los cuales se obtienen los bienes objetos de los delitos previstos en los artículos 54 a 57 del Decreto Ley N° 14.294, no modificando en ningún aspecto la estructura típica de los referidos delitos.

A partir de la vigencia de dicha ley son considerados objetos ilícitos pasibles de ser reciclados los bienes, productos o instrumentos provenientes de actos de terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000, tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción, tráfico ilícito de órganos, tejidos o medicamentos, tráfico ilícito de sustancias nucleares, de obras de arte, animales o materiales tóxicos, tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños, extorsión, secuestro y proxenetismo.

Surge claramente que el espíritu del legislador fue básicamente el de incorporar al elenco de los delitos subyacentes, todas aquellas conductas consideradas típicas de tráfico ilícito¹⁰¹ y crimen organizado¹⁰².

Sin embargo al incluir a los delitos de extorsión, secuestro y proxenetismo, como delitos base, también se atrapan aquellos capitales sucios provenientes de hipótesis de delincuencia convencional.

8.4 – Ley N° 17.835 de fecha 23 de septiembre de 2004.

El objetivo más importante de esta ley es la unificación de la tipificación del delito de “lavados de activos”, en la fórmula típica de los artículos 54 a 57 de la ley N° 14.294, al derogar el artículo 30 de la Ley N° 17.060, es decir la modalidad de “blanqueo de capitales”, provenientes de delitos vinculados a la corrupción pública en sentido amplio.

98 Artículo 30 – (Blanqueo de dinero) -. El que obstaculizara la identificación del origen, la investigación, la incautación o la confiscación del dinero u otros valores patrimoniales, a sabiendas de que provienen de alguno de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163, 163 bis y 163 ter del Código Penal, o del delito establecido en el artículo 29 de la presente ley, será castigado con una pena de tres meses a seis años de penitenciaría” de la Ley N° 17.060 de fecha 23 de diciembre de 1998.

Artículo que fue derogado por el artículo 22 de la Ley N° 17.835 de fecha 23/09/2004.

99 Adriasola, Gabriel, “Delitos de corrupción pública. Análisis de la Ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998”. Monografías jurídicas. Ediciones “Del Foro S.R.L”, Montevideo, 1999, p 59.

100 Artículo 81 – “Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 de la presente ley se aplicaran también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos” de la Ley N° 17.343 de fecha 23 de mayo de 2001.

101 Adriasola, Gabriel, “Lavados de activos. Su impacto en la plaza financiera y en el ejercicio de las profesiones legales y contables”. Cuadernos de Fundación. Derecho Penal N° 5. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2005, p 74. Sostiene el autor que los delitos de tráfico ilícitos comprenden; el tráfico de personas – trata de blancas, tráfico de esclavos, tráficos de órganos y tejidos humanos-, bienes culturales, material nuclear, residuos tóxicos, armas y materiales explosivos, vehículos y drogas.

102 Tanto el tráfico ilícito de personas, como el tráfico ilícito de órganos y tejidos, el tráfico ilícito de armas y municiones, de sustancias nucleares, de obras de arte, animales y materiales tóxicos constituyen verdaderos delitos transnacionales, cometidos por importantes organizaciones criminales.

Asimismo en su artículo 8¹⁰³ amplió la nómina de los delitos antecedentes, agregando a la nómina de los ya existentes a partir de la Ley N° 17.343, el delito de estafa - cuando la misma es cometido por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del BCU en el ejercicio de sus funciones y todos los delitos comprendidos en la Ley 17060 -.

Si bien los antecedentes parlamentarios evidencian que la intención fue incluir dentro de la nómina de los delitos antecedentes al fraude financiero¹⁰⁴, dicha conducta delictiva no fue incluida al igual que los delitos marcarios y los de la propiedad intelectual.

Tampoco fue admitida la evasión fiscal como delito antecedente del “lavado de activos”.

Asimismo en su artículo 14¹⁰⁵, definió que se entiende por delito terrorista, el cual si bien había sido incluido al espectro de los delitos antecedentes por su antecesora, la Ley N° 17.343, no había sido definido expresamente.

Y el artículo 16¹⁰⁶, tipificó el delito de financiación de terrorismo, tipicidad que se diferencia nítidamente de la infracción penal del “lavado de activos” que proviene del terrorismo¹⁰⁷.

Esta norma también consagró un estatuto acerca del reporte de la operación sospechosa¹⁰⁸ y otorgó amplios poderes a la Unidad de Información y Análisis Financiero¹⁰⁹.

103 Artículo 8 “ Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del Decreto – Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974 – incorporados por el artículo 5 de la Ley N° 17.016, de fecha 22 de octubre de 1998 – se configurarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo; contrabando superior a U\$U 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas; explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa, cuando es cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay en el ejercicio de sus funciones; y todos los delitos comprendidos en la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998.

En los casos previstos en el presente artículo serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 58 a 67 y 71 a 80 del Decreto – ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, incorporados por el artículo 5° de la Ley N° 17.016 de 22 de octubre de 1998.

Las disposiciones del presente artículo regirán aun cuando el hecho antecedente origen de los bienes, productos o instrumentos hubiera sido cometido en el extranjero, en tanto el mismo hubiera estado penado en el lugar de su comisión y en la República Oriental del Uruguay” de la Ley N° 17.835 de fecha 23 de septiembre de 2004.

104 Idem N° 101, pp 78 y 79. Adriasola afirma que el fraude financiero o corporativo puede asumir una gran variedad de modalidades delictivas. Puede canalizarse a través del delito de apropiación indebida, de una insolvencia societaria fraudulenta, de delitos societarios contenidos en la Ley N° 2.230, etc.

105 Artículo 14 “Declarase de naturaleza terrorista los delitos que se ejecutaren con la finalidad de causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, puesto de manifiesto por su naturaleza o su contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo” de la Ley N° 17.835 de fecha 23 de septiembre de 2004.

106 Artículo 16 “El que organizare o, por el medio que fuere, directa o indirectamente proveyere o recolectare fondos con intención que se utilicen, o a sabiendas que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar las actividades delictivas descriptas en el artículo 15 de la presente ley, aun cuando ellas no ser desplegaran en territorio nacional, será castigado con una pena de tres a dieciocho años de penitenciaría” de la Ley N° 17.835 de fecha 23 de septiembre de 2004.

107 Adriasola, Gabriel, “La financiación del terrorismo y el lavado de dinero. Técnicas de prevención, investigación y medidas cautelares. El proyecto de reforma legislativa en Uruguay. Incidencia de la Ley N° 17.773 en presuntos sobre macrocriminalidad”, editor Carlos Alvarez, Montevideo, 2004, p 21.

En dicha publicación el autor expresa con acierto que el proceso de financiación del terrorismo es precisamente inverso al del “lavado de activos”. En este último la riqueza sucia proveniente de los circuitos clandestinos debe ser reenviada al mercado lícito bajo su nueva apariencia, mientras que en el caso del financiamiento del terrorismo, el operativo consiste precisamente en sacar del mercado lícito el dinero para enviarlos a los circuitos clandestinos, es decir en ensuciar el dinero limpio.

108 El artículo 1 de la Ley N° 17.835 de fecha 23 de septiembre de 2004, definió que se entiende por operación sospechosa y cuales son los sujetos obligados a cumplir con esa carga de contralor y prevención.

109 Creada por Circular N° 1.722 del Banco Central del Uruguay.

8.5 – Ley N° 18.026 de fecha 25 de octubre de 2006.

El artículo 28¹¹⁰ de la norma identificada, amplió la nómina de los delitos precedentes de los cuales pueden provenir los bienes objeto de blanqueo, prevista en el artículo 8 de la Ley N° 17.835, agregando los delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad.

E incorporó nuevamente la modalidad de “blanqueo de capitales”, provenientes de delitos vinculados a la corrupción pública en sentido amplio.

8.6 – Nueva propuesta legislativa.

Actualmente se está trabajando en un nuevo proyecto de reforma de la legislación antilavado, la cual pone su acento en una política criminal emergencial, influenciada por la directivas internacionales, caracterizada por una endémica fragmentariedad.

En dicha propuesta se impulsan cambios en dos direcciones.

Por una parte se propone la ampliación de la nómina de los delitos antecedentes – incluyéndose crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad ya tipificados en la Ley N° 18.026, delito de estafa, delito de apropiación indebida, quiebra fraudulenta, insolvencia fraudulenta, el delito previsto en el artículo 5 de la Ley N° 14.095 – insolvencia societaria fraudulenta -, el delito previsto en el artículo 76 de la Ley N° 2.230, - insolvencia punible de los directores de las sociedades anónimas-, los delitos de marcas previstos en la Ley N° 17.011, los delitos de propiedad intelectual previstos en la Ley N° 17.616, los delitos de prostitución y pornografía infantil regulados en la Ley N° 17.559.

Y por otro lado se impulsa la ampliación de la nómina de los sujetos a los que se les imponen cargas de vigilancia – incluyéndose a los escribanos públicos, fiduciarios profesionales, administradores de zonas francas y oficinas que presten asesoramiento en materia de inversiones¹¹¹.

9 – BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE “LAVADO DE ACTIVOS”.

Como constatamos anteriormente, al estudiar la legislación vigente en materia de delito de “blanqueo de capitales”, existen en nuestro ordenamiento los tipos penales – artículos 54 a 57 de la Ley N° 17.016 y Ley N° 18.026 - que pretenden cubrir las distintas modalidades que puede asumir estas conductas delictivas, desde la generación de la riqueza sucia, su proceso de conversión e incluso la ayuda personal o asesoramiento al sujeto reciclador de capitales.

110 Artículo 28 (Lavado de activos y financiación de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra) Sustitúyese el artículo 8 de la Ley 17.835, de 23.9.2004, por el siguiente: Artículo 8 Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del DL 14.294, de 31.10.74, incorporados por el artículo 5 de la Ley 17.016, de 22.10.98, se configurarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: crimen de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los EEUU); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos, tráfico ilícito de personas, extorsión, secuestro, proxenetismo, tráfico ilícito de sustancias nucleares, tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa, cuando es cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas, sujetas al control del Banco Central del Uruguay, en el ejercicio de sus funciones, y todos los delitos comprendidos en la ley 17.060 de 23.12.98. En los casos previstos en el presente artículo serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 58 a 67 y 71 a 80 del DL 14.294, de 31.10.1974, incorporadas por el artículo 5 de la L 17.016, de 22.10.1998. Las disposiciones del presente artículo regirán aún cuando el hecho antecedente origen de los bienes, productos o instrumentos hubiera sido cometido en el extranjero, en tanto el mismo hubiera estado penado en el lugar de su comisión y en la República Oriental del Uruguay” de la Ley 18.026.

111 Cervini Raúl, Cesano José Daniel, Terradillos Basoco, José María “El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político – criminales”. Alveroni Ediciones, Córdoba, 2008, p 201.

9.1 – Bienes jurídicos tutelados “orden socio - económico”, “administración de justicia” y “la probidad y normal funcionamiento de la administración pública”.

A la hora de individualizar el bien jurídico tutelado en los tipos penales creados, los autores nacionales se han visto influenciados por las discusiones que sobre el punto se han planteado en la doctrina internacional – como anteriormente hemos desarrollado -.

Encontramos autores como *Adriasola*¹¹², que a la hora de individualizar los bienes jurídicos tutelados por los artículos identificados, opta por un criterio “*pluriofensivo*”.

Pues afirma que los bienes jurídicos que resultan tutelados en dicho artículo, son “*la economía*” – como consecuencia del efecto desestabilizador que el “blanqueo de capitales” provoca en los cauces oficiales del mercado y en el sistema financiero - como bien jurídico afectado prevalentemente.

Pero en la medida que el delito de “blanqueo de capitales” se construye sobre la base de la categoría clásica de encubrimiento, también resulta protegida “*la administración de justicia*” – la que se ve impedida, obstaculizada de verificar el origen ilícito de los bienes objetos de reciclado-.

Sin embargo en una publicación posterior, el publicista reformulo su planteo inicial, al puntualizar que el bien jurídico tutelado en las diversas modalidades del delito objeto de análisis es la “*administración de justicia*”¹¹³. Siendo *pluriofensivo* el delito para el caso en que también la conducta del sujeto afecte el bien jurídico colectivo “orden socio económico”

Para el caso del tipo penal previsto en el artículo 57 de la Ley 17.016, asegura que se trata claramente de un supuesto de favorecimiento personal, desgajado del delito de encubrimiento¹¹⁴, por lo que en ese caso el interés protegido es “*la administración de justicia*”.

Respecto al delito de lavado de activos provenientes de la corrupción administrativa, sostiene¹¹⁵ que constituye un desgajamiento del delito de encubrimiento, resultando el bien jurídico tutelado prevalentemente “*la administración de justicia*” y en segundo lugar “*la probidad y normal funcionamiento de la administración pública*”¹¹⁶.

9.2 – Bien jurídico tutelado “orden socio - económico”.

Dentro de esta corriente de opinión, destacamos la posición adoptada por *Langón*¹¹⁷.

En tal sentido sostiene, que si se debe optar por la protección del bien jurídico “administración de justicia” - por la vinculación de los delitos de “lavado de activos” con el delito de encubrimiento- o por la tutela del “orden socio económico”, se inclina por la protección de este segundo.

En la medida que el delito de “blanqueo de capitales” menoscaba la integridad de las instituciones financieras de los Estados, al socavar los esfuerzos para establecer a nivel mundial mercados libres y competitivos y al afectar el normal funcionamiento del sistema financiero, entiende que el bien jurídico objeto de tutela es “orden socio económico” – supraindividual -, rector de todas las figuras de lavado.

112 Idem Nº 96, pp 28 y 29.

113 *Adriasola*, Gabriel “El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito” editorial Igranusi Ltda., Montevideo, 2001, p 11 y 12. En esta publicación el autor reformula su posición anterior expresando... “Podemos admitir que el orden económico puede verse concretamente afectado en determinados casos, pero eso acontecerá de modo excepcional, por lo que no será posible sostener que ese orden económico ha de ser el bien jurídico objetivamente tutelado por las previsiones del blanqueo de capitales.”... “nos resulta ineludible sostener que el bien jurídico tutelado en este tipo de conductas, desgajadas de la estructura clásica del delito de encubrimiento, es el interés de la administración de Justicia, cuya finalidad debe asegurarse frente a los hechos de quienes pretenden frustrarla.”... “Esta conceptualización por lo tanto nos permite sostener que, tratándose la administración de justicia, el bien jurídico tutelado, no estamos ante una figura de peligro abstracto con referencia a un bien jurídico supraindividual”... “De igual modo, cuando efectivamente la conducta típica afecte el bien jurídico colectivo (orden económico financiero) tal como lo hemos definido precedentemente, habrá entonces *pluriofensividad*”....

114 Idem Nº 96, p 148. En tal sentido afirma *Adriasola* que esta norma se contiene la reserva legal del encubrimiento, reserva ésta que impide que el sujeto activo de este delito sea a la vez partícipe del delito base. Como la acción típica del artículo 57 describe supuestos de favorecimiento personal, estimamos inviable la posibilidad concursal de este y aquellos (delitos precedentes), ya que de lo contrario favorecedor y favorecido coincidirán en la misma persona.

115 Idem Nº 99, p 54.

116 Bien jurídico “administración pública” definido por *Fontán Balestra*, idem Nº 72.

117 *Lángon*, Miguel “Código Penal y las leyes complementarias de la República Oriental del Uruguay” Tomo II Volumen I. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004, p 272.

Pero eso no significa, sostiene el autor, que en ocasiones pueda ser “*pluriofensivo*”, conforme a que afecta otros intereses objeto de tutela penal como “la salud pública”, cuando el delito antecedente del cual provienen los fondos es el tráfico ilícito de estupefacientes, “la administración pública” cuando los bienes ilícitos proceden de la corrupción, “la propiedad” si los objetos a reciclar provienen del secuestro de personas, o “la administración de justicia” en todos los casos. En definitiva dependerá del delito subyacente que dio origen a estos tipos autónomos.

Coincidiendo con Adriasola respecto a la consideración de las modalidades previstas en el tipo penal del artículo 57 de la Ley N° 17.016, con un desmembramiento del delito de encubrimiento personal - artículo 197 del Código Penal ¹¹⁸.-

9.3 – Bien jurídico tutelado “el normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía”.

En la doctrina nacional *Cervini*, enfatiza que el bien jurídico razonablemente justificador de la tutela penal en el caso del “blanqueo de capitales” radica en la tutela del “orden socio económico” el cual se concreta a través de “la preservación del normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía, particularmente los de tipo abierto; financieros y bursátiles”¹¹⁹.

El disvalor de la conducta consiste en que tales mecanismos de la economía se vean afectados en su curso natural, mediante su ejercicio ilegítimo u objetivamente abusivo.

Bajo tales circunstancias, afirma el autor, no se trata de un bien jurídico indeterminable. Sino por el contrario acudiendo a un sistema metodológico integrado por los criterios de apreciación “clínico- sistomático” y realizando un “análisis tomográfico” de los mecanismos económicos involucrados en cada sector de la actividad, es posible detectar la desviación y determinar si la misma tiene o no relevancia penal – individualización del bien jurídico vulnerado - y cuando la conducta es abiertamente ilícita ¹²⁰.

Por su parte entiendo que los artículos 56 y 57 de la Ley, consagran modalidades de encubrimiento personal y real, pues a través de estas normas se trata de impedir la realización de un conjunto tendientes a imposibilitar el conocimiento del verdadero origen, ubicación, destino y movimiento de los bienes previamente reciclados.

10 –OPINIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Realizado un relevamiento de las sentencias dictadas por nuestros tribunales, sobre el delito que nos ocupa, hemos podido constatar que los antecedentes son recientes y muy escasos¹²¹.

Teniendo en cuenta el objetivo del presente trabajo, enumeraremos y comentaremos las resoluciones judiciales en las cuales se ha individualizado el bien jurídico que resulta vulnerado en el delito de “lavado de activos”.

118 Artículo 197 “El particular o funcionario que, después de haberse cometido un delito y sin concierto previo a su ejecución con los autores, coautores o cómplices, aunque éstos fueran inimputables, los ayudaren a asegurar el beneficio o el resultado del delito, a estorbar las investigaciones de las autoridades, a sustraerse a la persecución de la justicia o a eludir su castigo, así como el que suprimiere, ocultare o de cualquier manera alterare los indicios de un delito, los efectos que de él provinieren o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, será castigado con pena de tres meses de prisión a diez años de penitenciaría” del Código Penal uruguayo.

119 Idem N° 111, pp 94 y 95.

120 Cervini, Raúl “Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica” Revista de Ciencia Penales N° 2, “Estudio de Homenaje a Adela Reta”, editor Carlos Alvarez, Montevideo, 1996, p 187.

121 Nuestro país no escapa a las estadísticas mundiales, respecto a que son muy pocas las investigaciones judiciales que culminan con el dictado de una sentencia firme - por la comisión del delito de “blanqueo de capitales”, lo que evidencia la poca efectividad de las normas existentes sobre la materia.

Caso 1.**Resolución del 31/10/2005 del Juzgado Letrado de 1º Instancia de 3º Turno de la Ciudad de la Costa.**

La providencia identificada, dispuso el procesamiento del indagado MCM, por la comisión del delito previsto en el artículo 54 del Decreto Ley N° 14.294 – “lavado de activos” -.

En dicho auto judicial, el magistrado actuante Dr. Jorge Díaz, realizó un estudio pormenorizado del bien jurídico tutelado por el tipo penal en cuestión.

Basándose en una interpretación realizada por la doctrina nacional, argumento que el reciclaje de activos configura una ayuda al aseguramiento del beneficio obtenido con el delito principal, constituyendo un *desmembramiento de la figura típica clásica del delito de encubrimiento*.

Identificó a “la administración de justicia”, como el interés que resultó vulnerado por la conducta del sujeto activo.

Afirmando que en el supuesto fáctico planteado, la acción realizada por el sujeto activo, estuvo dirigida a impedir la verificación del origen del dinero, bienes o instrumentos producto del tráfico de sustancias estupefacientes, ocultándolos y devolviéndolos con la apariencia de haber sido generados en una actividad lícita, lesionando de esa manera el bien jurídico individualizado, al obstaculizar e impedir a las autoridades policiales y judiciales intervinientes, el esclarecimiento de delitos cometidos y la identificación de sus responsables.

Caso 2.**Resolución del 08/11/2007 del Juzgado Letrado en lo Penal de 1º Instancia de 4º Turno.**

En la citada resolución judicial, el Dr. Jorge Díaz, dispuso el procesamiento de la indagada LBCA por la comisión del delito de “lavado de activos”, previsto en el artículo 55 del Decreto Ley N° 14.294, proveniente del tráfico de estupefacientes.

Resulta relevante en dicho documento el análisis que una vez más realiza el magistrado actuante, sobre la determinación del “bien jurídico”, que ha su juicio resulta vulnerado por la conducta del sujeto activo.

Destacándose el cambio de criterio adoptado por el proveyente al momento de individualizar el “interés” objeto de tutela por el tipo en cuestión.

Afirmando que al no exigir el tipo penal “la finalidad específica del agente del delito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes ilícitos”, surge claramente que la finalidad de la norma no ha sido la protección de la “administración de justicia”.

Sino por el contrario, al reconocer que *el delito en cuestión es un delito autónomo, e independiente del delito precedente*, lo que ha querido tutelar el legislador ha sido “el normal funcionamiento de la economía lícita”, concretizado en “la libre competencia” - interés supra individual -, que resulta vulnerado con la conducta de la imputada, quien se dedica a reciclar bienes provenientes del tráfico de estupefacientes.

Caso 3.**Resolución del 24/09/2008 del Juzgado Letrado de 1º Instancia de 3º Turno de la Ciudad de la Costa.**

En la providencia indicada, se dispone el procesamiento de MSM, CESR y CMJ, como autores responsables de los delitos de “lavado de activos”, en las modalidades previstas en los artículos 54 y 57, respectivamente, en concurso real con el delito tipificado en el artículo 32 del Decreto Ley N° 14.294.

Constituyendo dicha resolución el primer antecedente a nivel nacional, del enjuiciamiento por la comisión de actividades dedicadas al blanqueo de bienes provenientes del delito base de “proxenetismo”.

Se destaca la posición adoptada por la juez actuante Dra. Mariana Motta, respecto a la naturaleza del delito de “lavado de activos”, al considerarlo *un tipo autónomo, independiente del delito base*, es decir del cual provienen las ganancias sucias que se han reciclado, aceptando la doble incriminación del sujeto por la realización de las conductas descriptas en los dos tipos penales, en función de la distinta naturaleza de los bienes jurídicos afectados.

11 – TOMA DE POSICIÓN.

Como hemos analizado en el presente trabajo los procesos de reciclaje de activos no atacan un único interés digno de tutela, sino por el contrario afecta una multiplicidad de bienes protegido.

Es así que resultan vulnerados la constante autofinanciación de conductas y organizaciones criminales, el valor o los valores tutelados por el delito previamente cometido, la perturbadora influencia de los flujos de bienes e inversiones sobre las políticas económicas y sociales de los respectivos Estados, fundamentalmente su afectación a la credibilidad del sistema financiero, a la solidez y estabilidad de los mercados, al régimen de la libre competencia, incidiendo en las empresas que actúan lícitamente, las que se constreñidas a operar en el mercado a través de los costosos canales del crédito “normal”, la correcta administración de justicia, entre otros intereses.

Pero no todo interés afectado, constituye un bien jurídico a tutelar por el derecho penal.

Esto ha provocado a nuestro juicio la confusión y la inseguridad de la doctrina y la jurisprudencia al momento de individualizar el bien jurídico, que resulta lesionado por las conductas de los recicladores.

Es por ese motivo que deben de buscarse criterios de concreción que nos posibiliten realizar dicha tarea, en armonía con las garantías inherentes a los derechos sustantivos y adjetivos del Estado Democrático Social de Derecho.

11.1 – Método de análisis.

Como hemos podido constatar en este trabajo, el delito de “blanqueo de capitales”, es un fenómeno económico - financiero complejo, por lo que el acento de la indagatoria y de la represión no debe buscarse en el resultado sino en el proceso operativo mismo.

En tal sentido solamente el conocimiento profundo y acabado de los mecanismos que lo caracterizan y de las debilidades que presenta, permitirá la adecuada identificación y tipificación de las conductas lesivas para el ordenamiento jurídico.

Para ello será necesario realizar un abordaje global y amplio del fenómeno, que nos permita visualizar la dinámica de los mecanismos económicos involucrados, lo que solo es posible mediante el empleo de una metodología especial apropiada al objeto de análisis.

Como lo propone *Cervini*, entendemos que el empleo de un sistema metodológico integrado de criterios de apreciación, “*clínico – sistematológico y tomográfico*”, es el adecuado para saber si se esta ante una conducta lícita, una elusiva, una objetivamente abusiva o una conducta abiertamente ilícita.

Dicha metodología posibilita el análisis de los síntomas exteriores del fenómeno delictivo, valorados en el contexto estructural. Es decir nos permitirá conocer las características y manifestaciones más importantes del fenómeno del lavado de activos – *análisis clínico - sistematológico* -.

Pero además a través del estudio de los propios mecanismos económicos, mediante un análisis comparativo de la trama de las relaciones involucradas en cada sector de la actividad, lo cual presupone un ingreso gradual en el fenómeno económico, desde afuera hacia dentro, es decir desde sus manifestaciones macro a sus instancias micro – *análisis tomográfico* -, podremos detectar la desviación que resulta relevante para el derecho penal¹²².

La ventaja más importante de la utilización de dicho método, es que mantiene al Derecho Penal dentro de los principios rectores de “lesividad” y “legalidad”, los que resultan comprometidos toda vez que el bien jurídico objeto de protección de la norma penal, se presenta confuso, ambiguo e indeterminado, lo que conduce a la incertidumbre respecto a sí la conducta cometida ataca o no ese “interés jurídico” objeto de tutela.

No nos cabe duda que la adecuada tutela de un “bien jurídico”, solo es posible en la medida que se ha tenido un adecuado conocimiento del mismo.

En definitiva mediante la utilización de dicha metodología y recurriendo a las clasificaciones propuestas por la doctrina – para diferenciar los bienes jurídicos penalmente tutelados-, podremos lograr la mayor delimitación, individualización y nitidez del “interés jurídico” justificador de la tutela penal en el caso del “blanqueo de capitales”.

122 Idem N° 120 pp y 187 y 188.

11.2 – Nuestra opinión.

Desde nuestra perspectiva el legislador nacional al tipificar las conductas delictivas constitutivas del tipo penal del “lavado de activos”, busco criminalizar y punir la ejecución de “todas aquellas actividades tendientes a lograr el ingreso y circulación de bienes ilícitos en los cauces económicos oficiales del mercado, que provocan la vulneración del normal funcionamiento de la economía -”.

Como enumera *Cadenas Cortina*¹²³, el blanqueo produce fenómenos de hiper-reacción en los mercados si éstos son objeto de movimientos de carácter especulativos, con las oscilaciones consiguientes en los índices de cambio y / o interés; influye negativamente sobre las actividades de las empresas; contamina la libre competencia; domina las entidades de crédito condicionando su liquidez; e influye negativamente en el funcionamiento ordenado de la economía.

El análisis de la legislación nacional, nos evidencia que la conducta relevante penalmente, es “la circulación de bienes ilícitos en el mercado y la transferencia de fondos ilícitos, que afectan la economía”.

La tendencia expansiva seguida por legislador, tendiente a ampliar la nómina de los delitos de los cuales esos bienes pueden provenir y la imposición de importantes obligaciones de vigilancia impuestas a personas física y jurídicas determinadas, nos demuestra que existen importantes razones de política criminal, que impulsan a los distintos Estados a prevenir y cuando no es posible a castigar todas aquellas conductas de “lavado”, cometidas principalmente por organizaciones criminales que se valen para lograr el reciclado de fondos de la profesionalización y del avance tecnológico imperantes en el actual mundo globalizado.

El merecimiento de pena se determina fundamentalmente a través de la valoración de la dañosidad social de una conducta (disvalor de acción y disvalor de resultado).

Y en el caso del delito que nos atañe, desde un punto de vista político-criminal el fundamento del castigo reside en el daño que dichos comportamientos ocasionan al distorsionar los indicadores y la estabilidad reales de la economía de un país.

Desde nuestro punto de vista la finalidad primordial de las normas identificadas es proteger en **forma inmediata** el bien jurídico del “orden socio económico” – como interés supraindividual –.

Tutela que se concreta a través de la preservación del “tráfico financiero y circulación de bienes lícitos en el mercado, que facilita el normal funcionamiento de la economía”, aspecto del “orden socio económico” que a nuestro criterio resulta vulnerado, por el delito de “lavado de activos” .

Protección que interesa a la sociedad en su conjunto, caracterizándose por trascender la mera acumulación de los bienes individuales, - conformando una entidad comprensiva de todos ellos, aunque distinta y superior, que crea las condiciones y permiten la viabilidad de los bienes jurídicos individuales - .

Por lo expuesto creemos que desde la perspectiva de la tutela de los bienes jurídicos, lo verdaderamente importante y lesivo que se debe de castigar es que dichos capitales sucios ingresen y circulen en el mercado y en el sistema financiero e incidan sobre la economía lícita, desvirtuando y desestabilizando los mecanismos económicos, que forman parte de ella.

En tanto que en **forma mediata**, la finalidad de las normas han sido la protección de otro bien jurídico – “administración de justicia”.

Como señala *Gómez Inieta*¹²⁴, la conducta del “blanqueo de capitales” es castigada no sólo porque favorece el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito grave y por tanto, induce a su comisión como forma de obtención de un lucro, sino porque afecta directamente el funcionamiento de la economía de mercado, los distintos mecanismos económicos que la integran.

Por las características criminológicas que presenta el fenómeno del “lavado de activos”, es un delito autónomo y por los intereses jurídicos que afecta, es *pluriofensivo*.

El delito de lavado de activos produce daño en dos sentidos; *colectivamente* pues afecta las condiciones generales del mercado, no permitiendo la satisfacción de los intereses de los consumidores y los usuarios e *individualmente* vulnerando las expectativas de todas aquellas personas que participan en ese juego de las relaciones económicas.

Todo lo que nos lleva a concluir que uno de los bienes jurídicos que resulta vulnerado sea de naturaleza “supraindividual” – de acuerdo a las características que identifican a estos bienes, según ya fueron analizadas- .

123 Cadenas Cortina “Problemas de la penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, 1994, pp 279 y 280.

124 Gómez Inieta, Diego “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español”, editorial Cedecs, Barcelona, 1997, p 40.

Será la constatación y acreditación del daño individualizado ut supra – al bien jurídico protegido, en su caso el “orden socio económico” –, la actividad que debe orientar la investigación de las autoridades administrativas y judiciales a fin de lograr atrapar y castigar a los delincuentes dedicados a la realización de actividades de reciclaje.

En definitiva, entendemos que para las modalidades delictivas previstas en los *artículos 54 y 55 del Decreto Ley N° 14.294*, es el “orden socio-económico” el interés jurídico prevalente que justifica la intervención del Derecho Penal – del punto de vista político criminal - y fija la correcta ubicación del tipo dentro de la sistemática de la teoría del delito – del punto de vista dogmático-, en el delito que nos convoca.

Sin olvidar que tratándose de un delito pluriofensivo también resulta afectada en un segundo nivel la “administración de justicia”¹²⁵.

En tanto que los supuestos previstos en los *artículos 56 y 57 del Decreto Ley N° 14.294*, constituyen a nuestro criterio hipótesis de “favorecimiento real y personal”, donde coincide el bien jurídico “inmediato” y el “mediato” protegidos, siendo el interés objeto de tutela “la administración de justicia”.

A la hora de criminalizar estas conductas delictivas, es fundamental el empleo de técnicas legislativas que aseguren que dicha tipificación sea simple pero lo suficientemente precisa.

En tal sentido es fundamental, que el bien jurídico, se encuentre claramente identificado, con una tipificación clara y concreta de los comportamientos que pueden lesionarlo o ponerlo en peligro, respetando los principios tradicionales de un dogma penal garantizador, con el fin de asegurar la efectividad de la norma evitando de esa manera que la misma se transforme en una disposición meramente simbólica, sin ninguna aplicación práctica.

Solo de esa manera el Derecho Penal podrá cumplir con su función esencial, que es la protección de bienes jurídicos, dependiendo de ello la propia existencia del Estado de Derecho.

12.- COLOFÓN.

- En la actualidad nadie desconoce que la delincuencia organizada constituye un sistema económico clandestino con un producto bruto y unas ganancias netas que sobrepasan con holgura el producto nacional bruto de muchos Estados.

- El trasiego trans - fronterizo de esos grandes volúmenes de riqueza procedente de la comisión de delitos, constituyen una gran preocupación para los delincuentes.

Por esa razón los tenedores de esta riqueza sucia, procuran darle ingreso al sistema financiero para transferirlos dentro de un país o fuera de él con seguridad y velocidad con la intención de moverlos tanto veces como sea necesario para alejarlos del acto ilícito que les diera origen.

Es este estadio, recurren a distintas operaciones, especialmente aquellas que no despiertan sospechas a las autoridades, por ser usuales en los diferentes mercados, tales como – diversas operaciones financieras, comerciales, etc-.

Finalmente, estos sujetos buscan invertir sus ganancias con la finalidad de tomar la apariencia de fondos legítimos y si es posible la generación de utilidades.

- En este contexto el “lavado de activos”¹²⁶ adquiere un rol muy importante, en la medida que resulta obvio que sin él, sería inviable, por no rentable, la criminalidad organizada, lo que traería como consecuencia la desaparición de sus intolerables efectos en los diversos ámbitos donde la misma se proyecta – financiero, económico, judicial, social -.

- Advertida la gravedad de este fenómeno delictivo, por los daños tan nocivos que produce en la comunidad y por su crecimiento permanente con absoluta impunidad, resulta imprescindible la articulación de medios eficaces para hacerle frente, diseñando una estrategia que permita su control punitivo¹²⁷.

125 Han optado también por la solución de la pluriofensividad, entre otros, PALOMO del Arco, A “Receptación y figuras afines”, en AAVV. Viven Antón/ Mazaneres Samaniego (directores): Estudios sobre el Código penal de 1995 (parte Especial) 2, Madrid, 1996, p 440; VIVES Antón /GONZALES CUSSAC en AAVV./Vives Antón: “Comentarios al Código penal de 1995”. Volumen II, Valencia, 1996 p 1446; PALMA, Idem N° 61, p 298.

126 En el año 2004 el Fondo Monetario Internacional calculo que la conducta ilícita del “lavado de activos” genera un movimiento en el mundo de aproximadamente dos billones de dólares por año, número equivalente al 5% del producto bruto interno (PBI) mundial. “Money laundering and the internacional financial system” Working Paper, Washington DC, 2004.

127 Las estadísticas indican que en el mundo, de la totalidad de procesos de investigación, tan sólo el 5% de las causas, culminan con el dictado de una sentencia definitiva.

- Es allí donde resulta importante el empleo de técnicas legislativas adecuadas, que permitan la tutela de los intereses jurídicos que resultan vulnerados por este flagelo.

Las estadísticas hablan por sí solas, al evidenciar que pese a que dicho delito esta en alza, muy pocos son los procesos judiciales que culminan con una sentencia de condena, lo cual nos lleva a concluir que las normas del mundo entero tendientes a prevenir y reprimir dichas conductas deben ser lo suficientemente claras y efectivas.

- Pero eso solo es posible si se conoce exhaustivamente el fenómeno delictivo y las desviaciones que el mismo presenta - mediante el empleo de una "metodología clínica sistematológica y topográfica"- para poder criminalizar las conductas que se presenta como abusivas y por lo tanto ilícitas.

- En tal dirección es imprescindible la correcta construcción técnica de tipos penales, que se adecuen a las garantías y principios limitadores que condicionan la legitimidad democrática y funcional de un sistema penal en un Estado de Derecho.

- Es allí donde la individualización clara, concreta y precisa de la categoría normativa del "bien jurídico", que se pretende proteger en el "lavado de activos", resulta imprescindible, pues además de constituir un límite al "Jus Pudiendi" del Estado, cumple una función sistemática inmanente al sistema penal y una función legitimadora trascendente al sistema penal¹²⁸.

- Como lo expresaba Blovich en su exposición durante la Reunión Conjunta de Consejos del ICEPS ... "las más eficaces construcciones penales del delito de blanqueo de activos son aquellas que logran una concreción típica del hacer sustantivo relevante inequívocamente direccionado a la efectiva protección de un bien jurídico concreto. Más allá todo se torna nebuloso y difuso, lo suficiente como para que la norma retenga tan sólo su valor simbólico, sin posibilidad de aprehender el objeto ni inhibir eficientemente las conductas desvaloradas a su respecto"¹²⁹

Pues como afirma Bustos Ramírez el bien jurídico ... "surge como un límite material a la actividad del Estado. Este sólo puede señalar injustos penales que tengan como base un bien jurídico, que debe estar de tal manera precisado que permita la participación crítica de los ciudadanos en su fijación y revisión. De este modo se puede impedir una legislación penal arbitraria o bien autoritaria por parte del Estado"¹³⁰, de allí la importancia de su correcta individualización.

- En suma por las razones expuestas, postulamos la *autonomía* del delito de "lavado de activos" y su carácter *pluriofensivo*.

Identificando, como el **bien jurídico inmediato** tutelado en el tipo objeto de análisis, al "*orden socio-económico*" y como el **bien jurídico mediato** a "*la administración de justicia*".

BIBLIOGRAFÍA

- ADRIASOLA, Gabriel, "Secreto bancario y lavado de dinero". Ediciones "Del Foro S.R.L", Montevideo, 1997.

- "La nueva ley de estupefacientes y lavado de dinero. Análisis de la Ley N° 17.016 de 22 de octubre de 1998. Monografías jurídicas. Ediciones "Del Foro S.R.L", Montevideo, 1999.

- "Delitos de corrupción pública. Análisis de la Ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998". Monografías jurídicas. Ediciones "Del Foro S.R.L", Montevideo, 1999.

- "El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito" editorial Ingranusi Ltda, Montevideo, 2001.

- "La financiación del terrorismo y el lavado de dinero. Técnicas de prevención, investigación y medidas cautelares. El proyecto de reforma legislativa en Uruguay. Incidencia de la Ley N° 17.773 en presunarios sobre macrocriminalidad", Carlos Alvarez editor, Montevideo, 2004.

- "Lavados de activos. Su impacto en la plaza financiera y en el ejercicio de las profesiones legales y contables". Cuadernos de Fundación. Derecho Penal N° 5. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.

128 Hormazabal Malaret, Hernán "Bien jurídico y Estado Social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal" 2ª ed.. Conosur, Santiago de Chile, 1992, pp 12 y ss.

129 Blovich, Saúl: "Money Laundering, Current Legal Issues", ponencia en Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del Internacional Center of Economic Penal Studies (ICEPS), Doc. M 254/97, Nueva York, 1997, p 11.

130 Bustos Ramírez, Juan "Introducción al Derecho Penal", Temis, Bogota, 1986, p 31.

- "Estudio comparado de la legislación uruguaya y la argentina sobre lavado de activos", en Yacubucci, Guillermo J, "El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización", Abasco, Buenos Aires, 2005.
- AFTALION, "El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico", Revista de Ciencias Penales, tomo XXV, N° 2, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1966.
- "Tratado de Derecho Penal Especial" dirigido por Enrique R. Aftalió. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1969.
- ARANGUEZ Sánchez, Carlos "El delito de blanqueo de capitales", editorial Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique "Curso de derecho penal económico". Manuales Profesionales Penal, editorial Marcial Pons, 2ª edición, Madrid-Barcelona, 2005.
- BAJO Fernández, Miguel - BACIGALUPO Saggese, Silvina "Derecho penal económico". Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- "Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial" 1ª edición, editorial Civitas, Madrid, 1978.
- BACRIE, Stephane, "El debate sobre el bien jurídico en el derecho natural de los negocios" (versión original), en Revista del Instituto Latinoamericano de París, Vol 11, abril 1992.
- BERDUGO Ignacio, ARROYO Luis, FERRE OLIVE Juan, GARCIA Nicolás, SERRANO PIEDECASAS José, TERRADILLOS Basoco, "Curso de Derecho Penal. Parte General". Manuales Universidad. Ediciones experiencia, Barcelona, 2004.
- BLANCO Cordero, Isidoro "El delito de blanqueo de capitales", editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.
- BLOVICH, Saúl: "Money Laundering, Current Legal Issues", ponencia en Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del Internacional Center of Economic Penal Studies (ICEPS), Doc. M 254/97, Nueva York, 1997.
- BUSTOS Ramírez, Juan "Manual de Derecho penal español. Parte General" Ariel, Barcelona, 1984.
- "Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)", RFDUC, volumen monográfico N° 11, estudios publicados en homenaje al Prof. L. Jiménez de Asúa, Madrid, 1986.
- "Introducción al Derecho Penal", Temis, Bogota, 1986.
- CERVINI, Raúl "Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica" Revista de Ciencia Penales N° 2, "Estudio de Homenaje a Adela Reta", Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1996.
- "La estructura típica del delito de lavado de dinero en la nueva ley anti-corrupción uruguaya N° 17.060 del 23/12/98", Boletín del Instituto Brasileiro de Ciências Sociais, año 4, N° 47, Río de Janeiro, 1999.
- "Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas Reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos". Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, N° 14, Madrid, 2004.
- "Abordaje Metodológico de la delincuencia económica sofisticada", Centro de Investigación interdisciplinaria en derecho penal económico. Conferencia dictada en el Curso de Especialización en Derecho Penal Económico, de la Facultad de Derecho, Universidad Getulio Vargas de San Pablo, San Pablo, 2007.
- "Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada". Revista de Derecho 2008. N° 03, Universidad Católica, Montevideo, 2008.
- CERVINI Raúl, TERRA de Oliveira William, GOMEZ Luis Flavio, "Lei de Lavagem de capitais", editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1998.
- CERVINI Raúl, ADRIASOLA Gabriel, GOMEZ Luis Flavio, "Lavado de activos y secreto profesional", Carlos Alvarez editor, Montevideo, 2002.
- CERVINI, Raúl y ADRIASOLA Gabriel "El derecho penal de la empresa. Desde una visión garantista" editorial Ib de f, Buenos Aires, 2005.
- CERVINI Raúl, ADRIASOLA Gabriel, "La carga de reportar operaciones sospechosas a la luz de las innovaciones de la Ley N° 17.835 del 23 de septiembre de 2004. Situación de los profesionales universitarios". Tribuna del abogado, Montevideo, 2005.
- CERVINI Raúl, CESANO José Daniel, TERRADILLOS Basoco, José María "El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político – criminales". Alveroni ediciones, Córdoba, 2008.
- CEVASCO, Luis Jorge, "Encubrimiento y lavado de dinero", Fabian J. Di Plácido editor, Buenos Aires, 2002.
- CHAVEZ Hontou, Gastón, "El derecho constitucional y el derecho penal", en "Estudios de la parte especial del derecho Penal Uruguayo", Tomo II, Montevideo, 2001.

- CADENAS CORTINA "Problemas de la penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero", en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, 1994.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis "La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente" ADPCP, año XL, fascículo II (mayo – agosto 1987), Madrid, 1987.
- "El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español" en *Actualidad Penal*, N° 32, Madrid, 1994.
- DURRIE, Roberto, "El lavado de dinero en la Argentina. Análisis dogmático y político- criminal de los delitos de lavados de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo" editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- ESCOBAR, Raúl Tomas "El crimen de la droga. Tóxico. Depresores. Estimuladores. Drogadicción. Narcotráfico. Lavado de dinero. Sida. Mafias. Geoestrategia", editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992.
- FABIAN Caparrós, Eduardo, "El delito de Blanqueo de capitales", editorial Colex, Madrid, 1998.
- FABIAN Caparrós, Eduardo, BLANCO Cordero Isidoro, ZARAGOZA Aguado, Javier, "Combate del lavado de activos desde el sistema judicial". CECPLA, Montevideo, 2003.
- FALCONE, Roberto Atilio, "El lavado de activos de origen delictivo" en Ferrara, Juan Alberto (director) – Simaz, Alexis Leonel (coordinador), "Temas de derecho penal argentino, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- FARIA Costa, José "El blanqueo de capitales" (traducción de P. Arenas Rodríguez) en "Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann" BOE, Madrid, 1995.
- FERNANDEZ, Gonzalo, "Bien jurídico y sistema de delito. Un ensayo de fundamentación dogmática", editorial B de F, Montevideo, 2004.
- FONTAN BALESTRA, "Tratado de Derecho Penal", Tomo VII. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1992.
- GOMEZ Iniesta, Diego "El delito de blanqueo de capitales en Derecho español", editorial Cepdec, Barcelona, 1996.
- "El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español", editorial Cedecs, Barcelona, 1996.
- GOMEZ Luis Flavio, CAIROLI Milton, CERVINI Raúl, "Macrodelincuencia Económica", Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1998.
- GOMEZ Pavón, Pilar "El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento. CPC, N° 53, Madrid, 1994.
- GREZZI, Ofelia "Derecho penal de los negocios". Cursillo sobre Derecho penal económico. Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 16, Montevideo, 1990.
- HORMAZABAL Malaret, Hernán "Bien jurídico y Estado Social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal" 2ª ed.. Conosur, Santiago de Chile, 1992.
- JESCHECK, Hans – Heinrich "Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II", Bosch casa editorial, Barcelona, 1981.
- LANGON, Miguel "La Convención de Viena de 1988 y los Reglamentos modelo sobre delitos de lavado de dinero y precursores químicos de estupefacientes y sicotrópicos", en INUDEP, Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, año IX, N° 12, ediciones jurídicas E.M.B.A, Montevideo, 1992.
- "Código Penal y las leyes complementarias de la República Oriental del Uruguay" Tomo II Volumen I. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004.
- "Código Penal. Y Leyes complementarias de la República Oriental del Uruguay" Tomo II, Volumen II, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004.
- LANGÓN Miguel, CERVINI Raul, BARRERA Jorge, PECOY Martín "Estudios de Derecho Penal Económico", Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2008.
- LOWENSTEIN, Kart, "Teoría de la constitución" - traducción y estudio de A. Gallego Anabitarte – editorial Ariel, Barcelona, 1964.
- LAJE Ros, Cristóbal, "Aspectos del encubrimiento y del lavado de dinero". Colección Breviarios de Derecho Penal N° 1, ediciones Alveroni, Córdoba, 2004.
- LUZON Peña "Curso de Derecho Penal. Parte General I", editorial Universitas S.A, 4ª edición Madrid, 2006.
- MANCUSO, Elio, "Concepto y alcances del bien jurídico en los delitos socioeconómicos", Revista Ciencias Penales, VI, N° 5, Editorial Teruel, Bogotá, 1994.
- MATA Barranco, Norberto "Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustituida y la teoría del mantenimiento". El artículo 546 bis f) del Código Penal, Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), Madrid, 1989.

- MARTINEZ – BUJAN Perez, Carlos “Derecho Penal Económico. Parte General” editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- “Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial”, 2 edición, editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- MUÑOZ Conde, Francisco, “Derecho Penal. Parte especial”. Decimotercera edición, con apéndice de puesta al día, editorial Tirant lo blanch libros, Valencia, 2001.
- ORSI, Omar, “Lavado de dinero de origen delictivo”, editorial Hammurabi, José Luis Desalma, Buenos Aires, 2007.
- PALMA HERRERA, José Manuel, “Los delitos de blanqueo de capitales”, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, edersa, Madrid, 2000.
- PALOMO del Arco, A “Receptación y figuras afines”, en AAVV. Viven Antón/ Mazaneres Samaniego (directores): Estudios sobre el Código penal de 1995 (parte Especial) 2, Madrid, 1996.
- PASTOR Prieto Santos, “Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho”, editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- PEDRAZZI, Cesare, “El bien jurídico en los delitos económicos” (traducción de A.A Richard Rodríguez) en Barbero Santos, M (comp.) “La reforma penal. Delitos socio económicos”. Universidad Complutense, Madrid, 1985.
- PEÑA Cabrera, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos”, (con referencia al Código Penal peruano), en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, N° 9, RT, San Pablo, 1995.
- PREZA Restucia, Dardo- ADRIASOLA, Gabriel – GALAIN Pablo, “Delitos económicos”, editorial B de f, Buenos Aires - Montevideo, 2004.
- QUINTEROS Olivares, Gonzalo “Capítulo XIV” en Quinteros Olivares, Gonzalo (director), “Comentarios al nuevo Código Penal”, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000.
- “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2002.
- RESTA Elgio, “Relato sobre Aspectos Sociales-Económicos”, en XI Congreso Internacional de Defensa Social: La internacionalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del Movimiento de la Defensa Social”, repartido mimeográfico, sub. 8, Buenos Aires, 1986.
- RETA, Adela, “Consideraciones acerca del llamado lavado de narco-dólares”, Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, tomo XX, Montevideo, 1991.
- ROXIN, Claus, “Política criminal y sistema de Derecho Penal”, editorial Bosch, Barcelona, 1972.
- RUDOLPHI “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, en Nuevo pensamiento penal, Madrid, 1975.
- SEVERIN, Louis W “Economics process and Criminal Law”, Law and Criminology review, Vol 2, N° 4, Austin, 1970.
- SEVERIN, Louis W, “Recent developments in relation to economic crimes”, Ladeltl Editors, Austin, 1991.
- SILVA Sánchez, Jesús María “La receptación específica” en Cobo del Rosal, “Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública. (Tráfico ilegal de drogas), T XII, EDERSA, Madrid, 1990.
- TAVAREZ, Juárez, “Los principios democráticos del derecho penal” conferencia dictada en el ámbito del grupo de trabajo coordinado por la Dra. Ofelia Grezzi, Montevideo, 1992.
- “Bien jurídico y función en derecho penal”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- TERRADILLOS Basoco, Juan “Derecho Penal de la empresa”, editorial Trota, Madrid, 1995.
- TIEDEMANN, Klaus, “El concepto de delito económico” en Nuevo pensamiento Penal, año 4, N° 8, Buenos Aires, 1975.
- “Lecciones de derecho penal económico”, edición PPU, Barcelona, 1993.
- “Poder económico y delito (introducción al Derecho penal económico y de la empresa), ediciones Ariel, Barcelona, 1996.
- VIVES Antón /GONZALES CUSSAC en AAVV./Vives Antón: “Comentarios al Código penal de 1995”. Volumen II, Valencia, 1996.
- WERGET, Samuel “El concepto de delito económico para las ciencias penales” en Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala, editorial Galkir, 1972.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

OLASCOAGA PRITSCH, Jimena

El principio de libertad expresión e información en un caso concreto

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN UN CASO CONCRETO

JIMENA OLASCOAGA PRITSCH

I) PRÓLOGO

“...Los derechos fundamentales reúnen, por lo general, un doble carácter. Desde la perspectiva individual, garantizan un estado jurídico o la libertad de la persona en determinado ámbito; del punto de vista de la comunidad, son elementos que definen el sistema democrático, concebido éste como marco de la convivencia humana justa y pacífica. En este sentido, la libertad de expresión es esencial para la existencia de una opinión pública libre y opera como un instrumento de garantía del libre juego democrático, erigiéndose asimismo como condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales...”

RAMÍREZ, Gonzalo

“...Si bien se trata de una importante trinchera para combatir por el respeto a la libertad de expresión, elemento esencialmente democrático, porque como bien dijera Jean Francois Revel, “hay prensa sin democracia, pero no hay democracia sin prensa libre”, ésta es atacada continuamente. De manera abierta, o solapada, como con el mensaje desde Presidencia llamando “gusano” al jefe de informativos del Espectador. El acoso y la persecución, pueden tener distintos orígenes. Desde el gobierno central o los gobiernos locales que no quieren voces y opiniones críticas que pongan en evidencia acciones mal hechas, usando como herramienta la amenaza, la presión y hasta el crimen, o manejando a su provecho la publicidad estatal. Y desde el hampa, donde el crimen organizado y asesino, se mezcla a veces con la política. E inclusive desde la Justicia, pueden llegar las trabas a la libre información...”

RODRÍGUEZ LARRETA, Julia

II) PRINCIPIO: LIBERTAD (de expresión y de información)

DEFINICIÓN:

“El hombre nunca ha encontrado una definición para la palabra libertad.”

LINCOLN, Abraham

Etimológicamente la palabra libertad proviene del latín **libertas**, -**ātis** (que significa lo mismo que en español). Aunque existe la teoría de que la primera representación escrita del concepto “libertad” es la palabra cuneiforme sumeria **Ama-gi**, la cual parece ser la primera manera en que los seres humanos utilizamos la escritura para representar a la idea de “libertad”. Traducido literalmente, significa “volver a la madre”, la asociación de conceptos no tiene hasta ahora una lógica formal. A modo ilustrativo, la palabra inglesa para libertad, **freedom**, proviene de una raíz indoeuropea que significa “amar”; la palabra de la misma lengua para decir con miedo, **afraid**, viene de la misma raíz, usado como contraposición a libertad mediante el prefijo a por influencia del latín vulgar.

La libertad es un concepto muy amplio al que se le han dado numerosas interpretaciones por parte de diferentes corrientes filosóficas y escuelas de pensamiento. Se suele considerar que la palabra libertad designa la facultad del ser humano que le permite decidir llevar a cabo o no una determinada acción según su inte-

ligencia o voluntad. También se entiende a la libertad como aquella facultad que permite a otras facultades actuar y que está regida por la justicia.

Históricamente han corrido ríos de tinta sobre este término, pero se pueden seleccionar a través de los tiempos algunos de los más relevantes. Justiniano transcribió en el Digesto el concepto y las palabras similares de Florentino: la libertad es la facultad de hacer cada uno lo que le plazca, salvo impedírselo la fuerza o el derecho. Gayo la consideraba como el mayor de los bienes: “*Libertas omnibus rebus favorabilior est*” (La libertad es la más preciada de las cosas). Y tan elevado es su precio que, ratificando a su colega Ulpiano, exclamaba: “*Libertas pecunia lui non potest*” (la libertad no se puede pagar con dinero). Paulo, a su vez, expresaba: “*Libertas ad tempus dari non potest*” (La libertad no se puede conceder temporalmente) por que esa amenaza de retornar a la esclavitud amarga, como simple condena a la libertad, la transitoria liberación no la libertad.

Desde las Revoluciones burguesas del siglo XVIII y XIX, la libertad suele estar muy unida a los conceptos de justicia e igualdad.

Desde entonces se ha definido a quien no es esclavo, ni sujeto, ni impedido al deseo de otros de forma coercitiva como poseedor de libertad. En otras palabras, lo que permite al hombre decidir si quiere hacer algo o no, lo hace libre, pero también se liga al término al de responsabilidad, más específicamente responsabilidad de nuestros actos y dado el caso de que no se cumpla con ella se estaría incurriendo en libertinaje. Pues, la libertad implica una clara opción por el bien, solo desde esta opción se estaría actuando desde la concepción de la Teleología. Más específicamente en Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la libertad se consagra como Derecho Fundamental en el artículo 2º y se define en el 4º en estos términos: “La facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro”.

III) LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN:

En el prólogo ‘*Rebelión en la Granja*’ está escrito, titulado precisamente “La libertad de prensa”, estas inmortales palabras:

“Si la libertad significa algo, será sobre todo el derecho a decirle a la gente aquello que no quieren oír.”

ORWELL, George

Libertad de Expresión es la libertad de expresar pensamientos, ideas o creencias a través de la palabra ya sea escrita u oral, la expresión artística, científica, entre otras. No habría que olvidar que el derecho a la libertad de expresión es un derecho importante en una sociedad democrática. Pero obviamente, existen límites a este derecho: El derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad y más recientemente a la protección de datos personales, limitan lo que alguien puede decir legalmente sobre otras personas. Otro es el respeto a los creencias religiosas de las personas. Considerado esto, surge una pregunta interesante: ¿es el Derecho capaz de establecer pautas éticas tan elevadas y genéricamente aceptadas cuando regula la libertad de expresión, el derecho al honor y más aún con arreglo a la religión? El tema es extremadamente sutil y la respuesta no es clara ni certera, pues el campo de la religión puede ser muy sinuoso y se escapa muchas veces al Derecho positivo.

Un esbozo de explicación histórica de la relación que guarda el derecho de expresión, con la religión y la ley (que emana del Estado) podría ser si tomamos como punto de partida la religiosidad innata del ser humano, nos topáramos primero con las teocracias, para ya luego distinguir progresivamente lo religioso de lo profano, y en el desarrollo de esto, es cuando se llega al punto que lo religioso deja de ser parte de las cuestiones del Estado(sin desconocer que lo jurídico y lo moral tienen en algunos puntos una conexión en los fundamentos innegable y se expresan comúnmente en algunas materias como la protección de la vida humana) y es allí en donde se remarca la libertad de conciencia y de la mano de ella la libertad de expresión. La separación teórica del derecho y la moral se logra con el iusnaturalismo racionalista del Siglo XVIII que dio suficientes criterios como para separar la conciencia personal (libertad de conciencia) y la ley estatal, es decir lo moral de lo jurídico, y su consagración o reconocimiento formal está dado en el mismo siglo con la libertad de manifestar externamente los propio sentimientos. (Ramón soriano)

La necesidad de la libertad de expresión se ve sustentada en que si bien el pensamiento “per se” es algo propio de la esfera íntima humana, la consagración de su libertad sería obsoleta si esta no está acompañada con la libertad de manifestarlo. La Ilustración dota de fundamentación filosófica y proyección política, aun-

que con un corte individualista propio de la época, pero luego se evoluciona a llegar a considerarlo como un derecho social, ya que involucra al individuo en sí mismo y a su vez al conjunto de la sociedad.

Llega al punto de afirmarse que sin el reconocimiento y garantía de esta libertad, no hay una elección política libre y no hay una verdadera democracia.

Como ya fue expresado anteriormente la libertad de pensamiento y la libertad de expresión tienen un lazo muy estrecho por lo que están ligadas en lo más íntimo, ellas se manifiestan en un orden sucesivo, como dice Ramón Soriano: "no es posible la libertad de expresión sin la libertad de pensamiento y la libertad de expresión no es sino la manifestación externa de lo que antes se ha pensado en un ambiente de libertad" Ramón Soriano. "Las libertades públicas. Significados, fundamentos y estatutos jurídico" cit. Pág. 15.

La pluralidad de sus manifestaciones- escrita, radial, televisiva, informática, etc.- ha llevado a emplear términos más generales como información y expresión que suplanten a otros más específicos como imprenta o prensa.

Esto permite generalizar más el concepto ya que el derecho a la información comprende tanto el de expresar y manifestarse libremente como el de recibir esa información, datos e ideas. Del ejercicio de estas potestades derivan una serie de procesos que caracterizan la comunicación humana. "en nuestras sociedades, este proceso comunicacional se verifica en el marco del ordenamiento jurídico, establecido como garantía ineludible para preservar y fortalecer el libre juego democrático." "Ley de Prensa. Análisis teórico-práctico. Ley n° 16099 del 3 de Noviembre de 1989." Pág. 68

IV) RESUMEN DE SENTENCIA T.A.C. No. 1/008

Min. Red. Dra. Nilza Salvo
Montevideo, 6 de febrero de 2008

Vistos: Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: "A. C/ B. Y OTROS-DAÑOS Y PERJUICIOS-", venidos a conocimiento de este Tribunal por virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia N° 58/2006 (fs- 356-377) dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 12° Turno.-

Hechos: la actora imputó responsabilidad a los demandados por ejercicio abusivo del derecho de informar, es decir, una ilicitud del accionar de un medio de comunicación y de periodistas cuando era claro el ejercicio abusivo del derecho de informar y del correlativo derecho a estar informado.-

Sostuvo que los dichos de C. y D. tuvieron como nota distintiva sembrar un manto de sospechas sobre ella y otros profesionales involucrados, sin perseguir interés o utilidad pública de especie alguna ya que nada se había aportado sobre el problema del abuso infantil.-

Precisiones efectuadas: "La primera es que -para que se configure el abuso previsto por el **art. 1321 del Código Civil**- no se requiere actuación dolosa puesto que -como es regla en el ámbito del ilícito civil- el criterio de imputación puede ser tanto la culpa como el dolo, sin perjuicio que -como bien entiende **Gamarra**- cuando se actúa con abuso de derecho en puridad se actúa sin derecho (T.D.C.U., T. XIX, p. 199-201).-

La segunda es que en este proceso no está en cuestión ni la corrección o incorrección de la actuación jurisdiccional de la Dra. A. ni exclusivamente la verdad o falsedad de lo informado, sino básicamente el **interés público de la información** brindada en relación a dicha profesional y la adecuación de los términos utilizados por los periodistas C. y D.-

La tercera, aunque no por ello menos importante, es que la garantía de la libertad de expresión que consagra el art. 29 de la Constitución Vigente no es absoluta, puesto que dicha norma específica que no se excluye la responsabilidad del autor y, en su caso, del impresor o emisor, por los abusos que cometieren, sin perjuicio que cabe recordar que también la integridad moral y el honor de las personas están tutelados por nuestra Carta Magna (arts. 7, 72 y 332), al igual que por la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U. (art. 12) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11).-"

Fundamentos: En cuanto a jurisprudencia encontramos a la Suprema Corte de Justicia en sentencia de fecha 8/12/1993 (publicada en L.J.U., T. 110, c. 12.725) ha dicho con respecto a imputación de infracción del

citado art. 29, "II)...ese argumento del recurrente no es de recibo, porque esta norma consagra un derecho a la comunicación del pensamiento en forma libre y sin previa censura, pero con eventuales responsabilidades ulteriores..." en mi opinión esto es lo que diferencia radicalmente al derecho de expresión de otros derechos, puesto que este derecho no está realmente limitado, porque la responsabilidad es posterior, solamente se condena su abuso y no se previene que mediante el indebido ejercicio del mismo se puedan violar otros derechos del mismo rango que están en continua tensión con el antes mencionado.

Pero entonces, ¿Cuál sería el modo de prevenir estos abusos? o mejor dicho, ¿Es posible prevenirlos de algún modo?, hasta el momento y en lo que concierne a mi conocimiento no parece haber respuesta satisfactoria a dichas interrogantes, pues no es conocido el sistema que logre esto sin violar directamente el derecho, cayendo entonces en autoritarismos desde "moderados" a "severos".

En cuanto a materia de legislación encontramos plasmado ese principio de rango constitucional, evidentemente en la carta magna, en los Pactos Internacionales a los que ha adherido nuestro país, como ser la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O. N. U. del 10 de diciembre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. En los mismos se encuentra también la responsabilidad a la que deberá de atenerse la persona que incurra en el abuso de dicho derecho se trate de la que procede en vía civil o de la que se cumple a través de la penal y de acuerdo al sistema general establecido por la normativa vigente. Esta limitación a la libertad de expresión del pensamiento está establecida también en nuestra propia ley vigente sobre el tema, art. 30 de la Ley No. 16.099, la cual establece que existe una responsabilidad en garantía del editor y redactor responsable del órgano de prensa a través del cual se cometió el exceso.

En lo que tiene que ver con la opinión doctrinaria acerca de la primacía de derechos fundamentales sobre otros, no sería prudente decir que es armónica, ya que algunos toman la posición de que unos son prevalentes y que los demás deben comprimirse frente a ellos. Entonces afirman que si el derecho a la información choca contra los demás derechos, a aquellos que los consideran de esencia nuclear o principal, este primero debe de ceder lugar a éstos. (José María Desantes Duanter: "Las fronteras del derecho-deber de informar, Conferencia dictada el 13 de setiembre de 1993 en el Teatro del Centro). En la otra posición encontramos a quienes entienden que no hay una verdadera preeminencia de uno sobre otros. (Ignacio Berdugo Gómez de la Torre: "Libertad de expresión y derechos de la personalidad", en Doctrina Penal, Buenos Aires, año 14, 1991 A. pág. 7 y 8).

En lo que tiene que ver con este caso concreto, el tribunal habla de "una doble falsa oposición en los agravios del recurrente", porque cuando defiende lo que el considera como una libertad irrestricta de prensa, la sitúa como antítesis de totalitarismo, lo cual no es compartido por el antes mencionado tribunal. Y en fundan en las opiniones de los doctores Gamarra y Peirano: "En efecto, frente al ejercicio abusivo del derecho de información, no es preciso cuestionarse si existe un orden jerárquico, si son paritarios y por ende deben conciliarse, sino que este tema debe resolverse estudiando si en el caso concreto existió tal abuso. Si ese abuso realmente se configuró, en definitiva no será más que un hecho ilícito y debe entenderse como lo que es ilícito o contrario al orden público, la moral o las buenas costumbres. (Gamarra: "Tratado, Tomo 19, pág. 201 y 206; Peirano: "Responsabilidad extracontractual", pág. 249)."

"La fórmula uruguaya franquea la puerta a los criterios extralegales que son los que aparecen normalmente codificados en otras legislaciones que recibieron el principio. El juez, en nuestro país, goza por tanto de una libertad mayor, al no estar vinculado por directivas específicas de origen legal. (Gamarra, op. cit.)."

En fin, se entiende por parte de los jueces que la libertad de expresión no es ilimitada y sus límites internos no son otros que la verdad y el interés público, la noción de interés público debe estar basada en un criterio objetivo útil para la sociedad, esto excluye de dicha noción todos los temas que no se amolden al anteriormente mencionado criterio objetivo, como lo son por ejemplo la curiosidad morbosa que pueda tener el conocimiento de algunos hechos.

En este caso se transgredieron ambos límites ya que en el proceso se constató que ni eran verdad los dichos afirmados por los periodistas ni parte de la información revestía de utilidad al interés público ni siquiera a lo que concernía al informe periodístico en cuestión, aunque estos dijese que tan solo había sido una crítica al actuar de la Dra. A., dicha crítica no habilitaba a la descalificación gratuita mediante el uso de expresiones que conllevan naturalmente a la lesión del honor.

Como consecuencia de lo antes mencionado, se encontró configurada la responsabilidad directa de los periodistas que eran demandados (art. 1319 del Código Civil) y con respecto a lo dispuesto por el inciso final del art. 30 Ley No. 16.099 que se remire al art. 1324 Código Civil, la responsabilidad indirecta o por hecho ajeno del propietario del medio. Sin embargo en cuanto a los daños cuya reparación se pretendía solo se estimó de recibo el moral, esto se suscitó de esta manera porque no se probó la existencia de lucro cesante

en ninguna instancia del proceso. No sucedió lo mismo con el daño moral ya que este es el se sufre evidentemente cualquiera que se vea atacado en su honor, lo que determina su amparo, aunque en este caso en particular no se compartió la evaluación efectuada por la actora, que era del monto de U\$S 161,681, la cual se considero excesiva y se estimó apropiado condenar al pago de U\$S 5.000 más los intereses legales que se acumularon desde que fue hecha la demanda.

Esto se fundó teniendo en cuenta que se produjo una reparación in natura al haberse otorgado derecho de réplica (mecanismo que busca proteger en forma efectiva y rápida la honra y la reputación de una persona) y este ha mitigado el daño. También se tuvo en cuenta las sumas fijados en otros casos de lesiones al honor.

Fallo: “REVOCASE LA SENTENCIA APELADA Y, EN SU LUGAR, AMPARASE PARCIALMENTE LA DEMANDA Y, EN SU MÉRITO, CONDENASE SOLIDARIAMENTE A LOS DEMANDADOS AL PAGO DE LA SUMA DE U\$S 5.000 POR CONCEPTO DE DAÑO MORAL, CON MAS LOS INTERESES DESDE LA FECHA DE LA DEMANDA.-

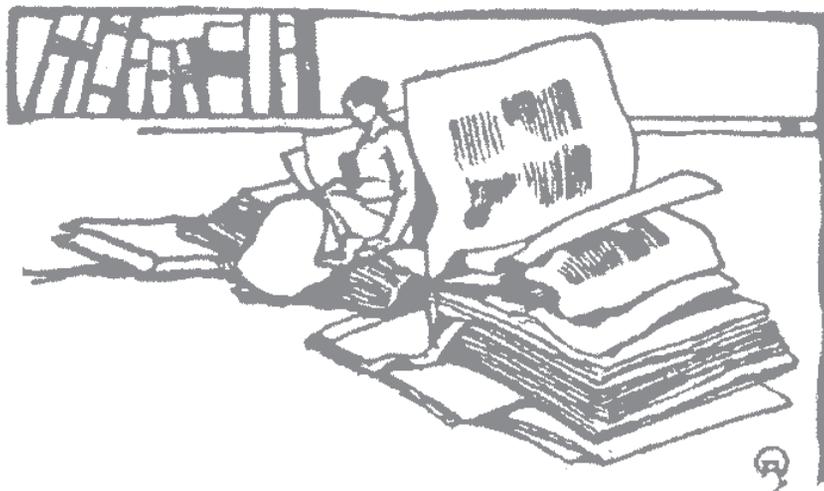
SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN LA INSTANCIA.-

HONORARIOS FICTOS: \$ 10. 000.-

NOTIFIQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUELVASE.-”

V) CONCLUSIÓN

En lo que concierne a la opinión que me he formado durante la elaboración del presente trabajo con respecto de la aplicación del principio en cuestión en la sentencia elegida, y con arreglo a la opinión personal ya expresada a lo largo del cuerpo del antes mencionado, concluyo en un rotundo acuerdo con el fallo dictado por el tribunal. Esta concordancia se encuentra fundada tanto en la legislación, jurisprudencia y doctrina expuesta como también en otras fuentes consultadas. En fin, el principio de libertad, en su amplio espectro, es uno de los pilares fundamentales de nuestra concepción de democracia y socio-política, mas aún está relacionado con lo concerniente a la libertad de expresión, sin embargo no hay que olvidar que en aras de una convivencia armoniosa y más especialmente con vistas al bien común, que es el fin ultimo del derecho, las configuraciones de abusos en el libre ejercicio de este derecho si bien no pueden ser prevenidos al menos deben de ser reparados para así reestablecer el orden y resarcir a quien le fuere ocasionado el daño. Esto es tan justo como seguro jurídicamente, ya que aunque los derechos están en constante tensión la labor de los juristas, técnicos y eruditos en derecho es encontrar su punto medio, teniendo presente a la equidad, en donde ambos coexistan y aporten a la construcción de una mejor sociedad, perfeccionando también así al propio ser humano. Si bien no puedo afirmar que se ha cumplido con lo ultimo que exprese, si creo que el presente fallo judicial fue tan justo como seguro, y puesta en la misma situación hubiere optado por el mismo camino.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Mitos y realidades en torno a la historia de los derechos humanos” de Gastón Barreiro Zorrilla y Pablo José Sandonato de León (por Mariano R. Brito)

“Curso de Derecho Constitucional Primero” de Felipe Rotondo Tornaría (por Andrés Robaina)

“Lecciones de Derecho Telemático” tomo II, de Carlos E. Delpiazzo y María José Viega (por Marcelo Bauzá)

“Régimen jurídico de la asistencia a la salud. A propósito del Sistema Nacional Integrado de Salud” de Carlos E. Delpiazzo, Coordinador (por Antonio L. Turnes y Felipe Rotondo)

“MITOS Y REALIDADES ENTORNO A LA HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS”

GASTÓN BARREIRO ZORRILLA Y PABLO JOSÉ SANDONATO DE LEÓN
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, MONTEVIDEO, 2008

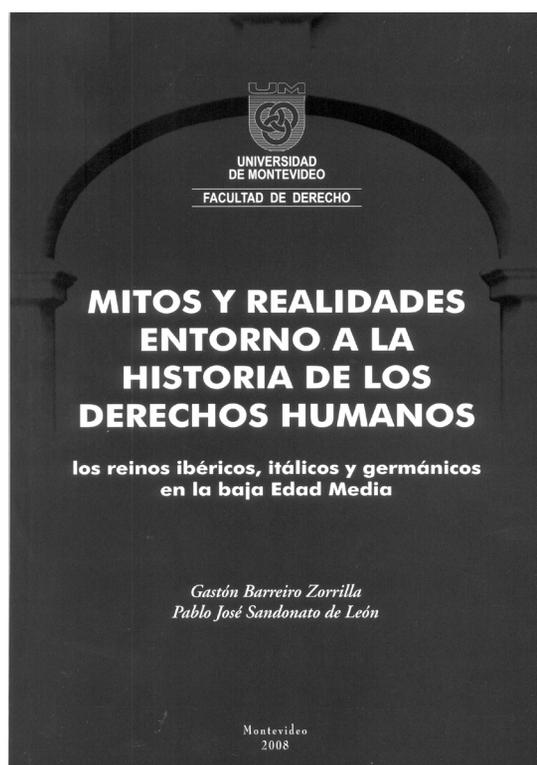
Cuando prologué (febrero 2008) la obra de los doctores Gastón Barreiro Zorrilla y Pablo José Sardonato de León, afirmaba la distinción intelectual que los autores me confirieron al confiarme aquella tarea.

Hoy, para la reseña bibliográfica de la Revista El Derecho de la Facultad de la Universidad de Montevideo, vuelvo al encuentro de unas categorías de pensamiento y reflexiones animadas en investigación profunda, un amor que empeñaron para la búsqueda de la verdad histórica.

Veo en su libro, nuevamente, aquel amor que en el intelectual es ilusión, sueño y aplicación de esfuerzo apasionado, junto con la guía andadera de la adhesión firme a la verdad.

Cuánto de todo ello se advierte en la dedicatoria que poco tiempo antes de su fallecimiento hizo llegar al prologoista el Dr. Gastón Barreiro Zorrilla. Me habló entonces (30-X-2008) de la que llamó “esta reivindicación del derecho cristiano”. Y en verdad, que fue auténticamente tal.

La investigación introductoria les condujo a recordar el origen histórico de los Derechos Fundamentales, más allá de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, rastreando entonces con rigor aun en la antigüedad. Su constatación llevó a los autores al encuentro con la teoría despótica del poder temporal, llegando a las declaraciones medioevales de derechos, pero más aún: para cambiar la errada concepción. Y hallan, entonces, que a la civilización cristiana se debe la caída de esa teoría despótica del poder al establecer Jesucristo la distinción del poder temporal y del poder espiritual. Con sus palabras, dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios, se quitó al César, es decir, al



Estado, una gran parte de sus antiguas atribuciones, y liberó por lo mismo a la conciencia humana del yugo de los gobiernos y de sus gobernantes. Esta fecunda idea es la que recogió la Edad Media para derivar en un nuevo concepto del poder real. En lugar de ser este un poder sin freno, como el cesarismo romano, se convierte en un poder limitado, un poder destinado a la protección y garantía de los súbditos.

Los autores abordan entonces su afirmación del segundo estadio en la evolución de la protección de los Derechos Humanos cuya individualización hallan en la Edad Media.

En lugar de ser aquel poder un poder sin freno, como el cesarismo romano, se convierte en un poder limitado, un poder destinado a la protección y la garantía de los súbditos. Bajo Carlomagno y sobre todo bajo San Luis, Rey de Francia, la idea fundamental es que el Rey está instituido para reinar y hacer reinar la paz y la justicia y ante Cristo, que le dio su poder y por cuya gracia reina, es a quien deberá rendir cuentas. El renacimiento ve, sin embargo, renacer el ideal pagano del cesarismo y olvidando, en buena medida, el ideal cristiano (citando a Emile Chenon).

Los autores creen posible distinguir una “particular forma de protección jurídica de la persona humana: las cartas medievales. En ellas la tutela del

bien jurídico se da por la propia importancia subjetiva del bien, es decir, la dignidad de la persona humana. He aquí pues la antropología cristiana de protección de los Derechos Humanos”.

Llegados a este estadio los autores destacan la existencia de “*un pacto o cartas de concesión* entre el soberano y sus súbditos, un límite al poder del Estado, a la arbitrariedad de sus funcionarios, una expresión del principio de subsidiariedad si se quiere”. Y tras esto, una afirmación que conmueve por el silencio que denuncia: “Pues bien (dicen) *son estos pactos o legislación cartular* lo que es ignorada por nuestra doctrina”.

Aquí Barreiro y Sandonato efectúan la fecunda transcripción del jurista alemán Otto Friederich von Girke según la cual “la jurisprudencia medieval ya estaba llena de la idea acerca de los innatos e indestructibles derechos del individuo”, diciendo:

“Debíase (en la Edad Media) protección absoluta contra el derecho positivo a aquellos derechos directamente conferidos por la ley natural sin la intermediación de ninguna acción, y por lo mismo no estaban condicionados por ningún título, ni podían ser desplazados por ningún título”.

Los autores enfatizan la relevancia de la puesta en práctica del Derecho Natural, desde el siglo X, “con ejemplos notables de formulación de derechos humanos en textos canónicos y civiles. La “Paz de Dios” y la “Tregua de Dios” (en España, Italia, Alemania e Inglaterra en el siglo XI y posteriormente. Debe destacarse “la Paz de la Casa”, la “Paz del Mercado o Feria” y una “Paz del Camino” ... Paces en general, discernidas a personas vulnerables y débiles, viudas, huérfanos, labriegos, eclesiásticos, comerciantes, incluso a judíos y otros, lo que hubo fue una proclamación de los derechos humanos, con alcance universal, formulados y asegurados no solo con sanciones, sino con medidas de fuerza”.

Prosiguen con el examen de los derechos de libertad individual y no menor atención brindan a “aquellas promesas de libertad en las cuales los señores reconocían al ejercicio de los derechos políticos de soberanía que ellos podían ejercer tanto respecto a los libres como a los no libres”, con una minuciosa enumeración.

A todo lo cual sigue la previsión de un tercer grupo de derechos de libertad que se refieren a algunas determinadas formas del ejercicio del poder jurisdiccional. De todos ellos, constatan, surgió finalmente el principio fundamental general: cada pretensión individual que no fuera sido legalmente

realizada con un procedimiento ordinario debía ser tenida ilegítima”. Mención particular efectúan de la importancia del derecho histórico del derecho constitucional inglés, que ha tenido la garantía contra los arrestos arbitrarios”, garantías contra las persecuciones domiciliarias y la exoneración de la obligación del duelo y de otros juicios de Dios.

Atendiendo al pensamiento de von Keller dan relieve a las garantías para los derechos de libertad: garantías generales y garantías particulares, y advirtiendo la necesidad de dar mayor peso, “más del que se ha dado hasta ahora, a las relaciones y los nexos europeos”.

Los frutos de la labor de investigación de ambos autores se explicitan en una muestra acabada de las raíces y expresiones concretadas en derechos esenciales de la persona humana y las realidades históricas que en su conocimiento y su concreción normativa operaron y a las cuales debe tenerse presente cuando se rastrea el fruto ahora vigente (principios y orden normativo).

Se destaca el anexo II “Algunos de los Derechos, Deberes y Garantías de las Personas en los Reinos Ibéricos”, con una destacadísima relevancia por sus connotaciones con los temas afines contemporáneos, presentes en nuestros días.

Dr. Mariano R. Brito

CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL PRIMERO

FELIPE ROTONDO TORNARÍA
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO,
MONTEVIDEO, 2009.

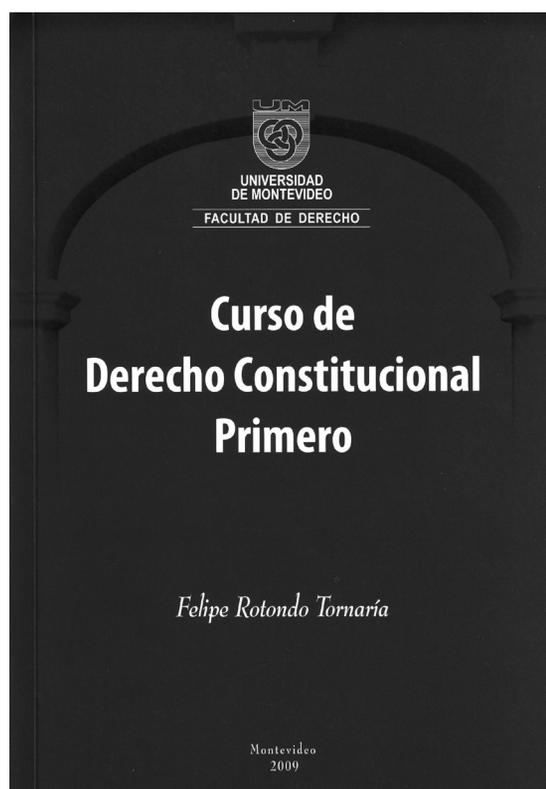
Constituye una enorme satisfacción presentar el “Curso de Derecho Constitucional Primero” del Profesor Dr. Felipe ROTONDO TORNARÍA, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Montevideo, y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de la República, quien resulta sin dudas un referente del Derecho Público nacional.

El agrado señalado no solo deriva del gran aprecio y admiración que tengo respecto del autor -a quien tuve la suerte de acompañar en uno de los años en los que junto con el Profesor Horacio CASSINELLI dictó el Curso de Derecho Constitucional en la Universidad de Montevideo, y la oportunidad de disfrutar como docente de la Maestría de Derecho Administrativo Económico, también en esa Universidad-, sino también porque la invitación a presentar el libro me ha dado la invaluable posibilidad de abordar una lectura completa y lineal de un trabajo que trata íntegramente el programa del curso de referencia.

Como se anuncia en la Introducción, el autor pretende aportar un trabajo que se constituya en una “guía que contribuya para una profundización a través del diálogo en clase y del uso de la bibliografía ampliatoria”.

El innegable éxito en tal empresa -que da como resultado un libro que invita no solo a acercarse a la materia sino también a adentrarse en su estudio, exigiendo al estudiante comprometido una lectura atenta y detenida-, no hace otra cosa que confirmar la vasta formación y solvencia técnica del autor, y su inocultable vocación docente.

En lo que refiere al contenido de la obra, debe señalarse que ésta se inicia con una presentación de la disciplina y su objeto, desarrollándose ulteriormente, en forma sintética pero sustanciosa, los tres grandes ejes del curso: la Constitución, el Estado, y el Gobierno.



En primer lugar, los Capítulos I a IV refieren a los aspectos centrales de la *teoría de la Constitución*, abordando el tema desde la interrogante de “¿cómo sabemos que es la Constitución?”, pasando luego a precisar los diversos sentidos del término, explicitando los distintos conceptos de Constitución, su tipología, y las diversas clasificaciones realizadas en relación con las normas constitucionales.

A partir del marco antedicho, y tras plantear la distinción entre acto jurídico y norma, el autor aborda los supuestos de infracción a la Carta, ingresando luego en la precisión del concepto y límites de la reforma constitucional -que distingue del caso de la mutación constitucional-, para desarrollar también sintéticamente los mecanismos para el dictado del acto constitucional.

Ulteriormente, el Prof. Dr. ROTONDO introduce al lector en el concepto de Defensa de la Constitución -el que encara desde la referencia a los desarrollos de la moderna doctrina constitucionalista, destacando su aplicación directa y el concepto de interpretación “desde” la Carta-, para cerrar luego el conjunto de capítulos de referencia, con los conceptos de interpretación e integración de la Constitución.

En segundo lugar, se distingue un grupo de capítulos, del V a VIII, que ingresan en aspectos de la *teoría del Estado*, ubicándonos inicialmente en los distintos significados de la palabra Estado, e introduciéndonos seguidamente en el desarrollo de los más trascendentes enfoques respecto de su naturaleza –precisando sintéticamente como se ha tratado de entender, describir y explicar el por qué y para qué del fenómeno estatal–, para abordar luego una referencia a sus “causas”.

Luego de plantear la necesaria distinción entre Sociedad y Estado –esquematisando las relaciones entre ambos–, y presentar el concepto de Estado de Derecho, el autor desarrolla las particularidades de la Estructura del Estado, haciendo inicial hincapié en las modalidades que pueden derivarse de la distinta distribución del poder político en el territorio del Estado, y planteando luego los desafíos que presenta el Derecho Comunitario.

Finalmente, el autor desarrolla un sustancioso capítulo, en el que se mueve con la inocultable solvencia que le aporta su condición de destacado docente de Derecho Administrativo, destinado a plantear los órganos, funciones jurídicas y cometidos del Estado.

En tercer lugar, se distinguen una serie de capítulos destinados a abordar distintos aspectos de la *teoría del Gobierno*, en los que el autor plantea los distintos aspectos del principio de la separación de poderes, ingresando luego en el examen de las formas de gobierno, y deteniéndose posteriormente para identificar las características y tipología del sistema democrático, los distintos Institutos de gobierno directo y de gobierno representativo, las características del sufragio y los sistemas electorales.

Tras una caracterización esquemática del Gobierno presidencial y el parlamentario, que será complementada al analizar la organización del Poder Ejecutivo, la obra desarrolla los aspectos definitorios de la teoría del control y la responsabilidad de los gobernantes.

En su cierre, la obra del Prof. Dr. ROTONDO plantea dos capítulos destinados a analizar respectivamente la organización de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en el marco de sendos desarrollos que incluyen una reseña de sus competencias, y una breve referencia a la incidencia que acarrea en la caracterización del Ejecutivo la adopción de un régimen parlamentario o de uno presidencial.

El capítulo final se destina al examen de la función jurisdiccional, incluyéndose, tras una presentación

moderna de la misma –precisando la incidencia de normas y principios constitucionales en la definición de su alcance–, el examen de la organización y competencia del Poder Judicial, y la referencia al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de determinados órganos ajenos al referido Poder.

En definitiva, el libro presentado constituye un invaluable aporte para los estudiantes de la materia, y resulta asimismo aprovechable –como indica el autor– para quien se inicia en la labor docente, invitándonos a ingresar en una lectura que –a poco de iniciada– confirma la importancia y el valor del trabajo presentado.

Dr. Andrés Robaina Raggio

“LECCIONES DE DERECHO TELEMÁTICO”, TOMO II

DRES. CARLOS E. DELPIAZZO Y
MARÍA JOSÉ VIEGA
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA,
MONTEVIDEO, 2009

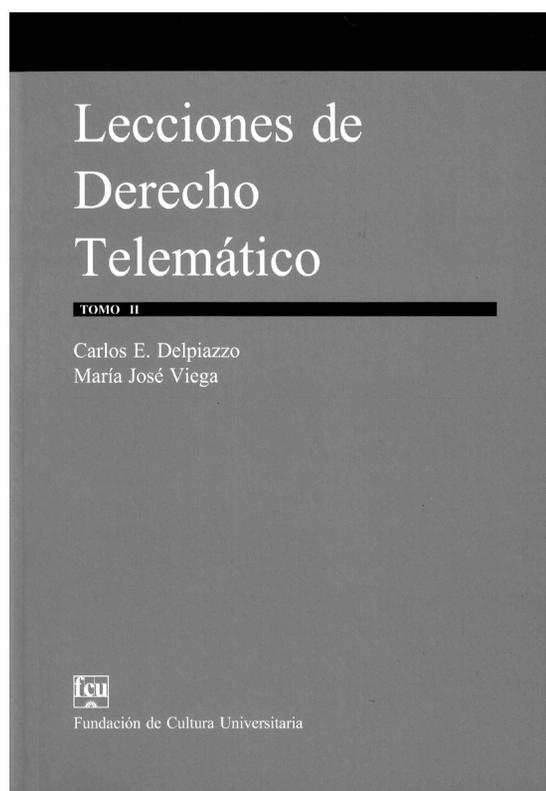
La obra pertenece a dos autores a cargo del curso del mismo nombre que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, dato inicial que revela de por sí el camino y objetivos con los que se presenta.

Del punto de vista formal se aprecian los siguientes elementos o componentes: Una breve presentación a cargo de uno de sus autores, el Prof. Dr. Carlos Delpiazzo quien además de co-autor es el Director del Instituto de Derecho Informático de la citada Facultad; 16 unidades temáticas o lecciones; y un índice.

En 272 páginas escritas en lenguaje que hace honor a la denominación “Lecciones”, se presenta un material fundamentalmente destinado al uso pedagógico, pero que igualmente, como tantas veces ocurre con autores y profesores universitarios –cuando la calidad de la pluma lo justifica y en este caso es así– aparece también aprovechable en buena dosis y calidad para quienes se acercan al conocimiento de una novel rama o sector del acontecer jurídico como es el Derecho Telemático y sus afines (derecho informático, derecho de las tecnologías de la información y comunicación en general).

De lectura ágil, a través de capítulos cortos conteniendo el tratamiento de lo esencial en cada tema (lo cual no significa caer en simplificaciones ni omisiones), evitando notas a pie de página que en cierta medida resultan sustituidas por bibliografías generosas al final de cada capítulo, y teniendo cada Lección al frente su autor unitario, la obra cumple con creces los cometidos que se traza.

Ella continúa el Tomo I editado cuatro años atrás con las primeras 16 lecciones, aportando en el presente las subsiguientes 16, numeradas del No. 17 al No. 32. Bajo este esquema podría pensarse en la necesidad de una lectura y aprendizaje del primer tomo, como condiciones de buen dominio del actual, pero ello no es así. La metodología seguida en base a tratamientos unitarios de cada tema o lección (cada “lección” es una unidad temática según perfectamente puede sostenerse) no parece requerir de ese presupuesto habilitante para el buen aprovechamiento intelectual e intelectual de estos textos. Todo ello sin desmedro de algunos textos insertos en la obra en los que aflora



el objetivo de actualizar lo publicado antes, pero que igualmente se muestran como autosuficientes.

En el plano sustancial, la obra revela un plan, brevemente referido en la “presentación” que practica de ella el Prof. Dr. Carlos Delpiazzo. Existe una sistematicidad interna que puede ser interesante refrescar, para un mejor abordaje de la lectura: Dos primeras lecciones dedicadas a la globalización mirada desde el ángulo de la información como bien, y de la evolución que experimenta el derecho positivo al respecto; cinco siguientes lecciones referidas a aspectos generales de Internet; y nueve restantes lecciones dedicadas a las aplicaciones concretas de la “red de redes” bajo la lupa jurídica.

En este punto se advierte que la obra va prioritariamente a la esencia jurídica de cada tema, sin dejar de aportar el concepto proveniente de la técnica que en cada caso subyace, principio básico de la disciplina jurídica que aborda. El objetivo es simple y necesario: entender y dar a entender –siquiera en modo elemental pero suficiente– los diferentes elementos y conocimientos que configuran la informática, la telemática y, en algunos casos incluso, otras disciplinas más o menos duras. Como se sabe y fuera expuesto de modo extenso en el Tomo I, el Derecho Telemático está incidido por la tecnología, es dinámico y es transversal a muchas otras disciplinas (jurídicas

y no jurídicas), lo que condiciona su fisonomía y necesidades de estudio.

Los contenidos de las Lecciones se desgranar por su orden lógico y anunciado. La Lección 17 marca y aborda el punto de partida de lo que vendrá luego, o sea la información y la globalización. La consideración jurídica en este caso es precedida por una ubicación del gran tema en sus diversas facetas: económica, tecnológica y finalmente jurídica. Se describe el “derecho de la información”, corazón y presupuesto a la vez de la materia, como rama signada y atravesada hoy más que nunca por las tecnologías. Se trazan campos de distinción muy actuales en tiempos de revalorización del “derecho de acceso a la información”, por ejemplo la diferencia entre información pública e información privada.

La Lección 18 continúa la senda anunciada en la presentación, refiriendo en este caso al “marco regulatorio de las telecomunicaciones y la informática”, donde incorpora el comentario de las novedades legislativas ocurridas luego de editado el Tomo I de las Lecciones.

A partir de la Lección 19 queda la sensación que los temas que brotan de la generosa cantera del Derecho Telemático, se van concretando en aspectos posiblemente más precisos y cotidianos, muchos de ellos que vienen siendo bajados desde reciente a una normativa concreta y medular, en la región y en nuestro propio país.

Aparece así la “accesibilidad”, categoría jurídica de suma actualidad en parte apropiada por quienes se ocupan de Derecho Telemático y afines, ya que no es concebible una política y una legislación al respecto, sin considerar la presencia transversal del medio tecnológico al servicio, y a la vez cortapisa de cuidado, para tal accesibilidad. El tema es tratado bajo múltiples facetas (acceso a infraestructuras, acceso a servicios, acceso a la información) aportando el concepto de *habeas data* impropio en clave de derecho comparado, y reseñando la situación jurídica nacional anterior –pero nutriente al fin– de la ley 18.381, de promulgación más reciente que el proceso de edición que llevara la obra.

A partir de esta Lección 19 desfilan, como ya se expresara, temas muy puntuales, muy medulares, y muy requeridos tanto de información como de reflexión jurídica, aportada en buenas dosis por los autores. En algunos casos se trata de temas abordados y escritos por el Dr. Delpiazzo, en otros por la Dra. Viega.

El enunciado de sus títulos, todos ellos reveladores de grandes tópicos que nos tienta considerar como verdaderas categorías del Derecho Telemático, revela el calado importante que todos estos asuntos merecen y reciben, en forma particular y detenida. Así desfilan las Lecciones intituladas “Privacidad”, “Se-

guridad”, “Gobernanza”, “Direcciones IP”, “Gobierno electrónico”, “Comercio electrónico”, “Contratos telemáticos a través de tecnologías de Comunicación móvil”, “Teletrabajo”, “Prueba telemática”, “Correo electrónico”, “Telefonía ip”, “Marketing telefónico” y “Spam”.

En cada una de estas Lecciones se desgranar -pues- elementos puntuales y de actualidad, como que muchos de ellos son noticia diaria en medios de prensa tanto especializados como de gran público. Ejemplos de este orden son “las buenas prácticas de seguridad de la información”, la llamada “gobernanza de Internet”, la organización del sistema de direcciones IP, la reforma del Estado bajo el encuadre de la administración y gobierno electrónico, la protección al consumidor en el ciberespacio, la geolocalización, el trabajo a distancia mediante instrumental informático y telemático, la informática forense, los problemas que plantea el uso del correo electrónico en ámbitos laborales, los contratos publicitarios en la web y el tratamiento jurídico que viene recibiendo el correo electrónico no deseado.

Desde luego que se aprovecha la ocasión para practicar una actualización de algunos ítems contenidos en el primer tomo, ineludible en una disciplina en constante movimiento como resulta ser el Derecho Telemático, particularmente por lo que hace al avance y novedades del derecho positivo. Y siempre, como ya se expresara, se acompaña una bibliografía sustancial con cada Lección, que la robustece permitiendo al alumno y al lector en general, completar conocimientos.

En todos los casos se observa, también, el apego a la metodología, a la sistematicidad en la organización de los temas tratados, lo cual facilita de un modo que nos parece decisivo la comprensión adecuada de los asuntos abordados.

Dr. Marcelo Bauzá

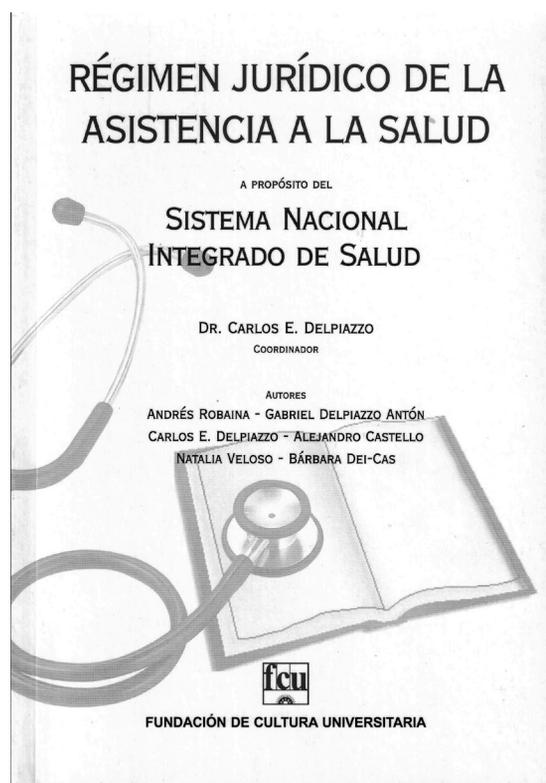
“RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ASISTENCIA A LA SALUD. A PROPÓSITO DEL SISTEMA NACIONAL INTEGRADO DE SALUD”

DR. CARLOS E. DELPIAZZO, COORDINADOR
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA, MONTEVIDEO, 2009

Buenas tardes a todas y a todos:

En primer lugar quiero agradecer al Dr. Carlos E. Delpiazzo y su equipo de coautores del libro que hoy se presenta, el honor que me confieren para hacer algunos comentarios. Conozco al Dr. Delpiazzo desde hace muchos años, por su actividad pública, y sobre todo por su actividad profesional. En ambas vertientes siempre encontré en él a un hombre inteligente del Derecho, ponderado y con un rico bagaje de conocimientos y valores. Pero sobre todo a una persona sensible de características excepcionales para acercarse y ayudar en el esclarecimiento de los problemas tan abundantes que tiene la Salud en el Uruguay. Lo considero un auténtico Maestro del Derecho, a pesar de su juventud. Con mi ocasional compañero de mesa, el apreciado doctor Felipe Rotonardo Tornaría, hemos compartido algunos años de trabajo intenso en el Directorio de la Caja Profesional, de cuyos altos méritos, humildad de proceder, y metodología de trabajo, también he recogido enseñanzas que mucho aprecio. Nos haría a todos mejores, incrementar los vínculos de la interdisciplina entre el Derecho y la Medicina, porque lejos de colidir, se complementan, nutren y enriquecen como actividades tan vinculadas en la praxis. Y debo advertir, para no generar eventuales confusiones, que mis palabras no comprometen a ninguna organización, salvo a quien aquí las expresa.

Por eso, en segundo lugar, quiero destacar, desde el inicio de este comentario, la oportunidad y el acierto de acometer la tarea de brindar a nuestro medio una publicación que es un verdadero Digesto de la normativa aplicable a la Salud hoy, en circunstancias en que esta actividad ha merecido recientes cambios fundamentales en su normativa, que deben ser conocidos por todos. Por los profesionales del Derecho, que son frecuentemente consultados acerca de las situaciones que cotidianamente se presentan a



las instituciones y a los profesionales prestadores de servicios de salud. Por los profesionales de la Salud y particularmente por mis colegas los médicos. Especialmente por los Administradores de Salud que deben lidiar con un marco regulatorio cambiante, no siempre articulado o redactado felizmente.

En tercer lugar, y para ir entrando en tema, este libro me ha resultado particularmente útil, y espero también lo sea para Ustedes y para quienes lo usen en lo sucesivo, para ubicarse panorámicamente en este complejo entramado de normas de distinto rango y jerarquía, adoptadas a lo largo de un dilatado período, y que culmina ahora con la incorporación del Sistema Nacional Integrado de Salud. Es como una brújula para orientarse en un bosque tupido y oscuro. Hace unos cuantos años nos tocó presentar en este mismo espacio un libro de un apreciado colega que había sido premiado por el Sindicato Médico. Se trataba de “El Sector Salud: 75 años de un mismo diagnóstico” del Dr. Gustavo Mieres Gómez. Entonces era él un joven Residente de Administración de Servicios de Salud; hoy es Secretario Técnico de la Comisión de Salud de la Cámara de Representantes, cuyo Presidente, el Dr. Miguel Asqueta Sónora nos acompaña esta noche. Debo adelantarles que el diagnóstico varió poco. Tal vez varió la terapéutica, o los recursos aplicados para buscarle remedio.

Los médicos organizados habían reclamado desde la Primera Convención Médica Nacional, en 1939, en forma sistemática, reiterada, pero desoída, la adopción de un Seguro Nacional de Salud, como forma de brindar una atención médica de calidad a toda la población. Recogiendo lo que era la experiencia internacional y las necesidades sentidas por los colegas en ejercicio en las diferentes épocas. No ha existido Convención Médica, desde ese momento hasta el año 2004, cuando se realiza la más cercana, que haya dejado de lado este tema, como uno de la centralidad de sus inquietudes y propuestas. Hablando por sí solo ese gesto de la vocación social de la profesión médica y no de su espíritu corporativista, egoísta o con afán de lucro, con que a veces se le quiere encuadrar.

De modo que debe señalarse como un hecho significativo, histórico y positivo, el que por vez primera una Administración adopte la legislación necesaria para poner en marcha un sistema nacional integrado de atención a la salud. Lo que no significa, por otra parte, que dicha normativa sea perfecta ni satisfaga todas las expectativas que en su momento despertara en la ilusión de los promotores y en el imaginario colectivo. Digamos entonces que la Reforma es una condición necesaria, pero no suficiente, para articular ese cambio ideal que todos anhelamos buscando el bien general.

Tal vez una de las condiciones menos virtuosas que tenemos los uruguayos es la de considerarnos todos ampliamente habilitados para opinar en cualquier materia, desde el fútbol a la meteorología, y no podría ser menos en el terreno de la salud. Porque una cosa es estar preocupado por buscarle solución a un problema, grande o pequeño, y otra hacerlo con acierto, empleando todos los recursos intelectuales y profesionales necesarios y disponibles. De modo tal que, en la especie que nos ocupa, como no podía ser de otro modo, se ha incurrido en transitar el difícil camino de elaborar proyectos de ley que no contaron desde el inicio con los mejores asesoramientos, que hubieran permitido alcanzar normas formalmente equilibradas, más pulidas, eliminando dificultades que sin duda deberán ser corregidas de futuro, y requiriendo esfuerzos precipitados en su tramitación parlamentaria, para corregir muchos defectos de redacción anotados por la visión y la sabiduría de aquellos que deberían haber sido llamados en primer término para darle forma. La técnica legislativa no va de suyo con detentar una banca, ni con ocupar un despacho ministerial. Por algo el Maestro Américo Plá Rodríguez hace ya muchos años, había ofrecido al Parlamento, la más amplia colaboración de la Facultad de Derecho para mejorar estas falencias. Y últimamente el propio Colegio de Abogados, encabezado por mi distinguida amiga la Dra. Griselda Volonterio, ha insistido en su ofrecimiento de colaborar con el

fin de evitar situaciones contradictorias, normas imperfectas que podrían ahorrar muchas pérdidas de tiempo y de recursos, humanos y jurídicos, porque en lugar de aclarar oscurecen el panorama. Pero esto deberá ser tarea del tiempo por venir.

Este libro reúne en nueve capítulos una pormenorizada consideración de aspectos esenciales:

- El Derecho fundamental a la Salud, con amplia excursión sobre los componentes constitucionales y las Convenciones Internacionales aplicables, que mucho aclaran acerca del alcance de las presencias y ausencias de nuestra Carta Magna.
- El papel del Estado en la Asistencia a la Salud y la diferencia entre las nociones de servicio público y servicio social, así como el significado de la creación del SNIS.
- El detallado capítulo sobre la Evolución Normativa Nacional, que realiza una excursión histórica y a la vez sintética, del desarrollo como País en esta materia.
- Las Bases Fundacionales del Sistema Nacional Integrado de Salud.
- El Financiamiento del Sistema, con el análisis del complejo régimen de aportes tanto del FONASA como del FNR.
- El Régimen de Prestación Pública, que pasa revista a los ordenamientos vigentes para los diversos efectores que en el Estado, como personas jurídicas mayores o menores, brindan servicios.
- El Régimen de Prestación Privada, con una clara definición de las normas que regulan las diferentes categorías de entidades de asistencia médica privada particular, de asistencia médica colectiva, los Institutos de Medicina Altamente Especializada.
- Los Derechos y Deberes de Pacientes y Usuarios, haciendo un pormenorizado análisis de la Ley 18.335 del 15 de agosto de 2008, que tiene su antecedente más cercano en el Decreto 258/92 elaborado por el Dr. Delpiazzo cuando era Ministro de Salud Pública.
- Los Derechos y Deberes del Personal Sanitario, tanto en el ámbito público como en el privado, tal vez un nudo gordiano del Derecho del Trabajo, por su complejidad y diversidad de fuentes que han ido agregando por aposición, regulaciones generales y particulares para esta rama de actividad.

Como se trata de una publicación académica, pero que a la vez procura servir al público destinatario, describe prolijamente las normas, las enlaza con las antecedentes y concordantes, y se abstiene de un examen crítico a los posibles defectos que las

nuevas disposiciones sancionadas desde el año 2005 pudieran merecer. En ese sentido debe destacarse que es un libro de doctrina, de referencia y consulta, con alto sentido pedagógico, con un rico fundamento doctrinario, recurriendo a los autores más prestigiosos, nacionales y extranjeros, para aclarar cada aspecto de temas que son para el médico como para el abogado, arduos, espinosos y poco comprensibles. A menudo oscuros, si no se acotan debidamente, como ha sido el lúcido criterio empleado por estos autores.

Es necesario aclarar que generalmente se confunde, entre los médicos y los legisladores, Salud con Medicina, o con Atención Médica. Y al respecto, los autores han recogido con mucha prolijidad, las definiciones que a lo largo del tiempo han sido más difundidas, dictadas fundamentalmente por la Organización Mundial de la Salud, ya desde su Constitución de 1948. No obstante, el paso del tiempo ha determinado que cada vez deba volverse sobre ella, con miras a reformarla, de acuerdo a los avances del conocimiento y de las relaciones sociales.

Salud es uno de los componentes esenciales del nivel de vida, y está estrechamente vinculada con otros ocho ítems que en cierto modo la condicionan y determinan, en una interacción dinámica y recíproca: entre los cuales debemos citar la Educación, la Alimentación, la Vestimenta, la Vivienda, el Trabajo, las Libertades Humanas, la Recreación, la Seguridad Social, como bien lo ha definido el Dr. Abraham Horwitz, un médico salubrista chileno que fue en su tiempo Director General de la Organización Panamericana de la Salud y que tal vez los más antiguos recuerden, porque tiene más de 45 años de enunciada. Pero además, los Servicios de Salud, son más amplios que la atención médica, siendo éste un componente fundamental. Están los servicios de salud bucal u Odontológicos, los Químico-Farmacéuticos, los Psicológicos, y toda la enorme gama de las profesiones de salud, esa enorme panoplia de Tecnicaturas y Licenciaturas que componen el Equipo de Salud, que generalmente se menciona como un vocablo totalizador, pero a menudo poco comprendido en su cabal y más rico significado.

La Reforma de la Salud como ha sido dicho, no es perfecta, ni mucho menos, y será necesario hacerle en forma inmediata y diferida, cambios sucesivos para perfeccionarla, en una tarea que no tendrá fin, porque es un proceso humano, social y dinámico. Pero debe reconocerse que esta Administración ha tenido la decisión y la visión de dar comienzo a ese proceso, que como dije, se había reclamado desde 1939. Numerosos fueron los proyectos de ley presentados al Parlamento desde entonces. Por diferentes autores y Partidos. Pero todos corrieron igual suerte: el archivo, que equivale al fracaso. Aquí se tuvo la determinación

de recoger la inquietud, de plasmarla en una serie de textos relacionados, que con los defectos de técnica legislativa anotados, han dejado algunos huecos y necesidades de ajustes cercanos, pero que son, como lo dice el libro, las “piedras sillares” en cuanto a los principios de un nuevo sistema¹. Que no se logra con la mera sanción de las normas, sino que debe iniciar un proceso de cambio cultural, que será largo, trabajoso y rico. Lo contrario sería mero progreso manuscrito, o letra muerta, carente de contenido.

Por eso me parece preocupante que no se recoja a texto expreso algo reconocido por la doctrina, y que los autores mencionan, como carácter esencial de nuestra época: *“al reconocimiento de la salud como derivado del derecho a la vida, se suma ahora en las sociedades actuales la captación y protección de la salud como valor fundamental (...), el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la salud, tiene a su vez una directa relación con el principio fundamental de la dignidad de la persona humana, soporte y fin de los demás derechos denominados humanos amparados”*.² Sin embargo, estos principios universales y modernos, no se compadecen con las realidades actuales, comprobables en cualquier servicio de salud en cualquier rincón de la República. Donde la palabra Dignidad, y ese componente esencial de los Derechos Humanos, no está brillando, sino por su ausencia. Donde la descentralización de ASSE, primero desconcentración desde 1987, sigue manteniendo un fuerte macrocefalismo montevideano, sin jerarquizar el papel que podrían y deberían jugar los gobiernos departamentales en la responsabilidad por los servicios locales de salud.³ Es una manifestación más de la “La apacible sordidez de la burocracia” de que alguna vez nos ha hablado el autor Douglas Simonet, en la colección de Desburocratización, editada en tiempos del Cr. Enrique Sayagués en OPP.

Pedro Laín Entralgo, un académico español, lamentablemente fallecido hace algunos años, que se destacó como Profesor de Historia de la Medicina, Filólogo, Filósofo de la Medicina y miembro de varias academias de su país, ha señalado, en 1978, que: **“La colectivización de la asistencia médica no puede ser enteramente satisfactoria si antes no se ha producido un intenso cambio en los hábitos morales de la sociedad en que se la implanta; cambio que debe afectar por igual al enfermo, en tanto que titular del derecho a ser atendido, al médico, que a todo trance debe evitar la conversión de su trabajo en obligación rutinaria, y al funcionario administrativo, siempre en el trance de verse a sí mismo como empresario y no como servidor. He aquí la**

1 Pág. 58.

2 Páginas 20 y 21.

3 Pág. 94.

regla de oro: “En el comportamiento social, pasar de una moral basada en la competición a una moral fundada sobre la cooperación”⁴. Pero a la vez, el mismo autor señala, cuando refiere a los distintos modelos de reforma del sistema de salud en Europa del Este y del Oeste, que: “El modelo británico tiene su precedente remoto en las discusiones de la Poor Law Commission (1905) y su comienzo real en el National Health Service, creado por el conservador William Beveridge en 1942, y puesto en práctica por un gabinete laborista, en 1947. El sistema concede al paciente cierta libertad en la elección de médico, se ordena en tres grandes servicios – médicos generales o general practitioners, especialistas hospitalarios y consultants y sanitarios e higienistas – y, salvo una módica cantidad a cargo del asegurado, paga todos los medicamentos que el tratamiento requiere. El National Health Service ha sido, por supuesto, criticado; pero nada menos que la British Medical Association declaraba en 1962 que el retorno a un ejercicio privado de la medicina en el Reino Unido es a la vez imposible e indeseable”⁵.

En otras palabras, la historia de la salud como bien colectivo, como servicio social, integrado a la Seguridad Social, desde Bismarck en 1870, que también tuvo sus dificultades para que se la aprobara el Parlamento y fracasó dos veces antes de que tal ocurriera, es muestra que las reformas vienen para quedarse. Pero eso no debe hacer que bajemos los brazos ante las inequidades que, pretendiendo corregir otras, la misma reforma plantea. El sistema actual no es universal, porque excluyó a un segmento significativo de la población: los ancianos y jubilados, por consideraciones de mero orden económico muy cuestionable, y que lo transforma en asimétrico y soberanamente injusto, para un sector necesitado y amplio de la población. Los profesionales médicos, que han sido los promotores de este cambio social, han sido desconocidos y marginados, discriminados a la hora de integrar los órganos de dirección de la reforma y de ASSE, en dos de los puntos, tal vez más vulnerables que tenga esta legislación, y que sin duda, deberán ser ambos de los primeros a modificar y atender. La profesionalización de los profesionales, requiere que se los diferencie de los demás trabajadores de la salud, porque sus aportes, funciones y responsabilidades, su formación y su óptica de la realidad, son totalmente diversos en aspectos específicos que hacen al fin último de estos servicios. En tiempos en que como se ha dicho, se viene procesando desde hace tres o cuatro décadas

la “Rebelión de los Pacientes”, los profesionales no pueden permanecer al margen, y deben ser partícipes esenciales, integrados por derecho, a dar su aporte intelectual y material en la conducción de los servicios y no apartados por meros cálculos o especulaciones numérico-electorales.

Justamente, si algo podemos extraer, como un pequeño detalle que el libro comentado hoy nos brinda la posibilidad de contextualizar, es la presencia de la profesión médica en otros organismos que se han creado con anterioridad para atender diversos institutos como las Comisiones Honorarias, que han sido eficaces para resolver, atender y mejorar condiciones sanitarias en enfermedades prevalentes, como el Cáncer, las Enfermedades Cardiovasculares, la Lucha Antituberculosa, o las Zoonosis, etc. Que han mostrado ser eficaces y para nada han opacado el brillo de las demás figuras que fueron allí a dar su aporte. Y que brindan más fuerza a nuestro reclamo de una adecuada corrección urgente de esta falencia. Daría la impresión de que se quiso tener un coro de obsecuentes, y no un ámbito que ayudara a perfeccionar la obra. Tal vez un exceso de narcisismo que merecería muchas horas de diván.

Dentro del cuidado que la redacción de una norma perdurable debiera tener, para evitar disquisiciones hermenéuticas ulteriores, está la elegancia en el estilo y la selección precisa de los términos, que en definitiva expresan intenciones. Por eso me ha resultado chocante encontrar, a lo largo de varias normas, la mención a “catálogo”, para referirse a las prestaciones⁶. El término evoca al antiguo “Catálogo de las Naves” del Canto II de la Ilíada homérica, o al más reciente y apenas recordado “Catálogo” del London Paris. Término poco elegante e inadecuado para tratar materia tan delicada. Pero otras imprecisiones se deslizan a lo largo de estas normas. El texto comentado no abunda, porque no es su propósito, en subrayar confusiones u oscuridades, y es necesario hurgar para encontrar algún señalamiento. Pero baste citar algunos no menores: En la Ley 18.211, los artículos 3° y 4° “que refieren a principios por un lado y objetivos por otro, en realidad traducen una confusión conceptual entre principios, objetivos y técnicas o medios para alcanzar los objetivos”⁷. Y para no abundar, mencionaremos sólo otras perlas: la confusión de paciente, usuario, beneficiario, cliente⁸. La ausencia de toda referencia al médico en la Ley 18.335, de derechos y obligaciones del usuario, como lo ha señalado el Académico Prof. Dr.

4 LAÍN ENTRALGO, Pedro: Historia de la Medicina. Masson, S.A., Barcelona, 1978, Reimpresión 2004. 722 páginas. pp. 672.

5 LAÍN ENTRALGO, Pedro: Op. Cit. pp. 670.

6 Decreto No. 465/008 del 3 de octubre de 2008, mencionado en página 102.

7 Página 58.

8 Páginas 64 y 65.

Guido Berro Rovira. O la redacción de algún texto del Art. 4° de la ley 18.211, que resulta confuso al incluir no sólo aspiraciones sino medios o técnicas para lograrlas.⁹ Quien no puede enunciar algo con claridad, es porque padece una profunda confusión, y creo que aquí se han señalado fugaz y tenuemente algunas oscuridades.

Por último, me ha llamado la atención, antes del libro que comentamos, y también ahora con más razón, las múltiples apariciones del Banco de Previsión Social en los diferentes mostradores de este negocio: Está en la JUNASA, tal vez quitándole lugar a un gran ausente, el médico; está en la prestación, porque sus servicios se mantienen; está en la financiación y pago del FONASA, con lo cual se desliza un cierto componente omnímodo y arbitrario, por no decir totalitario, que sería del caso corregir para evitar desvíos y aspiraciones autoritarias, que el régimen democrático debe saber balancear, como desde Montesquieu está dividido el Estado en varios poderes, que se controlan. Si aquí ese principio no se cumple, mal futuro podría esperarse de un sistema tan sesgado.

En resumen: Felicito a los autores por la integración de su conocimiento al servicio de esclarecer una causa que dista mucho de ser perfecta, pero que sin duda con su contribución avanzará en el camino de su mejoría. Desde tantos ángulos y especializaciones diferentes del Derecho, que enriquecen la mirada y brindan una amplia y rica perspectiva al lector. Recomiendo con entusiasmo la lectura, porque nos hará revisar una extensa normativa, no siempre bien coordinada, que será necesario remodelar para hacerla más coherente y eficiente, con mayor apoyatura de técnica jurídica, y menos improvisación. Porque el camino del infierno, se sabe, está empedrado de buenas intenciones. Espero que este análisis de la normativa hecha por estos prestigiosos autores, aporte y enriquezca el debate previo a la nueva legislación, que permita avanzar en un nuevo contrato social, con equidad, con justicia y situando en su verdadera dimensión y lugar, cada uno de los múltiples componentes que es necesario ajustar para que un Sistema de Salud sea real y efectivamente Nacional e Integrado, y no mero progreso manuscrito.

Muchas gracias.

Dr. Antonio L. Turnes

Me complace especialmente presentar esta obra, coordinada por el Prof. Dr. Carlos Delpiazzo, respec-

to a la cual –luego de su lectura – puedo decir que contribuye, sin dudas, al propósito que dicho colega expresa en la introducción, el de “*ayudar a entender y aplicar un régimen jurídico nuevo, distinto y difícil*”.

La obra refiere a un ordenamiento jurídico sectorial, el de la salud y a su respecto analiza el aspecto normativo y la base de los valores que lo sustentan; dicho análisis es claro y sistemático, con trabajos efectuados desde enfoques jurídicos diversos, que comprenden perspectivas del Derecho constitucional e internacional, del administrativo, del financiero, del laboral y, en lo relativo a los derechos y deberes de los pacientes y usuarios, diría desde una perspectiva de los derechos humanos, con proyecciones sobre aspectos éticos del sistema de salud, el cual tiene retos como los de la orientación en beneficio del paciente, definición y aplicación de atención técnica médicas adecuadas, elevación de su nivel de información, protección de sus datos, todo ello en un entorno protector de la vulnerabilidad del paciente.

Destacaré alguno de los temas tratados, siguiendo el orden en que aparecen los trabajos y señalando que hay un nexo fundamental que los une, así como que culmina con una selección de la normativa más relevante.

1) Andrés Robaina considera el Derecho fundamental a la salud en el Estado constitucional de Derecho, en el cual la Constitución tiene eficacia inmediata y directa y es “*humanista y axiológica*”. Ese derecho refiere a una situación de bienestar físico, mental y social de toda persona humana, exigida por su dignidad con la base del art. 72 de nuestra Constitución y con el cauce del perfeccionamiento del habitante en todas sus dimensiones, como surge del art. 44. Tal derecho determina acciones debidas, negativas y positivas; las últimas comprenden prestaciones normativas y fácticas, de promoción, atención y rehabilitación.

Destaca el rol del Estado, que dicta normas que inciden en un *orden público* (las disposiciones de la ley 18.211, que implementa el Sistema Nacional de Salud, son precisamente de “*orden público e interés social*”, según su art.1°)¹⁰ lo que naturalmente se proyecta sobre los prestadores privados.

Advierte que la salud es un bien colectivo y entonces trata del deber de cuidarse la salud y asistirse en caso de enfermedad, al cual –siguiendo prestigiosas doctrina – armoniza en el contexto de normas y principios constitucionales: ese deber se concreta cuando está en juego la salud de terceros. En esa línea la ley 18.473 de 3-IV-2009, de “*Voluntad anticipada*”, art. 1°,

10 La ley 18.211, art. 1° establece que ella “reglamenta el derecho a la protección de la salud que tienen todos los habitantes residentes en el país y establece las modalidades para su acceso a servicios integrales de salud. Sus disposiciones son de orden público e interés social”.

prevé el derecho de toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, de oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos “salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros”.

2) Gabriel Delpiazzo estudia el “Papel del Estado en la asistencia a la salud” en los roles de garante y de servicio.

Ubica la higiene pública como cometido esencial del Estado, acorde con la tradicional clasificación de Sayagués Laso, a la luz de la Ley 9.202 y normativa concordante como el llamado Código nacional sobre enfermedades y eventos de notificación obligatoria.

En cuanto a la asistencia a la salud, analiza su carácter de servicio social según el citado Maestro del Derecho Administrativo.

Pese a concordar que se trata de una actividad con finalidad social y en cuyo ámbito existe concurrencia prestacional de públicos y de privados, el análisis en el escenario del Sistema Nacional Integrado de Salud lo lleva a calificar como servicio público, por varias razones: ese Sistema pretende alcanzar un *acceso universal* y una *atención integral* para todos los habitantes; los prestadores no pueden rechazar a ningún usuario amparado ni limitarle las prestaciones incluidas en los programas aprobados por el Ministerio de Salud Pública¹¹; es clara la incidencia de la autoridad pública en su financiación.

Ello sin perjuicio de que los prestadores privados no necesiten concesión, pero sí están sujetos a un régimen especial, de intenso control estatal sanitario, contable, económico-financiero; a pautas de articulación entre prestadores; a tener que contar con órganos asesores y consultivos representativos; etc; Incluso la ley 18.211 emplea constantemente el término usuario y no el de beneficiario.

Entiende que bien podría caracterizarse como servicio universal, terminología que se utiliza en el sistema jurídico de la Unión Europea y que debe tener un estándar mínimo al que todos tienen derecho (cobertura equitativa) y que el Estado asegura, aunque lo presten particulares.

Le rigen los principios de regularidad, continuidad e igualdad; podríamos indicar también el de movilidad, para adaptarse a las circunstancias.

3) Carlos Delpiazzo trata, en sendos capítulos, de la Evolución normativa nacional y las Bases fundantes del Sistema Nacional Integrado de Salud. En el primero efectúa referencias desde el inicio de la República y hasta la creación del Servicio Descentralizado ASSE y la implementación de ese Sistema a través de las leyes 17.930, 18131 y 18.211. En el segundo considera los principios y objetivos del Sistema, cuya distinción precisa: como verdaderos fundamentos marca los de universalidad de la cobertura, accesibilidad, equidad, continuidad, eficacia y eficiencia.

Destaca que no aparece el de libertad de los usuarios, “la que se limita tan sólo a la elección (con restricciones) del prestador”, lo que estima coherente con el carácter de orden público de la ley 18.211; se ha querido imponer la voluntad estatal.

En ese sentido, advierte que el Ministerio de Salud Pública no sólo implementa sino que dirige el Sistema; el ordenamiento sectorial está, entonces, conformado por normas legales y también por determinaciones del Ministerio y de la Junta Nacional de Salud, la cual también dispone el pago de las cuota salud y su suspensión en caso de incumplimiento de obligaciones, entre otras competencias.

4) Alejandro Castello estudia el financiamiento del Sistema, el cual ha seguido el modelo de seguro social, con aportes del Estado, de los trabajadores y de los empleadores, estos últimos contribuciones de seguridad social cuyo sujeto activo es el BPS. También tiene en cuenta que se da participación a usuarios y trabajadores en órganos asesores y consultivos y en la Junta Nacional¹².

Anota que se mantienen los subsistemas público y privado, con o con fin de lucro, “pero bajo mayor coordinación, planificación y control” por parte del Ministerio, “verificándose además una profundización y extensión del régimen de seguro social de enfermedad”. Analiza a quienes comprende el Seguro Nacional que financia el Fondo Nacional de Salud; los recursos de éste y la materia gravada correspondiente a aquellas contribuciones, que son las retribuciones sujetas a montepío; al efecto se ha hecho remisión a la ley 16.713 y su reglamentación. Culmina con una referencia al financiamiento del Fondo Nacional de Recursos.

El Dr. Castello tiene a su cargo, también, el Capítulo sobre “Derechos y deberes del personal sanitario”, en virtud –explica– de la “trascendencia cultural, política, jurídica y económica” de las relaciones laborales y su regulación en el ámbito sanitario. Luego de considerar la normativa común para todos los trabajadores, refiere a la que rige en el sector privado de la salud, tanto para el personal técnico como el no técnico (derivada de laudos de Consejos de Salarios, convenios colectivos, etc.) como la del sector público, entre la que destaca el Convenio colectivo entre ASSE y las gremiales médicas de mayo 2008.

5) Natalia Veloso, en los Capítulos VI y VII, trata –respectivamente– del Régimen de prestación de servicios de salud en el sector público y en el privado, efectuando una reseña ordenada y clara de las entidades intervinientes.

En el ámbito público distingue las estatales y las no estatales. A su vez, en las estatales, las centralizadas, como el Ministerio de Salud Pública, circunscripto a roles de conductor político, controlador y

11 Ley 18.211, art. 58.

12 Ley 18.211, arts. 12 y 25.

asesor y las descentralizadas, entre otras ASSE, que forma parte del Sistema Integrado de Salud, "al que contribuirá en su implementación"¹³ y el BPS, que mantiene incambiada la prestación de seguridad social por riesgos de enfermedad común, maternidad, infancia, familia.

Estudia luego el sector privado y su régimen jurídico acorde a varios criterios: la forma en que se organiza (entidades particulares y colectivas y los tipos de éstas), el contenido de la cobertura (parcial y total) y un criterio técnico-económico (aquí la distinción se hace con los Institutos de Asistencia Médica Altamente Especializada, IMAE).

Analiza la inclusión de las Instituciones de Asistencia Médica Privada Particular al Sistema Nacional, lo que determina que deban prestar programas integrales aprobados por el MSP.

Con relación a las Instituciones de Asistencia Médica Colectiva las caracteriza según la legislación vigente¹⁴ y también considera su posible integración al Sistema Nacional.

6) Bárbara Dei-cas examina los "Derechos y deberes de pacientes y usuarios", tema que comprende diversas aristas, jurídicas, éticas, etc. Trata, en primer lugar, la base normativa en la cual se destaca –por su valor y fuerza – la ley 18.335 de 15-VIII-2008.

Estudia los derechos en general (al tratamiento igualitario, a la atención integral y de calidad, a estar informado y el consentimiento con este carácter; el derecho a negarse a recibir atención médica, salvo excepciones.

Luego los "derechos relativos a la dignidad de la persona humana", denominación del Cap. IV de la ley, con relación al paciente: a disponer de su cuerpo con fines diagnósticos y terapéuticos, a un trato respetuoso, que incluye el de morir con dignidad.

Afirma que "se desprende la existencia de la obligación del Estado de promover una nueva cultura en defensa de la vida y de su tratamiento digno".

A continuación considera el derecho del paciente al conocimiento de su situación de salud y su contenido (aparece el derecho a no saber, que puede ser relevado si existe riesgo para la persona o la sociedad), a que se lleve una historia clínica completa –lo que analiza especialmente, anotando las particularidades si la historia es electrónica.

En cuanto a los derechos de privacidad, conjunto más amplio que el de la intimidad, como se pone en

juego frente a valores de higiene pública que determinan la denuncia y eventual tratamiento obligatorio.

Tiene en cuenta que no sólo existen derechos, también deberes: el Cap. VI de la ley se remite al respecto a la Constitución, art. 44 y al Código Penal, art. 224 y luego al deber de suministrar información veraz al equipo de salud, de seguir el plan de tratamiento y controles y de utilizar razonablemente los servicios de salud.

Sobre el régimen sancionatorio la Dra. Dei-cas atiende la normativa existente, especialmente en relación a las instituciones de asistencia médica.

En suma una obra sistemática sobre el tema encarado, que resulta de interés conceptual y práctico para todos los operadores e interesados en un régimen nuevo y complejo, dirigido a conformar como Sistema lo que se ha dado en llamar "Administración concertada", con articulación de instituciones de asistencia públicas y privadas.

Dr. Felipe Rotondo

13 Ley 18.161, art. 4° "C", mientras que la ley 18.211, art. 11 "A" dice que "Podrán integrar el Sistema" "los servicios de salud a cargo de personas jurídicas públicas (...)" y entidades privadas.

14 Decreto-ley 15.181, leyes 17.548 y 18.440: asociaciones asistenciales, cooperativas de profesionales, servicios de asistencia, otras instituciones de asistencia médica privada de profesionales.



Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Tradinco S.A.
Minas 1367 - Montevideo - Uruguay - Tel. 409 44 63. Diciembre de 2009
D.L. 351-414/09. Edición amparada en el decreto 218/996 (Comisión del Papel)

www.tradinco.com.uy 