







UNIVERSIDAD DE  
MONTEVIDEO  
Facultad de Derecho

# Revista de DERECHO

## MENSAJE DEL DIRECTOR

Con gratitud hacia un Maestro generoso

## DOCTRINA

**CIANCIARDO, Juan**

"La jerarquización de los derechos"

**DA COSTA, Marly M M. y HERMANY, Ricardo**

"El poder local como locus privilegiado para la implementación de las políticas públicas de prevención de la delincuencia juvenil"

**GORCZEWSKI Clovis y DA SILVA REIS Suzete**

"La educación en cuanto factor de desarrollo económico"

**OPERTTI, Paola y MARABOTTO, Andrés**

"Libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo"

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

**LANGON CUÑARRO, Miguel**

"El rol del Ministerio Público en el proceso penal"

**MONTANO, Pedro**

"Víctima y proceso penal"

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

*Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 517/2006 de 31 de julio de 2006.*

**DEI CAS, Bárbara** - "El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad"

*Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 113/2007 de 30 de julio de 2007.*

**LANGÓN CUÑARRO, Miguel** - "Acerca de la omisión de asistencia"

*Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 35 de 11 de febrero de 2008.*

Dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo  
N° 26/2007 de 15 de febrero de 2007.

**NESSAR DE LENOBLE, Silvana** -

"Otra vez sobre la revocación de oficio de los actos administrativos"

## INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

## TESINAS DE MASTERS

**PEREZ BENECH, Viviana** - "La nueva regulación sobre el secreto bancario en la ley N° 17.948"

**SEOANE, Petito Karen** - "El endoso en garantía en el marco de la ley de títulos valores"

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

**SANTO, Nicolás** - "Los principios generales del Derecho Ambiental y la industrialización"

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"**Desequilibrio en los contratos (privados y públicos)**", de Gustavo Ordoqui (por Gabriel Delpiazzo)

"**Derecho de la Persona**", volumen 1, de Walter Howard (por Mercedes Otegui)

"**Estudios de Derecho Penal Económico**" (por Pedro Montano)

"**Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito**", obra coordinada por Carlos E. Delpiazzo (por Natalia Veloso)

"**Sobre Derecho Administrativo**" (2 tomos), de Juan Pablo Cajarville Peluffo (por Gabriel Delpiazzo)





# Revista de DERECHO

## MENSAJE DEL DIRECTOR

Con gratitud hacia un Maestro generoso 7

## DOCTRINA

### CIANCIARDO, Juan

“La jerarquización de los derechos” 11

### DA COSTA, Marly M M. y HERMANY, Ricardo

“El poder local como locus privilegiado para la implementación de las políticas públicas de prevención de la delincuencia juvenil” 17

### GORCZEWSKI Clovis y DA SILVA REIS Suzete

“La educación en cuanto factor de desarrollo económico” 29

### OPERTTI, Paola y MARABOTTO, Andrés

“Libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo” 37

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

### LANGON CUÑARRO, Miguel

“El rol del Ministerio Público en el proceso penal” 55

### MONTANO, Pedro

“Víctima y proceso penal” 65

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

*Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 517/2006 de 31 de julio de 2006.*

**DEI CAS, Bárbara** - “El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad” 71

*Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 113/2007 de 30 de julio de 2007.*

**LANGÓN CUÑARRO, Miguel** - “Acerca de la omisión de asistencia” 87

*Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 35 de 11 de febrero de 2008.*

Dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo N° 26/2007 de 15 de febrero de 2007.

## NESSAR DE LENOBLE, Silvana -

“Otra vez sobre la revocación de oficio de los actos administrativos” 97

## INFORMACIONES

Carreras de grado 105

Maestrías 105

Otras noticias de interés 106

## TESINAS DE MASTERS

PEREZ BENECH, Viviana - “La nueva regulación sobre el secreto bancario en la ley N° 17.948” 109

SEOANE, Petite Karen - “El endoso en garantía en el marco de la ley de títulos valores” 149

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

SANTO, Nicolás - “Los principios generales del Derecho Ambiental y la industrialización” 179

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Desequilibrio en los contratos (privados y públicos)”, de Gustavo Ordoqui (por Gabriel Delpiazzo) 189

“Derecho de la Persona”, volumen 1, de Walter Howard (por Mercedes Otegui) 191

“Estudios de Derecho Penal Económico” (por Pedro Montano) 193

“Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito”, obra coordinada por Carlos E. Delpiazzo (por Natalia Veloso) 195

“Sobre Derecho Administrativo” (2 tomos), de Juan Pablo Cajarville Peluffo (por Gabriel Delpiazzo) 197



---

## MENSAJE DEL DIRECTOR

### *Con gratitud hacia un maestro generoso*

El pasado 22 de agosto de 2008, tras 89 años de vida fecunda, se apagó la luminaria del querido Profesor Américo Pla Rodríguez.

Todo cuanto se pueda decir acerca de la trayectoria del Doctor Américo Pla Rodríguez como hombre, como esposo, como padre, como amigo, como político, como abogado, como docente y como cristiano comprometido con su tiempo es poco, porque mucho fue lo que hizo en todos los órdenes y durante mucho tiempo con firme constancia y clara visión sobrenatural del mundo y de la vida.

Para quien esto escribe, más allá del dolor por la pérdida, el sentimiento que prima es el de serena alegría porque el Profesor Américo Pla Rodríguez ha alcanzado la meta por la que luchó todos sus días sobre la Tierra.

Pero con referencia a la Universidad de Montevideo (reconocida en 1997), nacida del tronco del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (fundado en 1986), el sentimiento que campea es el de inmensa gratitud por la generosidad de su apoyo y magisterio cuando estábamos dando los primeros pasos de trabajo académico.

En efecto, en aquel lejano 1986, cuando se comenzó a materializar la idea de realizar docencia e investigación en los temas vinculados a la empresa a través de una visión interdisciplinaria, el Profesor Américo Pla Rodríguez, junto a los recordados Profesores José A. Ferro Astray, Adolfo Gelsi Bidart, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Ramón Valdés Costa y Enrique Vécovi fueron los primeros miembros académicos del IEEM, cuyo apoyo y respaldo fue decisivo para el lanzamiento y desarrollo del proyecto. Junto a ellos, permanecen con nosotros los Profesores Horacio Cassinelli Muñoz, Héctor Gros Espiell, Daniel Hugo Martins, Didier Operti Badán y Juan Carlos Peirano Facio.

El Profesor Américo Pla Rodríguez fue generoso en todo: no sólo con sus conocimientos, sino también con sus libros, con sus consejos y, sobre todo, con su tiempo, brindado sin límites, a pesar de las múltiples obligaciones que incluía su cargada agenda de cada jornada.

Si se tiene en cuenta que los beneficiarios de esa generosidad éramos apenas recién egresados, esa generosidad se ve agigantada: sin disvalor hacia nuestra condición de principiantes, se brindó como lo que era -un Maestro- y, con su ayuda, nos prestigió, nos impulsó y nos ayudó a caminar con seguridad.

En la perspectiva que dan los años transcurridos, tanto desde el punto de vista personal como institucional, no cabe sino reiterar y explicitar el agradecimiento más grande debido a quien, por siempre, será guía ético de nuestros pasos.

Dr. Carlos E. DelPiazzo



## 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 Zudañez 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

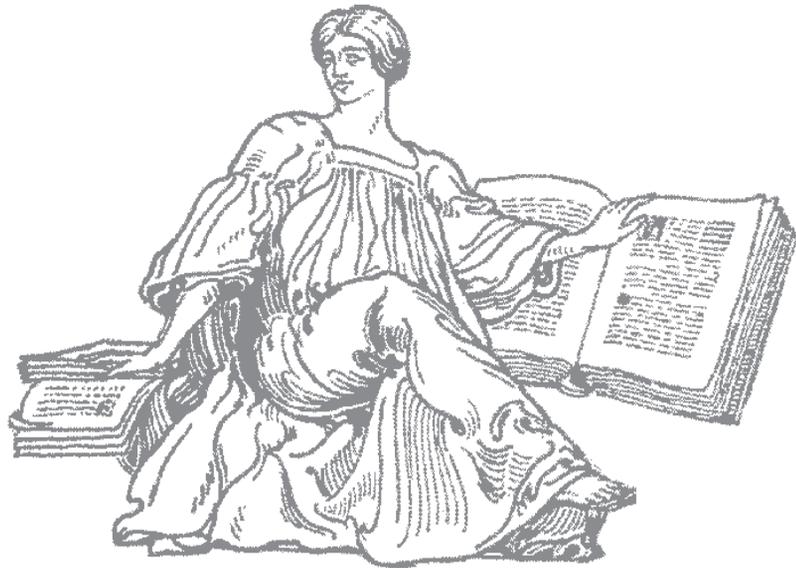
### Impresión

Tradinco S.A.  
Minas 1367  
Telefax: 409 44 63 - 409 55 89  
Montevideo - Uruguay  
e-mail: tradinco@adinet.com.uy

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

Año VIII Nº14





## DOCTRINA

**CIANCIARDO, Juan**

*“La jerarquización de los derechos”*

**DA COSTA, Marly M M. y HERMANY, Ricardo**

*“El poder local como locus privilegiado para la implementación de las políticas públicas de prevención de la delincuencia juvenil”*

**GORCZEVSKI Clovis y DA SILVA REIS Suzete**

*“La educación en cuanto factor de desarrollo económico”*

**OPERTTI, Paola y MARABOTTO, Andrés**

*“Libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo”*



# LA JERARQUIZACIÓN DE LOS DERECHOS

*Juan Cianciardo*<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Es frecuente en la jurisprudencia y en la doctrina el planteamiento de los casos constitucionales como conflictos de derechos<sup>2</sup>. Se suele interpretar que eso es lo que ocurre cuando alguien pide ante un tribunal que se repare la violación de un derecho constitucional o se lo respete y otro —el Estado o un particular— sostiene como contrapartida que aceptar lo pedido supondría el sacrificio de un bien público —en el caso de que el demandado sea el Estado— o de un derecho constitucional —en algunos de los casos en los que es demandado el Estado y en todos los casos en los que se demanda a particulares—. Cuando los operadores jurídicos plantean los casos constitucionales como conflictos entre derechos surge de inmediato la necesidad de establecer algún criterio o parámetro con arreglo al cual resolverlos. Se ha acudido, para eso, a dos mecanismos: la jerarquización y la ponderación de derechos. A través de ellos, se pretende determinar cuál es el derecho que debe predominar en el caso, y cuál el que debe ser dejado de lado o postergado<sup>3</sup>.

El objeto de estas páginas consiste en exponer las características centrales de la jerarquización, y criticarla. Se trata de una técnica paralela a la de la ponderación, con la que suele coincidir en algunos puntos y diferir en otros. La exposición se llevará a cabo de la mano de un autor que ha defendido la utilidad de esta técnica, y ha creado, incluso, una tabla jerárquica de derechos que, en su opinión, surge de la Constitución argentina. Luego de describir la posición mencionada, se llevará a cabo su crítica, desde una perspectiva «interna», primero, y «externa», luego.

---

1. Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires), con dedicación exclusiva.  
2. Me he referido a esto con detalle en CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, *passim*. Existe una segunda edición en prensa, en Buenos Aires, 2006.  
3. Cfr. *ibidem*.

## 2. La propuesta jerarquizadora

Un buen ejemplo de quienes postulan la existencia de un orden jerárquico entre los derechos fundamentales es el constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian. Según este autor, es equivocada la idea de que los derechos constitucionales tienen igual jerarquía y que la jurisprudencia debe armonizarlos<sup>4</sup>. La posición de Ekmekdjian puede ser sintetizada en los siguientes puntos:

- a) cada derecho subjetivo es la cobertura jurídica de uno o varios valores. En otras palabras, «el derecho subjetivo es un *medio* para brindar protección (jurídica) a un valor que, por definición, es un *fin en sí mismo*»<sup>5</sup>;
- b) toda teoría de los valores supone que ellos se encuentran ordenados jerárquicamente<sup>6</sup>;
- c) aceptados los dos puntos anteriores, es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente<sup>7</sup>.

Para determinar la jerarquía de los derechos, es necesario establecer la importancia relativa de cada valor. Ekmekdjian propone tres metodologías complementarias. La primera consiste en examinar la menor o mayor restringibilidad del derecho subjetivo que protege al valor de que se trate, puesto que «un derecho es menos restringible en la medida en que el valor al cual brinda cobertura (...) tenga mayor jerarquía»<sup>8</sup>. El segundo método empleado es el de la sustracción hipotética, esto es, «imaginar un mundo en el cual se negara una categoría de derechos (valores) y luego imaginar otro en el cual se aceptara ésa y se negara otra, y así sucesivamente, para comprobar cuál pérdida es más significativa»<sup>9</sup>. El tercer criterio es el de medir la posibilidad de renuncia del derecho por su titular. Según Ekmekdjian, «existen valores que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos el sacrificio voluntario de ellos, lo que hace dudosa, incluso, la calificación de “derechos subjetivos” a la cobertura jurídica que los protege. Si se los compara con los derechos que sí pueden ser renunciados, la mayor jerarquía de los primeros es obvia»<sup>10</sup>.

Luego de varias clasificaciones parciales, Ekmekdjian llega a una última clasificación, que no considera definitiva, sino sujeta a crítica<sup>11</sup>. La jerarquía de los derechos sería así: 1°) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.); 2°) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.); 3°) derecho a la libertad física; 4°) los restantes derechos personalísimos

4. Cfr. EKMEKDJIAN, M. A., «De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles», *Revista El Derecho* 114-945, p. 945. Cfr. sobre esta teoría, asimismo, del mismo autor: *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I, pp. 475 *et seq.*; «La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la Administración Pública», en AAVV, *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, t. III, pp. 2119-2140; *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 78 *et seq.*; *Derecho a la información*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 50-63; «El derecho a la dignidad, la libertad de prensa y el derecho de réplica», *La Ley* 1987-C-135; «El derecho a la intimidad y la libertad de prensa nuevamente en conflicto», art. cit., pp. 2-4; «Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa», *La Ley*, diario del 1° de septiembre de 1992, pp. 2-5. Otras propuestas de jerarquización en RUIZ MIGUEL, A., *Anuario de Derechos Humanos* 2, (1983), BACIGALUPO, E., «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 20, 1987, Mayo-agosto 1987, pp. 83-98, *passim*; VIÑUELA HOJAS, M. F., *Impacto ambiental y libertad de empresa*, tesis doctoral, Pamplona, Universidad de Navarra, 1998, esp. cap. I, pto. I. B, «El problema del orden jerárquico de los derechos», pp. 20-30; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, 2da. edición actualizada y ampliada, Pamplona, Eunsa, 1994, t. II, pp. 146-151; ELIPE SONGEL, J. A., «Un apunte social del derecho a la libertad de expresión», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 18/19, 1997, pp. 59-71, esp. p. 69, donde se postula la «posición preferente» de la libertad de expresión sobre otros derechos; respecto del derecho de huelga, cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El contenido esencial del derecho de huelga», *Revista de Derecho Político* 34, 1991, pp. 123-141. Esta autora —cuyo punto de partida es la existencia de conflictos en todos los derechos fundamentales— acepta, incluso, la posibilidad de que las colisiones afecten al contenido esencial de uno de los derechos involucrados (cfr. *ibid.*, p. 130 y pp. 133-134). Una crítica de la jerarquización en SERNA, P., «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», en *Humana Iura* 4, Pamplona, 1994, pp. 197-234, pp. 206-208; en la misma línea, TOLLER, F. M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999, *passim*; y, del mismo autor, «Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales», *Anuario de Derecho de la Universidad Austral* (Buenos Aires) 4, 1998, pp. 225-252, esp. pp. 227-230; y «Hacia el ocaso del darwinismo jurídico: lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales», *Revista El Derecho*, diario del 11 de diciembre de 1998, pp. 6-10, esp. pp. 7-8; este artículo recoge, con algunos agregados, lo expuesto por F. Toller sobre este tema en sus anteriores trabajos. Más recientemente, también en una línea crítica, SERNA, P. y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 7-10, de DOMINGO PÉREZ, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de Antonio-Luis Martínez-Pujalte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, *passim*, y CASTILLO CÓRDOVA, L., *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, segunda edición, Palestra, Lima, 2005, pp. 374-377.

5. EKMEKDJIAN, M. A., «De nuevo sobre el orden jerárquico (...)», art. cit., p. 945. El énfasis se encuentra en el original.

6. Cfr. *ibidem*.

7. Cfr. *ibidem*.

8. *Ibid.*, p. 946.

9. *Ibidem*.

10. *Ibidem*.

11. Cfr. *ibid.*, p. 947.

(propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.); 5°) derecho a la información; 6°) derecho de asociación; 7°) los restantes derechos personales; 8°) los derechos patrimoniales<sup>12</sup>.

Según Ekmekdjian, «los efectos e implicancias de este orden jerárquico de los derechos civiles (...) son *fecundísimos* en la hermenéutica jurídica»<sup>13</sup>. Esos efectos serían los siguientes: a) la restringibilidad de los derechos de la cúspide de la escala es mínima, y va aumentando a medida que se desciende por ella<sup>14</sup>; por ello, a) una ley no puede restringir un derecho de rango superior más intensamente que uno de rango inferior<sup>15</sup>; a'') el «índice de garantización» de un derecho determinado es el límite mínimo del «margen de garantización» que tiene todo derecho de rango superior al primero<sup>16</sup>; b) para este autor, la escala jerárquica de los derechos es singularmente útil en materia de conflictos de derechos subjetivos. Sostiene que la afirmación jurisprudencial según la cual la interpretación debe armonizar los derechos «encierra una falacia porque, en caso de conflicto entre dos o más derechos, no hay armonización posible, sino que debe sacrificarse alguno en beneficio del otro u otros. Nosotros entendemos que, en tales casos, el derecho de rango superior debe prevalecer sobre el de rango inferior»<sup>17</sup>.

### 3. Las aporías de la jerarquización: crítica interna

La crítica a la posición expuesta puede hacerse desde dos perspectivas. Desde un punto de vista interno, hay que señalar que, en primer lugar, al ser los valores fines en sí mismos carentes de referencia antropológica resulta inevitable que unos entren en colisión con otros, y que no existan posibilidades de solución. Es el drama interno del concepto de valor<sup>18</sup>. Si los valores son fines en sí mismos, y no bienes relativos a la felicidad humana, resultará inevitable el choque de unos con otros. Para la filosofía de valores los valores no *son, valen*. Y la valía les es asignada por el sujeto. Esta libertad subjetiva en el establecimiento de valores «conduce a una lucha eterna de valores e ideologías, a una guerra de todos contra todos»<sup>19</sup>, a un combate entre los distintos valores de diferentes sujetos, todos con una idéntica valía subjetiva. Este grave problema, por lo demás, no alcanza nunca una solución aceptable, puesto que no existen referencias objetivas que permitan decidir la precedencia de alguno de los valores enfrentados. El criterio, en última instancia, no podrá ser racional: jamás se llegará a convencer de los propios argumentos a quien sostenga un valor distinto, porque ello no resulta posible. En rigor, para la filosofía de valores no existe la argumentación ética. La persuasión es reemplazada por la imposición. Esta consecuencia también se puede extraer desde una perspectiva parcialmente distinta: si lo específico del valor estriba, como se ha dicho, en que *vale* y no *es*, la ponencia no significará nada si no se impone, esto es, «la validez tiene que ser continuamente actualizada, es decir, hacerse valer», puesto que, de lo contrario, «se disuelve en vana apariencia. Quien dice valor quiere hacer valer e imponer»<sup>20</sup>. La vinculación de los derechos a los valores desemboca, por este camino, en un absurdo, consistente en reconocer como derechos dos cosas opuestas y contradictorias, con una contradicción irresoluble desde un punto de vista racional.

En segundo término, y continuando con la crítica interna, resulta contradictorio afirmar que los valores son fines en sí mismos y admitir que los derechos son restringibles, puesto que faltan parámetros para restringir (los valores no pueden serlo porque son fines en sí mismos). Los problemas que plantea la posible restricción de los derechos fundamentales desde otros modos de ver la realidad jurídica serán abordados detenidamente más adelante.

12. Cfr. *ibidem*. En un trabajo posterior el Prof. Ekmekdjian crea un nuevo apartado en su clasificación, ubicando en cuarto lugar al derecho al honor. Cfr. EKMEDJIAN, M. A., «La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la Administración Pública», en AAVV., *La protección jurídica del ciudadano (...)*, op. cit., p. 2127.

13. EKMEDJIAN, M. A., «De nuevo sobre el orden jerárquico (...), art. cit., p. 947. El énfasis se encuentra en el original.

14. Cfr. *ibidem*.

15. Cfr. *ibid.*, p. 948.

16. Cfr. *ibidem*.

17. *Ibidem*.

18. No resulta posible llevar a cabo aquí una crítica completa de la filosofía de valores en el plano político y jurídico. Algunas sugerencias al respecto en SERNA, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, pp. 249-376. Cfr., asimismo, SCHMITT, C., «La tiranía de los valores», en *Revista de Estudios Políticos* 115, enero-febrero 1961, pp. 65-79. Una breve explicación del origen histórico de la cuestión, con referencias particulares a la filosofía nietzscheana, en HEIDEGGER, M., «La frase de Nietzsche: "Dios ha muerto"», *Sendas perdidas*, trad. de J. Rovira Armengol, 2a. ed., Buenos Aires, Losada, 1969, pp. 174-221.

19. SCHMITT, C., «La tiranía de los valores», art. cit., p. 70.

20. *Ibid.*, p. 71. Se pregunta poco después este autor: «¿Cómo podría terminar la lucha de los valores subjetivos, e incluso la lucha de los valores objetivos, sino de esta manera? El valor mayor tiene el derecho y hasta el deber de someter al valor inferior, y el valor, como tal, tiene toda la razón de aniquilar el sinvalor como tal. Esta es precisamente, la "tiranía de los valores", que entra poco a poco en nuestra conciencia» (p. 75).

La tercera crítica interna apunta a las metodologías empleadas por Ekmekdjian para desentrañar el orden jerárquico que postula. En nuestra opinión, los criterios propuestos o son circulares, o son inaceptables. En efecto, el primer criterio expuesto cae en la circularidad: afirmar que la importancia relativa de cada valor debe medirse por la mayor o menor restringibilidad del derecho que lo protege es invertir la pregunta, ya que la mayor o menor restringibilidad es justamente lo que debe deducirse del orden de los valores. El segundo criterio carece de un término que permita llevar a cabo la comparación que se pretende realizar. La supresión hipotética pretende comprobar «cuál pérdida es más significativa»<sup>21</sup>, pero no brinda ningún parámetro para la comparación entre los valores hipotéticamente suprimidos. Luego, se trata de una comparación que, o bien es ciega, o bien oculta un criterio de comparación que no se somete a debate. Cualquiera de las dos alternativas es inaceptable. No corre mejor suerte la metodología propuesta en tercer lugar. Esto porque la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los derechos es definida sobre la base de lo que establece la moral social. La pretensión resulta inadmisibles, ya que los derechos humanos son, o aspiran a ser, a la vez, modelo de la moral social y límite de sus prescripciones<sup>22</sup>.

#### 4. Las aporías de la jerarquización: crítica externa

Desde un punto de vista externo, la crítica principal a la tesis de Ekmekdjian estriba en que resulta inaceptable su caracterización de los derechos como «coberturas jurídicas de los valores». No es este el momento de estudiar el concepto de derecho fundamental<sup>23</sup>. Aquí corresponde decir, muy sumariamente, que los derechos son posiciones jurídicas que tiene una persona respecto de otras en relación a determinados objetos, como consecuencia de la necesidad de alcanzar alguna finalidad. Los objetos son, según se estudiará después, el *quid* de la relación jurídica. Se trata de bienes humanos que presuponen una doble unidad. De un lado, la unidad de la persona en sí misma considerada. De otro, la unidad de la dimensión personal y social del ser humano. De ello se infiere la imposibilidad de que el bien jurídico en que cada derecho en última instancia consiste se encuentre en conflicto con otros bienes o derechos, pues en rigor pueden colisionar las pretensiones, mas no los derechos, que nacen en sociedad, en el seno y contexto de la relación con los demás individuos, con cuyas pretensiones se armonizan. Volveremos sobre ello más adelante.

En cuanto a las consecuencias, cabe poner de manifiesto que la jerarquización, cualquiera sea el criterio jerárquico que se emplee, conduce fatalmente al utilitarismo. Esta última afirmación requiere ser —siquiera brevemente— fundamentada, lo que se intentará mediante la exposición de las soluciones que propone C. S. Nino al conflictivismo<sup>24</sup>. Este autor parte expresamente de la existencia de conflictos de derechos, y enuncia tres caminos para resolverlos: a) hacer prevalecer el derecho de mayor jerarquía; b) la compensación; c) el consentimiento. Sin embargo, aunque en casos-límite, y en última instancia, acepta la postergación de un derecho fundamental por consideraciones utilitaristas. En efecto: la solución a) se limita al ámbito de los conflictos entre derechos de diferente jerarquía en los que uno de los derechos protegidos (el que será postergado) no protege un interés de tal modo inherente a la persona humana que su frustración implique sacrificar a su titular<sup>25</sup>. Para los supuestos que se encuentran fuera de ese ámbito, propone las soluciones restantes. No obstante, entiende que «si bien multitud de casos de conflictos de derechos sobre bienes primarios pueden resolverse a través de la compensación o del consentimiento no siempre se puede atribuir la privación a la voluntad del afectado o indemnizarlo por tal privación»<sup>26</sup>. Sostiene a continuación que: «en estos casos no hay más remedio que decidirse por la infracción menor al principio de inviolabilidad de la persona, que, dada su combinación con el principio de autonomía, consiste en menoscabar en el menor grado posible la posibilidad de los individuos de elegir y materializar planes de vida»<sup>27</sup>. Sin embargo, llegado a este punto, Nino se plantea la posibilidad de que los derechos enfrentados sean de idéntica jerarquía. Es aquí cuando postula la adopción de «una solución utilitarista que, sobre la base del valor intrínseco de la autonomía personal, dé preferencia a los intereses más importantes

21. EKMEKDJIAN, M. A., «De nuevo sobre el orden jerárquico (...)», art. cit., p. 946.

22. En frase de R. Dworkin, los derechos humanos son «triumfos políticos en manos de los individuos». Por tanto, no pueden alterados por consenso. Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights seriously*, London, Duckworth, 1978; ed. en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2a. reimpresión, Barcelona, Ariel, 1995, p. 37.

23. Cfr. un análisis extenso en CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., cap. 3.

24. Cfr. NINO, C. S., *Ética y Derechos humanos (...)*, op. cit., pp. 305-313.

25. Cfr. *ibid.*, p. 306.

26. NINO, C. S., *Ética y Derechos humanos (...)*, op. cit., p. 312.

27. *Ibid.*, p. 313.

de más gente (...)<sup>28</sup>. Como se puede ver, es en este punto donde aparece, expresamente, el utilitarismo y, con él, la pérdida de sentido de la noción de derechos humanos. Porque, reiteramos, dicho sentido consiste, como mínimo, en asegurar a cada persona un conjunto de bienes básicos del que nadie, por ninguna razón, ni siquiera la utilidad de un gran número de personas, podrá privarla.

Para concluir la crítica externa de la jerarquización, resta señalar lo siguiente: creemos que es cierto que existen bienes de mayor importancia que otros. Pero aceptar esto no implica dar entrada a los conflictos entre derechos. Por el contrario, un bien humano es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos<sup>29</sup>. Hablar de «humano» supone entender el bien no como algo abstracto, sino referido a un sujeto, el hombre, que supone para el bien no la condición de bien en sí, que no posee, sino la de bien desde un cierto punto de vista, el del hombre, con un determinado fin, el humano. Por tanto, se trata de un bien delimitado por la naturaleza y la teleología propia de un ser que es una unidad, aunque se despliega en diferentes dimensiones existenciales y constitutivas, y, por ello, será un bien en la medida que se armonice con otros bienes que también lo son para el sujeto y, en consecuencia, para cualquier otro sujeto.

La armonía de un conflicto entre los bienes depende de que estos vengan referidos a una naturaleza, a una instancia objetiva. Si, por el contrario, se la hace depender de la voluntad de los sujetos, se pierde la referencia universal y, con ella, la posibilidad de pensarlos armónicamente, pues si bien es común la naturaleza a todos los individuos, el objeto del querer de la voluntad de cada uno es indeterminado y, por tanto, variable de unos sujetos a otros. Ahí es donde surge la necesidad imperiosa de una jerarquización desde fuera que, en rigor, será una jerarquización de las personas, pues tan persona es aquella cuya pretensión resulta postergada como aquella cuya pretensión o derecho resulta privilegiado. La jerarquización de derechos oculta en realidad, no una jerarquización de bienes, sino una jerarquización de las personas.

28. *Ibidem*. Para Nino, que estos casos formen parte de nuestra experiencia moral cotidiana, y no sean, por tanto, excepcionales, depende del alcance que se dé a los derechos que pueden entrar en conflicto. Como ese alcance viene a su vez determinado por los deberes de terceros que se exigen para la materialización de los derechos, es posible concluir que el liberalismo pasivo o clásico, al promover una libertad absoluta carente de toda limitación, resuelve los problemas jurídicos sobre la base de consideraciones utilitaristas (cfr. *ibid.*, p. 314).

29. «Si a pesar de la multiplicidad de preceptos puede hablarse de una ley natural, esto se debe, en primer término, a que, formalmente, todos esos bienes constituyen partes integrantes de un único bien —el bien humano—, cuya realidad depende finalmente de que la razón práctica, a la hora de la acción, los integre formalmente mediante un único precepto de manera consistente» (GONZÁLEZ, A. M., *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 151-152). Sobre esta base es posible fundamentar, en primer lugar, la negativa a establecer una jerarquía de bienes y de principios morales, y en segundo lugar, más específicamente, la negativa a jerarquizar los derechos. Cfr., en este sentido, GRISEZ, G., «The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2 Question 94, Article 2», en KENNY, A. (ed.), *Aquinas: A Collection of Critical Essays*, London, Melbourne, Macmillan, 1969, pp. 340-383, esp. p. 346 et seq.; FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 92 et seq.



# EL PODER LOCAL CÓMO *LOCUS* PRIVILEGIADO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

*Marli M. M. da Costa*<sup>\*1</sup>

*Ricardo Hermany*<sup>\*2</sup>

## A la guisa de introducción

Han pasado ya dieciséis años desde la promulgación del Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA)<sup>3</sup> y un poco más si se tiene en cuenta la Constitución Federal Brasileña de 1988. Sin embargo, aún quedan aspectos pasibles de innumerables controversias cuando el tema es el Derecho del Niño y del Adolescente. El mote central del presente trabajo es verificar la posibilidad de concreción del Principio de la Dignidad Humana como fundamento del Estado Democrático de Derecho a pesar de la existencia de la pobreza, de la exclusión social y de la consecuente delincuencia juvenil, tema que constituye una de las referidas controversias.

De esa manera, la concreción del referido derecho conduce obligatoriamente al entendimiento diverso de una simple norma de Derecho Constitucional, haya vista la peculiaridad de los sujetos involucrados con el tema. Así, cuando hablamos en Derecho del Niño y del Adolescente, es imposible su disociación del carácter protectorio, en función de la especificidad de todo su fundamento conceptual.

Fiel a la perspectiva presentada, y no sólo respecto a las condiciones de los sujetos involucrados, pero también ante la comparación sería que esa emblemática suscita, es que inicialmente se hace necesario resaltar algunos aspectos acerca de la demostración del principio en cuestión como tal fundamento, para, luego, pasarse al análisis de este tema tan complejo que es la exclusión social como factor que está más allá de la pobreza.

En ese camino, se tomarán en cuenta las prácticas que colaboran con la discriminación de los Niños y de los Adolescentes y la consecuente facilitación a la delincuencia que ocurre en esa coyuntura. Exponiéndose la cuestión de otro modo, se destacará, además, la correlación del Principio de la Dignidad Humana y de sus dispositivos con la realidad social brasileña.

Conviene aclarar que, en ese ínterin, la profundización de las cuestiones relativas a la pretensa concreción de derechos será delineada a lo largo de todo el trabajo, porque ello es lo que orienta la conformación de todos los derechos específicos del niño y del adolescente. Sin embargo, el objetivo de ese segmento es tan sólo incitar y explicitar el denominador común de todos los puntos que serán abordados.

En la secuencia, se examinarán los principales temas involucrados con el punto central de este trabajo y que están siendo debatidos en la actualidad. Al final, se demostrarán los desafíos de la referida concreción en una sociedad pluralista como la nuestra. De esa forma, pasamos a la exposición del tema conforme lo propuesto.

---

1 <sup>\*</sup> Profesora de Derecho Civil y de Derecho del Niño y del Adolescente en las carreras de grado y de posgrado (Mestrado) en Derecho de la *Universidade de Santa Cruz do Sul* – UNISC. Jefe del Departamento de Derecho y Coordinadora del Grupo de Estudios en Derecho, Ciudadanía y Políticas Públicas en dicha Universidad. Psicóloga especialista en Terapia Familiar. Doctora en Derecho por la *Universidade Federal de Santa Catarina* – UFSC. Actualmente, Posdoctorado en Derecho en la Universidad de Burgos- España.

2 <sup>\*\*</sup> Profesor de Derecho Constitucional en las carreras de grado y de posgrado en Derecho (Mestrado) en la *Universidade de Santa Cruz do Sul* – UNISC. Coordinador del Curso de Derecho de la UNISC y del Grupo de Estudios en Gestión Local. Doctor en Derecho por la *Universidade do Vale do Rio dos Sinos* – UNISINOS con pasantía de doctoramiento en la *Universidade de Lisboa*, Portugal.

3 Sigla de “Estatuto da Criança e do Adolescente”, conforme designación en lengua portuguesa. En esta traducción, se optó por mantener la sigla ECA, ya consagrada en el lenguaje cotidiano en Brasil. Nota del traductor.

## Breves apuntes sobre la caracterización del Principio de la Dignidad Humana como cimiento del Estado Democrático de Derecho

Antes del ingreso en el examen propuesto en el presente ítem, se imponen breves consideraciones sobre el concepto mismo de la democracia y de su encuadre histórico-temporal. Aunque no haya la pretensión de un análisis más minucioso, este tema adquiere extrema importancia para el pleno entendimiento de las líneas generales de esa comprensión. Luego, este trabajo se asomará al Principio de la Dignidad Humana como uno de los cinco fundamentos del Estado Democrático Brasileño.

Así, las primeras instituciones democráticas de que se tiene noticia surgieron en la Grecia Antigua, en el siglo VI a. C. La base de toda la democracia griega era la soberanía popular activa. En aquellos tiempos, ya había un control de poder político, algo correspondiente a nuestro *checks and balances*; por eso, es de resaltarse la grandeza romana en esa esfera<sup>4</sup>.

Avanzándose un poco, el siglo XVIII asiste a dos grandes marcos históricos: la Revolución Francesa y la Independencia Americana, en que la democracia surge como limitador de los poderes gubernamentales, diferenciándose de la concepción romana, inicialmente propuesta<sup>5</sup>.

Según Bresser Pereira<sup>6</sup>, hasta el siglo XIX, no se podía hablar en democracia, sino más bien en liberalismo, “já que os direitos políticos de votar e ser votado eram limitados: nem as mulheres nem os pobres votavam. A ‘democracia’ era masculina e censitária”. De hecho, para este autor, la democracia es un fenómeno del siglo XX.

En ese contexto, se puede percibir que su surgimiento viene al encuentro del objetivo del refuerzo de la tutela de los Derechos Humanos, ya que la democracia es considerada la forma más apropiada para el mantenimiento y la concreción de esos derechos. De ese modo, ante la importancia alcanzada por tal instituto, pasamos a presentar su definición en los tiempos modernos.

Sin duda, el concepto de democracia ha evolucionado constantemente y seguramente su gran desafío en el siglo XXI no se resume a eso, sino a su concreción real y efectiva, teniendo en vista, especialmente, el fortalecimiento de la conciencia de los ciudadanos y de su papel en la sociedad.

Bobbio<sup>7</sup> considera la democracia un conjunto de reglas (primarias y fundamentales) que establecen quién está autorizado a tomar las decisiones colectivas y con cuáles procedimientos. Más adelante, el autor expone que su regla fundamental es la regla de la mayoría, en lo que tañe a las modalidades de decisiones. En ese sentido, podemos afirmar, de una manera considerablemente sencilla, que la democracia constituye el proceso de participación de los subordinados en la formación de la voluntad gubernativa. Su titular es el ciudadano en el papel de miembro de una sociedad.

En ese contexto, Przeworski<sup>8</sup> afirma que en una democracia las personas controlan el gobierno a través de elecciones. Sin embargo, éstas no constituyen el único instrumento de control del poder, pues existen mecanismos de gestión democrática previstos constitucionalmente, tema que se destacará más adelante. En otras palabras, se puede decir que la democracia se caracteriza como la síntesis del ejercicio del poder político realizado por el pueblo, a través de los principios de la igualdad y libertad, una vez que ella no puede existir desvinculada de los Derechos Fundamentales, porque la misma democracia, para tener eficacia, los necesita.

Ante la conturbada coyuntura social de la actualidad, el Estado Democrático Brasileño carece de una implementación de los mecanismos puestos a la disposición de los ciudadanos, bien así de una efectiva protección de todos ellos, como forma de concreción y protección del Principio de la Dignidad Humana. De ese modo, conviene corroborar, aunque de paso, los mecanismos que aseguran a los ciudadanos el derecho de participación popular.

A título de ejemplo, se pone a la lumbré el artículo 14 de la Constitución Federal de 1988, que trae los instrumentos de participación popular como iniciadores del proceso legislativo, y el artículo 29 del mismo diploma legal, que requiere la participación de los representantes de asociaciones populares en el proceso de organización de las ciudades. Existen aún otros elementos que se refieren a la participación de las asociaciones civiles, obligación que adquiere mayor importancia ante la esfera local.

4 ROSSATO, Elisiane Rubin. A democracia no século XXI. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n.20, 2004. p. 114.

5 Ibidem, p. 114.

6 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. B. (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999. p. 80.

7 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Traducción al portugués de Marco Aurelio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 18.

8 PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999. p.337.

A través de esos instrumentos ha sido posible la incorporación de nuevos ideales culturales surgidos en la sociedad, implementando, al menos formalmente, la democracia participativa. La propuesta es que descentralización y democratización caminen *lado a lado*, a fin de garantizar la formulación de políticas públicas eficaces, que contesten satisfactoriamente a los anhelos de la población y que sean capaces de precaver y combatir a la tan discutida exclusión social, sea por medio de la disminución de la pobreza, sea por la prevención de la delincuencia.

En ese sentido, Leal y Reck<sup>9</sup> dicen que la idea de Estado Democrático de Derecho, [...] como referimos antes, está asociada, necessariamente, à existência de uma Sociedade Democrática de Direito, o que de uma certa forma resgata a tese de que o conteúdo do conceito de democracia aqui se assenta na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, tanto na sua forma direta como na indireta, configurando o que podemos chamar de princípio participativo, ou, em outras palavras: democratizar a democracia através da participação significa, em termos gerais, intensificar a otimização das participações dos homens no processo de decisão.

Y, más adelante, siguen los autores<sup>10</sup> considerando que, para alcanzar tal intento, es preciso hacer con que la democracia sea más “densa”, creando “oportunidades materiais de acesso da população à gestão pública da comunidade” y “fórmulas prácticas de sensibilização e mobilização dos indivíduos e das corporações”.

Así, no basta que existan leyes que resguarden los derechos de los ciudadanos si ellos propios no actúan de forma consciente y participativa. Para la real aplicación de tales institutos, se necesitan esfuerzos conjuntos del Estado y de la población, además del desarrollo de una nueva concepción de ciudadanía, democrática y eficaz en el designio primordial de la concreción del principio de la Dignidad Humana.

En esos parámetros, los fundamentos de la República Federativa de Brasil están expuestos en el artículo 1 de la Constitución Federal y sirven como “comandos-regla”, que admiten aplicabilidad inmediata. Entre todos los tópicos, este trabajo dedicará especial atención al inciso III, que instituye la Dignidad de la Persona Humana como tal, pues cuando se proceda al análisis de lo más importante de nuestra propuesta, tales premisas serán de fundamental importancia para su adecuada comprensión.

El legislador, al elegir el Estado Democrático de Derecho, ha previsto, además, que sus objetivos fundamentales se basan en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria que garantice el desarrollo nacional y sea capaz de erradicar la pobreza y la marginación, reduciendo, así, las desigualdades sociales, teniendo siempre como norte el Principio de la Dignidad de la Persona Humana.

De ese modo, tal principio consiste en el valor absoluto de la Constitución Brasileña, que nunca cede espacio para los demás. Este es un valor subordinante, o aún, es considerado como el mandamiento nuclear de la Constitución.

Para Sarlet<sup>11</sup>, la dignidad, “como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade”. Ésta, por lo tanto, es considerada como condición humana, facultando (y debiendo) ser reconocida, respetada, promovida y protegida, “não podendo, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”. En otras palabras, el autor nos viene informar que todos somos iguales en dignidad.

Por lo tanto, como antes referido, es con esa acepción de valor supremo que nuestro ordenamiento jurídico trabaja y orienta toda la interpretación del sistema. Y teniéndolo en cuenta, no podría ser diferente en el trato de la cuestión de la Infancia y de la Juventud, principalmente, por tratarse de personas en desarrollo que necesitan tener su dignidad respetada más que todo.

Pensamos ser oportuno, haciéndolo de forma sucinta, aseverar la conexión entre el Estado Democrático de Derecho y el Principio de la Dignidad Humana, ya que el primero es, necesariamente, un sistema normativo abierto, compuesto de reglas y principios. Resaltamos, sin embargo, que no abordaremos esa cuestión con la profundidad que se merece: primero porque las limitaciones deben ser hechas en observancia al mantenimiento del foco de un trabajo; segundo porque nos parece inequívoca la supremacía del valor de la Dignidad Humana en la Constitución Brasileña.

Además, pensamos ser adecuado destacar, por fin, que es por medio del uso de los principios que la Constitución actualiza sus contenidos. Es en esa búsqueda por nuevos significados ella gana vida y fuerza para

9 LEAL, R.; RECK, J. R. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, R.G.; REIS, J. R. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 968.

10 LEAL, R.; RECK, J. R., loc. cit.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117-118.

continuar a ser el cimiento del Estado y de la vida social. Y, como los principios son el sustentáculo del sistema jurídico, elegimos demostrar esa correlación por medio del Principio de la Dignidad Humana, puesto que su falta de eficacia (que se demostrará adelante) acarrea el flagrante descompás entre la norma y la realidad de los Niños y de los Adolescentes brasileños.

En ese paso, como subrayado en otra parte, no se constituye objetivo de nuestro trabajo profundizar la problemática de la eficacia de tal principio, pero, eso sí: situar y reflexionar sobre el problema específico en el campo del Derecho de la Infancia y la Juventud.

Por fin, desde ya cumple apuntar que, coherentemente con la posición de valor supremo, no sólo la Dignidad de la Persona Humana se encierra en el texto de la Magna Carta de 1988, pero también todos los Derechos Fundamentales; es preciso, además, hacer referencia a las barreras contra su concreción, cuales sean, inicialmente, la pobreza y la exclusión social sufridas por nuestros Niños y Adolescentes.

## Una mirada sobre la exclusión social: más allá de la pobreza – la necesidad de un nuevo paradigma

El presente tema, que ahora se define, pretende contextualizar el concepto de exclusión social de manera a verificar su estrecha relación con la pobreza. Se advierte, en ese contexto, que, por veces, no haremos mención expresa a qué tipo de “excluidos” nos estamos refiriendo. Utilizaremos, pues, el término de manera generalizada.

Es sabido que el Estado siempre ha sido protagonista de la vida cotidiana, o sea, él siempre ha hecho parte de la construcción de la sociedad a través del espacio público y, a veces, incluso representando o interviniendo en el campo de lo privado. Tanto es así que sufrimos las consecuencias de la nueva formulación de variadas formas, porque todos los problemas sociales que hieren un país son consecuencia de la administración y del modelo de Estado adoptados. Como ejemplos, podemos citar la violencia, la miseria, la pobreza y el desempleo, entre tantos otros problemas que asombran nuestra sociedad pluralista.

La sociedad brasileña, en especial, se caracteriza por ser una sociedad de exclusión social, de negación de la solidaridad, reflejada no solamente en la historia política, sino también en la historicidad económica y social, profundamente excluyente y concentradora.

Para tal concepción, no hace falta que nos detengamos sobre el reconocimiento del carácter estructural de esa exclusión, haya vista que su concepción no es un fenómeno considerado nuevo. Al revés, esa cuestión adviene desde la injerencia del capitalismo. Pero se resalta que ello es resultado de un conjunto de factores, que no son necesariamente económicos.

El concepto de exclusión social hoy, para Sposati, se afronta con la concepción de universalidad, de multiculturalismo, y con la negación de los derechos sociales y de ciudadanía. Por lo tanto, para ese autor, “a exclusão é a negação da cidadania”<sup>12</sup>.

La asertiva mencionada es plena de razón, porque es en ese contexto de negación de Derechos Fundamentales y de pobreza vivida por cierta parcela de la población que se empieza a hacer evidente que, no obstante la soberbia de decirse “Estado Democrático de Derecho”, nos parece que estamos lejos de la real implementación de los referidos derechos contemplados por la Carta Magna. Y, para que esos preceptos no continúen como simples normas programáticas, una de las premisas fundamentales pasa por la ponderación de las causas y de nuestro papel de ciudadanos en ese contexto.

Así, la mejor solución sería acabar con los millones de miserables y transeúntes que siquiera poseen un techo, quizá el conocimiento del derecho a la morada digna y a la dignidad humana y que, muy a menudo son recordados por el Poder Público como cifras que sirven de fundamento para las encuestas sociales. Pero eso no se resuelve en un simple pase de magia; es necesario, sobretodo, mucha voluntad política, motivación y persistencia para actuar en consonancia con los preceptos que la Constitución Federal torna disponible.

En verdad, el destino de los excluidos permanecerá trazado si nada profundo y serio fuere llevado a cabo para cambiar ese cuadro. Hace falta romper con la tradición de la asistencia social que se desdobra en “población-blanco”, pues no será por medio de la oferta asistencial que se atacará esa situación, visto que el problema, el origen, es más profundo.

12 SPOSATI, Aldaíza. Exclusão social abaixo da linha do Equador. Disponible en el sitio: <[http://scholar.google.com.br/scholar?q=pobreza+exclus%C3%A3o+social&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt&start=10&sa=N](http://scholar.google.com.br/scholar?q=pobreza+exclus%C3%A3o+social&hl=pt-BR&lr=lang_pt&start=10&sa=N)>. Acessado en: 17 set. 2006.

Esa tentativa de desplazamiento del tratamiento social basado en la acción posterior tampoco es reciente. Es mucho más fácil, realista y cómodo intervenir sobre los efectos de una disfunción social, que actuar en su prevención, ya que ésta exige políticas implementadas con seriedad y competencia. Además, los resultados se muestran más “rápidos” con la oferta de medidas asistenciales, en vez de la inversión en educación. Dicha postura no concurre para un cambio cultural, que seguramente necesitaría de muchos años para presentar resultados.

De hecho, lo que hace falta, como recuerda Morin<sup>13</sup>, es comenzar por cambiar el pensamiento de la forma cómo pensamos. La flagrante redundancia se justifica por la urgencia de ese postulado. En las palabras de Morin: quanto mais multidimensionais se tornam os problemas, maior a incapacidade para pensá-lo em sua multidimensionalidade; quanto mais progride a crise, mais progride a incapacidade para pensá-la; quanto mais globais se tornam os problemas, mais impensáveis se tornam. A inteligência cega se torna, assim, inconsciente e irresponsável, incapaz de encarar o contexto e complexos planetários.

De acuerdo con esa definición, antes de todo, necesitamos alterar nuestras propias concepciones sobre los problemas sociales, ya que, muchas veces, la sociedad da aporte a la marginalidad, insuflando la idea de que al Estado (y solamente a él) cumple solucionar tales conflictos. Eso corresponde al olvido de la noción de sociedad civil organizada y un refuerzo a la reducción de la ciudadanía como derecho a votar y nada más. Morin<sup>14</sup> aún menciona: “a reforma do pensamento contém uma necessidade social-chave: formar cidadãos capazes de enfrentar os problemas de seu tempo. Com isso, tornar-se-ia possível frear o debilitamento da democracia que suscita, em todos os campos da política”.

Para promover una nueva transdisciplinaridad es menester un nuevo paradigma que, seguramente, permita la ruptura con las concepciones anteriores de forma a propiciar la apertura hacia lo novedoso. Dicho de otra manera, se busca la sustitución del pensamiento egoísta por otro, de índole solidaria. El precio que se paga por la reproducción de certezas es muy alto, porque no se avanza hacia la solución de los problemas y cuando mucho se consigue mantenerlos. Es en esa órbita que se hace de extrema valía la correlación con las palabras de Foucault<sup>15</sup>, al decir que la fuerza del poder adviene solamente de nosotros y que la búsqueda de la “verdad real” necesita ser reflexionada por la persona en su íntimo, de modo que cada ciudadano pueda adecuarse a esa nueva conciencia de manera pacífica, sin la necesidad de imposición de la acción por parte del Estado.

Sin embargo, conviene aseverar que esa nueva conciencia debe formarse a los poquitos, pues de nada vale la imposición de medidas que no contribuyen con la disminución de la exclusión y de la propia pobreza. Es preciso, pues, innovar para que los preceptos de la Carta Magna no sean considerados como letra muerta.

En esa coyuntura de exclusión, todavía se puede hacer una correlación con la idea de Santos<sup>16</sup>, ante esa lucha cultural de multiplicidad de conocimientos y de concepciones:

[...] mais do que nunca, importa construir um modo verdadeiramente dialógico de engajamento permanente, articulando as estruturas do saber moderno/científico/ocidental às formações nativas/locais/tradicionais de conhecimento. O desafio é, pois, de luta contra a monocultura do saber, não apenas na teoria, mas como uma prática constante do processo de estudo, de pesquisa-ação. [...] O futuro encontra-se, assim, na encruzilhada dos saberes e da tecnologia.

Por lo tanto, la diversidad epistemológica es un hecho en potencial que el derecho moderno no puede negar; al revés, debe intentar encuadrar esa pluralidad de modo a poder compatibilizar todos los conocimientos que con él compiten, en el designio primordial de la concreción de los Derechos Fundamentales, especialmente el de la Dignidad Humana, ya que es éste el que estructura todo el ordenamiento jurídico.

En ese contexto, es posible afirmar que ese nuevo paradigma necesita encerrar una concepción abierta, que esté siempre apta a realizar la adecuación del objeto de análisis al caso concreto, una vez que, ante un contexto plural, se hace imprescindible dicha flexibilidad. Así, la visión emergente vuelve a llenar de valor la visión basada en la persona humana. Una prueba de lo referido es el hecho que la mayoría de las constituciones democráticas de la actualidad comportan en su texto – inseridas en las Cartas Constitucionales nacionales e internacionales – el Principio de la Dignidad de la Persona Humana como principio orientador a ser concretado.

13 MORIN, Edgar. *Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. Traducción al portugués de Maria da Conceição de Almeida y Edgard de Assis Carvalho (Orgs.). 3. ed. São Paulo: Cortez: 2005. p. 19.

14 Ibidem, p. 27.

15 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Traducción al portugués de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 07.

16 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Semear outras soluções. Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 54.

Elogiable, pues, la alternativa pensada por Santos<sup>17</sup>, en esa transición paradigmática, al proponer el “des-pensar del derecho”. Según el doctrinador, “o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa ser substituído por um novo conhecimento”. Y ese “nuevo conocimiento” necesita estar fundamentado en un “des-pensar” del viejo conocimiento aún hegemónico, que no acoge la existencia de una crisis de paradigma y que, sobretudo, se recusa a avistar el propio fracaso de sus ideas. Tal estado consiste en lo que Kant<sup>18</sup> refirió como la “teoría del caos”, justamente por ser un período de desorden, extremadamente necesario para la demostración de la crisis del viejo sistema. Además, resalta Kuhn<sup>19</sup> que esa transición es fundamental al éxito del nuevo paradigma.

Entonces, la alternativa para Santos, a pesar de constituirse en una tarea de complejidad epistemológica, es el “deshacer” total de las bases de ese “viejo conocimiento”. Hay que resaltarse que, según el referido autor, “o momento destrutivo desse processo de “des-pensar” precisa ser disciplinado, “ao passo que o seu momento construtivo deve ser indisciplinar: o processo de “des-pensar” equivale a uma nova síntese cultural”.

En ese aspecto, es interesante inclinar la mirada hacia una perspectiva más crítica sobre el discurso de la exclusión, que puede ser relacionado con la comprensión de la obra de los autores referidos y con las palabras de Foucault<sup>20</sup> sobre el poder del lenguaje, de la manipulación de quien lo emplea y, principalmente, del poder ejercido por las personas que detienen esa fuerza. La “voluntad de verdad” expresada por el filósofo francés “é também reconduzida, mais profundamente sem dúvida, pelo modo como o saber é aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo atribuído”. En otras palabras, esa “voluntad de verdad” de Foucault puede ser equiparable al cambio de paradigma de la concepción de Santos y de Kuhn, presentadas anteriormente.

Es decir, la exclusión, más allá del *status* de la pobreza, así lo es debido al “estereotipo” o a la propia “teoría del estereotipo”<sup>21</sup>, que está considerada “uma forma de discriminação negativa que obedece a regras estritas de construção”<sup>22</sup>.

Además, necesitamos tener en cuenta que las intervenciones en las poblaciones más vulnerables, por medio de medidas de discriminación positiva son relevantes, desde que no constituyan *status* de excepción. En la práctica, eso no es tan simple, pues revolotea la cuestión de la eficacia de las políticas de inserción con vistas al reintegro para el régimen común<sup>23</sup> y que, sobretudo, descata al Principio de la Igualdad. Es inquietante cuestionar la pertinencia o herejía contenida en tales medidas en que unos son preteridos con relación a otros.

Por fin, podemos decir, fundamentado en las ideas de Sposati<sup>24</sup>, que hay una distinción entre exclusión social y pobreza, justamente por el hecho de la primera referirse a la discriminación y a la estigmatización, mientras la pobreza define una situación absoluta o relativa. Por lo tanto, no podemos reconocer esos conceptos como sinónimos, porque la exclusión es un tema anterior a la pobreza y alcanza, sobretudo, valores culturales más allá de la miseria.

Como se nota, pobreza y exclusión social no son conceptos idénticos, aunque existan algunas conexiones entre ellos. Se puede decir, en ese sentido, que la pobreza es el resultado de una calidad de organización social de la producción y de acumulación de capital de carácter estructuralmente dependiente y excluyente, ya que la riqueza y la renta están concentradas entre las clases dominantes, acarreada con los procesos de globalización económica.

Tras esas consideraciones con vistas a hacer un boceto sobre los conceptos y ponderaciones propuestos, pasamos, de inmediato, a considerar las peculiaridades de las prácticas que colaboran para la discriminación de los Niños y de los adolescentes en Brasil.

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 186.

18 Apud HELFER, Inácio. *Dialética, caos e complexidade*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 177-191.

19 KUHN, Thomas. A cientificidade entendida como vigência de um paradigma. In: OLIVA, Alberto (Org.). *Epistemologia: a cientificidade em questão*. São Paulo: Papyrus, 1997. p.103-129.

20 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Traducción al portugués de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996. p. 9-10; 17.

21 Así nombrada em otra oportunidad. ( Ver COSTA, Marli M. M. Políticas públicas de prevenção da delinquência juvenil. In:\_\_\_\_. *Direito, cidadania e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006. p. 9-20).

22 BELFIORE, M.; BOGUS, L.; YAZBEK, M. C.; CASTEL, R. *Desigualdade e a questão social*. São Paulo: EDUC, 2004. p.42.

23 BELFIORE et al, *Ibidem*, p. 48.

24 SPOSATI, Aldaíza. Exclusão social abaixo da linha do Equador. Disponible en el sitio: <[http://scholar.google.com.br/scholar?q=pobreza+e+exclus%C3%A3o+social&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt&start=10&sa=N](http://scholar.google.com.br/scholar?q=pobreza+e+exclus%C3%A3o+social&hl=pt-BR&lr=lang_pt&start=10&sa=N)>. Acessado en: 17 set. 2006.

## Prácticas que colaboran para la discriminación de los niños y de los adolescentes y su consecuente delincuencia

Anteriormente ya observamos la peculiar situación en la que el adolescente se encuentra. Sin embargo, debido a la importancia que el tema encierra, optamos por resaltar las condiciones que pueden influenciar positiva o negativamente el desarrollo del carácter del niño y del adolescente.

Sabemos que la adolescencia es una etapa de la vida humana muy delicada, y por la cual todos los adultos han pasado. Justamente por ser un período marcado por grandes transformaciones y descubiertas es que se dispensa una grande atención a ella. Está asociado a eso todo el hecho de normalmente ser en esa época la elección del porvenir profesional. Así, a partir de esas premisas, convienen algunas ponderaciones acerca de qué ocurre en nuestro alrededor, no sólo con relación a la violencia cometida por los menores, como también sobre las agresiones a que ellos son sometidos.

En ese momento, necesitamos recordar que la situación brasileña es agravada por muchos factores. La educación pública se encuentra en posición inferior a los patrones de calidad<sup>25</sup>; el sistema de salud está en crisis; no hay empleo para los padres, ni perspectivas para la gran mayoría de niños y adolescentes que sólo aprende a convivir con la exclusión social a que su familia está sometida.

Según Veronese<sup>26</sup>:

a discriminação de pessoas humanas em razão de sua carência ou total ausência de bens e recursos financeiros é reveladora de um quadro de darwinismo social, pois passamos a desconsiderar pessoas que nada possuem. Tal sociedade, que valoriza unicamente o sentido material da existência, tende-se a coisificar os seres humanos e conseqüentemente tudo se torna descartável, os vínculos afetivos, os sentimentos, as condutas a até mesmo as instituições. Tudo passa a se definir como um grande mercado, onde todos e tudo têm um preço, um valor monetário medido pela capacidade de consumo e não mais um “valor” enquanto seres humanos.

Es frente a ese cuadro económico que nuestros niños y adolescentes se forman como personas. Muchas veces, más allá de todas las cuestiones financieras, se añade la verdadera falta de referencial dentro de sus propias casas.

De esa forma, concluimos que la desigualdad económica y social, frutos del capitalismo salvaje que se instaló en los últimos tiempos, ha llevado millones de niños y adolescentes a vivir en condiciones precarias, pues esas cuestiones han influenciado derechamente adentro de las casas de aquéllos que son afectados, principalmente, por el desempleo. Muchos jóvenes crecen aprisionados en viviendas inadecuadas, asistiendo a los medios de comunicación que hacen llamados frecuentes para la ola de consumismo, sin poder consumir, sufriendo prejuicios, faltando calidad para la enseñanza y sobreviviendo a un ambiente familiar problemático. Eso todo sin hablar de los malos tratos y del uso incontrolado de drogas y de bebidas alcohólicas.

Cualquier persona mediana es capaz de afirmar que los valores enseñados a los niños dentro de sus propias casas serán determinantes para sus conductas en un porvenir muy cercano. ¿Qué podemos esperar de un joven crecido en el ambiente descrito anteriormente? Ciertamente, sólo con un valor moral muy grande y con una buena educación alguien que así se desarrolla no entrará en el mundo de la delincuencia.

Las causas de la exclusión social, como vemos, son varias, pero la desigualdad socioeconómica es considerada, por algunos estudiosos la principal forma que acaba incentivando los menores a la práctica de infracciones, revelando la débil estructura de esos seres en condición peculiar de desarrollo.

La delincuencia se constituye uno de los grandes problemas sociales de nuestro tiempo. Sus costos, tanto de índole económica como humana, son extraordinarios. Los Estados deberían mantener una estructura legal y reeducadora que hiciera algo para impedir el delito y, cuando eso no fuera posible, que se permitiera la esperanza en la recuperación social de los infractores. Por otro lado, en el campo humanístico, las actividades ilegales desconectan los jóvenes de sus familias y de sus amigos, afectando negativamente a su autoestima y perjudicando el bienestar psicológico y social de las víctimas.

Frente a esa realidad, los datos disponibles sobre niños y adolescentes brasileños, según el CONANDA<sup>27</sup> (Consejo Nacional de los Derechos del Niño y del Adolescente), “ainda revelam uma verdadeira apartação entre

25 En reciente estudio realizado por la UNESCO datos revelan una posición de hacer vergüenza a nuestro país, pues hay un 50% de jóvenes brasileños en la banda de los 15 años abajo del llamado “nivel 1” de alfabetización. FIUZZA, Tatiana. A violência, a criminalidade e o menor. *Revista Consulex*, ano VIII, n. 166, 15 dez. 2003. p. 22.

26 VERONESE, Josiane Rose Petry. Discriminação e atentados ao exercício da cidadania da Criança e do Adolescente In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 659.

27 CONANDA. *Diretrizes nacionais para a política de atenção integral à infância e à adolescência*. Brasília: [s.n.], 2001-2005. p. 18.

as conquistas jurídicas institucionais e a eficácia das políticas públicas sociais para efetivar direitos e proteção integral”.

Así, ante la disposición postmoderna que se presenta, con la inmensa valorización del “tener” sobre el “ser”, pasamos a analizar algunos paradigmas consecuentes de esa ideología, que pueden influenciar en la discriminación de los niños y de los adolescentes, propiciando la exclusión social, la pobreza y la delincuencia juvenil.

El Sistema de Informaciones para la Infancia y la Adolescencia (SIPIA) consiste en un sistema de registro y de control de la situación de protección del niño y del adolescente, bajo la perspectiva de la violación de sus derechos<sup>28</sup>. Según ese órgano, existen formas múltiples de opciones discriminatorias. Analizaremos, en la secuencia, las de mayor destaque.

En esa línea, podemos traer el hecho del acceso a los bienes materiales de consumo, pues en la sociedad industrializada los avances tecnológicos circulan con una velocidad impresionante, conduciendo a los jóvenes (que están en constante exposición a los medios de comunicación) a que quieran los bienes presentados por la prensa.

Otro aspecto que conviene destacar es la humillación dentro de la familia que, según Veronese<sup>29</sup>, “se configura quando há diferenciação no tratamento dispensado aos filhos, com uma resultante negativa para alguns deles – impedimentos de ir à escola, atribuição de certas tarefas domésticas mais pesadas para alguns do que para outros”. Además, el aislamiento y el tratamiento desigual en el ámbito de la convivencia familiar y a nivel comunitario están equiparados a esa designación.

Negar tal oportunidad a los niños y a los adolescentes implica fracasar no sólo ante el desarrollo de sus personalidades, como también ante el ejercicio futuro de una ciudadanía activa. El tratamiento desigual también puede llevar a las mismas consecuencias, y eso aún ocurre en nuestra sociedad. El hecho de diferenciar un hijo del otro, por sus calidades, o al contrario, por sus defectos, es lo que caracteriza tal instituto.

En este campo, el impedimento del niño y del adolescente de relacionarse con otras personas puede conducir a una situación de violencia psicológica. Para Cardoso<sup>30</sup>, “a violência psicológica é uma das formas mais comuns de violência praticadas contra criança e adolescente”. Pero, según la autora, ésta “é uma das mais difíceis de ser detectadas por seu aspecto subjetivo e por não deixar marcas visíveis facilmente”.

A seguir, Cardoso<sup>31</sup> considera que es posible percibir, en ese contexto, una omisión de ámbito político, respecto al incentivo de denuncias sobre esos casos, visto que eso iría sobrecargar los servicios destinados al soporte a las víctimas. Se prefiere, entonces, una vez más, priorizar los servicios que traten de violencias físicas.

Por fin, podemos citar como otras causas que aportan para la discriminación de esos sujetos el impedimento a la educación, a la salud, a la alimentación, al ocio, a la cultura, a la dignidad, al respeto y a la libertad. Pero, de tan básicos que son, no sólo a los niños y a los adolescentes como también a todos los seres humanos, ellos dispensan mayores comentarios sobre.

Ante todo, se deduce la necesidad urgente de trabajarse en la prevención de la delincuencia juvenil. Lamentablemente, esos dos conceptos (prevención y delincuencia) no son empleados paralelamente en la literatura científica, ni en los distintos programas sociales emprendidos. En el caso de la delincuencia juvenil, los infantes son estereotipados tanto por las conductas antisociales (huir de casa, huir de la escuela, consumir alcohol y drogas, entre otros ejemplos), como también por las conductas que violan las leyes de una sociedad, sin importar, para la gran mayoría de las personas, las causas que los llevaron a tal comportamiento.

En ese sentido, basta que se cometa cualquiera acto de infracción para que la sociedad clame por la adopción de medidas radicales y simplistas, colocándose la violencia juvenil como el gran problema de la violencia existente en la sociedad. Sin embargo, las personas se olvidan que en momentos difíciles y agudos se exige una ponderación más elevada, y que, muchas veces, los jóvenes son víctimas antes de ser criminosos. Además, no se resuelven los problemas sociales tan sólo con el derecho penal máximo, pues las raíces de los problemas son más profundas.

28 Se trata de un proyecto estratégico bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia y la Secretaría Nacional de los Derechos Humanos/Departamento del Niño y del Adolescente que tiene como base para su funcionamiento los Consejos Tutelares, para los cuales son conducidas las demandas sobre violaciones a los derechos asegurados en el *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA). Se pretende con la instalación de ese sistema en todo el país conseguir que informaciones agregadas puedan fluir del nivel municipal para el estatal y desde este para el ámbito federal. El SIPIA posee tres objetivos principales: “- estructurar en la base la política de atender a los derechos, o sea, posibilitar la más objetiva y completa lectura posible de la queja o situación del niño y del adolescente, por parte de este Consejo Tutelar; - encaminar la aplicación de la medida más adecuada con vistas a resarcir del derecho desconsiderado para sanar la situación en que se encuentra el niño o adolescente; - subsidiar las demás instancias – Consejos de Derechos y autoridades competentes – para formular de políticas de bien atender. Apud VERONESE, Ibidem, 2000. p. 660.

29 VERONESE, Ibidem, 2000. p. 661.

30 CARDOSO, Ricardo apud *Pesquisa e diagnóstico sobre crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social em Santa Maria/RS: construindo a cidadania*. Santa Maria: [s.n.], dez, 2003. p. 29.

31 Ibidem, p. 30.

No se pretende, como ya se ha dicho, encontrar soluciones mágicas para todos esos problemas. Pero se busca argumentar y reflexionar sobre los varios aspectos que esa postura nos plantea.

Entonces, nos parece que no sólo el Estado sino toda la población deberían involucrarse con la búsqueda de protección a los intereses de esos jóvenes ciudadanos, en proceso peculiar de desarrollo, por medio de políticas públicas locales que planteen corregir esos equívocos, propiciando la efectividad de sus derechos. Sin embargo, para tal intento, hace falta una mayor inversión en programas y acciones que sean capaces de precaver la delincuencia juvenil, y no solamente retrasar sus efectos.

Tras esos apuntes, pasamos al abordaje de la paradoja de las previsiones constitucionales *versus* la realidad brasileña.

## El Derecho Constitucional a la dignidad humana: los dispositivos constitucionales *versus* la realidad brasileña

En consecuencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, países como Brasil reconocieron el derecho a la dignidad de todos los ciudadanos, bien como de un nivel de vida adecuado, incluyéndose ahí el derecho a la alimentación, al vestuario, a la salud, y a la vivienda, entre tantos otros.

De esa forma, hace falta un abordaje, aunque breve, por los Derechos Fundamentales específicos del Niño y del Adolescente. Ello es importante justamente por la peculiaridad de los sujetos involucrados, siendo posible diferenciar tales derechos de aquéllos de los adultos. Conforme Machado<sup>32</sup>, “podemos dizer que crianças e adolescentes gozam de maior gama de direitos fundamentais que os adultos”.

Es cierto que los niños y los adolescentes son abarcados por todos los derechos reconocidos al ser humano en general. Y no se podría interpretarlo de manera diversa, haya vista al principio de la igualdad inscrito en el *caput* del artículo 5º, de la Magna Carta.

Inicialmente, conviene recordar que entre dichos derechos especiales se encuentra el derecho a la convivencia familiar, previsto en el *caput* del artículo 227 de la Constitución Federal. Para Machado<sup>33</sup>, tal derecho se constituye en “direito essencial de crianças e adolescentes, portanto, um dos direitos de personalidade infanto-juvenil, própria dela porque tem pertinência somente com ela, não com a personalidade dos adultos”.

En esa misma orden de ideas, se hacen relevantes las palabras de Nery<sup>34</sup> al resaltar la importancia de la estructura familiar:

a família constitui-se em alargamento das esferas das pessoas. O reconhecimento da personalidade humana impõe uma conexão com o reconhecimento da família. Isto em virtude da inafastável realidade de que a vida humana começa e tem condições efetivas de viabilidade no ambiente familiar. [...] A proteção constitucional da infância e da juventude, bem como a da Família, que a nossa Magna Carta tanto preza, objetiva, por certo, o amparo dessa realidade intrinsecamente ligada à cláusula geral da tutela da pessoa humana.

En ese paso, cumple destacar que el Texto Constitucional brasileño de 1988 trajo, en su artículo 226, notables cambios en el derecho de familia, consagrando una especial protección a ella y considerándola como la base de la sociedad que recibe protección especial del Estado<sup>35</sup>. Antes de su promulgación, las decisiones de la sociedad conyugal cabían solamente al hombre; ahora, el hombre dejó de ser la “cabeza de la pareja”, compartiendo esa función en igualdad de condiciones con la mujer.

Así, hay que notarse una estrecha correlación entre las disposiciones del artículo 226 y el derecho a la convivencia familiar, asegurado en el *caput* del artículo 227. En otras palabras, ese derecho no se restringe solamente

32 MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003. p. 153.

33 *Ibidem*, p. 154.

34 NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. A proteção civil da vida humana. In: \_\_\_\_\_. *A vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 457.

35 “Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). [...] O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade.” (RE 248.869, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 12/03/04).

a su contexto, pero acaba reflejándose en otros puntos de la Constitución Federal que, en nuestra opinión, son implicaciones concretas de los Derechos Fundamentales de los Niños y de los Adolescentes<sup>36</sup>.

Definida esa importancia, el legislador patrio reafirmó tales preceptos en el Estatuto del Niño y del Adolescente, específicamente en los artículos 19 y 25. De ese modo, es posible afirmar que esa conformación a la convivencia familiar se constituye bajo el amparo de la doctrina de la protección integral.

Luego, podemos comparar el derecho a no trabajar en la infancia y el derecho a la profesionalización como otros dos derechos específicos de las personas comprendidas en esa peculiar condición de desarrollo. Así, como observa el artículo 1, inciso IV, de la Constitución Federal, el valor social del trabajo se constituye en uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho. Tales valores fueron registrados “de forma conjunta a fim de que haja uma relação de harmonia e cooperação entre mão-de-obra e os detentores do capital, explicitando, assim, um os elementos sócio-ideológicos da Constituição”<sup>37</sup>. Además, todavía existe previsión legal análoga en los artículos, 5, XVIII, 6, 7, XXX, 170 y 193 de la Constitución Federal.

A partir de esas informaciones es necesario desmenuzarlas de forma a trabajar los derechos exclusivos del niño y del adolescente en ese contexto. Sabemos que el trabajo es la gran fuente productora de toda la sociedad humana y, a un sólo tiempo, el productor de mucha exclusión social. Sin embargo, aquí se analiza el revés, o sea, el derecho al no-trabajo.

De ese modo, es necesario aclarar la distinción empleada por los autores, de que a los Niños y a los Adolescentes, hasta los 14 años, sea garantizado el derecho al no-trabajo, al paso que a los adolescentes comprendidos en la banda de 14 a 16 años de edad, es asegurado el derecho al trabajo protegido. Así, queda evidente que la protección del artículo 7, inciso XXX, de la Constitución Federal, se refiere solamente al segundo grupo y que de esa forma la norma contempla una discriminación positiva, que sólo viene al encuentro de la protección de los Derechos Fundamentales y de la valorización de la Dignidad Humana de los mismos.

Además, hay el amparo de la prohibición de trazarse diferencias entre la equiparación de sueldo y de ejercicios compatibles con las funciones, independientemente de la edad del trabajador. Esas seguridades, por lo tanto, son extensivas a los adolescentes, pues el inciso anterior es claro al prever, entre las prohibiciones en la admisión, los motivos de edad.

Nos parece oportuno destacar que el orden constitucional no deja de reconocer el valor del trabajo de los menores de edad, porque (aun cuando ejercido en condiciones de violación a los preceptos constitucionales y laboral) no podemos ser puritanos a punto de pensar que eso ya no existe - quizás esa conciencia haya llevado el legislador a prever consecuencias al empleador cuando postuló la posibilidad de derechos laborales y de la seguridad social a aquellos que ejercen el trabajo prohibido. Incluso hay la previsión de responsabilidad civil para el empleador por la reparación del daño.

Por fin, podemos incluir como garantías del derecho al trabajo protegido el hecho de haber conocimiento previo de prohibición de trabajo nocturno, peligroso o insalubre, conforme se deduce de la lectura del inciso XXXIII, primera parte, del artículo 7 de la Constitución Federal Brasileña. En redacción muy semejante, el ECA también incluyó entre las prohibiciones la imposibilidad de que el adolescente ejerza trabajo penoso (art. 67), además de las prohibiciones constantes en los incisos III y IV, respecto a los locales y las horas perjudiciales al desarrollo de los adolescentes.

En lo que tañe al derecho a la profesionalización, fue el propio *caput* del artículo 227, de la Constitución Federal, que nos trajo dicha previsión legal. Según Machado<sup>38</sup>, podemos agregarlo al catálogo de tales derechos, justamente por no haber legislación positiva semejante para los adultos. Además, los desdoblamientos de esa previsión se extienden a otros artículos, como el art. 205, *caput*, *parte final*, y el art. 214, IV, todos de la Constitución Federal. Incluso, nos parece pertinente recordar que el ECA (art. 53) reafirma esos conceptos, ciertamente basados en el artículo XXVI de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre<sup>39</sup>.

Existen, además, los derechos relativos a la tutela de libertad de los niños y de los adolescentes que por abarcar personas en proceso peculiar de desarrollo son sometidos a la legislación especial, cuando haya un acto de infracción.

36 De ahí que Machado sostiene que el derecho al convivir en familia tiene implicaciones también en el derecho civil, aunque la mayoría de los civilistas no lo reconozcan. Cita, como ejemplo, “a vedação, por força das disposições constitucionais, da odiosa discriminação que anteriormente era feita à mãe solteira ou ao pai viúvo”, muitas vezes, impedidos por força de decisão judicial de exercer a guarda sobre seus próprios filhos, “quando sobre ela litigavam com outros parentes da criança, especialmente avós – sem que houvesse nem de longe, arranhado os deveres do pátrio poder”. Ou, ainda, o fato da “necessária revisão do emprego do conceito da culpa do cônjuge na separação do casal como critério definidor da guarda dos filhos”. Machado, *Ibidem*, p. 159.

37 CHIMENTI, R. C. et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34.

38 *Ibidem*, p. 187.

39 “o direito à educação fundamental, de forma gratuita e obrigatória, à educação técnico-profissional generalizada e à educação superior, que deve assegurar a igualdade para todos, baseada em méritos individuais”.

En esa acepción, cumple hacer un apunte: en la opción metodológica de este trabajo, con las consecuentes limitaciones que ella impone, buscamos reflexionar sobre la cuestión de la importancia de la concreción de los derechos fundamentales del niño y del adolescente, con el anhelo de realzar la efectividad de la Dignidad Humana.

Vemos que existen diversas herramientas legales aptas a la concreción de los Derechos Fundamentales de los niños y de los adolescentes. Sin embargo, lo que se percibe en el cotidiano es la ineficacia de esos derechos, la poca voluntad política frente a esas cuestiones, y la escasez de políticas públicas que se muestren de acuerdo con la peculiar condición de los seres humanos que abarcan.

Es inconcebible hablar en concreción de la Dignidad Humana si no existen acciones gubernamentales organizadas para ese intento. Leal y Reyes observan que el Estado brasileño “tem uma intervenção mínima, tão-somente para assegurar o cumprimento dos pactos, não agindo enquanto eles não forem denunciados, não interferindo, como regra, nas condições e nos termos do acordado”<sup>40</sup>, o sea, institucionalizando la política de mantenimiento del *status* social y económico.

En ese sentido, se percibe que los administradores, como entes estatales, poco han hecho para cambiar el triste cuadro actual. Así, se destrozan las posibilidades de acceso de los desamparados a los Derechos Fundamentales y del rescate a su dignidad. Y ¿por qué no hablar igualmente en la recuperación del derecho de la ciudadanía, ya que la democratización y la descentralización caminan juntas, tomadas de las manos?

Pero hace falta destacar que las dinámicas de justicia y (re)educación previstas en la legislación vigente en nuestro país no tienen posibilidades prácticas de aplicabilidad de forma eficaz en el contexto social. El grande equívoco (no sólo de la población en general, pero también de muchos gobernantes) es creer que “las leyes todo resuelven”, bastando la edición de una ley más rígida para acabar con el problema de la violencia, por ejemplo. Pero es todo al revés: necesitamos de equilibrio y sensatez para que la democracia sea ejercida correctamente.

De hecho, se percibe que la aproximación entre Estado y sociedad es, sin duda, uno de los paradigmas posibles de concreción y de fortalecimiento no sólo del Principio de la Dignidad Humana, como también de todo el ámbito de los Derechos Fundamentales y Humanos. Pero, para tanto, los papeles de cada uno deben estar íntimamente relacionados con en el crecimiento de la ciudadanía.

Y lo que se percibe, en último análisis, de acuerdo con Sarlet<sup>41</sup>, “é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas”, donde no sólo la intimidad sino también la propia identidad “forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço” al principio de la Dignidad Humana “e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças”.

## Consideraciones finales

Haya vista la grandeza que el tema encierra, bien así sus múltiples implicaciones, tenemos conciencia de que muchos puntos pueden haber quedado en abierto, pues apenas razonamos sobre algunos aspectos que consideramos esenciales para la aprehensión de la propuesta.

Como vemos, la República Federativa de Brasil, aun siendo un Estado Democrático de Derecho, está distante y, por veces, incluso parece indiferente frente a la concreción de los Derechos Fundamentales y Humanos contemplados bajo la unívoca redacción del texto constitucional. Ello se acentúa con relación al Derecho del niño y del adolescente, pues, aún hoy, la gran cuestión que se refleja es: ¿cómo tornar efectivos a todos esos nuevos derechos?

En la secuencia, delimitamos nuestra mirada hacia la existencia de la pobreza y de la exclusión social, posibilitando el surgimiento de un nuevo paradigma, de un nuevo discurso de poder que sea capaz de enfrentar el multiculturalismo de la sociedad moderna, de forma que esté disminuida la distancia existente entre los excluidos y el acceso a los Derechos Fundamentales.

En esa estera, buscamos citar algunos factores que acentúan la práctica de la delincuencia juvenil y luego hicimos un boceto de la aparente paradoja entre el texto de la Constitución Federal y la situación de millares de brasileños que son los verdaderos destinatarios de los fundamentos y objetivos constitucionales previstos en el texto.

40 LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. Possibilidade de enquadramento da responsividade democrática da sociedade e do Estado no Brasil. In: \_\_\_\_\_, *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 955. Tomo 4.

41 *Ibidem*, p. 113.

Por fin, pensamos ser suficiente a la concreción de tales derechos el establecimiento de una voluntad política que sea capaz de sobreponerse a la falta de recursos económicos, objetivando, primordialmente, el encuadramiento de los excluidos como destinatarios de los aludidos derechos, una vez que existen mecanismos legales que denotan posibilidades reales de fomento a la concreción del Derecho a la Dignidad Humana. Aunque para ello sea necesario el acceso al Poder Judicial, con fines a que se proporcione a todos los ciudadanos, por lo menos, un nivel mínimo de dignidad.

## Referencias

- BELFIORE, M.; BÓGUS, L.; YAZBEK, M. C.; CASTEL, R. *Desigualdade e a questão social*. São Paulo: EDUC, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- CARDOSO, Ricardo. *Pesquisa e diagnóstico sobre crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social em Santa Maria/RS: construindo a cidadania*. Santa Maria: [s.n.], dez. 2003.
- CHIMENTI, R. C. et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CONANDA. *Diretrizes nacionais para a política de atenção integral à infância e à adolescência*. Brasília: [s.n.] 2001-2005.
- COSTA, Marli M. M. Políticas públicas de prevenção da delinquência juvenil. In: \_\_\_\_\_. *Direito, cidadania e políticas públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.
- FIUZZA, Tatiana. A violência, a criminalidade e o menor. *Revista Consulex*, ano VIII, n. 166, dez. 2003.
- HELPER, Inácio. *Dialética, caos e complexidade*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.
- KUHN, Thomas. A cientificidade entendida como vigência de um paradigma. In: OLIVA, Alberto (Org.). *Epistemologia: a cientificidade em questão*. São Paulo: Papirus, 1997.
- LEAL, R.; RECK, J. R. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, R.G.; REIS, J. R. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos. Possibilidade de enquadramento da responsabilidade democrática da sociedade e do Estado no Brasil. In: \_\_\_\_\_. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. Tomo 4.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.
- MORIN, Edgar. *Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. Maria da Conceição de Almeida e Edgard de Assis Carvalho (Orgs.). 3. ed. São Paulo: Cortez: 2005.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. A proteção civil da vida humana. In: \_\_\_\_\_. *A vida dos Direitos Humanos : bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. B. (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999.
- PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.) *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 1999.
- ROSSATO, Elisiane Rubin. A democracia no século XXI. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n.20, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Semear outras soluções. Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SPOSATI, Aldaiza. Exclusão social abaixo da linha do Equador. Disponível em: <[http://scholar.google.com.br/scholar?q=pobreza+e+exclus%C3%A3o+social&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt&start=10&sa=N](http://scholar.google.com.br/scholar?q=pobreza+e+exclus%C3%A3o+social&hl=pt-BR&lr=lang_pt&start=10&sa=N)>. Acesso em: 17 set. 2006.
- VERONESE, Josiane Rose Petry O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

# LA EDUCACIÓN EN QUANTO FACTOR DE DESARROLLO ECONÓMICO

*Clovis Gorczewski<sup>1</sup>*  
*Suzéte da Silva Reis<sup>2</sup>*

Saber es Poder. Esta proposición obvia, atribuida ora a Francis Bacon, ora a John Locke, nunca estuvo tan en evidencia como en los tiempos actuales. Desde el inicio de la sociedad organizada es sabido que la educación, o mejor, el conocimiento es el gran factor que diferencia los individuos. Las diferencias sociales, por lo tanto, no son una construcción del capitalismo, ellas son anteriores y derivan básicamente del conocimiento y del uso que se hace de ello.

Divergiendo de Hobbes y Locke, para quien los hombres, a través de un 'contrato social' crearon el Estado para garantizar los derechos y la seguridad de todos, Rousseau, al describir el estado de naturaleza – situación que el hombre vivía antes de constituir la sociedad organizada – refiere se al buen salvaje. Para él, el hombre natural es desprovisto de todas las características del hombre social: es solitario y independiente y busca solamente satisfacer sus necesidades naturales, no conoce la vanidad, el egoísmo o el despreso; no posee la menor noción del tuyo, y del mío. Así, la moral, el trabajo, la propiedad, el poder, consecuentemente las diferencias sociales, no son naturales al hombre; son creaciones posteriores. La desigualdad entre los hombres surge con los conocimientos adquiridos en el seno del propio estado de naturaleza. La descubierta accidental de la metalurgia, el desarrollo de la agricultura, la división de trabajo están en el origen de la desigualdad. Entonces, el conocimiento adquirido por algunos desfigura el buen salvaje, y el estado de naturaleza, como un estado de bondad pura ya no existe más. Ahora la ganancia, los celos, la envidia y la violencia imperan. La sociedad naciente dio lugar al más horrible estado de guerra; ricos y pobres poseen intereses confrontantes entre si y esta nueva situación lleva los ricos a concibieren el Estado a través de un 'contrato social' – que para Rousseau es una tentativa de convencer los más pobres a conformaren se con la situación de desigualdad y con eso proteger la condición de los más ricos, perpetuando y profundizando las diferencias sociales (ROUSSEAU, 1979).

Como se observa por la descripción de Rousseau, las diferencias sociales descorren directamente del conocimiento. En los días actuales esto es fácilmente comprobable. Estudio encomendado por el Banco Mundial muestra claramente la existencia de un círculo vicioso en la pobreza: los hijos de familias pobres siguen pobres porque abandonan los estudios para trabajar. La educación, habla el estudio, es el arma más eficiente para combatir la miseria. Los que concluyen el enseño fundamental tienen 45% de probabilidad de mantenerse en la pobreza; el porcentual cae para 15% para los que concluyen el enseño medio<sup>3</sup>. Pesquisa realizada por la Fundação Getúlio Vargas *O retorno de la educación en el mercado de trabajo*, revela que el nivel de instrucción del trabajador está directamente relacionado con su remuneración. De acuerdo con la pesquisa, en Brasil, la remuneración de los trabajadores atinge o punto más elevado entre los 40 y 50 años; no porque el individuo acumuló más experiencia, sino porque es donde atinge el auge de su educación. Así, un individuo en los 51 años, tiene una remuneración 110% superior a la obtenida cuando ingresa en el mercado de trabajo, alrededor de los 16 años. La evolución salarial al largo de las fajas etarias acompaña el nivel de instrucción<sup>4</sup>. Efectivamente, cuanto mayor sea el grado de instrucción de un pueblo, menores van a ser las diferencias sociales y, consecuentemente, mejores serán los índices de calidad de vida.

Las políticas públicas que se vuelven a la educación generalmente tienen sido presentadas como una cuestión eminentemente social y de ciudadanía, lo que es absolutamente verdadero. Con todo, queremos referirnos

1 Abogado, doctor en derecho, profesor de la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC y de la Universidad Estadual do Rio Grande do Sul – UERGS.

2 Pedagoga, Académica de Derecho y Miembro del Grupo de Pesquisas Derecho, Ciudadanía y Políticas Públicas, de la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC.

3 *Poverty reduction and growth: virtuous and vicious circles*. Banco Mundial. 2005.

4 *Jornal Zero Hora*. Caderno de Economia. 10 de noviembre de 2005. p. 18.

a la educación abordándola bajo un nuevo foque, destacando su importancia como una cuestión de economía. A pesar de esa nueva forma de abordaje, estamos sientes de que los dos aspectos caminan juntos y son absolutamente indisolubles.

La educación, normalmente analizada solo bajo el bias social, representa un papel significativo en el desarrollo económico de un país. Los datos arriba apuntan en ese sentido, o sea, educación y desarrollo económico están interconectados y no hay como separarlos. La historia muestra que los países que más invistieron en sistemas de educación fueran los mismos que alcanzaron mayores índices de desarrollo. Son las sociedades industriales más desarrolladas que perciben como supremo problema vital considerar las conexiones entre educación, estado de la economía y estructura social. Las sociedades industriales en desenvolvimiento deberían presentar una preocupación sobre todo mayor con relación al tema y tratar la educación como investimento (ECHEVARRÍA, 1974).

Estudios indican que la relación entre educación y desenvolvimiento no estaría sólo en el campo del consumo, o del aumento de la capacidad de consumo resultante del mayor grado de instrucción de las personas, pero, sobre todo en la mejoría de la cualidad de los factores humanos, mecánicos y de planeamiento de la economía. La elevación de los niveles de instrucción, aliada a la pesquisa universitaria, a la ciencia y a la tecnología, han sido investigados como factores importantes para el desenvolvimiento económico (SCHUTZ, 1974).

En ese sentido, la velocidad del crecimiento de China, que tiene una población de 1,3 billón de habitantes, una tasa de crecimiento de 9,5% al año y ocupa el 6º lugar entre los países de mayor PIB y el 3º lugar entre las naciones de mayor producción industrial, y en los diez primeros meses de 2005 contaba con un superávit comercial de US\$ 80 billones, puede servir de ejemplo. Su crecimiento parece estar conectado a la revolución cultural que el país tiene promovido, a través de investimentos en el campo educacional. En 1978, la población de estudiantes universitarios era de 1,4%, hoy es alrededor de 20%. En dos décadas fueron matriculados cerca de 20 millones de jóvenes en las 1300 universidades chinas, contra los 16 millones de los Estados Unidos. De esos, un número próximo de 100% empiezan a trabajar inmediatamente después de graduarse. El número de profesores universitarios, la mayoría formada en las mejores universidades del mundo, llega a 850 mil. Tales números indican que la preparación del pueblo, por tanto, es factor determinante en el crecimiento del país, por eso recibe investimentos macizos. Otros números impresionan: el país posee 556 mil escuelas públicas y docenas de millares de escuelas privadas. En la totalidad, hay alrededor de 11 millones de profesores para 218 millones de alumnos. China sabe "que el bien más precioso de los días actuales es un pueblo bien educado y, por eso, enfrentan el problema cuidando de la cantidad y da cualidad del enseñó" (MORAES, 2006, p. 80).

El Brasil poseía, en 2002, 1637 escuelas de nivel superior, siendo solo 195 públicas. Las privadas, que eran en número de 1442, ofrecieron 1,5 millón de vagas, mientras las públicas ofertaron solamente 295 mil vagas. Solo 8% de los jóvenes con edad entre 18 y 24 años están matriculados en ese nivel de enseñó, mientras en Italia el número es de 42%, en Alemania es 45%, en Francia es 60%, en Inglaterra es 61%, en los Estados Unidos es 80% y en Canadá el número es de 82%.

Efectivamente, cuanto mayor sea el grado instrucción de un pueblo, mayor será su capacidad de lucha, de exigir sus derechos y de cumplir cabalmente sus deberes y menor serán las diferencias sociales, pues "*um dos grandes problemas da desigualdade é o fato de existirem grandes diferenças educacionais que se transformam em grandes abismos de salário*" (CRUNHAES, 2000, P. 83). El Brasil posee alrededor de 15 millones de personas con edad superior a 15 años que no saben leer ni escribir. Todavía peor es el índice de analfabetismo funcional<sup>5</sup>, que atinge los 32 millones de brasileños. De entre aquellos que están en la escuela, dos tercios están desfasados en relación a la serie adecuada. En la región nordeste, ese índice atinge 84% (MORAES, 2006).

Estudio realizado por la Comisión Económica para la América Latina y el Caribe – Cepal – apunta que Brasil ocupa la novena posición en el ranking de países con mayor tasa de analfabetismo de la América Latina. La tasa de analfabetismo de Brasil es de 11,1% y es superior a la media de los demás países de la región, que es de 9,5%. El Brasil pierde para el Haití, que tiene 45,2% de la población analfabeta, Nicaragua, Guatemala, Honduras, El Salvador, República Dominicana, Bolivia y Jamaica, en número de personas que no saben leer y escribir. La misma pesquisa muestra que el Brasil ya redujo la población analfabeta, que en 1995 era de 15,3%. Las menores tasas son de Barbados, Chile, Argentina, Costa Rica, Guyana, Uruguay, Trinidad y Tobago, Cuba, Antillas Holandesas y Bahamas, donde el número de analfabetos gira alrededor de 5%. Conforme datos de Unesco, el Brasil está al lado de países como Egipto, Marrocos, Indonesia, Bangladesh, India, Irán, Paquistán, Etiopia y Nigeria, que tiene más de 10 millones de analfabetos. El mismo estudio apunta que la relación rendimientos y escolaridad está comprobada, pues entre los 20% más pobres en Brasil, la media de escolaridad era de 3,9 años, mientras entre los 20% más ricos la media de escolaridad sube para 10,2 años<sup>6</sup>.

5 Es analfabeto funcional aquel que no domina las operaciones aritméticas y no entiende lo que lee.

6 Disponible en <http://www.folha.com.br>

La UNICEF también reconoce que el aumento en el nivel de alfabetización y en las matrículas en las escuelas puede, decisivamente, ser asociado a los aumentos rápidos en la renta per cápita y mayor igualdad económica. Ve se, por tanto, que la educación, además de una cuestión social, del ejercicio de la ciudadanía y de los derechos humanos, es una cuestión de economía, pues el nivel de instrucción del trabajador tiene relación directa con la cualidad de vida y con la riqueza del país. Dicen que Golda Meir - primera ministra de Israel de 1969 a 1974 - contaba, en tono de anécdota, que Moisés guió el pueblo judío durante 40 años por el desierto para llevarlos justamente en la única parte del Oriente Medio donde no había petróleo. Y, en un tono más severo completaba que no se trató de una maldición, sino de una bendición, pues “nos obligó a tener un alto padrón educacional entre soldados y civiles, lo que nos llevó a la alta capacitación tecnológica en todos los sectores”. Como se puede ver, para la estadista la mayor riqueza de su pueblo consiste en la educación, lo que garantizó “todas las victorias de Israel”<sup>7</sup>.

El pueblo sabe la importancia de la educación y reconoce en ella un medio de ascensión social. El deseo de ver sus hijos estudiando es la convicción de que la educación puede resolver muchos problemas de la vida. Como afirma Spósito “cuando el pueblo lucha por la posibilidad de ir a la escuela el lucha también contra las injusticias que están en la base de esta sociedad. Toda la voluntad de escolarización encierra un deseo de mejoría de las condiciones de existencia es, virtualmente, una recusa de la condición de vida impuesta por la sociedad desigual...” (KRUPPA, 1994, p. 85).

El proceso educacional como factor más o menos decisivo en el desenvolvimiento económico opera en el campo de las transformaciones sociales que acompañan el progreso económico. La educación presentase, en determinado rato, como un proceso de selección social, porque filtra y decanta los talentos que una sociedad dispone y sitúalos donde puedan realizar su máxima eficiencia. Por otro lado, esa selección convierte se en un mecanismo de ascensión social, aspirada por el individuo y fomentada por su familia (ECHEVARRÍA, 1974).

Ocurre que los gobiernos, salvo raras excepciones, no han correspondido a estos deseos. Informe publicado por las Naciones Unidas<sup>8</sup> informa que mitad de la población mundial es compuesta de jóvenes con menos de 25 años. Esta generación, la más numerosa de la historia de la humanidad, encuentra se gravemente amenazada, a punto de ser llamada por la editorial del periódico ABC de Madrid – uno de los más importantes de Europa – “de generación perdida”. El principal problema, de acuerdo con la ONU, es la falta de acceso a la educación, lo que genera problemas relacionados a la salud, a la sexualidad, a la prostitución, al embarazo indeseado, a la pobreza, a la violencia, al hambre, a la miseria y a la muerte. Ochenta por ciento de estos jóvenes viven en países subdesarrollados; doscientos cincuenta millones de niños viven en las calles, siendo que, de estas, doscientas treinta y ocho millones están en la miseria absoluta; seis mil jóvenes son infectados diariamente por el virus de HIV (2,5 millones por año); más de ciento cincuenta millones no saben leer ni escribir. La situación es insostenible y el panorama devastador. Toda una generación está condenada. A quienes interesa la manutención de tal situación? Ciertamente no a la población, cuya minoría seguirá soñando con la educación de sus hijos y la posibilidad de cambiar su destino, mientras la gran mayoría siquiera sabe soñar.

Reflejo de eso es lo que se ve en el mercado de trabajo. Recientemente fue noticiado que la oferta de 872 vagas en empresas en Brasil trajeron alrededor de 180 mil jóvenes, sin embargo la mayoría de ellos no tenía ninguna experiencia y tampoco el mínimo de conocimientos exigidos en lenguaje, informática y inglés. Claro que la educación no genera empleo, pero sin ella nadie consigue emplearse en el mundo moderno (MORAES, 2006, p.22). Pesquisa realizada por el Instituto de Pesquisa Económica Aplicada – IPEA – demuestra que el Brasil carece de mano de obra cualificada y que hasta el fin de 2007 el país tendrá 7,5 millones de trabajadores sin cualificación o experiencia profesional en la busca de empleo. Solamente 1,7 millón, que representa 18,3% de las 9,1 millón de personas que buscan empleo, tienen cualificación para inserirse en el mercado de trabajo. En el sector de la construcción civil sobran 76.161 trabajadores, en la agropecuaria sobran 75.864 trabajadores y en el sector de servicios sobran 55.340 trabajadores. En el comercio, al revés, hay 424.083 trabajadores para 430.833 vagas existentes, sobrando 6.750 plazas de trabajo<sup>9</sup>.

Pesquisas realizadas por el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística – IBGE – comprueban que cuanto mayor el grado de escolaridad, mayores serán las oportunidades de encontrar empleo. Estudio realizado en el nordeste y sudeste indicó que quién tiene 12 años de estudio o más tiene una tasa de ocupación de 77% mientras los que estudiaron de 1 a 3 años tienen solo 44,5%. Esos datos sirven de parámetro para comprobar que la educación es factor que estimula el crecimiento económico de un país, pues cuanto mayor la tasa de empleo, mejores las condiciones de vida de las personas, mayor la circulación de bienes y de servicios y mayores pueden ser los investimentos de las industrias.

7 Revista Veja. 10 de mayo 2006. p. 95.

8 Jornal ABC, Madrid. 13 oct. 2003, p. 4. Editorial

9 Disponible en <http://www.oglobo.globo.com/economia>.

Para el Banco Mundial, la solución no está en el enseño para profesionalizar, pero sí en la educación primaria y secundaria. Los investimentos en educación básica generan beneficios a la sociedad, producen aumento de la productividad del sistema económico y permiten a los sectores económicamente en desventajas un mayor acceso a nuevos entrenamientos para desarrollen actividades económicas. La mejoría de la calidad del enseño secundario posibilita que los alumnos tengan acceso a entrenamientos para profesionalización y la inserción en el mercado de trabajo.

Las organizaciones internacionales no tienen medido esfuerzos para convencer los Estados a invertir donde “efectivamente hay la mayor rentabilidad social directa”. En marzo de 1990, reafirmando que “todo el hombre tiene derecho a la educación”, reunieron se en Tailandia 155 Estados, 200 organizaciones intergubernamentales y más de 150 ONG’s. En esta Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, las partes se comprometieron a actuar firmemente para alcanzar los objetivos de educación para todos. Para evaluar los avances, las dificultades y los desafíos, impuestos por la Conferencia de Tailandia, los Estados vuelven a reunirse en abril de 2000, en Dakar. Esta conferencia representó un esfuerzo sin precedentes de reunir informaciones bajo la situación de la educación en el mundo. Sus informes resumen el progreso alcanzado en 183 países - algunos muy tímidos, verdad - los problemas encontrados y recomendaciones para futuras acciones. Para finalizar, la Conferencia de Dakar establece 06 objetivos, no sin antes destacar que “la educación es un derecho humano fundamental, llave para alcanzarse un desenvolvimiento sustentable, así como la paz y la estabilidad dentro y entre los países, siendo así un medio indispensable para una participación eficaz entre las sociedades y economías del siglo 21 envueltas por una rápida globalización”<sup>10</sup>:

1. Ampliar y mejorar la educación integral de la primera infancia, especialmente a los niños menos favorecidos;
2. Adoptar políticas públicas para que hasta 2015 todos niños, especialmente los más vulnerables, tengan acceso al enseño primario gratuito, obligatorio, de buena calidad y que lo concluyan;
3. Empeñarse para que todas necesidades de aprendizaje, de jóvenes y adultos, sean satisfechas, mediante acceso equitativo a un aprendizaje adecuado y a programas de preparación para la vida activa.
4. Aumentar, hasta 2015 el número de adultos alfabetizados, en 50%, dando atención especial a las mujeres;
5. Suprimir las disparidades entre los géneros en el enseño, para alcanzar, hasta 2015 la igualdad entre los géneros con relación a educación;
6. Mejorar todos los aspectos cualitativos de la educación, garantizando los parámetros más elevados para lograr resultados de aprendizaje reconocidos y mensurables;

La Asamblea de Dakar presentó, todavía, la propuesta de un decenio de la alfabetización. Como consecuencia, la Asamblea General de ONU, visando dar una base para proporcionar una rápida consecución de los objetivos, aprobó la resolución 56/116 donde se proclamó que el período comprendido entre 2003 y 2012 sea el “Decenio de las Naciones Unidas de la Alfabetización: la educación para todos” con el objetivo de educación para todos. En el preámbulo de la resolución, la Asamblea General afirma estar convencida de que la alfabetización es esencial para que todo hombre adquiriera los conocimientos indispensables para la vida cotidiana y se constituya en el medio indispensable para una participación eficaz en las sociedades y en las economías del siglo XXI. Y expresa que la educación es esencial para los objetivos de erradicar la pobreza, reducir la mortalidad infantil, alcanzar la igualdad entre los géneros y el desenvolvimiento sustentable, la paz y la democracia. Asume el compromiso de estimular la adopción de medidas por los gobiernos nacionales, y movilizar las comunidades locales, individuos, ONG’s, universidades, organizaciones públicas y privadas y la sociedad civil en una amplia coalición para atinir los objetivos propuestos. En 22 de abril de 2002, la Comisión de Derechos Humanos de ONU, a través de la resolución 2002/23, acogió con beneplácito la decisión de la Asamblea General y presenta su empeño en la ejecución de la noble tarea.

En 18 de febrero de 2006 la UNESCO y la Organización para la Cooperación y Desenvolvimiento Económico (OCDE), presentaron, a la comunidad internacional, el tercer estudio analítico del proyecto *World Education Indicators*, con el título de *Financing Education: Investments and Returns, and Analysis of de World Education Indicator*<sup>11</sup>. El estudio confirma que la educación incrementa sobremanera la riqueza nacional además de traer importantes ventajas a los individuos. Más una vez ratifica que las personas con más estudios poseen mayores oportunidades de lograr y conservar un empleo. La relación, mayor grado de estudio y mayor remuneración es absolutamente directa: cuanto más títulos posee el individuo, más dinero el gana. En Indonesia, por ejemplo, los hombres que poseen curso superior, ganan, en media, 82% más de los que poseen solamente el enseño secundario. En Paraguay esta diferencia puede llegar a 300%<sup>12</sup>. Para los Estados, el retorno es garantizado, inmediato

10 Disponible en [www.oas.org/eduse/espanol/cpo\\_educ\\_cro\\_dakar00](http://www.oas.org/eduse/espanol/cpo_educ_cro_dakar00)

11 Disponible en [www.portal.unesco.org/es/ev](http://www.portal.unesco.org/es/ev).

12 Ídem

y directo. Por la análisis realizada en 16 países emergentes<sup>13</sup>, llevo se a conclusión que los investimentos realizados en educación en los últimos años, representaron 0,5% en el índice de crecimiento anual de estos países. Con todo, el mismo estudio también apunta que, a pesar de ser un factor esencial para lograrse mano de obra cualificada, adquisición de nuevos conocimientos, desenvolvimiento intelectual e independencia a través de la descubierta de nuevas tecnologías, el acceso a la educación secundaria y superior, en estos países progresa muy lentamente.

Lamentablemente, en muchos países, las acciones tienen permanecido en el mundo de la retórica. Muchos gobiernos todavía no fueran convencidos de la importancia de la educación para el individuo, para la sociedad y para el propio Estado, y la ven como un gasto y no como investimento futuro.

El Compendio Mundial de Educación de 2007 trae datos sobre los gastos mundiales con la educación, concluyendo que, en algunos países, ese gasto es mínimo. La África Subsahariana invierte el equivalente a 2,4% de los recursos públicos mundiales en educación, aunque tenga una población en edad escolar que equivale a 15% del total mundial. Mientras eso, los Estados Unidos son responsables por investimentos equivalentes a 28% del gasto mundial y tienen una población en edad escolar que representa 4% del total mundial. La Europa Occidental ocupa la segunda posición en el ranking de los investimentos. En seguida, está el Asia Oriental y Pacífico, que invierte lo equivalente a 18%. En el Asia Meridional y Occidental la desproporción es inmensa: los investimentos giran alrededor de 7% mientras la población representa 28% de la población mundial. El documento apunta la América Latina y Caribe como la región más equilibrada, donde el gasto público con educación representa entre 8% a 9%, que es proporcional a la población en edad escolar<sup>14</sup>.

Assumiendo la plenitud de sus objetivos y su razón de existir y, reconociendo que la educación es fundamental en toda estrategia de erradicación de la pobreza, sea como un fin en sí mismo, sea como herramienta para eliminar sus causas, la UNESCO, dentro del Decenio de las Naciones Unidas de la Alfabetización, adoptó algunas estrategias con vueltas a la educación. Estas estrategias abarcan varias dimensiones, pues que la relación complexa y dinámica que existe entre la educación y los esfuerzos para erradicar la pobreza, comprende todos los tipos y niveles de enseño, pero también debe integrarse en marcos más amplios de política económica y social, estrategias de desenvolvimiento y iniciativas de lucha contra pobreza. De esta forma, dentro de las estrategias de lucha contra la pobreza la UNESCO dará prioridad y destaque: (a) la importancia del servicio público en materia de escolarización primaria general; (b) la protección y promoción del derecho a la educación a fin de ofrecer acceso a la educación básica para todos; (c) la elaboración de programas y proyectos a favor de los pobres en los ámbitos de la alfabetización y la educación no formal; (d) la identificación de los países, lugares y grupos cuyas necesidades en materia de educación se encuentran insatisfechas.

La UNESCO se compromete, por tanto, con la dimensión educativa de la pobreza y con su erradicación a través de distintos modos: (a) estableciendo el debate y el diálogo bajo políticas nacionales e internacionales de inclusión social; (b) elaborando proyectos basados en la comunidad y difundiendo las mejores prácticas y las innovaciones, especialmente nuevos mecanismos de enseño; (c) creando sistemas de micro-crédito y programas de educación en asociación; (d) iniciando procesos relacionados con el cuestionamiento y aplicación de la Educación Para Todos, con la participación de distintos ministerios y de los representantes de la sociedad civil, bien como organizaciones internacionales de carácter público o privado.

Hay que se destacar, también la Convención de ONU acerca de los derechos de los Niños y de los Adolescentes de 1989. Aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989. El artículo 29 destaca el derecho a la educación. Para Pereira de Souza:

“O mencionado artigo estabelece os princípios que devem orientar a plena educação da criança, dispondo, especialmente sobre a necessidade de imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das nações Unidas, assim como preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena, ale, de consignar a importância de uma educação voltada para o respeito ao meio ambiente” (PEREIRA DE SOUZA, 2001, p. 62).

El Programa de las Naciones Unidas para el Desenvolvimento – PNUD – cuenta con la adhesión de 191 Estados-miembros de las Naciones Unidas, que asumieron el compromiso de, hasta 2015, atingir la enseñanza básica universal<sup>15</sup>. Tal objetivo hace parte del Proyecto de Desenvolvimento del Milenio y tiene como meta que todos los niños, de ambos sexos, terminen un ciclo completo de enseñanza básica. La justificativa esta en el

13 Los países analizados fueron: Argentina, Brasil, Chile, China, Egipto, Filipinas, India, Indonesia, Jamaica, Malasia, Paraguay, Perú, Tailandia, Tunis, Uruguay y Zimbabue.

14 Disponible en <http://www.portal.unesco.com>.

15 Programa de las Naciones Unidas para al Desenvolvimento – PNUD. Objetivo 2 – Objetivos de Desenvolvimento del Milenio.

hecho de que ciento trece millones de niños están fuera de la escuela en el mundo y que el aumento en la tasa de alfabetización tornará los adultos capaces de contribuir para la sociedad como ciudadanos y como profesionales. Otro dato que asusta es el de que más de un billón de personas – un sexto de la población del mundo – vive en extrema pobreza, y sufre con la falta de agua tratada, de nutrición adecuada, de cuidados médicos y de servicios sociales necesarios para sobrevivir. Más de un billón de personas en el mundo viven con menos de un dólar al día. Dos billones setecientos millones de personas sobreviven con menos de dos dólares al día. La tasa de mortalidad anual, en algunos países pobres, llega a once millones de niños en la faja etaria inferior a 5 años de edad. En países extremadamente pobres, menos de la mitad de los niños frecuentan el enseño primario y menos de 20% pasa para el enseño secundario. En todo el mundo, 114 millones de niños no tienen siquiera el nivel básico del enseño concluido<sup>16</sup>.

Es importante destacar que no basta tan solo el ofrecimiento del enseño, porque independientemente de una casi universalización, la misma no garantiza la calidad. Los datos del *Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica* – SAEB – no año de 2001 demuestran que 59% de los alumnos de la 4ª serie del Enseño fundamental no desarrollaron las competencias elementares de lectura y que 52% presentaban profundas deficiencias en Matemáticas. Y el problema aumenta cuando se llega al enseño medio, donde el porcentual de adolescentes fuera de la escuela es todavía más alto. Entre los jóvenes de 15 a 17 años, alrededor de 81% frecuentaban la escuela, pero solo 40% estaban en el enseño medio, ciclo educacional adecuado a esa faja etaria. Otro dato que preocupa es la proporción de estudiantes que alcanzan la 5ª serie. En 2002 ese índice llegó a 82,7%, sin embargo las diferencias regionales son altas: en las regiones sur y sudeste las tasas registran 91,7% y 91,4%, respectivamente, mientras en la región nordeste es de solamente 70,2%<sup>17</sup>.

Lo que se observa es que, finalmente, la sociedad dio se cuenta que la cuestión de la educación per pasa todas las generaciones de derecho. No es solamente una cuestión social, es también una cuestión económica: el nivel de educación de un pueblo está directamente relacionado con la riqueza producida y, por tanto, con su cualidad de vida. Y su importancia aumenta cuando se constata tratarse de un pre-requisito para el pleno ejercicio de cualquier otro derecho. No hay ejercicio de la ciudadanía, no hay derechos humanos sin educación.

Cabe resaltar todavía, que la análisis de las condiciones de vida de una determinada población configura se, antes de todo, en un proceso de evaluación de las políticas públicas, en la manera por la cual ellas intervén en la vida de los ciudadanos y las reacciones que provocan. Se las políticas públicas privilegian determinados segmentos, en detrimento de las condiciones de vida del restante de la población, estamos delante de un proceso de perpetuación de la violencia estructural que no se propone a promover mudanzas y, mucho menos a viabilizar la inclusión social. La educación debe constituirse en una herramienta que contribuya para la formación de una conciencia crítica, capaz de dotar el ciudadano de un saber que le permita ultrapasarse las ideologías, conocer y exigir sus derechos y superar sus dificultades.

Es necesario, por tanto, que los gobiernos entiendan la educación como estrategia importante para el desenvolvimiento económico y que hagan investimentos en el sentido de implementar políticas públicas capaces de garantizar una educación de calidad para todos. Ignorar esta realidad puede ser un error peligroso, alias, como decía Hobbes, *el infierno es la verdad descubierta demasiado tarde*.

## Referencias

AZEREDO MARQUES, João Benedito (de). *Democracia, violência e direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Cortez. 1991.

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. "O que é educar para a cidadania". In *Educando para a Cidadania – Os direitos humanos no currículo escolar*. Porto Alegre/São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional/Centro de Assessoramento a programas de educação para a cidadania. 1992.

Banco Mundial. *Poverty reduction and growth: virtuous and vicious circles*. 2005.

CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: educação e exclusão social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2000.

Jornal ABC, Madrid. 13 out. 2003. Editorial

Jornal Zero Hora. Caderno de Economia. 10 de novembro de 2005.

16 Datos extraídos del Millennium Project. Disponible en <http://www.pnud.org.br/milênio/numerodacrise>. Acceso en 11 jul.2007.

17 Datos extraídos del documento "Objetivos del Desenvolvimento del Milenio – Relatório nacional de acompanhamento". – Brasília : Ipea, 2004.

- 
- KRUPPA**, Sonia M. Portella. *Sociologia da educação*. São Paulo: Cortez. 1994.
- MORAES**, Antonio Ermírio de. *Educação, pelo amor de Deus!* São Paulo: Editora Gente, 2006.
- Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – Relatório nacional de acompanhamento. Brasília : Ipea, 2004.
- PEREIRA**, Luiz (org.). *Desenvolvimento, trabalho e educação*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974.
- PEREIRA DE SOUZA**, Sérgio Augusto Guedes. *Os direitos da Criança e os Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2001.
- Revista Veja**. 10 maio 2006.
- ROUSSEAU**, Jean Jacques. *Du Contract Social*. Paris: Gallimard. 1979



# LIBERTAD SINDICAL NEGATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO

*Paola Operti*  
*Andrés Marabotto<sup>1</sup>*

## I. Introducción

La libertad sindical es uno de los institutos cardinales del Derecho colectivo del trabajo. No obstante, la doctrina no se ha puesto de acuerdo respecto de su verdadero alcance, en particular sobre la llamada libertad sindical negativa. Dicha libertad, muy someramente descripta, consiste en el derecho de los trabajadores y empleadores a no afiliarse a una organización profesional o a desafiliarse de la misma.<sup>2</sup>

El objeto de este trabajo es determinar si el ordenamiento jurídico uruguayo reconoce la libertad sindical negativa, más allá de consideraciones respecto de su conveniencia o inconveniencia. Las conclusiones a las que arribamos se colocan, a modo de resumen, al final del presente artículo.

### I.i Importancia de la investigación

El punto es de gran interés práctico ya que de admitirse la existencia de la libertad sindical negativa se tornarían contrarias a Derecho diversas prácticas relativamente usuales en la vida jurídica.

En primer lugar, la admisión de la libertad sindical negativa conllevaría la ilegitimidad de algunas de las denominadas cláusulas sindicales. Genéricamente, se denomina “cláusulas sindicales” o “cláusulas de exclusión” a aquellas cláusulas de un convenio colectivo que buscan reforzar al sindicato por diversos medios. Ejemplos son -entre otras- la cláusula que obliga al patrón a contratar únicamente trabajadores afiliados al sindicato (cláusula “*closed shop*”) o la que impone la obligación del patrón de despedir a los trabajadores que se desafilien del sindicato (cláusula “*maintenance of membership*”).<sup>3</sup> Por lo tanto, admitir la existencia de la libertad sindical negativa llevaría a concluir que las cláusulas sindicales son contrarias a Derecho. En palabras de ERMIDA: “La admisión sin reservas de la existencia de tal ‘libertad sindical negativa’, implica la interdicción total o parcial de las denominadas ‘cláusulas sindicales’”.<sup>4</sup>

- 
1. Los autores desean agradecer a los Dres. Leonardo Slinger, Alejandro Castello y Santiago Pérez del Castillo, sin cuya colaboración el presente trabajo no hubiera sido posible.
  2. Mantero de San Vicente, Osvaldo, “Derecho Sindical”, primera edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, pág. 131.
  3. Ermida Uriarte, Oscar, “Sindicatos en libertad sindical”, segunda edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 33 y 34.
  4. Ermida Uriarte, Oscar, ob. cit., pág. 32.

En segundo lugar, la existencia de una libertad sindical negativa de raigambre constitucional sería contraria a cualquier acto del poder público por el cual se fuerce la afiliación o se prohíba la desafiliación a un sindicato, siempre que no se cumplan los extremos que habilitan la limitación de los derechos.<sup>5</sup>

En tercer lugar, esta cuestión se vincula con la problemática de los trabajadores que se oponen a las medidas decididas por el sindicato, entrando ya en el campo del derecho a disentir, por ejemplo, en el caso del ejercicio del derecho de huelga en cualquiera de sus modalidades.<sup>6</sup>

Finalmente, la cuestión cobra especial importancia a la luz de la Ley 17.940 sobre Libertad Sindical, norma que no ha permanecido ajena a la problemática de la libertad sindical negativa.

## II. Conceptos preliminares

A los efectos de investigar la existencia de la llamada libertad sindical negativa, corresponde aclarar ciertos conceptos básicos. Para ello, recurriremos a los desarrollos que la más destacada doctrina ha elaborado.

### II. i Libertad Sindical

#### a) Definiciones propuestas

Seguiremos en este apartado a LASTRA LASTRA, quien sistematiza las opiniones de diversos juristas a nivel del Derecho comparado.<sup>7</sup>

Para BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA: “La libertad de sindicatos consiste, en su significación estricta, en el derecho del trabajador y del empresario de sindicarse o no sindicarse y, en caso afirmativo, de poder, en los regímenes pluralistas, escoger entre uno y otro sindicato. Consecuencia inmediata de la libertad de sindicación es la de abandonar el sindicato... por tanto, la libertad de sindicación positiva se manifiesta en un acto de afiliación; la negativa, es una abstención o en un acto de retirada o baja.”

G. H. CAMERLYNCK y G. LYON-CAÉN, profesores de la Universidad de París, expresan que “la *libertad sindical* consiste para cada persona en la facultad de afiliarse a un sindicato y al sindicato de su elección, si existen varios; la facultad de no afiliarse y, por último, la facultad de abandonar el sindicato”. La libertad de organización sindical debe ser la facultad individual de “escoger la agrupación sindical a la cual adherirse”.

5. Un ejemplo de este debate se dio en Perú por medio de la llamada Ley de Bolsa de Trabajo (ley 25.022). Dicha norma facultaba a los sindicatos a designar el 25% del personal empleado en las obras civiles del país. El Fiscal de la Nación interpuso una demanda de inconstitucionalidad señalando que esta ley era discriminatoria por cuanto privilegiaba a los trabajadores sindicalizados en desmedro de los no afiliados. De esta forma, sostuvo que la ley atentaba contra la libertad sindical, la libertad contractual y el principio de no discriminación. En 1990 el Tribunal de Garantías Constitucionales de Perú rechazó la demanda distinguiendo el derecho de asociación clásico de la libertad sindical, señalando que éste último es un instituto autónomo que se rige por principios y reglas propias. Por ende, el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación y otros relacionados no eran aplicables en tanto no estaba en juego el derecho de asociación en sentido estricto sino la libertad sindical. *Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad sindical y derecho de asociación”, Derecho Laboral, Año 6, N° 13, 1993, Costa Rica, pág. 21.* Sin embargo, pocos meses después la Corte Superior de Lima amparó una demanda de inconstitucionalidad con idénticos fundamentos instaurada por la Cámara Peruana de la Construcción, recogiendo los argumentos del accionante. *León Vazquez, Jorge; Iriarte Pamo, Nadia y Canales Cama, Carolina, “Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial”, Gaceta del Tribunal Constitucional N°2, abril – junio 2006, Lima, Perú.*

Otro ejemplo del uso del poder público para obligar a pertenecer a una asociación lo da la Sentencia alemana 38, 291 de la Sala Primera de 18 de Diciembre de 1974. En este caso la recurrente ha sido obligada legalmente a pertenecer a una corporación de derecho público, cuya necesidad discute. El Tribunal Constitucional Federal sostuvo que “las asociaciones de derecho público sólo pueden ser creadas para cumplir una función pública legítima. Es por tanto un asunto del poder discrecional legislativo decidir cuáles de esas funciones puede cumplir no a través de sus autoridades, sino mediante la creación de una fundación o de una corporación de derecho público. El Tribunal Constitucional Federal puede por tanto sólo examinar si el legislador ha tenido en cuenta los límites de su poder discrecional. Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal no tendrá que examinar si la elección de la forma de organización fue adecuada a los fines o era necesaria”. *Sentencia 38,281, Sentencia de la Sala Primera de 18 de Diciembre de 1974.*

6. En particular, resultan de interés las recientes sentencias por las cuales se amparó el reclamo de los trabajadores que se oponían a la ocupación de la empresa por parte de otros trabajadores. J.L. Civil 5° Sent 59/006, de 21/9/2006 y T.A.C. 5°, Sent. 159/2006, de 6 de octubre de 2006.

7. Lastra Lastra, José Manuel, “La libertad sindical”, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Núm. 98), Formato PDF, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=98>

Mozart V. RUSSOMANO sostiene que la *libertad sindical* es una figura triangular: “sindicación libre, autonomía sindical y pluralidad sindical”. Lo anterior presupone “la libre sindicación, contra la sindicación obligatoria; la autonomía sindical, contra el dirigismo sindical; la pluralidad sindical, contra la unidad sindical”.

Por su parte, VILLASMIL PRIETO entiende a la libertad sindical como el derecho de ejercer la actividad sindical. Por medio de esta definición se extienden sus contenidos subjetivo y objetivo, por cuanto se comprende tanto las organizaciones como a los individuos, al tiempo que se protege toda “acción sindical” más allá de la mera constitución o afiliación a un sindicato.<sup>8</sup>

Por último, debemos señalar que es objeto de discusión la vinculación entre el derecho de asociación y la libertad sindical debido a que las normas internacionales hablan tanto de libertad de asociación como de libertad sindical.<sup>9</sup>

## b) Contenido

ERMIDA enseña que el concepto de libertad sindical ha ido evolucionando con el tiempo, ampliando de esta forma su contenido. Señala que, “mientras en sus orígenes se refería apenas al reconocimiento del derecho de los individuos a constituir sindicatos, actualmente posee un contenido complejo...”<sup>10</sup> De esta forma, el autor entiende que la libertad sindical no se reduce a un derecho sino que se compone de un haz de derechos concretos.<sup>11</sup>

La doctrina ha elaborado una enumeración de los derechos contenidos en el concepto de libertad sindical, según se desprenden de los Convenios Internacionales 87 y 98:<sup>12</sup>

- a. Derecho a afiliarse (art. 2 del Convenio 87), no afiliarse y desafiarse.
- b. Derecho de constituir sindicatos sin autorización previa (art. 2 del Convenio 87).
- c. Derecho de organizar libremente el sindicato (art. 3 del Convenio 87).
- d. Derecho de los sindicatos a obtener personería jurídica (art. 7 del Convenio 87).
- e. Derecho de los sindicatos a no ser disueltos administrativamente (art. 4 del Convenio 87).
- f. Derecho a constituir federaciones y confederaciones (art. 5 del Convenio 87).
- g. Derecho a afiliarse a entidades internacionales (art. 5 del Convenio 87).
- h. Derecho de los trabajadores al fuero sindical (art. 1 del Convenio 98).

Se suelen señalar diversos planos de la libertad sindical, en particular un plano individual, un plano colectivo y otro frente al Estado.

La libertad sindical se encuentra en el ámbito del Derecho Colectivo del Trabajo, lo que supone necesariamente una pluralidad de sujetos. No obstante, esto no implica que la titularidad de los derechos sea colectiva en todos los casos.

En efecto, la libertad sindical es a la vez un derecho individual y un derecho colectivo.<sup>13</sup> Por ejemplo, el derecho de afiliación, no afiliación o desafiación a un sindicato, son manifestaciones individuales de la libertad sindical. En cambio, el derecho a que un sindicato no sea disuelto o intervenido por la Administración, refleja un aspecto colectivo de la libertad que nos ocupa.

8. Villasmil Prieto, Humberto, “La Libertad Sindical: Historia y Fundamentos”, Oficina Internacional del Trabajo, O.I.T., marzo de 2002, pág. 17 y 18.

9. Para profundizar sobre esta distinción ver: Sarthou, Helios, “Rasgos ontológicos generales de la libertad sindical”, en obra colectiva “Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, coordinado por Buen Lozano, Néstor de y Morgado de Valenzuela, Emilio, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, formato PDF, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/13.pdf>; Jiménez de Aréchaga, Justino, “La libertad sindical: bases para una legislación sobre sindicatos, protección internacional de la libertad sindical”, Fundación de Cultura Universitaria, 1980, pág. 13; Plá Rodríguez, Américo, “Curso de Derecho Laboral”, Ediciones Idea, Montevideo, 1999, pp. 41-43; Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad sindical y derecho de asociación”, Derecho Laboral, Año 6, N° 13, 1993, Costa Rica, pp. 3-25; Dieste, Juan Francisco, “El concepto de libertad sindical y sus relaciones con el derecho de asociación”, Revista Judicatura, N° 41, Agosto 2000, pp 491-510.

10. Ermida Uriarte, Oscar, “Sindicatos en libertad sindical”, ob. cit., pág. 29.

11. Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad sindical y derecho de asociación”, ob. cit. pág. 5.

12. Ermida Uriarte, Oscar, “Sindicatos en libertad sindical”, ob. cit., pág. 29; Villasmil Prieto, ob. cit. pág. 32 a 35.

13. Cfm. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit. pág. 79; Jiménez de Aréchaga, Justino, ob. cit., pág. 15 y ss; Ermida Uriarte, Oscar, “Libertad sindical y derecho de asociación”, ob. cit. pág. 5; Sarthou, Helios, ob. cit. pág. 188; entre otros.

## II. ii La libertad sindical positiva y negativa

Al hablar de libertad sindical positiva y negativa nos ubicamos dentro del aspecto individual de la libertad sindical.

SARTHOU habla de cuatro facultades que se dan dentro del aspecto individual de la libertad sindical: adhesión, abstención, desistimiento y constituyente.<sup>14</sup> La facultad de adhesión y la constituyente forman parte de la libertad sindical positiva; mientras que las facultades de abstención y de desistimiento forman parte de la libertad sindical negativa.

Para ERMIDA, “En el aspecto positivo de la libertad sindical individual se incluyen esos derechos ya conocidos a afiliarse a un sindicato, a constituirlo, pero también el derecho de elegir sus autoridades y de ser elegido como una de ellas.”; y la libertad sindical negativa consistiría en “el derecho a no afiliarse a un sindicato y a desafiliarse de él.”<sup>15</sup>

De lo señalado puede concluirse que la libertad sindical positiva consiste en el derecho de los trabajadores de asociarse de manera de defender y reivindicar, en forma conjunta, sus derechos e intereses, quedando amparada toda la acción sindical. Por su parte, la libertad sindical negativa, consiste, en el derecho del trabajador a no formar parte de un sindicato o a desafiliarse al mismo.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en el reconocimiento de la libertad sindical positiva. No obstante, no sucede lo mismo con la libertad sindical negativa. Ello se debe a diversos factores. En primer lugar, a la falta de reconocimiento expreso por parte del Convenio 87. En segundo término, a su contrariedad con las cláusulas sindicales, muy comunes en el mundo anglosajón. Finalmente, también es resistida por los sindicatos y la doctrina en tanto derecho meramente individual.<sup>16</sup>

## III. Normativa

MANTERO DE SAN VICENTE recopila, las reglas aplicables a la materia.<sup>17</sup> Transcribiremos los artículos más relevantes concernientes a la libertad sindical negativa.

- Constitución de la OIT

La libertad sindical se encuentra recogida en el preámbulo, reconocida como principio y objetivo en los párrafos 1, 2, y 3. Asimismo, está implícita en los art. 3, 5, 23 y 24.<sup>18</sup>

- Declaración de Filadelfia

Aparece mencionada en los párrafos I,b; II,a y III, e.<sup>19</sup>

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*

Art. 20.1 Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Art. 20.2 Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

14. Sarthou, Helios, ob cit, pág 188.

15. Ermida Uriarte, Oscar, ob. cit., pág. 32.

16. Esta circunstancia es comentada por SARTHOU: “Si bien filosóficamente está fundada la inclusión de esta modalidad de libertad sindical, no cabe duda que desde cierto punto de vista, se inscribe en un plan individualista antisindical, que persigue proteger al individuo contra la presunta ‘tiranía de grupo’ a la que alude Durand.” Sarthou, Helios, ob cit, pág 193.

17. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit., pág.76.

18. Gros Espiell, Héctor, “El concepto de la libertad sindical en la Constitución de la O.I.T. y en los convenios sobre libertad sindical y derechos de sindicación y negociación colectiva”, en Estudios Sobre la Negociación Colectiva en Memoria de Francisco de Ferrari, Editorial M.B.A., Montevideo, 1973, pp. 147-149.

19. Gros Espiell, Héctor, ob. cit. pág 149.

Art. 20.4 Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

- Pacto de San José de Costa Rica (ley 15.737)

#### Art. 16. Libertad de asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 13.751)

#### Art. 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 13.751)

#### Art. 8. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá)

Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, ley 16.519).

#### Artículo 8. Derechos Sindicales

##### 1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

- Convenio 87 de la O.I.T. sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación. (ratificado por ley 12.030)

Art. 2.º.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Art. 8.º - 1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

- 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

- Convenio 98 de la O.I.T. sobre Derecho de sindicación y de Negociación colectiva (ratificado por ley 12.030)

Art. 1.º 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Art. 2.º 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

- *Convenio 141 de la O.I.T. sobre Organizaciones de Trabajadores Rurales (ratificado por ley 16.039)*

2. Los principios de la libertad sindical deberán respetarse plenamente; las organizaciones de trabajadores rurales deberán tener un carácter independiente y voluntario, y permanecer libres de toda injerencia, coerción o represión.

4. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente artículo, los trabajadores rurales y sus organizaciones respectivas deberán, lo mismo que las demás personas o colectividades organizadas, respetar la legalidad.

5. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente artículo.

- *Convenio 151 de O.I.T. sobre Relaciones de Trabajo en la Administración Pública (ratificado por ley 16.039)*

Artículo 9. Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones.

- Declaración Sociolaboral del MERCOSUR

Libertad sindical. Artículo 9º. - Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo. Se deberá garantizar:

a) la libertad de afiliación, de no afiliación y de desafiliación, sin que ello comprometa el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo;

b) evitar despidos o perjuicios que tengan como causa su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales;

c) el derecho a ser representados sindicalmente, conforme a la legislación, acuerdos y convenciones colectivos de trabajo vigentes en los Estados Partes.

- Constitución de la República art. 7, 36, 57, 72 y 332.

Artículo 7º.- 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.

Artículo 10.- Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Artículo 36.- Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

Artículo 57.- La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.

Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje.

Declarase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

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

*-Decreto 93/968*

Art. 2 Los trabajadores y empleadores sin ninguna distinción y autorización previa tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el derecho de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Art. 6 Al ejercer los derechos que se les reconocen en este decreto, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

- Ley 17.940 Libertad Sindical

Artículo 1º.- (Nulidad de los actos discriminatorios).- Declárase que, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución de la República, con el artículo 1º del Convenio Internacional del Trabajo N° 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) aprobado por la Ley N° 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y con los literales a) y b) del artículo 9º de la Declaración sociolaboral del MERCOSUR, es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo.

## IV. Opiniones doctrinarias

Nos dedicaremos ahora a determinar si existe en nuestro ordenamiento la llamada libertad sindical negativa. Relevaremos en este apartado las opiniones doctrinarias que se han expuesto a nivel nacional y en el derecho comparado.

Tradicionalmente, la doctrina encabezada por distinguidos publicistas como JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y GROS ESPIELL, así como por los más destacados laboristas como PLÁ RODRÍGUEZ y SARTHOU, ha entendido que si bien la libertad sindical negativa no se encuentra recogida a texto expreso por diversos motivos (a saber, la antipatía con la que es mirada por los trabajadores sindicalizados y su carácter puramente individual), la misma está contenida en el propio concepto de libertad sindical. Al respecto, se hace hincapié en que una libertad consiste esencialmente en una opción entre varias posibilidades. Por ende, no puede hablarse de una verdadera libertad si no existe la posibilidad de no ejercer el derecho que se reconoce. Se entiende que si una persona es libre de adherirse, esto implica que puede adherirse o no, de lo contrario no se trataría de un derecho sino de una obligación. Los autores que defienden esta tesis entienden que no es necesario que la libertad sindical negativa surja expresamente del texto normativo por una razón de sentido común: al conferirse un derecho se sobreentiende que su titular es libre de ejercerlo o no. Así como el derecho a no hablar está contenido en el de libre expresión del pensamiento, el derecho a no afiliarse o desafiliarse está contenido en el derecho a afiliarse.<sup>20</sup>

Por su parte, ERMIDA se limita a conceptualizar la libertad sindical negativa, señalando las consecuencias polémicas de su admisión, como ser la interdicción de las cláusulas sindicales. Tras relevar los diferentes tipos de cláusulas sindicales, señala que las mismas han evolucionado de forma de compatibilizarse con el pluralismo sindical.<sup>21</sup>

MANTERO DE SAN VICENTE estudia la cuestión partiendo de los antecedentes históricos de los convenios internacionales 87 y 98. Menciona el autor que en los trabajos preparatorios de dichos instrumentos, los países de habla inglesa se opusieron al reconocimiento expreso de la libertad sindical negativa en el texto, dada la gran difusión de las cláusulas de exclusión sindical en dichas naciones. De esta forma, no solo la libertad sindical negativa no fue expresamente reconocida en el Convenio, sino que además la O.I.T. se preocupó por dejar en claro que el instrumento no debía interpretarse en el sentido de prohibir las cláusulas sindicales. La Conferencia de 1949, al aprobar el Convenio, también emitió una declaración señalando que el mismo “no debería interpretarse en el sentido de que autoriza o prohíbe las cláusulas de seguridad sindical, y que estas cuestiones deben resolverse de acuerdo con la reglamentación y las prácticas nacionales”. Esto lleva a MANTERO DE SAN VICENTE a señalar que “en opinión de los organismos técnicos de la O.I.T. los convenios sobre libertad sindical ni imponen ni prohíben las cláusulas de exclusión. El punto debe ser resuelto por las normas de orden interno”.

De acuerdo al análisis efectuado, el autor concluye, en forma elíptica, que existe una libertad sindical negativa. Señala que, la cláusula de exclusión “constituye además, al impedir el libre ejercicio de la libertad de afiliación, una lesión a los aspectos individuales de la libertad sindical”.<sup>22</sup>

Asimismo, MANTERO DE SAN VICENTE transcribe una opinión de DE FERRARI que nos ilustra sobre la postura de éste último en lo referente a las cláusulas de exclusión y por ende a la libertad sindical negativa: “Si por razones puramente históricas y sociológicas, pueden o pudieron ser defendidas, en cambio desde el punto de vista filosófico, del orden jurídico y de la teoría del derecho del trabajo, tales cláusulas deben ser rechazadas, por lo que tienen de contrarias a la libertad de trabajo y de conciencia.”<sup>23</sup>

20. Cfme. Plá Rodríguez, Américo, ob. cit. pág. 60; Jiménez de Aréchaga, Justino, ob. cit., pp 18 y 19; Sarthou, Helios, “Rasgos ontológicos de la libertad sindical”, ob. cit., pág. 193; Gros Espiell, Héctor, ob. cit. pág. 166.

21. Ermida Uriarte, Oscar, ob. cit. pp. 31 a 36.

22. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit. pp. 131 – 134.

23. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit. pág. 134.

La existencia y protección de la llamada libertad sindical negativa es también un tema de discusión en otros países. En un interesante estudio sobre las cláusulas sindicales en el derecho comparado, SÁNCHEZ-CASTAÑEDA hace referencia a una libertad sindical negativa absoluta y una libertad sindical negativa limitada. Según este autor, la libertad sindical negativa absoluta es recogida por España<sup>24</sup> y Francia<sup>25</sup>, y a nivel internacional por la Carta Social Europea y la O.I.T. Entre los países que recogen una libertad sindical negativa limitada, el autor menciona Canadá y Estados Unidos.<sup>26</sup>

Cabe mencionar que la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido expresamente la libertad sindical negativa en el caso *Sigurjonsson v. Islandia*, derivando tal derecho del artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En particular, señaló la Corte: “Tal como entendemos el artículo 11, la faz negativa de la libertad de asociación es necesariamente complementaria, correlativa e inseparable de la faz positiva. La protección de la libertad de asociación sería incompleta si la misma se extendiera únicamente al aspecto positivo. Se trata de un único derecho.”<sup>27</sup> Al igual que otros tratados internacionales, dicho artículo tiene una redacción que únicamente recoge a texto expreso la libertad sindical positiva.<sup>28</sup> Por tal motivo, la labor interpretativa de la Corte Europea es aplicable a otros acuerdos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre la temática en Estados Unidos, vale la pena hacer algunas puntualizaciones, para lo cual volvemos a recurrir a LA STRA LA STRA. El autor, apoyándose en diversa doctrina, reseña la realidad actual de ese país en materia de libertad sindical negativa en varios de sus aspectos: “La cláusula de exclusión de ingreso, es decir, el taller cerrado o *closed shop*, fue prohibida también por la Ley Taft Hartley’. En 1985, un tribunal determinó, por cinco votos contra cuatro, que era correcta la conclusión de que un sindicato no podía prohibir a un miembro suyo que lo abandone”.<sup>29</sup>

La ley Taft-Hartley (también conocida como *Labor-Management Relations Act* o *LMRA*) vino a modificar en gran medida la *National Relations Act*, prohibiendo la cláusula *closed shop* aunque mantuvo la legalidad de la *union shop* (section 8[a][3]). Sin embargo, la ley Taft-Hartley permitió a los estados de la unión dictar sus propias leyes referentes al derecho a trabajar (section 14[b]), por lo que incluso la cláusula *union shop* está técnicamente prohibida en aquellos estados que han legislado en la materia, los cuales superan la veintena.<sup>30</sup>

En la región, SARTHOU releva los casos de Brasil, Argentina y Paraguay donde la libertad sindical negativa se encuentra reconocida a texto expreso, incluso en normas de rango constitucional.<sup>31</sup>

- 
24. El artículo 28.1 de la Constitución española reconoce la libertad sindical negativa en forma expresa, señalando que nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. Asimismo, el 4.2.c) establece el derecho a la no discriminación por razones de afiliación o no a un sindicato. Finalmente, el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores establece la nulidad de las cláusulas de convenios colectivos que tengan discriminaciones favorables o adversas por razón de afiliación o no a sindicatos.
25. El artículo L.411-8 del Código de Trabajo establece que todo miembro del sindicato puede retirarse en cualquier momento.
26. Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La cláusula de exclusión y el pluralismo sindical en el derecho comparado”, en obra colectiva “Libertad Sindical: cláusula de exclusión”, coordinado por Kurcyn Villalobos, Patricia y Macías Vázquez, María Carmen, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, formato PDF, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=243>
27. Cfme. Davis Jr., W. Kearns, “*Sigurjonsson v. Iceland: The European Court Of Human Rights expands the negative right of association*”, *Case Western Reserve Journal of International Law*; Spring/Sum95, Vol. 27 Issue 2/3, p301, 19p. (traducción libre).
28. La norma en cuestión reza: “Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.
29. William B. Gould IV, “Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo”, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1991, pág. 143, caso *Pattern Makers’ League of North America v. NLRB*, U.S.(27 de junio 1985); Lastra Lastra, José Manuel, ob. cit., pág. 14. En rigor, cabe diferenciar la cláusula “taller cerrado” de la prohibición de abandono del sindicato. Lo primero consiste en que no se puede ingresar a trabajar si no se está afiliado. Lo segundo implica que el individuo no se puede desafiliarse.
30. Getman, Julius y Pogrebin, Bertrand, “Labor Relations: the basic processes, law and practice”, The Foundation Press, Inc, Estados Unidos, 1988, pp. 323 –324; Cox, Archibald, Bok, Curtis, Gorman, Robert y Finkin, Matthew, “Labor Law: cases and materials”, The Foundation Press, Inc., 11ª Edición, Estados Unidos, 1991, pp. 1117-1120; Clarkson, Kenneth; LeRoy, Roger; Jentz, Gaylord; y Cross, Frank, “West’s Business Law”, West Legal Studies in Business, octava edición, Estados Unidos, 2001, pp. 762 y 763.
31. Cfme. Sarthou, Helios, en obra colectiva “El Derecho Laboral del Mercosur Ampliado”, Fundación de Cultura Universitaria y Organización Internacional del Trabajo (Cinterfor/OIT), 2ª Edición, Montevideo, 2000, pág. 435.

Finalmente, señalamos la situación de México, donde la cláusula de exclusión encontraba sustento legal expreso en la Ley Federal de Trabajo (arts. 395 y 413) hasta que dicha parte de la ley fuera declarada inconstitucional en el año 2000, por su contrariedad con los artículos 5º, 9º, y 123 apartado "A", fracción XVI, de la Constitución (derecho al trabajo, a la libertad de asociación y libertad sindical)<sup>32</sup> aún cuando dichos artículos no contienen una protección expresa de la libertad sindical negativa.<sup>33</sup>

## V. Nuestra opinión

En nuestro país, entendemos que el ordenamiento jurídico reconoce la libertad sindical negativa.

En primer lugar, este reconocimiento está dado a texto expreso en el Protocolo de San Salvador (artículo 8.3, internalizado por la ley 16.519) y la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (artículo 9). Esta conclusión también se deriva de la reciente ley de libertad sindical 17.940 (art. 1), aunque sin mención expresa.

En segundo lugar, la existencia de la libertad sindical negativa se deriva de la propia libertad sindical positiva, siguiendo a la doctrina tradicional antes citada. En tanto las normas establecen un derecho y no una obligación, va de suyo que el titular es libre de ejercer o no dicha prerrogativa.

Por último, el reconocimiento de esta faz negativa se deduce de la necesaria coordinación que debe darse entre la libertad sindical y los demás derechos fundamentales, como ser el de libertad en términos generales, trabajo, igualdad y asociación.

Estas conclusiones se derivan de los desarrollos siguientes.

### Vi Situaciones jurídicas

Las normas más importantes en materia de libertad sindical, en particular el Convenio 87, conceden al individuo el derecho a afiliarse a un sindicato. Esta norma coloca al sujeto en una situación jurídica que merece la pena ser estudiada a efectos de responder si el titular está obligado (o si puede ser obligado) a ejercer el derecho que le confiere la norma. Comenzaremos por definir las situaciones jurídicas para luego atender a las diversas clasificaciones que se han propuesto. En el apartado siguiente, veremos en qué situación jurídica se encuentra el individuo respecto de la libertad sindical.

Sólo puede hablarse de situaciones jurídicas en el marco de una relación jurídica, por ende es necesario definir previamente el concepto de relación jurídica. Al respecto, describe RECASENS SICHES: "La norma jurídica (de imposición inexorable) regula o coordina desde un punto de vista objetivo las actividades sociales, de tal suerte que concede a cierta conducta de un sujeto (el titular del derecho) la capacidad normativa de determinar en otro sujeto (el obligado), o en varios, un determinado comportamiento positivo o negativo".<sup>34</sup>

Aclarado el punto, procede establecer el concepto de situación jurídica. DURÁN MARTINEZ concibe las situaciones jurídicas como "las diversas posiciones que –conforme a Derecho– un sujeto puede tener frente a otros".<sup>35</sup>

32. Lastra Lastra, José Manuel, ob. cit., pág. 18.

33. Artículo 5. *A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial (...)* El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.; Artículo 9o. *No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito;* Artículo 123. *Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán: A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos, y de una manera general, todo contrato de trabajo: XVI. Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera;*

34. Recasens Siches, Luis, "Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho", segunda edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, pp. 219 y 220.

35. Duran Martínez, Augusto, "Situaciones jurídicas subjetivas", La Justicia Uruguaya, tomo 122, sección Doctrina, pág. 91.

El citado autor toma una clasificación propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, distinguiendo las situaciones jurídicas en activas o pasivas, según sean de ventaja o desventaja, amplíen o disminuyan la esfera jurídica. Dentro de las activas, encontramos la potestad o derecho potestativo, el derecho subjetivo, el interés legítimo y por último el interés. Por otro lado, dentro de las pasivas encontramos la sujeción, el deber y la obligación. Por último, en una categoría intermedia este autor ubica el poder-deber (como la patria potestad), el derecho-deber (como el voto) y la carga (imperativo del propio interés que limita un poder). La situación jurídica de "derecho-deber" es de especial trascendencia en nuestro caso en tanto describe un derecho de ejercicio obligatorio. En particular, importa determinar si la libertad sindical puede ser un derecho-deber.

En cuanto al concepto de derecho subjetivo, DURÁN MARTÍNEZ adhiere a la tesis de JELLINEK inspirada en IHERING. Derecho subjetivo es, en palabras de JELLINEK, "la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o un interés".<sup>36</sup>

Por su peso histórico, debemos referirnos a la clasificación de HOLFELD, la cual, en la transcripción de MASSINI CORREAS, organiza las situaciones jurídicas activas de la siguiente forma:

- 1) *Derechos reclamo*, que tienen lugar cuando otro sujeto jurídico tiene el deber de realizar una acción a favor del sujeto titular.
- 2) *Libertades*, que se tienen cuando otro sujeto no tiene el derecho de impedir la conducta del titular
- 3) *Poderes*, que suponen la capacidad de modificar la situación legal de otro sujeto jurídico
- 4) *Inmunidades*, de la que se es titular cuando el otro sujeto no tiene la capacidad legal de modificar la propia situación jurídica.<sup>37</sup>

Por su parte, NINO estudia los diferentes conceptos de derecho subjetivo bajo el siguiente abordaje:

- 1) Derecho como equivalente a no prohibido.
- 2) Derecho como equivalente a autorización.
- 3) Derecho como correlato de una obligación activa.
- 4) Derecho como correlato de una obligación pasiva.
- 5) Derecho como acción procesal.<sup>38</sup>

Más allá de las clasificaciones propuestas, podría sostenerse que el ordenamiento jurídico, en tanto sistema lógico de normas, únicamente puede reconocer dos tipos de conductas, las permitidas y las no permitidas. De esta forma, las denominaciones clásicas de "derecho" "obligación", "carga", etc., son meros nombres que sintetizan un complejo de permisos y prohibiciones.

## V.ii Interpretación del Convenio 87

Comenzaremos por la norma cardinal referente a la libertad sindical, cual es el Convenio 87, para luego estudiar su coordinación con las restantes reglas de Derecho.

En tanto el mencionado Convenio tiene naturaleza de tratado, corresponde interpretarlo a la luz de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual "deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31). Cuando estos criterios arrojen un sentido ambiguo o conduzcan a un resultado absurdo, podrá recurrirse a medios de interpretación complementarios recogidos en el art. 32, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.

36 Durán Martínez, Augusto, ob. cit., pág. 92.

37 Massini Correas, Carlos L., "Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 80-82.

38 Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho", novena edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1999, pp. 195-209.

### a) Sentido corriente del texto

El primer elemento para la interpretación lo constituye el sentido corriente del texto del Convenio. Sin embargo, el mismo guarda silencio respecto de la libertad sindical negativa, limitándose a reconocer la libertad sindical en términos generales con contenido positivo (derecho a constituir sindicatos, a afiliarse, etc). Ante esta realidad, resulta necesario realizar una lectura de buena fe tal como ordena la Convención de Viena, estudiando la situación jurídica del titular de dicha libertad a efectos de determinar si se trata de un derecho de ejercicio libre o de un derecho-deber.

En términos teóricos, derecho y deber no son necesariamente contradictorios. En efecto, puede verse que los conceptos transcriptos de *derecho subjetivo* (como correlato de una conducta pasiva) y de *deber*<sup>39</sup> son perfectamente conciliables. Por ejemplo, un sujeto tiene el derecho de votar por lo cual nadie puede impedir que vote, pero, si no vota es pasible de una sanción.

Sin embargo, toda vez que un sujeto se encuentra en la posición jurídica de derecho-deber, es porque se le ha restringido la libertad de decidir si quiere ejercer o no el derecho que se le ha conferido. Como señala GARCÍA MAYNEZ, transcripto por RECASENS SICHES, el derecho de libertad "es un derecho de segundo grado, que consiste en la posibilidad (determinada por la norma) de una persona de optar a su arbitrio entre el ejercicio o no de sus derechos subjetivos".<sup>40</sup> Esto quiere decir que existen dos planos diferentes. En el primero de ellos, el sujeto aparece como titular de varios derechos subjetivos. En un segundo plano, el sujeto titular de esos derechos en ejercicio de su libertad puede optar por ejercerlos o no. De lo antedicho puede derivarse que es posible conferir o reconocer un derecho a un sujeto al tiempo que privarlo de la libertad de elegir si quiere o no ejercerlo, tornando obligatorio su ejercicio. Tal es el caso del derecho-deber, en tanto el sujeto es titular de un derecho pero carece de la libertad de decidir o no su ejercicio.

Más allá de lo antedicho, es claro que el principio general es la libertad (según el artículo 7 y 10 de la Constitución), de forma que toda vez que una norma confiere o reconoce un derecho va de suyo que su titular es libre de ejercerlo o no. Una limitación en este sentido deberá efectuarse con las máximas garantías constitucionales por varios motivos que se detallan a continuación.

En primer lugar, por cuanto significa una limitación a la libertad consagrada en el artículo 10 de la Constitución, por lo que solo puede hacerse por ley y por razones de interés general.<sup>41</sup>

En segundo lugar, en caso de regularse la libertad sindical como un derecho-deber, debe tenerse especial cuidado al establecer la sanción, por cuanto las mismas suelen ser también limitativas de derechos fundamentales. Por este motivo, puede terminar existiendo una doble restricción. Por ejemplo, si una cláusula sindical exige la afiliación obligatoria como condición para acceder al trabajo, la cláusula misma constituiría una restricción a la libertad, al tiempo que la sanción (el no acceso al empleo) estaría afectando el derecho humano al trabajo.

Finalmente, hay que recordar que no cualquier restricción establecida por ley es constitucional. En efecto, los derechos humanos se caracterizan por ser absolutos, lo cual implica que no pueden ser desaplicados en cuanto a su contenido esencial. En un conflicto aparente<sup>42</sup> entre el derecho de afiliarse a un sindicato y el derecho al trabajo, se hace necesario recurrir a la armonización de los derechos a fin de determinar el contenido esencial de

39 El deber puede definirse, en términos de Kelsen, como la conducta opuesta al acto antijurídico. Para el autor, un acto antijurídico es aquel que tiene previsto una sanción en la norma. De este modo, si la conducta antijurídica es matar, la conducta opuesta (no matar) es la debida según la norma secundaria. Nino, Carlos Santiago, ob. cit., pp. 192 y 193.

40 Recasens Siches, Luis, ob. cit. pág. 224

41 Este principio es manejado por MANTERO DE SAN VICENTE al señalar que la negación de la libertad de no afiliarse por medio de un acto del poder público debe cumplir dichos requisitos. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit., pág. 132.

42 Decimos aparente por cuanto, en rigor, no existen los conflictos de derechos según la tesis de SERNA y TOLLER (la cual en forma sumárisima intentaremos explicar). Esto se debe a que los derechos humanos son la protección jurídica de bienes humanos. Los bienes se definen como aquello que colabora a que el hombre alcance su fin último, concebido como la actualización de todas sus potencias. En estos términos, los bienes se coordinan necesariamente, puesto que si uno anula a otro, el primero dejaría de ser conceptualmente un bien ya que no estaría colaborando a alcanzar el fin del hombre. Como los derechos no son más que la protección jurídica de los bienes, deben asimismo coordinarse necesariamente. De esto se deduce que no puede haber conflictos entre derechos, sino conflictos entre pretensiones. Lo que en realidad sucede en estos casos es que uno de los sujetos en pugna está pretendiendo ejercer su derecho con exceso, esto es, por fuera de su contenido esencial. Por ello, resolver un conflicto aparente de derechos implica estudiar el bien jurídico protegido por el derecho para determinar cual es el contenido esencial a proteger. Ese contenido esencial es protegido en forma absoluta, de forma que no puede ser desaplicado. Por ende, hay que buscar armonizar ambos derechos en juego de suerte que el contenido esencial de ambos sea respetado. Serna, Pedro y Toller, Fernando, "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales", Buenos Aires, La Ley, 2000.

cada uno de ellos y determinar cual de los dos se está aplicando con exceso. De acuerdo a SERNA y TOLLER, para investigar el contenido esencial de un derecho se debe atender al bien jurídico protegido.<sup>43</sup> El derecho al trabajo o a trabajar se reconoce a fin de garantizar que los sujetos puedan ganar su sustento por medio del trabajo como bien jurídico protegido. Por su parte, la libertad sindical se concede o reconoce como forma de permitir que los trabajadores se agrupen en sindicatos y logren así mejores condiciones de trabajo.<sup>44</sup> Aplicar el derecho de afiliación en forma obligatoria so pena de impedir el acceso al trabajo implicaría desaplicar el derecho a trabajar en su contenido más esencial, ya que quien no se afilie o se desafilie estaría impedido de ejercer su derecho a trabajar. Esto implicaría violar la absolutéz de un derecho humano, razón por lo cual sería una aplicación inconstitucional de la libertad sindical.

Por otra parte, aplicar la libertad sindical en desmedro del derecho al trabajo implicaría perder de vista la finalidad de estos derechos. Como señala SARTHOU: “los sistemas deben servir al hombre, su libertad y su bienestar. El fin último del sindicalismo no es su propia promoción, sino su instrumentalidad para hacer mejor la condición humana”.<sup>45</sup>

Podría pensarse que la afiliación obligatoria, aún colocada como condición de acceso al empleo, es justificable en términos de política laboral como forma de lograr niveles mayores de sindicalización (presuponiendo que tal fin es debido por mandato de alguna norma o al menos deseable en términos de fijación de política). Sin embargo, ese razonamiento pierde de vista que se están limitando derechos humanos fundamentales de los individuos como la libertad y el trabajo en forma instrumental para obtener fines *supra* individuales. Los derechos humanos son antes que nada individuales, concebidos para defender al sujeto frente al colectivo (en particular el Estado, pero también frente a los demás sujetos). Por ende, no es admisible considerar al individuo y sus derechos como medios en lugar de fines en sí mismos.

Más allá de lo señalado, entendemos que en nuestro derecho positivo la libertad sindical no puede catalogarse como un derecho-deber ya que no hay una sanción prevista para su no ejercicio, sino todo lo contrario. En efecto, veremos que las normas establecen expresamente que está prohibido obligar a un sujeto a afiliarse a un sindicato. No habiendo sanción ni norma imperativa de conducta no puede hablarse técnicamente de deber jurídico en términos de Kelsen.

En nuestra opinión, el Convenio 87 coloca al individuo en una situación de derecho subjetivo, más concretamente, un derecho subjetivo entendido como correlato de una obligación pasiva (en términos de NINO) o bien como titular de una libertad (en términos de HOLFELD). La idea central (objetivo y fin del Convenio 87) es que el sujeto está facultado a afiliarse sin que nadie pueda impedirlo, siempre que cumpla con los estatutos y la legalidad (art. 2 y art. 8).

En resumen, del análisis del sentido ordinario de los términos del Convenio 87 cabe concluir que la libertad sindical negativa se encuentra reconocida en forma indirecta al conferir el citado convenio un derecho y no una obligación o un derecho-deber.

## b) Contexto

El segundo elemento a tomar en cuenta para la interpretación del Convenio es su contexto. A este respecto, pueden resultar de utilidad los fallos del Comité de Libertad Sindical de la OIT como “práctica ulterior”. Si bien técnicamente la OIT no es parte del Convenio, la práctica de organismos internacionales ha sido tomada en cuenta por los tribunales internacionales como medio interpretativo.<sup>46</sup> En este sentido, el Comité ha reconocido

43 Serna, Pedro y Toller, Fernando, ob. cit.

44 Villasmil Prieto enfatiza el carácter instrumental de la libertad sindical, a la cual llama “derecho bisagra” siguiendo la terminología de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres. “Ello explica el carácter instrumental de la libertad sindical, el cual se muestra de dos maneras: al tiempo que resulta una herramienta para crear el derecho –autonomía colectiva– lo es a su vez para defender otros”. Villasmil Prieto, Humberto, ob. cit. págs. 3 y 4.

45 Sarthou, Helios, “Rasgos ontológicos de la libertad sindical”, ob. cit. pág. 187.

46 Brownlie, Ian, “Public International Law”, Sexta edición, Inglaterra, Oxford University Press, 2003, pág. 605.

indirectamente la libertad sindical negativa al señalar que la misma no se opone a los Convenios 87 y 98, así como al tutelar el derecho de los trabajadores a desafiliarse de un sindicato.<sup>47</sup>

### c) Medios complementarios de interpretación

En tercer lugar, en cuanto a los medios complementarios de interpretación, vale recordar que en caso de persistir la duda interpretativa, puede recurrirse a los trabajos preparatorios del Convenio 87. Sin embargo, las Conferencias Internacionales del Trabajo preparatorias tanto del Convenio 87 como del Convenio 98 se cuidaron de aclarar que el convenio “no debería interpretarse en el sentido de que autoriza o prohíbe las cláusulas de seguridad sindical”.<sup>48</sup> Aún más, se dejó de lado una redacción que reconocía a texto expreso la libertad sindical negativa.<sup>49</sup> Teniendo presente estos antecedentes, el Comité de Libertad Sindical ha considerado que los Estados ratificantes tienen libertad de acción en materia de cláusulas de exclusión sindical (materia estrechamente vinculada con la libertad sindical negativa) por lo que dichos problemas deben ser resueltos por la legislación de cada país.<sup>50</sup> Como se verá a continuación, la restante legislación vigente en Uruguay reconoce la libertad sindical negativa de manera expresa y tácita.

### d) Conclusión

*En suma*, de la interpretación del Convenio 87 cabe concluir que el mismo no instaura ni prohíbe la libertad sindical negativa, aunque puede sostenerse que la misma se deriva en forma indirecta, tal como lo ha señalado tradicionalmente la doctrina. En tanto el convenio confiere derechos y no obligaciones, se deduce naturalmente que el titular es libre de ejercer o no estos derechos.

Sin embargo, hemos visto como pueden existir los llamados derechos-deberes. Además, la propia O.I.T. se ha cuidado de señalar que el instrumento no puede interpretarse en el sentido de que prohíba las cláusulas sindicales, lo cual, si bien no es exactamente lo mismo que negar la libertad sindical negativa, constituye un elemento contrario a la interpretación tradicional. Por último, la propia O.I.T. ha expresado que tal determinación corresponde al orden jurídico interno de los estados.<sup>51</sup> Por todo ello, la mera lectura del Convenio 87 puede ser insuficiente para concluir la existencia de la libertad sindical negativa. Exploremos, pues, otras argumentaciones por fuera del Convenio a fin de determinar si el orden jurídico nacional reconoce la libertad sindical negativa.

## V.iii Coordinación del Convenio 87 con las restantes reglas aplicables

En el presente capítulo analizaremos las restantes reglas de Derecho aplicables a la materia a efectos de descifrar si la libertad sindical negativa está reconocida en nuestro ordenamiento. Adelantamos nuestra opinión afirmativa al respecto, y señalamos que la misma puede fundarse en los siguientes argumentos.

El *primer argumento* se sustenta en el reconocimiento a texto expreso de la libertad sindical negativa por parte de instrumentos internacionales, algunos de ellos internalizados por ley a nuestro ordenamiento. En particular, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador, incorporado

47 En particular, caso 335 (Perú), párrafo 425 y 427 citado por Villasmil Prieto, Humberto, “La Libertad Sindical: Historia y Fundamentos”, Oficina Internacional del Trabajo-OIT, Marzo de 2002, pág. 32. El texto resumido se encuentra disponible en “La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, quinta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, pág. 82, párrafo 367: “Basándose en la declaración de la Comisión de Relaciones de Trabajo de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1949, el Comité ha estimado que una legislación que establece el derecho a no sindicarse o a no permanecer en un sindicato no constituye en sí una violación de los Convenios núms. 87 y 98.” También ver párrafo 361: “En un caso en que los afiliados sindicales que deseaban darse de baja de su sindicato sólo podían hacerlo en presencia de un notario, quien debía verificar la identidad del interesado y certificar su firma, el Comité consideró que esta condición no constituiría en sí una infracción a los derechos sindicales, a condición de que se tratara de una formalidad que en la práctica pudiera cumplirse fácilmente y sin demora. Pero si una disposición de esa naturaleza pudiera en algunas circunstancias plantear dificultades prácticas a los trabajadores que desearan darse de baja de un sindicato, dicha disposición podría limitar el libre ejercicio de su derecho a afiliarse a organizaciones de su elección. Para evitar situaciones de esta índole, el Comité consideró que el gobierno debería examinar la posibilidad de prever otra forma de desafiliación que no entrañe ninguna dificultad de orden práctico o económico para los trabajadores interesados.”

48 Cfme. Mantero de San Vicente, Osvaldo, ob. cit. pág. 133.

49 CIT, 30.a reunión, 1947, Actas de las sesiones, pág. 554.

50 “La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, ob. cit., pág. 82.

51 CIT, 32.a reunión, 1949, Actas de las sesiones, págs. 450 y 451

al ordenamiento nacional por la ley 16.519) en su artículo 8 dispone “3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.

Asimismo, la *Declaración Sociolaboral del MERCOSUR* dispone en su Artículo 9º: “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo. Se deberá garantizar: a) la libertad de afiliación, de no afiliación y de desafiliación, sin que ello comprometa el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo” (subrayado nuestro). La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR no ha sido internalizada por vía legal, por lo cual su aplicabilidad puede resultar discutible.<sup>52</sup>

Sin embargo, la reciente ley 17.940 ha determinado que dicha Declaración cobre especial relevancia, al proteger la libertad sindical conforme a los literales a) y b) del artículo 9 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.<sup>53</sup> Al comentar el artículo, SARTHOU concluye directamente que “se consagra plenamente la libertad sindical negativa”, al haberse declarado nulos los actos discriminatorios y excluirse la legitimidad de las cláusulas sindicales.<sup>54</sup>

Creemos que el mero examen de estas normas basta para afirmar que la libertad sindical negativa está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, nos permitimos hacer referencia a otras posibles razones para sostener dicha conclusión.

Un *segundo argumento* puede fundarse en la regulación del derecho de asociación contenido en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* artículo Art. 20.2 “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”. Este argumento nos remite al problema de distinguir la libertad sindical del derecho de asociación. Por ende, el valor de este argumento dependerá de la tesis a la que nos afiliemos respecto del vínculo entre derecho de asociación y libertad sindical.<sup>55</sup>

Un *tercer argumento* se extrae de los límites que se han impuesto a los derechos sindicales, de acuerdo a los diversos instrumentos internacionales. Así, el citado *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador)* en su artículo 8.2 señala que los derechos sindicales están sujetos a las limitaciones y restricciones previstas por la ley “así como los derechos y libertades de los demás”. Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (internalizado por ley 13.751) señala que el derecho de asociación, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos está sujeto a las restricciones previstas en la ley para proteger la seguridad, la salud, la moral o los derechos y libertades de los demás.

Estas restricciones, en particular las referentes a los derechos y libertades de terceros, demuestran que la libertad sindical no es ilimitada. Como señalan DELPIAZZO y ROBAINA, un Estado de Derecho se caracteriza

52 Ermida Uriarte, Oscar, “La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su aplicabilidad judicial”, Revista “Pistas” N° 5, octubre 2001, publicación del Instituto del Mundo del Trabajo, disponible en [www.mundodeltrabajo.org.ar](http://www.mundodeltrabajo.org.ar); Según enseña ERMIDA, las disposiciones de un instrumento internacional pueden ser aplicables en virtud de varios fundamentos. En primer lugar, señala el autor, son aplicables en forma directa e inmediata las disposiciones “que reconocen o garantizan un derecho efectivo o proscriben una actitud”. Además de ese argumento, provee otros tres: “a) el recurso a los arts. 72 y 332 de la Constitución; b) la tesis de la superioridad del Derecho internacional y de la mayor jerarquía de las Declaraciones; y c) el reconocimiento de que los derechos humanos forman parte del *jus cogens*.”; Ver también Mansueti, Hugo Roberto, “La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR: su importancia jurídica y práctica”, Revista “Pistas” N° 7, abril 2002, publicación del Instituto del Mundo del Trabajo, disponible en [www.mundodeltrabajo.org.ar](http://www.mundodeltrabajo.org.ar).

53 En efecto, el mencionado artículo reza: Artículo 1º.- (Nulidad de los actos discriminatorios).- Declárase que, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución de la República, con el artículo 1º del Convenio Internacional del Trabajo N° 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949) aprobado por la Ley N° 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y con los literales a) y b) del artículo 9º de la Declaración sociolaboral del MERCOSUR, es absolutamente nula cualquier discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación con su empleo o con el acceso al mismo.

En especial, es absolutamente nula cualquier acción u omisión que tenga por objeto:

A) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.  
B) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.  
Las garantías prescritas en la presente disposición, también alcanzan a los trabajadores que efectúen actuaciones tendientes a la constitución de organizaciones sindicales, dentro o fuera de los lugares de trabajo. Subrayado agregado.

54 Sarthou, Helios, “A propósito de la nueva Ley Uruguaya de Protección Sindical”, IUSLabor 2/2006, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, disponible en línea: <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Uruguay.pdf>

55 Plá Rodríguez, en su “Curso de Derecho Laboral”, realiza una distinción entre la libertad de asociación y libertad sindical, reseñando las tres tesis expuestas por De la Cueva: 1. la libertad sindical es una aplicación general del derecho de asociación; 2. la libertad sindical es distinta del derecho de asociación; 3. son derechos distintos pero vinculados. Plá Rodríguez concluye que en Uruguay ha primado la tesis que distingue el derecho de asociación de la libertad sindical. (Plá Rodríguez, Américo “Curso de Derecho Laboral”, Tomo IV, Vol. I, Ediciones Idea, 1999, págs. 41 a 45).

no sólo por el respeto y la garantía a los derechos humanos, sino por el armónico relacionamiento de éstos.<sup>56</sup> Dentro de tales derechos se encuentran la propia libertad sindical de los terceros (en particular el derecho a no afiliarse a un sindicato para afiliarse a otro), la libertad en general, la libertad de trabajo, el derecho a trabajar, el derecho de igualdad y a la no discriminación, reconocidos en los artículos 7, 8, 10 y 36 de la Constitución.

Además del límite externo de los derechos ajenos, todo derecho subjetivo reconoce límites internos, de suerte que no deben ser ejercidos con exceso. Esto está reconocido por el artículo 1321 del Código Civil uruguayo, regulando el instituto del abuso de derecho.

## VI. Conclusiones

1) El concepto de libertad sindical en el plano individual determina el derecho del sujeto a afiliarse (libertad sindical positiva), no afiliarse o desafiliarse de un sindicato (libertad sindical negativa). Los autores discrepan acerca de la existencia de la libertad sindical negativa por diversos motivos.

2) Es importante determinar la existencia o no de una libertad sindical negativa ya que su admisión sin reservas determina la ilicitud de las restricciones a la misma, sean éstas por medio de las llamadas cláusulas sindicales (entre las cuales se encuentra la obligación de afiliarse al sindicato como condición para acceder al empleo), actos del poder público o de los privados, como ser las listas negras.

3) La norma clave sobre libertad sindical -el Convenio Internacional de trabajo núm. 87 de la O.I.T.- no reconoce la libertad sindical negativa en forma expresa, quedando su regulación al orden jurídico interno de cada país, según lo ha expresado la organización. No obstante ello, coincidimos con la interpretación tradicional de la doctrina en decir que, al establecer el Convenio un derecho y no una obligación, el titular del mismo es libre de ejercerlo o no, quedando así contemplada la libertad sindical negativa.

4) Dejando de lado el Convenio 87, en Uruguay la libertad sindical negativa está protegida expresamente en el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador, ley 16.519), en la *Declaración Sociolaboral del MERCOSUR*, y en el ámbito del derecho de asociación, dentro de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Pacto de San José de Costa Rica*. Cabe destacar que la nueva ley 17.940, reconoce la libertad sindical de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, norma en la cual se recoge la libertad sindical negativa a texto expreso. Asimismo, esta libertad se deriva de la necesaria armonización con los demás derechos fundamentales como ser la libertad, la igualdad y el trabajo.

5) En conclusión, de la normativa relevada y el análisis realizado, se desprende que la libertad sindical negativa se encuentra actualmente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>56</sup> Delpiazzo, Carlos, y Robaina Raggio, Andrés, "Estado de Derecho y Ocupaciones", Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año IV, N°9, pág. 9.



## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

*LANGON CUÑARRO, Miguel*

*"El rol del Ministerio Público en el proceso penal"*

*MONTANO, Pedro*

*"Víctima y proceso penal"*



# EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL<sup>1</sup>

*Dr. Miguel Langón Cuñarro*  
*Profesor de Derecho Penal en la UdelaR y en la UM*

La interesante Jornada vivida en el día de hoy me hizo acordar de aquella convocada en Solymar, hace algunos años, por el entonces Ministro del Interior, Dr. Didier Operti, que permitió un intenso debate sobre la reforma procesal en trámite entre todos los interesados, al cabo de la cual resultó definida la Comisión que elaboraría el nuevo Código Procesal Penal<sup>2</sup>, que dio por resultado definitivo la aprobación de éste por L. 16.893 de 16.12.97, que sin embargo, por diversos motivos, no entró jamás en vigencia<sup>3</sup>.

Esperamos que de ésta pueda resultar también un impulso suficiente para coadyuvar en el proceso actual de reforma, al cabo del cual podamos tener, al fin, un nuevo Código Procesal Penal, de tipo definitivamente acusatorio y por lo tanto regido por el principio de la oralidad, que sea eficaz y se pueda adaptar a nuestra realidad e idiosincrasia nacional.

Es realmente una paradoja, pero es un dato de la realidad, que los Códigos y leyes penales en general, vengán impulsadas, durante los últimos años, inevitablemente desde el Ministerio del Interior, sea cual sea el partido de gobierno y el titular del cargo en cuestión, pero en fin, como se ve, se delega la tarea a los especialistas, y en definitiva lo que importan son los resultados, por lo que hacemos votos de éxito para el esfuerzo actual.

Recuerdo la Jornada de Solymar porque allí el entonces Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Juan Mariño, dijo algo que me quedó grabado para siempre y creo es una enseñanza que se puede compartir y se debe seguir.

El nos dijo que debían hacerse las reformas sin pensar en las patologías, es decir, que no se puede elaborar un proyecto de ley considerando prioritariamente las posibilidades de falencias, errores y debilidades humanas, porque de ese modo se hace algo tan engorroso y pesado que jamás podrá llegar a entrar a funcionar.

Es claro que se debe mejorar la estructura, y yo creo firmemente que la verdadera garantía está en ella, pero también es cierto que con las mejores leyes si fallan los hombres que las aplican todo será inútil.

Y por el contrario, con regulares y aun malas leyes, si los hombres son buenos, las cosas irán mejor.

¡Pero cuánto más perfecto si se logran reunir buenas leyes y mejores operadores!, por lo cual se debe legislar, no desde la sospecha, sino desde la esperanza y la fe en los controles internos y externos que se puedan instrumentar, sin llegar a ser una carga tan pesada que frustre la finalidad de justicia que todos buscamos con la actualización de nuestro vetusto proceso penal.

Por ejemplo, y para ceñirme al tema propuesto: hay que reformar el rol del Ministerio Público, con energía y decisión, hay que jerarquizarlo, hay que darle más poder, sin pensar en las debilidades humanas, y sin tomar en cuenta incluso, las lamentables experiencias del pasado reciente que tanto han golpeado y lastimado al Instituto, particularmente por la politización que se ha querido introducir en él, y aún por el para no pocos

1 Conferencia dictada en la Universidad de Montevideo, en 2007, adaptada para su publicación.

2 Integrada por los Dres. Amadeo Ottati y Oscar Peri Valdez.

3 En efecto, a poco de aprobarse se reformó intensamente por L. 17.221 de 31.10.99, y luego de sucesivas prórrogas, se suspendió su entrada en vigencia por tiempo indefinido, por L. 17.506, de 18.6.2002.

desembozado intento de transformarlo en algo al servicio del gobierno de turno y no del país y de la legalidad, como debe ser.

Las opiniones que daré a continuación, debo decirlo, están desvinculadas en absoluto con el proyecto de reforma elaborado por la Comisión que preside dignamente el Dr. Dardo Preza, nuestro compañero de docencia y buen amigo, con el que transitamos hace ya largos años en el duro oficio de hacer justicia, desde nuestros respectivos roles.

Y está desvinculado porque no he tenido oportunidad de ver el proyecto que se está elaborando, del que sólo he escuchado sus líneas generales en el día de hoy, y con las cuales me siento en general identificado y reconozco con beneplácito que se transita, creo, por el buen camino.

Pero es mejor que así sea, porque lo que diré no viene ni a apoyar ni a criticar lo actuado, sino a dar una opinión absolutamente independiente y estrictamente personal, que he formado en años de pensar en el asunto y con la larga experiencia adquirida en el desempeño de mi cargo de Fiscal del Crimen por cerca de cinco lustros.

Espero que sean fermentales y que tal vez puedan ser tomadas en cuenta en el momento de la reforma, porque eso sí, creo que ahora la misma debe ser radical, e ir al fondo de las cosas, no valiendo más, si es que alguna vez tuvo interés, aquella idea de “acercarse al acusatorio”, que habían resuelto los representantes de los partidos políticos en el Parque Hotel.

Hoy hay que ir directamente al acusatorio puro, e implantar una reforma que dure treinta años por lo menos, es decir, cambiar desde la raíz el sistema y ponerlo a la altura de los tiempos como gustaba decir a don Luís Jiménez de Asúa.

Y esa reforma radical no se logrará nunca, si no se cambia en forma definitiva al Ministerio Público.

El Ministerio Público en el Uruguay, en los últimos años, de manera pública y notoria, como todos Uds., saben ha sido castigado, ha sufrido<sup>4</sup>, y entonces, cuando nosotros presentamos el modelo que pensamos es el mejor, no lo haremos desde la patología, no lo haremos considerando esta lamentable historia, sino que lo haremos desde el ideal, desde el deber ser, y no pensando cómo las debilidades y las pasiones humanas pueden incidir sobre los sistemas por mejores que ellos sean, porque esta condición de nuestra naturaleza no dejará de existir, lo que no debe impedir conformar una estructura que se acerque al ideal.

Eso no impide, claro, que se piensen y estructuren, dentro del sistema, los frenos y contrapesos necesarios, los controles internos y externos que pueden servir de estabilización y garantía, pero los controles no deben impedir las reformas, porque sin ellas no puede haber proceso dispositivo, contradictorio, dialogal, donde cada operador tenga verdaderamente su lugar, porque del rol del Fiscal depende la dignidad del Defensor y también la imparcialidad del Juez de sentencia, que no se debe contaminar en forma alguna con las partes en pugna, preservando así en forma absoluta la sagrada dignidad que le compete de hacer justicia, de decir el derecho, de fallar resolviendo el conflicto, con total independencia y libertad de conciencia.

<sup>4</sup> En 1997 por primera vez en la historia, el Parlamento negó una venia al Poder Ejecutivo para designar un Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación (cuyo candidato era yo), lo que provocó la nominación y posterior designación con unanimidad de pareceres de alguien ajeno al Ministerio Público (provenía del Poder Judicial), entre cuyos integrantes, profundamente divididos, no se encontró candidato que pudiera cumplir los requerimientos exigidos para el cargo; la gestión del Fiscal designado no pudo culminar, pues terminó con su renuncia anticipada, al cabo de años de denuncias y procesos administrativos en su contra, que lo tuvieron como protagonista principal; y finalmente, el actual Poder Ejecutivo, alteró el sistema tradicional de interinatos imponiendo transitoriamente a un nuevo Fiscal de Corte, una dama, que se sabía desde el inicio que no contaba con los votos necesarios para su designación en titularidad, dándose el segundo caso en la historia, de negativa del Parlamento a designar al candidato propuesto por el Gobierno (tal vez por aquello de “heredarás el viento”), hasta que se llegó a la actual situación que parece, y así lo esperamos, lleve tranquilidad y normalidad a un servicio que, a nuestro juicio, jamás debió someterse a las tensiones por las que se le hizo pasar, donde parece clara, la intencionalidad política de unos y de otros (no de los magistrados involucrados sino de los operadores políticos) terminó por desprestigiarlo y lesionarlo, como decimos en el texto. Esta realidad no debe, sin embargo, obscurecer el rol que debe cumplir, y por eso ahora, que ya no hay dudas de que yo no seré nunca Fiscal de Corte, y que por lo tanto no se me puede atribuir, como se hizo maliciosamente alguna vez, ambición personal alguna, ningún apetito desordenado de poder, puedo decir, como dije siempre lo que creo que debe ser el servicio, con total honestidad, para bien de mi patria.

La pregunta entonces es la siguiente: ¿Cómo debería ser un Ministerio Público en un país democrático, moderno, civilizado y progresista del año 2007?

Hoy de mañana el Profesor CAIROLI recordaba la famosa frase de CANELUTTI sobre que hay que poner en su lugar al Ministerio Público, pues de eso se trata, ¿cuál es el lugar que le corresponde en el proceso?

No me voy a detener en esta ocasión en el estudio de los principios generales del Estado de Derecho que están en juego aquí, porque son por todos conocidos, y porque lo que quiero es dar un opinión sobre cómo creo se debe estructurar el servicio de la mejor manera posible y dar las razones de ello, a ver si se tienen en cuenta por los reformadores, como espero, por lo menos para que sean discutidas y consideradas estas ideas para mí tan queridas y fundamentales.

Pero no se debe olvidar que precisamente de lo que se trata es de servir al Estado de Derecho, que se caracteriza entre otras cosas por esos principios fundamentales, tales como la delimitación del poder, la separación de poderes, el control de la legalidad, la proporcionalidad, la sujeción al orden jurídico, a los cuales solo queremos referir brevemente, como digo, a los solos efectos de no perder la perspectiva de lo que se juega en la materia.

El Fiscal es, como se ha dicho, el “vigía de la ley”, no está allí para defender al gobierno, ni para atacar sistemáticamente, como regla, a los sospechosos, sino para pura y simplemente servir a las personas, dando cumplimiento al mandato del soberano, que se expresa a través de los textos normativos que elaboran sus representantes.

Igual que el juez debe al mismo tiempo cumplir la ley y servir a la justicia, tal como digo en un trabajo de reciente aparición<sup>5</sup>.

En delicado equilibrio, todo magistrado (y los fiscales lo son) debe cumplir la ley, como indicaba VAZ FERRERA con carácter absoluto, y al mismo tiempo decidir por la justicia, como mandaba COUTURE con sabiduría.

Para facilitar este justo medio entre dos extremos aparentemente inconciliables y opuestos, aparecen, y espero recoja el Proyecto, los principios de oportunidad y trascendencia, que deben ser reglados, para que el magistrado fiscal no haga lo que le parezca, por capricho, sino dentro de los parámetros y con los controles que le exija la ley, actúe con discrecionalidad (que no es arbitrio) de manera que forma y contenido no se contrapongan, sino que sirvan al unísono al bien común.

Se debe cumplir la ley y hacer justicia, dentro de una estructura que garantice al operador, a los justiciables y a sus víctimas, asegurando la cristalinidad de la actuación, la objetividad de los operadores, la claridad de los fundamentos de las decisiones respectivas y el control interno y externo, donde la publicidad permita a la opinión pública conocer al detalle, si le interesa, la forma de actuar de sus fiscales, los por qué y los para qué de sus dictámenes.

La rigidez es contraria de la vida, y por lo tanto, algunos mitos nacionales, como la oficialidad de la acción, la implacabilidad en la persecución de los delitos, la obligatoriedad de seguir siempre todas las causas aún las que impliquen asuntos de ínfima importancia, la imposibilidad de realizar pactos o transacciones con la Defensa (porque se piensa en la patología, en la posibilidad latente de corrupción, como vimos) deben ser revisados, con criterio y racionalidad, porque es posible que, ante tanta intransigencia y aparente dureza, existan mecanismos que permitan arribar a soluciones más humanas, porque al fin y al cabo, el humanitarismo es uno de los principios esenciales del derecho penal social y democrático que decimos sustentar.

Si decimos las cosas como son, si nos quitamos las máscaras que portamos, reconoceremos que no hay magistrado que, ante algún caso concreto, no haya hecho primar su opinión o ideal de justicia por sobre la reseca y fría letra de la ley, aduciendo tal vez “razones de política criminal”, cuando ninguna ley le autoriza a hacerlo.

5 Vide mi Conferencia dictada en la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco, sobre este tema, en “Criminología y Derecho Penal”, Tomo 3, en colaboración con Germán Aller, ed. Del Foro, 2007.

Yo lo que propongo es simplemente eso, que la ley permita al magistrado ejercer su discrecionalidad en ciertos casos reglados, de forma que tenga un marco jurídico de actuación donde las ideas humanitarias y de proporcionalidad puedan ser usadas con franqueza, transparencia, publicidad y sujetas por supuesto a la crítica, porque no debe creerse que todos pensemos igual en todos los casos, pero hay que asegurar al magistrado, al que se le tiene confianza y por eso está allí cumpliendo esa importante función, de que puede actuar con libertad, sin temor a ser por ello sancionado, y sin obligarle a encubrir con frases huecas o argumentos torcidos, lo que significa simplemente un hacer justicia en el caso concreto objeto de consideración, que de eso, y solo de eso, se trata aquí.

Los fiscales tienen ya, por naturaleza diría yo, un enorme poder discrecional, que les viene dado por el hecho de que ellos (igual que en su momento el juez) son los que determinan el sentido de las palabras de la ley.

Los tipos deben ser lo más descriptivos posibles, pero sabemos que, en última instancia, todos ellos son normativos, valorativos, todos necesitan una elaboración o interpretación subjetiva del juzgador, en definitiva, la ley puede establecer un tipo, pero es el juez el que dice si la conducta humana se adecua o no al mismo.

Es el magistrado el que dice si hay o no delito, con lo que vengo a decir que en realidad todos los tipos son judiciales en última instancia, que todos los tipos son normativos y que la adecuación es un proceso mental de un humano que interpreta, hasta desde el punto de vista lingüístico, el sentido de las palabras y dice el derecho.

En suma, que el poder discrecional existe de hecho y lo que se postula es dotar a sistema de un anclaje normativo que permita que se tomen las decisiones que en conciencia se crean convenientes, pero que se fundamenten, que se haga todo con transparencia y simplicidad, para que todos puedan considerar y juzgar de la actuación de cada cual.

La ley procesal deberá establecer el sistema acusatorio integral, definiendo expresamente que no se podrá procesar, o imponer prisión preventiva, u otro proveimiento limitativo de la libertad sin pedido del representante de la sociedad, del defensor de la causa pública que es el fiscal.

Como se ve el sistema acusatorio potencia los poderes enormes que ya tiene el fiscal, de hecho y de derecho, el que se manifiesta, como es sabido, en forma superlativa en la posibilidad de disponer de la causa, al pedir un sobreseimiento, cosa que al fin y al cabo es una obligación del representante del Ministerio Público, que debe optar, siempre, al cabo del sumario, si acusa o no, en cuyo caso corresponde sobreseer.

Puedo señalar aquí una forma muy normal de limitar este poder excepcional, porque la causa al fin y al cabo no pertenece a la persona del fiscal, sino al ente moral "Ministerio Público", por lo cual algo muy sencillo es establecer que, en todos los casos de sobreseimiento, la causa debe pasar automáticamente a un segundo fiscal (de igual rango, etc.) el cual la estudiará y resolverá: a) si mantiene el criterio del titular, el Juez quedaría obligado a sobreseer basado en esa única razón (de que la parte desiste de ejercer la pretensión punitiva que le corresponde, "disponiendo" así del proceso), o b) formulando la requisitoria, lo que habilita el plenario (en la denominación actual) es decir, el juicio propiamente dicho, trabándose la contienda entre las partes, que decidirá soberanamente el tercero imparcial que es el Juez.

Un sistema de frenos y contrapesos durante todo el proceso.

La policía es controlada por el Ministerio Público que dirige la investigación, y éste por el Juez de garantías, que me parece esencial que se cree, como alguien diferente del sentenciador, que debe quedar absolutamente al margen de toda la indagación, controlándose la actuación judicial por medio de los recursos contra sus decisiones, todo lo cual es muy obvio y omito extenderme, en razón de la brevedad de la exposición, con más detalles, porque no hay allí cosas nuevas o diferentes que plantear, interesándome más bien centrar la exposición en el núcleo del rol del Ministerio Público, pese a lo cual no quiero dejar de dar una visión general de mi concepción al respecto, para mayor ilustración.

En este contexto no se puede dejar de mencionar el posible o necesario control del sistema y de las fiscalías en particular, por parte de las víctimas o deudos de ellas, debiendo definirse su participación en el proceso,

---

para lo cual tal vez sirva el antecedente establecido en la Ley de Delitos contra la Humanidad, N° 18.026/06, y el modelo proporcionado por la Convención de Naciones Unidas sobre el tema.

E incluso podría replantearse si no sería bueno dejar de lado al fiscal en los delitos contra el honor (difamación e injurias) e ir directamente a la querrela de parte interesada, evitando así la situación actual de doble acusación, cuando el fiscal se retira y la ley autoriza a continuarlo al concernido, que tantas polémicas generó.

Sería un buen modo de “reprivatizar el conflicto”, por cuanto si se trata de bienes preferentemente individuales, que afectan a la privacidad de las personas (el honor de cada cual), no sólo deberían perseguirse a instancia de parte, sino incluso por la propia parte, lo que alejaría al Ministerio Público de un asunto en el que mal puede calibrar por ejemplo el grado de afectación del honor subjetivo de las víctimas, porque evidentemente el Estado no lo es y no puede sentirlo en forma alguna.

En definitiva: un asunto privado que atañe al honor de las personas, que las partes afectadas (presuntos ofensor y ofendido) dilucidan directamente ante un juez, porque no hay ningún interés público prevaleciente concernido.

Me parece esencial discutir a fondo el tema de la unidad y la jerarquía del Ministerio Público, y el rol que tiene entonces el principio de independencia técnica, en ese contexto.

Si me preguntan si el servicio debe ser jerarquizado yo digo que sí, y si debe ser unitario también y si los fiscales deben ser independientes, también digo que sí.

Entonces nos enfrentamos una vez más al sentido de las palabras y a la idea de conjunto, de forma que, así como el juez y el fiscal deben aplicar la ley y hacer justicia al mismo tiempo, yo digo que los fiscales deben integrar un cuerpo unitario, dar un servicio que garantice seguridad y certeza jurídicas, sin perjuicio de la independencia de criterio de los operadores del sistema.

¿Cómo compatibilizar estas cosas? ¿Es que acaso son contradictorias?

El Fiscal de Corte es el jefe del servicio y debe poder dar instrucciones tanto generales (que no se discuten creo que por nadie) y también particulares.

No puede ser que para los representantes de la sociedad lo que sea delito en un lugar, deje de serlo en otro por diferentes interpretaciones de los operadores.

Por ejemplo, nada debería impedir, me parece, que ante asuntos de relativa importancia, pero que hacen a la seguridad jurídica, se establezcan reglas objetivas de carácter general que deben ser cumplidas por los fiscales, ya que al aceptar integrar el servicio deben saber que están sometidos a ello.

Por ejemplo: no veo porque el Fiscal de Corte no pueda establecer genéricamente qué cantidad de litros de alcohol se pueden introducir al país sin cometer delito, o, dicho de otra manera, a partir de qué número habrá infracción penal de contrabando.

¿Es delito introducir una caja de doce botellas de whisky o no? ¿Cuál es el drama si se fija genéricamente un límite para ello?

¿Podría establecerse el criterio de que el delito de abigeato se procese siempre con prisión preventiva? ¿o no? Yo no veo que esto vaya contra la conciencia de nadie, y siempre se podrán establecer mecanismos de objeción de conciencia, en el sentido de que si algún fiscal no quiere obedecer la orden por razones fundadas, podrá apartarse de ella y ser subrogado, sin que ello signifique ningún desmedro para su carrera y ninguna tacha funcional, por ejemplo.

A este tipo de cosas me refiero, y también, en el otro extremo, cuando se trata de asuntos de gran trascendencia pública, por ejemplo, me parece un poco desmesurado que un caso que involucre la extradición de militares en actividad a otro país, sea resuelto por un fiscal departamental, o que el asunto quede a criterio del inferior.

Este es un asunto de gran trascendencia donde hasta se podría dar cabida al derecho de avocación del caso por el superior, con transparencia y publicidad, para que haya un máximo responsable de lo que se haga y no quedar al criterio, cambiante y variable de los diferentes operadores.

Este tipo de soluciones se pueden instrumentar de diversas maneras que sería fatigoso detallar aquí, desde que el asunto lo asuma el propio Jerarca, hasta que lo pase a un Fiscal Nacional o a un Fiscal de Cámara, si es que se crean estos magistrados, para actuar ante los tribunales superiores de justicia.

Por cierto que también podría el Jefe determinar directamente, por ser el responsable del servicio, si debe o no concederse la extradición.

Igual tipo de ideas creo que deben aceptarse para juzgar pongamos por caso los asuntos que involucren la libertad de expresión del pensamiento y concretamente los de la libertad de prensa. O los que tengan que ver con inmunidades parlamentarias o juzgamiento de diplomáticos extranjeros, etc.

No me parece adecuado, y ustedes saben bien que tengo experiencia en la materia, que temas de esta delicadeza queden supeditados al leal saber y entender de un fiscal cualquiera, por cuanto hacen a temas constitucionales de competencia del Superior, que es quien debería determinar si se va a seguir adelante con la acción, por cual delito, o si se va a archivar el pliego.

Igual tema, como digo, podría involucrar otros asuntos graves o de trascendencia institucional, como los pedidos de desafuero de legisladores o el procesamiento de Intendentes o Ediles y cosas similares.

Yo digo siempre que la independencia técnica de los fiscales, su libertad de conciencia no están en juego porque la realidad hace que, en la enorme mayoría de los casos vayan a actuar tal como les dicte su maestro interior, entre otras cosas porque es obvio que el Jerarca no puede avocarse a todos los casos en todo el país, de modo que la independencia es un hecho de la naturaleza así como el poder discrecional que, de hecho tienen todos los operadores de la justicia y no solo los magistrados, porque eso se extiende también, por ejemplo, a la policía, etc.

Pero esto no impide que, cuando el interés común lo justifique, se deba preferir un criterio de unidad y de jerarquía, que es además más transparente, en la medida en que las órdenes se den por escrito, públicamente, sometidas a todo tipo de control (parlamentario, de la prensa, las víctimas, los concernidos, etc.) y se puedan exigir, como corresponde, las responsabilidades al Jefe por las cosas que decidiera, porque este sistema tiene la ventaja, entre otras, de determinar claramente quién es el responsable, para bien o para mal, que será siempre el Titular del Ministerio Público, el que, por eso sólo se cuidará bien, se supone, de hacer las cosas correctamente, porque en ello va su prestigio, su honor y aún su carrera, y ni que decir su libertad, si es que su accionar tuviere algún atisbo de criminalidad.

Esta cosa absurda que tenemos de que un Fiscal, como ha ocurrido recientemente en un sonado caso de prensa precisamente, recurre en casación contra una sentencia que cree ilegal de un Tribunal, que no es acompañado por la Fiscal de Corte actuante, que pide el rechazo del recurso del inferior, al que la Suprema Corte (conforme al derecho vigente) no considera un sobreseimiento porque el titular de la acción es el Fiscal Nacional y no la Jefa del Servicio, no se vería más como posible, en el sistema que propongo, porque es una cosa difícil de concebir, que la opinión del Jerarca (que en el caso yo no comparto en absoluto digo de paso) valga menos que la del subordinado.

La actual constitución española por ejemplo, es muy clara cuando determina que el Ministerio Público debe actuar por unidad de acción, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad, independencia externa e interna regida por jerarquía y la unidad del servicio.

Como puede verse y creo haber explicado suficientemente no son cosas contradictorias entre sí y se puede tener un servicio mucho mejor, más transparente, más ceñido a la ley, dando garantías de certeza y seguridad a los justiciables y pautas razonables de previsión a todos los operadores defensores, jueces, ofensores y víctimas del crimen.

Se evitaría también la tentación de caer en la hipocresía de sostener por un lado, altaneramente, como algo sagrado, la independencia técnica de los fiscales, y al mismo tiempo, soterradamente, llamarlos por teléfono para darles indicaciones, mandarles emisarios que le hagan saber extra oficialmente cual es la opinión del jerarca en cada tema, presionarlos con traslados, ascensos o retrocesos en la carrera, como lamentablemente se ha denunciado que ocurrió en tiempos recientes, aparentemente con harta frecuencia.

No, se hace todo por escrito, a la luz del día, y se asumen las consecuencias y responsabilidades consiguientes, pudiendo llegar hasta la destitución del Jefe, con las garantías del caso, por vía parlamentaria, igual que se ha establecido para la Suprema Corte de Justicia y para el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Me parece interesante, dentro de este contexto, considerar la posibilidad de un control interno del actuar del Jerarca, por ejemplo a través de la institución de una Junta de Fiscales o algo por el estilo.

¿En qué consiste esta idea?

En que, por ejemplo en los casos que vimos, el Fiscal de Corte da orden de no extraditar a los militares al fiscal encargado del caso por el turno, y éste entiende que esa orden no la puede cumplir, hay una objeción de conciencia, porque cree, y lo funda, de que en el caso corresponde extraditar por tal o cual razón, conforme a tal o cual ley, etc.

Pues bien, en tal caso de resistencia a la orden debe garantizarse en primer lugar, que ello no le provocará ningún perjuicio funcional, ni personal, al titular de la sede, correspondiendo simplemente que el asunto pase, para su cumplimiento, a un fiscal subrogante.

Si este segundo fiscal cumple lo ordenado por el Jefe, no hay ningún problema y la causa sigue adelante (sin perjuicio del juicio público que se pueda hacer sobre la orden dada, etc., lo que entra en la libertad de opinión y crítica que nadie va a cuestionar), pero si sostiene en cambio la opinión del titular preopinante en contra del Fiscal de Corte, allí se plantea una interesante cuestión a este Jefe, al cual dos de sus principales subordinados le dicen que no tiene razón.

¿Qué puede hacer? Dos cosas, y solo dos. O acepta el criterio del segundo fiscal y no insiste en su posición, o, si insiste en imponer su opinión, llama a Junta de Fiscales, para que ésta decida sobre que hacer<sup>6</sup>.

Esa Junta estará compuesta por todos los Fiscales nacionales de la materia (o con todos los fiscales nacionales, según se vea, o con los fiscales de cámara si es que se crean) los cuales pueden respaldar o no al Fiscal de Corte, y se estará a lo que decidan por mayoría simple, no pudiendo votar el Jefe.

Pues bien, como Uds., se darán perfecta cuenta todo esto que parece complicado en realidad es muy simple y obliga al Jerarca a ser muy prudente en sus decisiones, porque no puede arriesgar ser desairado por los suyos y a éstos les da un valor importantísimo en la resolución de casos, todo a la luz del día, con las responsabilidades consiguientes y sometidos a la opinión pública, con total transparencia, que me parece es algo esencial en esto, pues son magistrados que tienen enorme poder y el público debe saber cómo se manejan y qué argumentos utilizan para tomar sus decisiones.

Con esta estructura es pensable que el Fiscal de Corte sea muy cauto al momento de dictar órdenes, y que ésta no será la tónica de su mandato, ni un hecho ordinario, sino absolutamente excepcional, para ciertos casos muy especiales, como el ejemplo propuesto, por lo que el riesgo de conculcar la independencia técnica y todo lo que se pueda decir al respecto, en realidad, es muy menor. Y los beneficios de este proceder en todo caso superan en mucho, los inconvenientes que toda estructura puede llegar a tener.

O sea, en buen romance, que muy lejos estamos de querer establecer una especie de dictador (o un “super fiscal”, como se me atribuyó alguna vez por la imbecilidad nativa) en la figura del Fiscal de Corte, sino suponer que éste es alguien que deberá tener un muy bien ganado prestigio, una autoridad moral y técnica de primer nivel para ser capaz de sustentar el enorme peso de su responsabilidad.

6 La L. 8.625, de 25.2.93, de Brasil estableció el Colegio Superior del Ministerio Público, que vendría a ser lo mismo que esta Junta, con diferente denominación.

El no podrá dar impunemente la orden de procesar a un inocente, ni dejar en libertad a un culpable, ni podrá fácilmente ser un esclavo servil del gobernante, ni su opositor sistemático, porque todo se sabrá y habrá controles de todo tipo sobre el servicio.

En definitiva postulamos un servicio en serio, sin hipocresías, sin desplantes, con total responsabilidad, con actuación a la luz de todos los focos que la sociedad pueda tener para controlar y saber qué es lo que está pasando.

A mayores poderes mayores responsabilidades, a mayores facultades más transparencia y control.

Por supuesto que todo esto debe acompañarse con la jerarquización y profesionalización del servicio, a través de un nuevo estudio del sistema de nombramientos y de ascensos, donde tal vez, entre nosotros el mejor modelo sea el del Poder Judicial que ha sabido establecer una carrera, y tener desde una escuela de jueces, hasta comisiones asesoras (Colegio de la Magistratura o algo así) que aconsejan los movimientos, culminando todo con el régimen automático de designación de las máximas jerarquías, por orden de antigüedad, cuando el parlamento en determinado plazo no logra los consensos necesarios para otorgar las venias correspondientes.

Teóricamente se puede decir que la antigüedad no garantiza la idoneidad técnica, ni el ascenso de los mejores, pero que tiene la enorme ventaja de ser absolutamente objetivo y de tomar en cuenta, al fin y al cabo, a jueces de larga trayectoria que han estado años dictando justicia por los tribunales del país.

Este sistema puede no ser perfecto, porque no hay sistema perfecto, pero es muy bueno (y yo no conozco uno mejor), porque todos los interesados tienen una expectativa más o menos clara de cuándo van a llegar, adónde van a llegar y eso es muy bueno porque da mucha tranquilidad y limita, porque no hay tampoco rigidez, el transitar por los despachos ministeriales o de los legisladores pidiendo apoyo, auto-alabándose en el mejor de los casos, o tratando de destruir reputaciones ajenas en el peor.

Finalmente quiero decir dos palabras sobre la ubicación institucional del Ministerio Público, aspecto que creo es crucial en toda esta temática, y que haría bien el legislador de encarar con seriedad y a fondo, en esa reforma radical que postulamos.

En el Uruguay, como todos Uds., saben, el servicio se encuentra, desde tiempo inmemorial en la órbita del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación y Cultura (que antes fue de Instrucción Primaria y tuvo un breve pasaje por un efímero y dictatorial Ministerio de Justicia) sistema que no es el mejor, pero que, pese a todo, y en especial a las dificultades ya mencionadas de los últimos años, nobleza obliga, no se ha transformado, hasta ahora, en un desembozado ejecutor de políticas del gobierno de turno, cumpliendo sus tareas bastante bien, al punto de que había logrado un bastante grande anonimato por así decirlo del que fue malamente sacado a luz, no siempre para bien<sup>7</sup>, lo que obliga a reformarlo urgentemente.

Este sistema del Fiscal atado al poder político es propio de otras culturas y responde a otros criterios, que pueden tener sentido en otros países, pero que no es nuestra idea de servicio público, dentro de la administración de justicia en general, de la cual es un engranaje esencial.

Así que con el sólo hecho de sacarlo del quicio donde se encuentra, ya se habría ganado en la verdadera independencia que es alejarla en lo posible de los factores de poder y las luchas político partidarias a que se enfrentan inevitablemente los gobiernos.

La Fiscalía no puede seguir siendo una unidad ejecutora de un Ministerio de Gobierno, eso está claro, y se debe modificar a la brevedad, promoviendo la reforma constitucional que sea menester.

<sup>7</sup> Quizás el momento inicial de la crisis del Ministerio Público deba retrotraerse a fines de la década del sesenta, cuando el movimiento subversivo que actuaba por ese entonces en el Uruguay, privó de su libertad, y sometió a un seudo juicio popular al entonces Fiscal de Corte. Dr. Guido Berro Oribe. Eso produjo su alejamiento anticipado del cargo, luego de su liberación, y la asunción del Dr. Fernando Bayardo, que después sería Ministro de Justicia durante el período de facto, regularizándose la situación, hasta donde fue posible, con las dos recordadas jefaturas de dos dignos integrantes del servicio, los Dres. Mario Ferrari y José Robatto, que culminaron ambos, sus períodos decenales, trayendo aparente calma a la institución, hasta que se producen los hechos referidos con anterioridad, ya en plena democracia, en 1997.

---

Va de suyo que rechazamos también la idea de ponerla bajo la órbita de un nuevo Ministerio de Justicia, cualquiera sea el nombre que se le quiera dar a esta dependencia (porque la sola mención a este tipo de ministerio trae en nuestro país muy malos recuerdos) salvo que se quiera alterar toda la tradición y disponer que el Ministerio Público es un órgano gubernamental, pero si esto se pretende, debe decirse claramente y argumentarse a su favor, logrando los consensos que se necesitan. Yo, repito, creo que no es el sistema que conviene al Uruguay.

Una segunda posibilidad es ponerlo en la esfera del Poder Judicial, sistema que sedujo a la doctrina italiana de los años sesenta del siglo pasado.

Esto indudablemente es un avance sobre el sistema actual, pero tampoco creo que sea el más conveniente en nuestro país.

Entre otras razones porque no me parece adecuado que todo el servicio de justicia esté concentrado en un Poder del Estado, por más garantías que el mismo ofrezca, y porque las carreras estarían confundidas y eso lleva a una difuminación de los roles, donde todos los integrantes del servicio pueden ser alternativamente defensores, fiscales o jueces, y donde los que ejecutan ciertos roles, deben tener suficiente libertad de acción para opinar del modo que les parezca mejor, conforme a su conciencia, y no pensar en el hecho de que tal vez el magistrado al que hoy enfrenta, mañana sea el que decida sobre sus traslados, ascensos u otros aspectos de su carrera funcional.

También debe tenerse en cuenta el enorme aumento de tareas, administrativas y técnicas, que se arrojaría sobre un ya recargado Poder Judicial.

Yo, realmente, pese a todo lo que ha ocurrido, sigo pensando que el Ministerio Público en el Uruguay debe colocarse a la par del Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es decir, como un órgano de creación constitucional, con designación del Jefe más o menos como es hoy (y designarlo del mismo modo que se hace con los Ministros de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo) con el régimen de prohibiciones e incompatibilidades, retribuciones, equiparaciones, etc., similar al de estas jerarquías.

Con un tal organismo independiente, con responsabilidades políticas y jurídicas del Jefe, con transparencia y todo lo que hemos esbozado en la mañana de hoy, podríamos encarar con esperanza el porvenir, con un sistema de Ministerio Público a-político, al que le daremos muchas potestades, pero también exigiremos severamente que cumpla cabalmente sus deberes y eventualmente lo llamaremos a responsabilidad, bajo la regla de la cristalinidad, la publicidad y el debate público, preparando además al servicio para cumplir con los requerimientos coadyuvantes de un juicio oral, de un proceso verdaderamente acusatorio al que apuntamos todos.



# VÍCTIMA Y PROCESO PENAL<sup>1</sup>

Dr. Pedro Montano  
Profesor de Derecho Penal en la Udela R

## A. El Derecho Comparado

El Derecho Comparado muestra fundamentalmente tres caminos para atender a las víctimas del delito<sup>2</sup>.

Hay soluciones fuera del proceso penal (*desviación*), y soluciones dentro del mismo. Dentro de éste, se advierte un nuevo modelo (*Restorative Justice*) que propicia la integración de todas las partes involucradas en el conflicto antes que la disuasión, la segregación del delincuente y el olvido de la víctima; procura la solución *conciliadora* del conflicto en el ámbito de la llamada delincuencia de bagatela, delincuentes primarios. Sin embargo, el modelo actual, ya contiene esbozos de composición a través del principio de oportunidad y la negociación entre fiscal y delincuente. Se le ha criticado porque supone ir en detrimento de la búsqueda de la verdad material y del principio de oficialidad. También encontramos el *plea bargaining* anglosajón, basado en la *negociación*, que consiste en determinar una menor culpabilidad o aceptar hechos distintos a los realmente realizados por parte del autor, en los que se puede incluir la reparación del daño causado. Es una *transacción* entre acusado y acusador (justicia penal negociada). En algunos casos participa, además, la víctima (conciliación, mediación). Así, en Alemania, puede oponerse al acuerdo celebrado entre el acusado y el acusador<sup>3</sup>.

En algunos países, estos mecanismos suponen la extinción del delito; el sobreseimiento provisorio o definitivo; el archivo provisorio de los procedimientos; la suspensión de la inscripción en el Registro de Antecedentes penales; en otros, la suspensión del procedimiento hasta que el culpable *voluntariamente* cumpla.

Si la víctima no está de acuerdo con la solución negociada (fiscal y autor), siempre tendrá la vía civil para hacer su reclamo.

Hasta qué punto no hay una confusión entre Derecho Civil y Derecho Penal? Hasta qué punto no son formas extorsivas para lograr la reparación del daño? Hasta qué punto no se trata de soluciones discriminatorias en función de la capacidad económica del autor, por ejemplo? Para eso se han generado mecanismos flexibilizadores como la apreciación del serio esfuerzo del autor por indemnizar<sup>4</sup>, y más garantistas cuando el MP es independiente desde el punto de vista también administrativo, al abrigo de las presiones e intereses del PE.

En nuestro sistema la regla es el principio de oficialidad: el titular de la acción penal es el MP.

Siguiendo a GALAIN, el *principio de oportunidad* no debe ser absolutamente discrecional, sino que cabe la posibilidad de que sea reglado (oportunidad reglada), de forma que sea un poder-deber del MP. Entre otras ventajas<sup>5</sup>, favorece la reparación a la víctima. Pero en los sistemas acusatorios hay que impedir que el MP se transforme también en juez, cuando resuelve no incoar la acción penal.

Frente a las ventajas señaladas, se levantan también duras críticas, como las de SHÜNEMANN<sup>6</sup>, en el sentido de que violan los principios de publicidad, intermediación, oralidad, presunción de inocencia, verdad material, la confesión forzada, etc. Supone falta de garantías para el encausado, porque se convierte meramente en un objeto del proceso padeciendo las más brutales coacciones por parte del más fuerte: se institucionaliza la fuerza. Como él dice, es una apoteosis de la instrucción cuando se sabe que en ella se refleja una imagen selectiva del

1 Agradezco especialmente la colaboración de mis alumnas Lourdes Perez Noya y Luisa Espinosa Castro, que recabaron datos sobre el funcionamiento del Centro de Atención a las Víctimas.

2 Seguimos en esta exposición a GALAIN PALERMO, Pablo, "Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo" in Revista do Ministério Público, año 27, abr-jun 2006, n° 106, págs. 43-81.

3 §153a StPO; § 46a StGB.

4 El art. 46 establece como atenuante en el numeral 8) la "Reparación del mal. El haber procurado, por medios eficaces, la reparación del mal causado o la atenuación de sus consecuencias".

5 Celeridad en el proceso, evitar la prisión corta, descongestiona las cárceles y sistema judicial; mejor rehabilitación del delincuente, etc. Aunque las ventajas administrativas de descongestionamiento o mejor gestión, no deben ir en detrimento de los intereses de la víctima ni de los justiciables.

6 SCHÜNEMANN, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), in Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio, Madrid, Tecnos, 2002, págs. 288-302

hecho constituida esencialmente por la actividad instructoria de la policía y según determinadas hipótesis de sospecha. Se perdería en definitiva la sustancia moral del Derecho penal: el mero reconocimiento del hecho no constituye fundamento suficiente para determinar la pena, como lo prueban los comunicados de confesión de grupos terroristas que se atribuyen la comisión de determinado hecho. Se estaría más bien sancionando su comportamiento procesal (no confesar, no ceder determinadas etapas del proceso) más que el hecho punible del autor. Es la institucionalización del engaño. Además, pone en duda que los resultados sean tan eficaces como se afirma desde el otro sector. Más bien parecería que es ficticia la atenuación penal prometida, porque el juez sube la pena para negociar, como "en un bazar de alfombras orientales".

Lo considera, en suma, una renuncia a las conquistas fundamentales del Estado de Derecho.

Citando a HASSEMER, GALAIN sostiene que lo importante es que la víctima obtenga mayor protagonismo en el sistema penal, que no mermen las garantías del delincuente y que la sociedad no pierda confianza en las normas ni en el sistema penales<sup>7</sup>.

## B. Derecho uruguayo.

Como dice GALAIN, la Constitución, en su art. 255 al imponer la conciliación en materia civil, no prohíbe la posibilidad de instrumentarla en el ámbito penal, aunque no podrá negociarse el objeto del proceso (*plea bargaining*), mientras rijan estrictamente los principios de legalidad y oficialidad en el Proceso Penal uruguayo<sup>8</sup>.

En los hechos, la víctima está desamparada, aunque se comienza a reconocer la necesidad de atenderla.

La L. 16.162 estableció la completa separación de las acciones civil y penal por lo que impide a la víctima hacer valer sus derechos en sede penal.

Según el CPP, y luego de la referida ley, la víctima tiene limitada su participación en el proceso a formular la denuncia o la instancia según los casos, a proponer y trasladar prueba del proceso penal al civil, a solicitar medidas cautelares, y a interponer recurso de revisión, pero nada más durante el sumario (art. 83 CPP).

Tuvimos un CPP que no entró en vigor. Es la L. 16.893, de 16.12.97. Reformado casi enseguida por L. N° 17.221, de 31.10.99, fue suspendido definitivamente en su entrada en vigor por L. 17.506, de 18.6.2002. Se preveía la posibilidad de renuncia de la acción por parte del MP, permitiendo así, cierta flexibilidad para aplicar el principio de oportunidad<sup>9</sup>.

A partir de la L. 17.726, se nota un cambio real. En su art. 3c, permite la sustitución de la prisión preventiva o de la pena misma, por la "restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito" y abrió así la posibilidad de la conciliación. Esta posibilidad ya reconocía un antecedente análogo, aunque no idéntico, en sede policial, por aplicación de la ley de cheques (art. 59 L. 14.412). En el proceso previsto para menores y adolescentes también está prevista la sustitución del internamiento con la reparación del daño previo proceso de mediación entre el menor infractor y la víctima (CNA, arts. 80 y ss.).

También ha supuesto un avance en este aspecto, la L. 18.026 que permite la intervención de la víctima en el proceso penal y su indemnización, cuando se trate de delitos internacionales (arts. 13 y 14).

## C. El Centro de Atención a las Víctimas del Crimen.

La ley 17.897 creó dentro del Ministerio del Interior, el Centro de Atención a las Víctimas. Como dice LANGÓN, "inicialmente pudo verse como un hecho coyuntural, para responder a las críticas surgidas respecto de la preocupación de ley para con el sector criminal privado de su libertad, y compensar así de algún modo a la opinión pública que pudo originarse cuando se anunció el anuncio de la liberación masiva de encausados. Es un hecho auspicioso, que no deja por ello de integrarse entre las normas programáticas incorporadas en dicha ley"<sup>10</sup>.

"La ubicación dentro del Ministerio del Interior denota el apresuramiento de su creación, y la falta de recursos propios y de personal especializado que requiere un Centro de este tipo.

"La afortunada vinculación a la "Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder" de 1985, debió obligar a dotar al Centro de los instrumentos con que pueda realmente desempeñar su labor, debiendo tenerse presente, si es que no se quiere simplemente haber

7 GALAIN PALERMO, Pablo, "Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo" in Revista do Ministério Público, año 27, abr-jun 2006, n° 106, págs. 43-81.

8 GALAIN, idem, pág. 69.

9 Art. 49.

10 LANGÓN CUÑARRO, Miguel, "Consideraciones sobre la ley N° 17.897".

creado una estructura burocrática más (dentro de la Dirección Nacional de Prevención Social del Delito), que debe resolverse el problema principal de la asistencia, que pasa por la indemnización, el resarcimiento de la víctima, la restauración en lo posible a la situación anterior al crimen, lo que implica en definitiva la *socialización de los efectos del crimen*, puestos a cargo de toda la comunidad, lo que supone ingentes recursos económicos, en un sistema similar al que solventa los riesgos de accidentes laborales o algo parecido a un régimen de seguro obligatorio contra el crimen, lo que conlleva cargas a rentas generales, que sólo se pueden pagar con impuestos.”<sup>11</sup>

Las víctimas se comunican por cualquiera de las líneas del Centro o por el 0800. Puede ocurrir que las víctimas llamen al Centro o las deriven desde otros lados, por ejemplo, desde las comisarías. También ocurre que las mismas concurren al Centro y realizan la denuncia allí. El Centro formula luego la denuncia judicial o policial, si correspondiere.

La ley de humanización de cárceles les da una competencia muy genérica porque se refiere a la víctima en general, que requiere afinar -al interpretar las normas de Naciones Unidas- en cuanto al término “víctima”.

La ley de humanización de cárceles prevé que el Poder Ejecutivo reglamente el funcionamiento del Centro. Sin embargo, lo único que el Poder Ejecutivo ha reglamentado es todo lo referente al sistema penitenciario, olvidando hacer lo propio con los artículos 19 y 20.

En los hechos, lo que se hizo fue transformar la Unidad de Intervención Técnica en el Centro de Atención a las Víctimas de la Violencia y del Delito, que ya existía en el Ministerio del Interior, ampliando el segmento porque antes atendía, sobre todo, casos de violencia doméstica.

La parte técnica está ejercida por psicólogos y abogados y la operativa por policías que tienen una formación en prevención. Pero no hay propiamente una instancia de indemnización a la víctima.

Actualmente, el Centro sigue en estado de incertidumbre, en situación de expectativa, frente a un cambio presupuestal que le permita atender sus cometidos y que sea acorde con el Mensaje del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, que en su Cap. V. 15 lo calificó como un “importantísimo avance institucional”<sup>12</sup>.

## D. El anteproyecto de código de proceso penal (2007).

También la ley 17.897 incluye la creación de dos Comisiones que deberán formular las bases para la reforma de la legislación vigente. Una, en materia sustancial (art. 22), para reformar el Código Penal y la otra, en materia formal (art. 21), para reformar el Código del Proceso Penal.

Más recientemente, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Peirano<sup>13</sup>, ha recomendado al Uruguay la urgente reforma del proceso penal, para lo cual ha dado un breve plazo antes de plantear el asunto ante la Corte Interamericana. Amnesty International, en relación al mismo caso y según ha sido recientemente divulgado, también ha reclamado una pronta reforma del sistema.

El anteproyecto en elaboración por la Comisión de Reforma del CPP incluye un título especial, el N° V, que dedica a la víctima.

El título está integrado por tres artículos, que son los siguientes:

“Art. 66 (Concepto) - Se considera víctima, a la persona ofendida por el delito.

Al momento de formular instancia o denunciar el hecho, puede manifestar su aspiración de participar en el proceso penal, con los derechos y facultades que este Código le otorga.

En la primera oportunidad procesal, la víctima deberá proporcionar sus datos identificatorios, constituir domicilio dentro del radio del Juzgado y designar abogado patrocinante. A las víctimas carentes de recursos, que así lo manifiesten, se les designará Defensor de Oficio.”

Art. 67 (Representación de la víctima) - Cuando la víctima del hecho estuviera impedida transitoria o definitivamente de participar en el proceso, sus derechos y facultades podrán ser ejercidos por sus ascendientes o descendientes de primer grado, por el cónyuge o concubino, o por los hermanos legítimos o naturales. Atendidas las circunstancias del caso, el Juez interviniente podrá reconocerle asimismo idéntico estatuto a otras personas que manifiesten su voluntad de representarle.

Art. 68 (Derechos y facultades) - Son derechos y facultades de la víctima:

1º. Obtener información sobre el estado de las actuaciones y las resoluciones que hubieren sido dictadas, desde el inicio del Informativo Preliminar.

2º. Proponer pruebas.

3º. Coadyuvar con el Ministerio Público, para el esclarecimiento del hecho.

11 Ibídem.

12 Ibídem.

13 Caso 12.553, informe 35/07, mayo 2007.

4º. Solicitar medidas cautelares.

5º. Insistir en el ejercicio de la acción penal, mediante intervención de Fiscal subrogante (art. 53 y 119).”

De las disposiciones transcritas resulta un evidente avance en cuanto a la preocupación por la víctima en nuestro sistema. Sin embargo, sería bueno aprovechar la ocasión para darle una mayor participación en el proceso, consagrando un principio de oportunidad reglada, del cual pudiera surgir alguna vía de indemnización, sin descuidar la función que debe cumplir la pena desde el punto de vista dogmático y social.

ooOoo



## JURISPRUDENCIA COMENTADA

*Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo  
Nº 517/2006 de 31 de julio de 2006.*

*DEI CAS, Bárbara - "El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad"*

*Sentencia de la Suprema Corte de Justicia Nº 113/2007  
de 30 de julio de 2007.*

*LANGÓN CUÑARRO, Miguel - "Acerca de la omisión de asistencia"*

*Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo  
Nº 35 de 11 de febrero de 2008.*

*Dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo  
Nº 26/2007 de 15 de febrero de 2007.*

*NESSAR DE LENOBLE, Silvana -*

*"Otra vez sobre la revocación de oficio de los actos administrativos"*



# SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 517/2006 DE 31 DE JULIO DE 2006.

## VISTOS:

*Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "ZONAMÉRICA S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de nulidad" (No. 161/04).*

## RESULTANDO:

*1) La actora promueve demanda de nulidad contra la resolución de 16/4/2002 de la Dirección General Impositiva, que determina que no es posible acceder a lo peticionado.*

*Afirma que con fecha 18/1/2001, efectuó una consulta, solicitando el cambio de criterio de amortización de los bienes inmuebles, modificando el criterio vigente (50 años) y sustituyéndolo por otros criterios que, a su juicio, contemplan mejor su realidad.*

---

## EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO COMO LÍMITE DE LA DISCRECIONALIDAD

### I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En la sentencia N° 517/2006 emitida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de fecha 31 de julio de 2006, en los autos caratulados "ZONAMÉRICA S.A. con Estado (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS). Acción de nulidad" (Ficha N° 161/04), se planteó lo siguiente:

La parte actora, con fecha 18 de enero de 2001, efectuó una consulta a la Dirección General de Impositiva, solicitando el cambio de criterio de amortización de los bienes inmuebles, modificando el criterio vigente (50 años) y sustituyéndolo por otros criterios que, a su juicio, contemplan mejor su realidad. En efecto, consideró que los activos que la empresa había construido, no eran construcciones tradicionales, sino edificios fundamentalmente metálicos, por lo que el criterio fiscal aludido se apartaba de la realidad.

*Sostiene, que considerando los activos que la empresa fue construyendo, los cuales no eran construcciones tradicionales, sino edificios fundamentalmente metálicos, se entendió que el criterio fiscal se apartaba de la realidad.*

*Señala que con la resolución del recurso jerárquico se confirmó la recurrida, excepto en lo atinente a los pavimentos por considerar que éstos ameritan un tratamiento contable diferente, teniendo en cuenta una vida útil de 40 años para la caminería de hormigón y de 30 años para la caminería asfáltica.*

*II) La demandada en su contestación expresa, que el criterio de amortización propuesto por la actora se desvía del previsto en general por la norma reglamentaria, en tanto atribuye al edificio metálico una vida útil inferior a la prevista por aquélla y a diversos elementos componentes del mismo, una vida útil diferente en cada caso, lo que llevaría a considerar los activos contabilizados por separado.*

*Señala que solicitó información a una reconocida empresa de nuestro medio, de la cual se puede destacar que la vida útil de estructuras metálicas así como cubiertas, con repintados periódicos de los aceros que retenga la aparición de óxido, pueden extenderse en forma ilimitada.*

*Concluye que como se resolvió no es posible acceder a lo peticionado en cuanto al cambio de los plazos de amortización, salvo en lo relativo a la vida útil de la pavimentación, teniéndose en cuenta una vida útil estimada de 40 años para la caminería de hormigón y en 30 años para la caminería asfáltica.*

*III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la certificada a fs. 76, correspondiente a la parte demandada, no alegó la actora, a la que le fue acusada rebeldía (fs. 78-81), haciéndolo por su parte la demandada (fs. 96-104).*

*Previa vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen 371/2005), se llamó para sentencia y giraron los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes acordaron y dictaron sentencia en legal forma.*

---

Entendió, que no existen de acuerdo con la ley, plazos de vida útil generales o especiales de los bienes del activo fijo que sean aplicables a priori, sino que los mismos deberán determinarse para cada caso individual, correspondiendo a cada contribuyente la determinación de la vida útil de cada uno de sus bienes de activo fijo.

La autorización de la DGI para considerar otros porcentajes de amortización no es una facultad discrecional (art. 89 del Decreto N° 840/988), sino que tal Administración debe autorizar todos los plazos de vida útil, y por consiguiente los criterios de amortización de bienes inmuebles del activo fijo que propongan los contribuyentes, en tanto los mismos sean fundados, razonables y técnicamente avalados, requisitos que dicha parte entiende que cumple, ya que, entre otras razones, los informes técnicos emanan de firmas y profesionales de prestigio.

La parte demandada, consideró que el criterio de amortización propuesto por la actora, se desvía del previsto en general por la norma reglamentaria, ya que atribuye al edificio metálico una vida útil inferior a la prevista por aquélla y a diversos elementos componentes del mismo, una vida útil diferente en cada caso, lo que llevaría a considerar los activos contabilizados por separado.

Asimismo, solicitó información a una reconocida empresa de nuestro medio, de la que se desprende que la vida útil de estructuras metálicas así como cubiertas - con repintados periódicos de los aceros que retenga la aparición de óxido -, pueden extenderse en forma ilimitada.

Resolvió por medio de la Resolución 16/4/2002 de fecha 16 de abril de 2002, que no es posible acceder a lo peticionado en cuanto al cambio de los plazos de amortización, salvo en lo relativo a la vida útil de la pavimentación, teniéndose en cuenta una vida útil estimada de 40 años para la caminería de hormigón y en 30 años para la caminería asfáltica.

## CONSIDERANDO:

I) Que en la especie, conforme a lo establecido en la normativa vigente (Ley N° 15.869), se han satisfecho debidamente los presupuestos esenciales habilitantes para el accionamiento en nulidad.

II) Que tras el análisis detenido del subcausa, el Tribunal habrá de desestimar la pretensión anulatoria deducida, en mérito a los fundamentos que se explicitarán.

II.1.- El acto residenciado es la Resolución dictada por el Director General de Rentas con fecha 16 de abril de 2002, en cuanto dispuso no acceder al requerimiento de ZONAMÉRICA S.A. referente al cambio de criterio de amortización de los inmuebles en el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2002 (AA fs. 70); con la excepción proveniente de la confirmatoria parcial que, en vía jerárquica, introdujera el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF) por su Resolución del 15 de diciembre de 2003 (Considerando IV: “que por lo expuesto corresponde en esta sede confirmar el acto impugnado, salvo en lo relativo a la consideración de los pavimentos como activo que amerita un tratamiento contable diferente, teniendo en cuenta una vida útil estimada en cuarenta años para la caminería de hormigón y en treinta años para la caminería asfáltica”) (AA fs. 142/144voto.).

II.2.- La reclamante se agravia por considerar que la Dirección General Impositiva (en adelante DGI) debió aceptar la petición de criterios de amortización y vida útil efectuada por su parte (AA fs. 6/9), lo cual puso en evidencia la ilicitud de la Resolución del 16 de abril de 2002, parcialmente confirmada por el MEF. Porque no existen de acuerdo con la ley plazos de vida útil generales o especiales de los bienes del activo fijo que sean aplicables a priori, sino que sin excepción los mismos deberán determinarse para cada caso individual; correspondiendo a cada contribuyente la determinación de la vida útil de cada uno de sus bienes de activo fijo, la que deberá fundarse en bases racionales que se ajusten a las definiciones y parámetros conceptuales y legales de amortización y vida útil, cosa que hizo la impugnante y consta en el expediente administrativo. La autorización a la DGI para autorizar otros porcentajes de amortización (art. 89 del Decreto 840/988) no es una facultad discrecional, sino que debe esa Administración Fiscal autorizar todos los plazos de vida útil, y por consiguiente los criterios de amortización, de bienes inmuebles del activo fijo que propongan los contribuyentes, en tanto los mismos se funden y se justifiquen racionalmente. Concluyendo que, si tal como hizo ZONAMÉRICA S.A., se propuso criterios de amortización técnicamente y racionalmente justificados, la DGI debió aceptarlos. Pues la sola existencia de dichos fundamentos técnicos (se compartan o no por la Administración Fiscal) justifican la autorización de los criterios de amortización propuestos por

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, desestimó la pretensión anulatoria deducida, fundándose principalmente, en los siguientes argumentos:

1.- El art. 89 del Decreto N° 849/988, fija el criterio general de amortización de inmuebles del activo fijo, en un 2% anual para los inmuebles urbanos y suburbanos, y 3% anual para los rurales. Es decir, que la vida útil de los inmuebles se establece en 50 años para los primeros, y en 33,33 para los segundos. Asimismo, dicha disposición establece que la DGI “podrá” autorizar otros porcentajes de amortización, a solicitud del contribuyente, sólo “cuando a su juicio las circunstancias lo justifiquen”.

Por ende, consideró que dicha Administración, no está obligada a acceder sin más a cualquier pretensión que se formule por un contribuyente en pos de que sea recibido otro porcentaje de amortización, sino que aquella sólo lo autorizará si examinadas las circunstancias alegadas y debidamente acreditadas, así lo ameriten.

2.- En mérito a ello, entendió que en la especie “no cabe hablar de una potestad discrecional de la Administración Fiscal en punto a la dilucidación de la propuesta que pueda formular un contribuyente en el sentido antes apuntado, dado que la **discrecionalidad** es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, fundamentándose la decisión en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración (Cf. Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA – Tomás Ramón FERNÁNDEZ: “Curso de Derecho Administrativo”, T. I, págs. 452/453)”.

En efecto, consideró que en el presente caso “no obstante referir la norma a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen acabadamente precisados, ello necesariamente debe ser precisado en el momento de aplicación de la norma, no admitiéndose más que una solución “justa”, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición; todo lo cual nos ubica en el campo de los **conceptos jurídicos indeterminados** como enseñan los autores citados”.

la impugnante, dado que para ello no es necesario que los criterios de amortización sean los de la Administración; bastando con que los criterios y estimaciones de vidas útiles sean fundados, razonables y técnicamente avalados, requisitos que se cumplieron en el caso de autos, donde los informes técnicos emanan de firmas y profesionales de prestigio y con cabal conocimiento del caso particular de ZONAMÉRICA S.A.

III) A juicio de la unanimidad del Cuerpo no asiste razón a la reclamante, siendo de franco rechazo su "batería de agravios".

III.1.- Corresponde liminarmente precisar, que su presentación administrativa ante la DGI del 18 de enero de 2001, más allá de su inicial invocación del art. 71 del Código Tributario y su naturaleza de "consulta vinculante", indudablemente la misma contenía una clara pretensión de "cambio de sistema de amortización de inmuebles" explicitada en su OTROSÍ DIGO final, de su libelo de fs. 6/9 de los antecedentes administrativos.

Luego, el desenvolvimiento de esa petición se condujo por parte de la Administración por los carriles formalmente correctos, expidiéndose a su respecto los organismos asesores pertinentes y, habiendo tenido el pretensor las oportunidades necesarias para movilizar los elementos de prueba que se entendieron pertinentes, así como de evacuar las vistas oportunamente conferidas.

III.2.- Indiscutiblemente, a poco que se examine con detención la norma del art. 89 del Decreto Reglamentario N° 840/988 -no cuestionada en su legitimidad en el ocurrente-, debe convenirse en que la misma sienta el criterio general de amortización de inmuebles del activo fijo, fijándolo en un 2% anual para los inmuebles urbanos y suburbanos, y del 3% anual para los rurales; es decir, que de dicha disposición se extrae que la vida útil de los inmuebles (tomados éstos como un todo o unidad) se establece en 50 años para los urbanos y suburbanos, y en 33,33 años para los rurales. Sin perjuicio de ello, inmediatamente, la disposición citada establece que la DGI podrá autorizar otros porcentajes de amortización, a solicitud del contribuyente, y cuando a su juicio las circunstancias lo justifiquen.

De allí que, se considere por el Tribunal, en discrepancia con la accionante, que la Administración Fiscal no se encuentra obligada a acceder sin más a cualquier pretensión que se formule por un contribuyente en pos de que sea recibido otro porcentaje de amortización, sino que aquélla sólo lo autorizará si examinadas las circunstancias alegadas y debidamente acreditadas, entiende que las mismas lo ameritan.

Obviamente, no cabe hablar de una potestad discrecional de la Administración Fiscal en punto a la dilucidación de la propuesta que pueda formular un contribuyente en el sentido antes apuntado, dado que la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, fundamentándose la decisión en criterios extrajurídicos (de

---

A continuación, agrega que "la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; y justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional (Op. Cit., págs. 451 y ss.)."

3.- En la especie, la Administración Fiscal, enfrentada a la pretensión de la parte actora de cambio del criterio general de amortización de inmuebles de activo fijo establecido por el art. 89 del Decreto N° 840/988, luego de analizar las probanzas presentadas en respaldo de aquélla, y atendiendo a los dictámenes técnicos de sus organismos asesores, determinó que no estaban dadas las circunstancias que justifican la recepción de los cambios propuestos.

Ello, en mérito a que dicha pretensión, partió de la indebida disociación de los inmuebles en sus distintos elementos constitutivos - materiales con los que se los han construido -, y a cada uno le fue adjudicando diferentes expectativas de vida útil - distinta amortización -, disociación que no cabe ser aceptada, ya que la normativa vigente en materia de amortización refiere a los inmuebles como una entidad única.

4.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entendiendo que en el presente caso no estamos en el campo de la discrecionalidad y si en el de los conceptos jurídicos indeterminados, afirma citando a los autores referidos que, "en la estructura de todo concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo o "zona de certeza", configurada por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto", más o menos precisa y, finalmente, una "zona de certeza negativa", también segura en cuanto a la exclusión del concepto".

Por lo que, "supuesta esta estructura del concepto jurídico indeterminado, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o "halo" conceptual. Y la doctrina alemana reconoce en el halo conceptual un "margen

oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración (Cf. Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA – Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: “Curso de Derecho Administrativo” T. I, Págs. 452/453). Y, en la especie, no obstante referir la norma a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen acabadamente precisados, ello necesariamente debe ser precisado en el momento de la aplicación de la norma, no admitiéndose más que una solución “justa”, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición; todo lo cual nos ubica en el campo de los “conceptos jurídicos indeterminados” como enseñan los autores citados, quienes expresan que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; y justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional (Op. Cit., Págs. 451 y ss.).

III.3.- Precisamente, en el casus, la Administración Fiscal, enfrentada a la pretensión de ZONAMÉRICA S.A. de cambio del criterio general de amortización de inmuebles de activo fijo establecido por el art. 89 del Decreto N° 840/988, legítimamente, tras el análisis de las probanzas presentadas en respaldo de aquélla, y atendiendo a los dictámenes técnicos de sus organismos asesores, determinó que no estaban dadas las circunstancias que justificaran la recepción de los cambios propuestos.

III.3.1.- En efecto, la pretensión de ZONAMÉRICA S.A. partió de la indebida disociación de los inmuebles en sus distintos elementos constitutivos, y a cada uno le fue adjudicando diferentes expectativas de vida útil; así: 1) Edificio – Estructura: 40 años; 2) Edificios – Cerramientos, cubierta y tabiques interiores: 25 años; 3) Edificios – Instalaciones sanitarias, eléctricas y telefónicas: 25 años; 4) Infraestructura – Caminería de Hormigón: 40 años; 5) Infraestructura – Caminería Asfáltica: 30 años; 6) Infraestructura – Saneamiento: 40 años; 7) Infraestructura – Eléctrica: 25 años; 8) Infraestructura – Telefonía cableado: 20 años; 9) Infraestructura – Fibra óptica: 20 años; 10) Eléctrica etapa 1-a: 25 años; 11) Subestación A: 25 años; 12) Subestación B: 25 años; 13) Línea kv: 25 años.

Disociación que no cabe que sea aceptada, en tanto la normativa vigente en materia de amortización refiere a los inmuebles como una individualidad o entidad única, lo que se desconoce en la pretensión en examen al extremo de que el régimen de amortización peticionado por ZONAMÉRICA S.A. atiende a los materiales con los que se han construido los inmuebles y, toma una distinta amortización para cada componente. Basta para ello, referir a las disposiciones contenidas

---

de apreciación” a favor de la Administración, sin perjuicio de que tal margen de apreciación no da entrada a la libre voluntad de la Administración (Ob. Cit. págs. 454/455)”.

5.- En virtud de lo que viene de exponerse, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo concluye que, “al examen del caso presente, se reconoce a esa zona intermedia o de incertidumbre en las “**circunstancias justificantes**” que debió movilizar y acreditar la empresa contribuyente para alcanzar la autorización de la Administración Fiscal respecto de los otros porcentajes de amortización propuestos.

Y, justamente, fue la labor detenida de análisis encarada por la DGI a través de sus organismos técnicos asesores la que sustentó, a partir de un análisis pormenorizado y fundado, su decisión de no acceder a la pretensión de ZONAMÉRICA S.A. de aplicar otros plazos de amortización (obviamente distintos a los fijados a título de criterio general por el art. 89 del Decreto N° 840/988). Extremo éste, que indudablemente se inscribe en ese “**margen de apreciación**” que la doctrina le reconoce a la Administración cuando se enfrenta a la aplicación de un “**concepto jurídico indeterminado**”.

De la síntesis del contenido de la sentencia N° 517/06 de fecha 31 de julio de 2006 que viene de exponerse, surge que en la actualidad el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, recepciona, expone, y aplica en sus fallos, la distinta potestad de actuar - y su alcance -, que se le reconoce a la Administración cuando se encuentra ante un “acto discrecional” o un “concepto jurídico indeterminado”.

En el presente trabajo, y sin perjuicio de la aceptación general de dicha diferencia, además de analizar tales conceptos a nivel doctrinal y jurisprudencial, también se considera conveniente mencionar y estudiar, la existencia de una relación entre los mismos que se visualiza en el actuar cotidiano de la Administración, todo lo cual será desarrollado en los siguientes capítulos.

en los arts. 10, inc. 3º, lit. A, y 18 del Título 4 del Texto Ordenado 1996, y art. 89 del Decreto Reglamentario N° 840/988, en las que claramente se previene el criterio que viene de consignarse.

III.3.2.- Luego, del estudio de los antecedentes administrativos agregados, se arriba al convencimiento de que tampoco la prueba documental oportunamente movilizada por quien hoy acciona en sede de nulidad, satisfizo los requerimientos técnicos justificantes de la pretensión.

Ello, porque más allá de las notorias falencias formales y materiales que distinguió a parte de ella –véase que en lo atinente a la estimación de la vida útil de la estructura metálica y revestimiento, ZONAMÉRICA S.A. adjuntó la fotocopia simple de un Fax en idioma inglés, supuestamente emanado de la empresa vendedora, y sin la correspondiente traducción-, en general, ninguna de ella pudo acreditar fehacientemente la razón de la pretensora en punto a los guarismos de vida útil atribuidos a los diferentes componentes de sus inmuebles.

Así, en la copia simple del Fax supuestamente remitido por “Metallic Building Company” (AA fs. 45) se establece una depreciación de la estructura metálica de 40 años, y una de 25 años para los revestimientos, pero en ningún momento se proporcionan las razones técnicas a partir de las cuales se sustenta tal aseveración, ni de qué manera influiría en tales previsiones la realización de tareas de mantenimiento necesario, en los inmuebles. Evidentemente, esta prueba documental aportada en las condiciones precitadas y, aún considerada en su contenido estricto, al momento de su valoración, indudablemente carece de la fuerza convictiva indispensable a los fines perseguidos por ZONAMÉRICA S.A.; más aún cuando la Administración Fiscal aportó un informe de una empresa del medio: “ARMCO Construcciones Metálicas” que ilustra acerca de que, la vida útil de sus estructuras metálicas y de sus cubiertas, con repintados periódicos de los aceros que retenga la aparición de óxido, puede extenderse en forma ilimitada (AA fs. 116).

Igualmente, en el informe firmado por los Ingenieros Landoni – Salamazo (AA fs. 18), que definen a los “galpones” (de estructura metálica y cerramientos, cubierta y tabiques de chapa) de ZONAMÉRICA S.A. (inmuebles), como diferentes a la construcción hecha con estructura de hormigón y cerramientos de mampostería, no se visualizan argumentos técnicos precisos del por qué la vida útil de aquellas construcciones deba ser de la cuantía expresada en su primer informe de fs. 1 (AA).

Entonces, aparece lógica y razonable la posición asumida por la DGI, en cuanto consideró que una estructura metálica constituida por perfiles de hierro tratado, con el debido mantenimiento, no se deteriora en el período afirmado por la empresa contribuyente y, por ende, que se haya justificado el cambio del criterio general de amortización de los bienes inmuebles prevenido en el art. 89 del Decreto N° 840/988.

---

## II.- LA DISCRECIONALIDAD

### A. Concepto

Si bien es sabido que a la discrecionalidad se le otorga diversas conceptualizaciones - así como se ha escrito innumerables y preciados artículos sobre distintos aspectos de la misma, cuya mención y estudio sobrepasan el objeto del presente trabajo -, todas por lo general, giran entorno a determinados elementos comunes y fundamentales, que se visualizan en los conceptos que tanto la doctrina nacional como internacional especializada han desarrollado, y que algunos de ellos, serán sucintamente expuestos a continuación.

Pero antes de ello, es conveniente recordar las enseñanzas del Prof. Enrique SAYAGUÉS LASO, al considerar ciertamente que la Administración debe desarrollar siempre su actividad siguiendo lo que le determina la Constitución y la ley, y que varía mucho la medida en que las mismas encauzan o limitan dicha actividad.

En efecto, tal autor afirma que “en unos casos las normas legales determinan con precisión lo que deben hacer los órganos administrativos: dada una situación de hecho corresponde dictar tal acto administrativo, cuyo contenido y efectos serán tales o cuales (...) Otras veces los órganos administrativos se mueven con más libertad, la ley no determina lo que deben hacer en los casos concretos, sino que les acuerda poderes jurídicos y fija simplemente las líneas generales de su acción futura (...) Los actos dictados en el primer supuesto se denominan actos **reglados**, y en el segundo, actos **discrecionales**”.

Sin perjuicio de ello, a continuación aclara que, “La discrecionalidad de que disponen los órganos de administración no significa arbitrariedad. Al ejercer potestades discrecionales la administración no puede decidirse caprichosamente, por-

*Idénticas imprecisiones son relevantes en el informe que los técnicos consultados por ZONAMÉRICA S.A. establecieron respecto de las fibras ópticas, red de telefonía e instalaciones eléctricas respecto de su obsolescencia técnica como factor determinante para la fijación de su vida útil (AA fs. 34/36); en la medida que -como bien se expresa por la Administración Fiscal-, la obsolescencia es determinada por cambios reales y concretos, y no puede basarse en meras conjeturas como se extrae del informe técnico citado. Siendo de recibo, además, la posición de la Administración accionada en cuanto no admite que la empresa contribuyente considere que la aparición de nuevos bienes que dejen sin aplicación a los preexistentes para amortizarlos en un plazo menor. Pues si no se tiene la certeza del cambio que habrá de producirse, el criterio contable es el de amortizarlos en la vida útil normal, y si deben ser sustituidos, considerar pérdida del ejercicio en que se renuevan el valor actual de ese momento.*

*Finalmente, en los ítems referidos a las “instalaciones sanitarias y sistema de combate de incendio”, la estimación de su vida útil resulta huérfana de fundamento técnico admisible, desde que la misma se basa en el promedio de la vida útil de los materiales componentes, porque dicha estimación no puede atribuirse a un activo real y reconocible como tal; como certeramente entiende la accionada.*

*Idénticas consideraciones merece la previsión de vida útil realizada respecto de las instalaciones eléctricas interiores, a partir del informe técnico aportado a fs. 37/38 de los antecedentes administrativos.*

*IV) García de Enterría y Fernández hacen notar que en la estructura de todo concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo (Begriffkern) o “zona de certeza”, configurada por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto” (Begriffshof), más o menos precisa y, finalmente, una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto. Y supuesta esta estructura del concepto jurídico indeterminado, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o “halo” conceptual. Y la doctrina alemana reconoce en el halo conceptual un “margen de apreciación” (Beurteilungsspielraum) a favor de la Administración, sin perjuicio de que tal margen de apreciación no da entrada a la libre voluntad de la Administración (Op. Cit., Págs. 454/455).*

*En opinión del Tribunal, al examen del caso presente, se reconoce a esa zona intermedia o de incertidumbre en las “circunstancias justificantes” que debió movilizar y acreditar la empresa contribuyente para alcanzar la autorización de la Administración Fiscal respecto de los otros porcentajes de amortización propuestos. Y, justamente, fue la labor detenida de análisis encarada por la DGI a través de sus organismos técnicos asesores (AA fs. 16/17, 20, 23, 56, 6164/65, 66 y 69) la que sustentó, a partir de un análisis pormenorizado y fundado, su decisión de no acceder a la pretensión de ZONAMÉRICA S.A. de aplicar otros plazos de amortización (obviamente, distintos a los fijados a título de criterio general por el art. 89 del*

---

*que en definitiva la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites. Quiere decir que hay discrecionalidad cuando la administración puede decidir, según su leal saber y entender, si debe o no debe actuar y, en caso afirmativo, qué medidas adoptará”<sup>1</sup>.*

En análogo sentido, se ha entendido que ante la variedad, variabilidad y consiguiente imprevisibilidad de las situaciones a que debe enfrentarse la Administración, tornan imposible prever anticipadamente todas las hipótesis de hecho y consagrar en normas las mejores soluciones para cada una de ellas.

Por eso “inevitable y necesariamente, las reglas de derecho deben otorgar a la Administración la posibilidad de elegir entre dos o más soluciones igualmente legítimas, posibilidad que se denomina **discrecionalidad**. Estos márgenes de discrecionalidad más o menos amplios pueden aparecer en cualquiera de los distintos aspectos de la norma atributiva de competencia”<sup>2</sup>.

Tal discrecionalidad, se puede visualizar en la enunciación del supuesto de hecho habilitante del ejercicio del poder, es decir, que la delimitación del contenido y alcance de dicho supuesto, se la ha cometido a la propia Administración. Ello, significa que “ocurrida una circunstancia de hecho, la Administración apreciará discrecionalmente si puede ser incluida en aquel **supuesto más o menos indeterminado** de una norma atributiva de competencia, y si así lo entiende, ejercerá la potestad de dictar el acto que esa norma confiere”<sup>3</sup>.

1 SAYAGUES LASO, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, séptima Edición, FCU, año 1998, págs. 337 y 338.

2 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Invalidez de los actos administrativos”, en “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo II, FCU, año 2007, pág. 29.

3 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Ob. cit., págs. 30 y 31.

3 BARBÉ PÉREZ, Héctor, “Adecuación de la Administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho”, en Rev. D.J.A., Tomo 65, Montevideo, año 1967, pág. 5.

Decreto Reglamentario N° 840/988). Extremo éste, que indudablemente se inscribe en ese “margen de apreciación” que la doctrina le reconoce a la Administración cuando se enfrenta a la aplicación de un “concepto jurídico indeterminado”.

Por los fundamentos expuestos y, sin compartir lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal

## **F A L L A:**

*Rechazando la demanda y, en su mérito, confirmando el acto administrativo impugnado, en los términos parcialmente modificados por la Resolución del Ministerio de Economía y Finanzas de fecha 15 de diciembre de 2003.*

*Sin especial condenación procesal.*

*A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$12.000 (pesos uruguayos doce mil).*

*Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.-*

Dr. Rochón, Dra. Battistella, Dr. Lombardi, Dr. Preza, Dr. Harriague (r). Dra. Petraglia (Sec. Letrada).

---

En el mismo sentido se ha entendido que, “El juicio del órgano actuante puede estar condicionado en mayor o menor grado por la norma, la indefinición puede resultar de **la frecuente utilización de conceptos indeterminados**, de conceptos que se refieren a hechos, situaciones y circunstancias empíricamente verificables o a conceptos de valor”<sup>4</sup>.

A su vez, la discrecionalidad puede otorgarse a la Administración, a efectos de que determine el alcance y contenido de la consecuencia jurídica que se le va a imputar al acto que se dicte, en aquellos casos en que la misma no se encuentre expresamente preestablecida.

Asimismo, se acepta que en lo que refiere al fin del dictado del acto puede aparecer algún margen de apreciación discrecional, aunque acá “la libertad de opción nunca puede llegar a ser tan absoluta como puede serlo en los otros aspectos, porque hay fines que siempre y absolutamente están vedados (...) y porque al menos implícitamente la ley determina el fin debido”<sup>5</sup>.

Antes de continuar con la exposición de algunos de los conceptos que sobre la discrecionalidad se han otorgado, conviene aclarar que, si bien la misma es reiteradamente observable en las normas que atribuyen competencia a la Administración, no es exclusiva de éstas.

Al respecto se ha entendido que, “La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grado superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto.

---

4

5 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Ob. cit., págs. 31 y 32.

*Resulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante, como a la consecuencia condicionada. La indeterminación puede ser justamente intencional (...) Pero la indeterminación del acto jurídico puede ser la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada mediante el acto en cuestión”*<sup>6</sup>.

Una de las definiciones más representativas que sobre la discrecionalidad ha otorgado la doctrina, es aquella que entiende que la misma *“es el margen de “libertad” que le queda al administrador para elegir, según criterios consistentes de razonabilidad, uno, de entre por lo menos dos comportamientos, posibles ante cada caso concreto, a fin de cumplir el deber de adoptar la solución más adecuada a la satisfacción de la finalidad legal, cuando, en virtud de la fluidez de las expresiones de la ley o de la libertad conferida en el mandamiento, no se pueda extraer de ella objetivamente una solución unívoca para la situación en pugna”*<sup>7</sup>.

En análogo sentido, se ha afirmado que *“Discrecionalidad es, pues, arbitrio, esto es, facultad de adoptar una resolución con preferencia a otra u otras posibles que la Ley otorga a una autoridad dentro de unos márgenes que la propia Ley fija. Resulta, pues, de una norma, que deliberadamente, bien porque no puede resolver por sí misma de una sola vez todos los conflictos a los que con carácter general se refiere o bien porque considera más conveniente no hacerlo, delega en las autoridades llamadas a aplicarla la búsqueda de la solución más adecuada a las circunstancias de cada caso”*<sup>8</sup>.

Ésta última definición, nos da pie para mencionar el aspecto de la discrecionalidad que será desarrollado en el próximo capítulo, consistente en la falsa oposición que hay entre “acto discrecional” y “acto vinculado o reglado”, ya que como se desprende de las distintas definiciones que vienen de exponerse, el ejercicio de la “libertad” de opción que se le reconoce a la Administración en el ámbito de la discrecionalidad, nunca es absoluta.

## **B. Relatividad de la Discrecionalidad**

Cabe afirmar que catalogar a la “libertad” de opción de la Administración, propia del concepto de discrecionalidad como “relativa”, nos lleva necesariamente a subsumir tal actividad dentro de los denominados “Principios Generales de Derecho”.

Acertadamente, se ha definido a los mismos, como *“el mandamiento nuclear de un sistema, su verdadera base, disposición fundamental que se irradia sobre diferentes normas, componiendo su espíritu y sirviendo de criterio para su exacta comprensión e inteligencia, exactamente por definir la lógica y la racionalidad del sistema normativo, en lo que le confiere la tónica y le da sentido armónico. Es el conocimiento de los principios que preside el sentido de las diferentes partes componentes del todo unitario que tiene como nombre sistema jurídico positivo”*<sup>9</sup>.

Si bien podemos aplicar a la discrecionalidad administrativa, varios de tales principios, corresponde destacar y analizar uno de especial importancia como lo es el “Principio de Legalidad”, ya que para respetar y mantener el Estado de Derecho, la Administración sólo puede y debe actuar en obediencia a la ley, apoyada en ella, y siempre con el objetivo de cumplir con las finalidades que le encomienda el ordenamiento jurídico.

Se afirma que dicho principio, *“envuelve la función pública estatal protectora de la persona humana, mediante la sujeción del Estado a la regla de derecho que de él emana (cualquiera sea su naturaleza). Pero antes, y sin perjuicio, pero por encima porque se trata del respeto del orden de ser de las cosas y sujetos, la legalidad encierra la aceptación de una realidad impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre que en su interioridad se desenvuelve y cuya proyección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela”*<sup>10</sup>.

6 KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, año 1979, pág. 350.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, “Curso de Derecho Administrativo”, UNAM, México, año 2006, pág. 825.

8 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional”, Palestra Editores, Lima, año 2006, pág. 383.

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Ob. cit., pág. 811.

10 BRITO, Mariano, “Principio de Legalidad e Interés Público en el Derecho Positivo Uruguayo”, en LJU, Tomo 90, pág. 4.

Sin perjuicio de lo que se expuso con anterioridad, cabe aclarar que lo que es discrecional no es el acto en sí mismo, no es una característica suya, sino que lo es, la competencia que se le reconoce al órgano de la Administración para evaluar determinados aspectos que lo condicionan o componen, y luego proceder a su dictado.

En ese sentido, se entiende que la discrecionalidad *“es la posibilidad – abierta por el enunciado legal – de que el agente calificado para producirlo disponga de un “cierto” (o “relativo”) margen de libertad, ya sea para evaluar si efectivamente sucedieron (a) los presupuestos (esto es, motivos) que legalmente lo hicieron posible; ya sea para (b) producirlo o abstraerse; ya sea para (c) elegir su contenido (conceder o negar, expedir el acto “x” o “y”); ya sea para (d) resolver sobre el momento oportuno de hacerlo; ya sea para (e) revestirlo de la forma tal o cual. Y todo esto en la medida, extensión y modalidades que resulten de la norma jurídica habilitadora y, además, sólo cuando esté incluido en la situación concreta que le sea antepuesta”*<sup>11</sup>.

Si bien se reconoce el carácter relativo de la libertad que se le otorga a la Administración, cuando tiene que dictar un acto discrecional en los aspectos que vienen de mencionarse, es importante aclarar, que tal libertad puede verse disminuida o incluso desaparecer frente a la situación en concreto en la que deba aplicar la regla de derecho.

Ello, en mérito a que, *“La ley, como es obvio, desea la adopción de un comportamiento capaz de atender el interés público de la manera más satisfactoria posible. Ahora bien, si la norma de derecho siempre tipificase en términos rígidos la conducta del administrador, inhibiéndolo de evaluar y llevar en consideración la particularidad de las situaciones, al ser aplicada, dada la variedad y compostura polifacética de la realidad empírica, en lugar de acudir adecuadamente a los intereses y finalidades pretendidos, resultaría en una desatención o en una mala atención de ellos.*

*La discrecionalidad en la regla de derecho, es sólo una suposición, pues sólo irrumpe ante el caso concreto, sólo se revela y se dimensiona ante una visión y que, por consiguiente, el juez necesita investigar los hechos precisamente para juzgar si existía, “in casu”, una real consonancia entre aquello que la ley tenía en cuenta y en vista y aquello que el acto efectuó”*<sup>12</sup>.

En lo que respecta a la sujeción de la Administración al “Principio de Legalidad” aludido, también se ha expedido nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia N° 934 de fecha 14 de octubre de 1998, al afirmar - citando a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y a Tomás Ramón FERNÁNDEZ -, que en el ejercicio de la potestad discrecional, se incluye *“un elemento sustancialmente diferente al que tipifica el acto reglado: una estimación subjetiva de la propia Administración en el proceso aplicativo de la Ley, con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular.*

*Pero esa estimación subjetiva no es una facultad extra – legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter”.*

A continuación, agrega que, *“Por eso la discrecionalidad no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma, como pretendía la antigua doctrina; mas bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo”* (“Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Civitas S.A., Madrid, año 1989, págs. 452 y 453).

Por último, y vinculado con el tema a desarrollarse a continuación, es oportuno señalar que, *“La ley puede y debe conceder a la Administración - en los límites en que la Constitución en cada caso lo permita -, tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas, pero esa libertad, cualesquiera que sean los términos que la Ley convenga darla en cada caso, vendrá siempre condicionada, en una u otra medida, por el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa”*<sup>13</sup>.

11 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Ob. cit., pág. 836.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Ob. cit., págs. 839 y 841.

13 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. cit., pág. 107.

## C. Límites de la Discrecionalidad

Sin perjuicio de que la discrecionalidad otorgada a la Administración a la hora de emitir un acto administrativo y determinar su alcance, esta limitada por los “Principios Generales de Derecho” - particularmente por el “Principio de Legalidad” -, también encontramos otros límites a la misma, los que pueden estar establecidos en la Constitución, en las leyes, y en los reglamentos, ya sea en forma expresa o implícita.

Existe consenso en nuestra doctrina especializada, en cuanto a que uno de los límites a la discrecionalidad de la Administración, lo constituye el fin que debe presidir toda actividad administrativa. Ello, en mérito a que, la potestad discrecional que el ordenamiento jurídico le reconoce, no puede ni debe ser ejercida nunca para satisfacer un “interés particular”, sino que sola y únicamente el “interés público”.

Se entiende que el control que debe padecer la actividad de la Administración en cuanto a su deber de cumplir con el fin debido, nació con la construcción de la “Teoría del desvío de poder”, que consiste en que “*el agente, al manipular un conjunto de poderes, se evade del objetivo que le es propio, o sea, se extravía de la finalidad que cabe en atención a la regla a la que se ajusta. En resumen: el acto maculado de este vicio se dirige a un resultado diverso a aquel al que debería llegar ante el objetivo de la norma que lo habilita (...) Un acto maculado de desvío de poder es sabidamente nulo*”<sup>14</sup>.

En nuestro Derecho, la “desviación de poder”, es uno de los tipos de ilegitimidad de los actos administrativos previstos en el art. 23 literal a) del Decreto – Ley N° 15.524 de fecha 9 de enero de 1984 - Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo -, junto con el “abuso de poder”, el “exceso de poder”, y la “violación de una regla de derecho”, y que de acreditarse su existencia en un acto administrativo, hacen pasibles que el mismo sea debidamente anulado.

La desviación de poder, existe siempre que “*el “fin querido” por la “voluntad” de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho*”<sup>15</sup>.

Otro de los límites a la discrecionalidad de la Administración que cabe hacer referencia, son los motivos o presupuestos del dictado del acto administrativo, que consisten en “*el concreto acaecimiento del supuesto de hecho al cual aquella norma atributiva de competencia imputa abstractamente, como consecuencia jurídica, el dictado del acto de que se trate (...) en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad.*”

*Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivos del acto administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de los motivos. Si los hechos son como la Administración pretende, pero no caben en el supuesto (determinado o indeterminado) de la norma atributiva del poder de dictar el acto, éste estará viciado por ilegitimidad de los motivos”<sup>16</sup>.*

Las otras tres restantes causales de ilegitimidad del acto administrativo que fueron referidas en párrafos anteriores, se relacionan tanto con la finalidad como con la motivación del dictado del mismo.

En efecto, el abuso de poder, existe “*toda vez que lo dispositivo no sea objetiva y cuantitativamente adecuado a los motivos, o no sea objetiva y cuantitativamente idóneo para el fin debido. Los motivos existieron, pero sólo hacían necesaria una medida de menor gravedad, dosificación o cuantía; o en el otro caso, el resultado final objetivo coincide con el fin debido, pero para lograr este último hubiera sido suficiente una medida de menor gravedad, dosificación o cuantía*”.

El exceso de poder, existe “*cuando lo dispositivo no sea objetiva y cualitativamente adecuado a los motivos, o no sea objetiva y cualitativamente idóneo para el fin debido; en tal caso, objetivamente, no han existido motivos para actuar como se ha hecho, o no se ha perseguido el fin debido*”.

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Ob. cit., pág. 832.

15 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Ob. cit., pág. 80.

16 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Ob. cit., págs. 33 y 34.

También, hay que hacer referencia a la violación de una regla de derecho, que existe siempre que “*cualquiera de los presupuestos o cualquiera de los elementos del acto sea contrario o no conforme a lo dispuesto por un principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual*”<sup>17</sup>.

En lo que respecta al abuso y exceso de poder como límites a la discrecionalidad de la Administración, cabe señalar que “*La discrecionalidad consiste en la posibilidad de elegir libremente entre todas las soluciones admitidas por el Derecho, aquella que se entienda más adecuada a los motivos y más idónea en relación con el fin debido; esa elección se realiza conforme a criterios técnicos, éticos, axiológicos, políticos y también jurídicos, establecidos estos últimos por esas reglas de Derecho que, sin eliminar la posibilidad de optar entre diversas soluciones, consagran pautas o modos de comportamiento flexibles apreciables caso a caso en cada circunstancia*”<sup>18</sup>.

A su vez, entre los límites de la discrecionalidad, también se destaca el “Principio de Razonabilidad”, que “*evoca en última instancia la exigencia de un comportamiento conforme a la razón, tanto en su significación primaria de facultad o capacidad de alcanzar el conocimiento de esencias y valores y de obrar conforme a fines, como en la otra de proporción resultante de una comparación*”.

Por lo tanto, “*la razonabilidad del comportamiento se debe apreciar en primer lugar según las reglas de la lógica (...) Pero no basta la corrección formal del razonamiento; la razonabilidad también debe apreciarse según las reglas técnicas propias de la materia de que se trate. Ellas permitirán ponderar la adecuación de lo dispuesto a la circunstancia de hecho y su aptitud para provocar el resultado debido; una ponderación técnica negativa de cualquiera de tales aspectos implica irrazonabilidad del comportamiento (...) Y la razonabilidad como limitante del ejercicio de la potestad discrecional implica que lo resultado contrariando las reglas lógicas o técnicas es ilegítimo*”<sup>19</sup>.

Por último, cabe hacer referencia, a la relación que existe entre los “límites a la discrecionalidad” anteriormente analizados, y el concepto de “arbitrariedad”, para lo cual, es oportuno citar el extracto de una de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de España en el año 2003, que reza:

“*La discrecionalidad – que existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público – tiene como requisito la razonabilidad y no puede ser sinónimo de arbitrario, que es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, y desprendido o ajeno a toda razón capaz de explicarlo*”.

A continuación, agrega que “*Es por ello que, en el acto discrecional, la fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas, de acuerdo con los criterios razonables, justos, objetivos y debidamente motivados*”.

“*Así lo entiende Tomás Ramón FERNÁNDEZ [“De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 80, octubre – diciembre de 1993] al señalar que, “el concepto de arbitrariedad se vincula así, en su esencia última, al concepto de motivación, de la que los humanos no podemos prescindir en cuanto entes de razón, ni en el plano del logos, que es y no puede dejar de ser el del pensamiento (se piensa con palabras), ni, por supuesto, en el plano del Derecho, es decir, del pensamiento y del razonamiento jurídico. El Derecho exige siempre justificación, demanda razones, preserva la razón. Su naturaleza es justificar decisiones, actuaciones. Por eso no puede y no podrá nunca rehuir la cuestión del fundamento, de la motivación*”<sup>20</sup>.

17 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Ob. cit., pág. 80.

18 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Ob. cit. pág. 52.

19 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Ob. cit. pág. 57.

20 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. cit., pág. 17.

### III.- CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

#### A. Concepto

Mediante la utilización del concepto jurídico indeterminado, “la Ley refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto (...) se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”.

Por ende, al referirse a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, “es claro que la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado (...) lo esencial en el concepto jurídico indeterminado, es que la **indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso**”<sup>21</sup>.

Asimismo, se lo ha considerado como “aquel cuya concreción se opera en la formulación de un juicio, revelador para cada situación concreta juzgada, si se satisface o no el interés comprometido. Su noción lo aleja, pues, del campo de la discrecionalidad en tanto ésta importe “la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede elegir la Administración según su propia iniciativa, por no estar comprendida en la norma la solución concreta.

El concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública, etc) es configurado por la ley como un supuesto concreto, de tal forma que **solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho** (Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 5ª, del 28/4/64, cit. por Fernando GARRIDO FALLA – “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid, 1976, Vol. I, 7ª Ed., pág. 266)”<sup>22</sup>.

La utilización por el legislador de los conceptos jurídicos indeterminados - o también conocidos como conceptos de valor o de experiencia -, es común en todas las ramas del Derecho. Por ejemplo, en el Derecho Civil (buena fe, diligencia del buen padre de familia, negligencia, etc), en el Derecho Penal (nocturnidad, alevosía, abusos deshonestos, etc), o en el Derecho Procesal (dividir la contienda de la causa, conexión directa, pertinencia de los interrogatorios, perjuicio irreparable, etc). “Es sencillamente, una técnica general e inexcusable de toda normación”<sup>23</sup>.

#### B. Diferencia con la Discrecionalidad

Si bien dicha diferencia ya fue sucintamente referida con anterioridad, es conveniente mencionar que “La **discrecionalidad** es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos, no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”.

Por el contrario, “La aplicación de **conceptos jurídicos indeterminados** es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional”.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. cit., pág 385.

22 BRITO, Mariano, Ob. Cit, pág. 5.

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. cit., págs. 385 y 386.

Cabe destacar, que la diferencia que existe entre la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado, no se agota en su significación, ya que también se visualiza en las potestades que detenta el Poder Judicial a la hora de analizarlos y fallar en un caso concreto.

Al respecto, acertadamente se ha afirmado que, al estar en los conceptos jurídicos indeterminados ante “*un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley”.*

Por el contrario, en lo que refiere a la discrecionalidad, “*el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa, es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria)”<sup>24</sup>.*

Se entiende que la tarea que ha venido desarrollando en los últimos años, tanto la doctrina como jurisprudencia especializada, en cuanto a lograr diferenciar claramente el concepto jurídico indeterminado de la discrecionalidad, ha llevado a que la idea de esta última se haya reducido de manera considerable.

Sin perjuicio de ello, no cabe hablar en la discrecionalidad, de una “exención de control”, sino de una “dificultad de control”, al considerar que la misma, “*no se justificará ya por una simple razón formal de competencia exclusiva y excluyente de la Administración, constatada la cual el juez tendría que aceptar cualquier uso que la Administración haya hecho de la misma; se justificará únicamente en la presunción de razonabilidad con que la Administración la ha utilizado, por su contacto directo con los hechos, por sus medios técnicos, por la multiplicidad de aspectos y valores que ha tenido que integrar en la decisión.*

*Pero esa presunción sería “iuris tantum” y cualquier recurrente podrá destruirla, y el juez apreciarlo así, si las circunstancias y las pruebas aportadas justifican que el uso de la potestad ha sido irrazonable en el caso concreto, posibilidad que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados justifica definitivamente”<sup>25</sup>.*

Por último, y a efectos de confirmar y aclarar la diferencia existente entre la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado, considero conveniente citar el extracto de una sentencia del Tribunal Constitucional de España, de fecha 28 de abril de 1964, donde ya desde ese entonces, se aplicaba a la práctica los desarrollos teóricos anterior y sucintamente mencionados.

La misma reza: “*Las **facultades discrecionales**, se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el **concepto jurídico indeterminado** (ruina, precio justo, utilidad pública, etc) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho.”*

Lo que ocurre en el caso de la “*actuación del Jurado de Expropiación, que, como organismo encargado de aplicar el concepto indeterminado de “**justo precio**” a unos bienes expropiados, no es libre para decidir, a través de un proceso voluntivo de discrecionalidad, entre varios posibles justos precios, sino que, realizando un proceso de juicio o estimación, ha de atenerse necesariamente, sin libertad de decisión a las circunstancias y características reales que ha de calificar y al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado al concepto de “justo precio”.*

Ello, para determinar “*a través de su valoración, no cualquier posibles justo precio, sino el precio que real y efectivamente sea el verdadero y justo, y, por ello, dicha función, al no admitir más que una solución adecuada y conforme a la norma, constituye un proceso de subsunción de la categoría de justo precio en el supuesto concreto que se contemple, es decir, se trata de un supuesto normal de aplicación del Derecho, sometido sin traba alguna, por eso precisamente, a la función jurisdiccional, encargada de velar por la recta aplicación de la Ley al mundo de los hechos”.*

24 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. cit., págs. 386 y 387.

25 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. cit., págs. 389 y 390.

### C. Discrecionalidad Técnica

De lo que fuere expuesto en párrafos anteriores, se aprecia la relación que existe entre el “acto discrecional” y el “concepto jurídico indeterminado”, ya que actual y asiduamente, la potestad discrecional reconocida a la Administración de emitir un determinado acto administrativo, así como fijar su alcance, se origina - entre otras hipótesis -, en la utilización por parte del legislador de ciertos conceptos jurídicos indeterminados en el momento de sancionar normas de múltiple contenido.

Sin perjuicio de ello, y trayendo lo considerado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia N° 517/2006 de fecha 31 de julio de 2006, cabe considerar que el “concepto jurídico indeterminado”, también juega como un límite a la potestad discrecional de la Administración anteriormente referida y explicitada.

En efecto, en la “zona intermedia o de incertidumbre o halo del concepto” propia del concepto jurídico indeterminado, donde se le reconoce a la Administración un cierto “margen de apreciación”, librado a su exclusiva voluntad - que en el caso de la sentencia en estudio, se verificó en las “circunstancias justificantes” que debió movilizar y acreditar la empresa contribuyente para alcanzar la autorización de la Administración a efectos de utilizar los porcentajes de amortización propuestos -, se podría ubicar a la llamada “discrecionalidad técnica”.

Es decir, como se ha enseñado y anteriormente mencionado “*limitan a la discrecionalidad administrativa la razonabilidad, desviación de poder, buena fe, y límites técnicos*”. Respecto a estos últimos, se ha destacado que la discrecionalidad no otorga a la Administración la posibilidad de “*actuar en contra de las reglas técnicas*”, por lo que “*pueden enjuiciarse los resultados de la llamada discrecionalidad técnica en la medida que ésta no respeta las normas técnicas que la limitan*”<sup>26</sup>.

Sin embargo, la doctrina moderna es coincidente en que no existe una “discrecionalidad técnica”, ya que dichos dos términos son esencialmente inconciliables, en la medida que las cuestiones técnicas “*deben resolverse exclusivamente en base a criterios y reglas técnicas, y sin que la Administración pública tenga facultad alguna de apartarse de dichas reglas, actuando mal si no se ajusta a aquéllas*”<sup>27</sup>.

Ello, no significa que el orden jurídico no pueda incorporar reglas o elementos técnicos o remitirse a ellos. Así, una norma puede describir un comportamiento administrativo sobre la base de un dato técnico cuya explicitación operativa deba realizarse al momento de aplicar el precepto. Pero ello no implicará libertad para llenar de contenido la conducta administrativa al margen de la técnica<sup>28</sup>.

A su vez, se ha dicho que “*la discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen al administrador no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica (...) la actividad técnicamente errada es sólo por ella antijurídica, aunque no hubiera normas legales o reglamentarias que regularan dicha actividad*”<sup>29</sup>.

Por último y en ese mismo sentido, se ha afirmado que “*los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo*”<sup>30</sup>.

## IV.- CONCLUSIONES

De lo que viene de exponerse, y del contenido de la sentencia N° 517/2006 de fecha 31 de julio de 2006, se puede afirmar que la determinación por parte de la Administración de un criterio general de amortización de inmuebles del activo fijo - 2% anual para los inmuebles urbanos y suburbanos, y 3% anual para los rurales, es decir, una vida útil de los inmuebles en 50 años para los primeros y 33, 33 años para los segundos -, es un acto administrativo de contenido técnico.

26 DROMÍ, José Roberto, “Instituciones de Derecho Administrativo”, Editorial Astrea, Buenos Aires, págs. 469, 475 y 476.

27 ALESSI, Renato, “Instituciones de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, año 1970, pág. 199.

28 SESIN, Domingo, “Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica”, Editorial Depalma, Buenos Aires, año 1994, pág. 200 y sigtes.

29 GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Macchi, Buenos Aires, año 1974, pág. 22.

30 DIEZ, José María, “El acto administrativo”, T.E.A., Buenos Aires, año 1956, pág. 113.

Por lo tanto, en lo que a él respecta, no existe margen de discrecionalidad, o en la hipótesis de existir, la misma se vería limitada por las reglas de la técnica, aplicables para la determinación del criterio general de amortización de inmuebles de activo fijo o su vida útil, anteriormente referidos.

Como se aprecia, - y sin perjuicio de una eventual contradicción entre los términos utilizados -, la llamada “discrecionalidad técnica”, se vería limitada en tal caso por un “concepto jurídico indeterminado”, donde se le reconoce a la Administración un cierto “margen de apreciación”, librado a su exclusiva voluntad o juicio intelectual, característica principal que lo diferencia del concepto de “discrecionalidad”, donde la elección entre las soluciones posibles queda relegada al exclusivo juicio subjetivo de la Administración.

En la especie, dicho margen consistió, en estudiar las “circunstancias justificantes” que debió movilizar y acreditar la empresa contribuyente, a efectos de alcanzar la autorización de la Administración Fiscal respecto de los otros porcentajes de amortización propuestos en la petición.

Por ende, tal Administración, en base a, entre otros aspectos, “*la labor detenida de análisis a través de sus organismos técnicos asesores*”, determinó la insuficiencia de las circunstancias de justificación de cambio de criterio de amortización alegadas por la parte actora, posición que adoptó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia aludida, rechazando la demanda de nulidad incoada.

Por último - y sin perjuicio de todo lo explicitado en capítulos anteriores -, se entiende que, la existencia de un esfuerzo por diferenciar a la discrecionalidad del concepto jurídico indeterminado, “*es todavía una línea tendencial más que una fórmula hoy operante (...) como tal tendencia, marca una dirección de desarrollo, sobre todo de la jurisprudencia, que es de esperar que se afiance y extienda con los años, pues esta materia es básica para la depuración del Estado de Derecho*”<sup>31</sup>.

Dra. Bárbara Dei - Cas  
Egresada de los cursos del Master de D. Administrativo  
Económico de la UM

31 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Ob. cit., pág. 390.

# SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA N° 113/2007 DE 30 DE JULIO DE 2007

**VISTOS:** *Para sentencia estos autos caratulados: AA - UN DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURRENCIA FUERA DE LA REITERACIÓN CON UN DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA - CASACIÓN PENAL"*

## RESULTANDO

1.- *La sentencia No. 96 de fecha 7 de abril de 2006 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno, confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia respecto al encausado (fs. 211-218 v.).*

*La sentencia de primer grado No. 113 de fecha 21 de setiembre de 2004, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de la Ciudad de la Costa, había condenado a "... AA como autor responsable de un delito de homicidio culposo, en concurrencia fuera de la reiteración con un reato de omisión de asistencia, a la pena de dieciocho meses de prisión con descuento de la preventiva sufrida e imponiéndole la obligación de resarcir al Estado los gastos de alimentación, vestimenta y alojamiento durante su reclusión..." (fs.179-183).*

---

## ACERCA DE LA OMISIÓN DE ASISTENCIA

### 1.- Presentación del caso. Los hechos.

Por sentencia N° 113, de 21.9.2004, definitiva de primera instancia del Juzgado Letrado de Ciudad de la Costa (Jorge DIAZ ALMEIDA) se condenó, de acuerdo al pedido del Fiscal (Gilberto RODRIGUEZ), a RMD, como autor responsable de un delito de homicidio culposo en concurrencia fuera de la reiteración con uno de omisión de asistencia (arts. 314 y 332 C.P.) a una pena de 18 meses de prisión, con suspensión condicional de la pena.

La Defensa, que no compartió los hechos dados por probados, había solicitado la absolución.

Se dio por probado que: el día 1.8.2001, a la hora 13.30, el condenado embistió de atrás, con una camioneta de su propiedad, que conducía a velocidad antirreglamentaria (100 k/h en zona autorizada a 60 k/h) al ciclomotor que conducía PIV (una mujer joven de 20 años) que circulaba sobre la banquina de la Ruta Interbalnearia, en la misma dirección que el automóvil.

2.- A fs. 215 la defensa del encausado interpuso recurso de casación, y luego de señalar su procedencia, fundamentó el mismo en la errónea aplicación del derecho (arts. 1 y 332 del Código Penal), señalando que el alcance de este medio impugnativo refiere exclusivamente a la condena por el delito de omisión de asistencia.

En síntesis expresó:

- La sentencia consideró configurada la tipificación prevista en el art. 332 Código Penal. -reiterando la argumentación de la sentencia de primera instancia- en la medida que el encausado no cumplió su obligación genérica de solidaridad, situación que perfila peligro actual y seguro y no puede ser analizada con la perspectiva del resultado cumplido, sino del momento en que la conducta se realiza. Se descarta entonces el argumento de la defensa relativo a la muerte instantánea de la víctima como circunstancia enervante del tipo.

- Conforme lo dispuesto en el art. 1 del Código Penal "es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal", norma que recoge el principio de legalidad. En el caso, la figura típica reclama que haya una persona cuya vida o integridad física esté en situación de peligro. La circunstancia de que la víctima falleció instantáneamente no es un dato menor, pues entonces no existía una persona cuya vida o integridad estaba en peligro. Faltó un elemento esencial del tipo.

- Tampoco se trata de valorar la conducta del agente desde una perspectiva ex post ipso, es decir, a partir del resultado final, para concluir que nada podía hacerse. La argumentación que desarrolla se sitúa en un momento previo al análisis lógico para ubicarse en la figura del sujeto pasivo. Antes de analizar la "situación de peligro" es preciso determinar si existía una persona necesitada de auxilio que encierra la condición de sujeto vivo, condición (vivo) que ya no tenía pues había fallecido. Reitera la opinión de Camaño Rosa cuando afirma que "si se tratara verdaderamente de un cadáver, el deber de asistencia quedarla sustituido por el de denuncia" (Trat. de los delitos ,p. 579).

---

La víctima falleció instantáneamente por gravísima lesión encefálica (lesión nemológica central irreversible, además de graves lesiones en los órganos abdominales (desgarro de arteria esférica, hemoperitoneo de 2 litros aproximadamente).

Se constató exceso de velocidad, en zona densamente poblada, no mantenimiento de distancia de seguridad apropiada y circulación por la banquina fuera de circunstancias de emergencia, en suma actuación imprudente con falta total de dominio sobre el vehículo que conducía.

## 2.- El debate jurídico sobre la omisión de asistencia.

La Defensa sostuvo la no configuración del delito de omisión de asistencia en mérito a que:

- a) el encausado desconocía que había atropellado a una persona y,
- b) la víctima falleció inmediatamente, por lo que a su juicio, cualquier actitud que hubiera adoptado el imputado no sería adecuada para evitar el resultado lesivo.

Para lo que nos interesa ahora no se considerará, con especial detalle el primero de los aspectos, que por otra parte, a juicio de este comentarista, fue correctamente descartado por la Magistratura en todas las instancias del juicio, y no hace a lo esencial del planteo que queremos hacer sobre el caso.

El punto tiene no obstante interés científico, no tanto en la resolución del caso concreto (en que la posición de la Defensa no tiene sustento) sino en cuanto a diferentes hipótesis que se pueden plantear (en la realidad) respecto del conocimiento del atropellador sobre la existencia o no de una víctima.

A saber, las posibilidades son las siguientes, en abstracto:

---

- Postula la unidad del bien jurídico tutelado en las figuras del homicidio y la omisión de asistencia, citando a la Dra. Grezzi, quien sostuvo en un escrito de apelación -caso en que se había condenado por lesiones gravísimas culposas y omisión de asistencia- que las lesiones gravísimas culposas es un delito de daño, castigado por la efectiva lesión jurídica al bien integridad física, y el delito de omisión de asistencia es un delito de peligro concreto del bien vida e integridad física. Un tipo comprende el valor delictivo de otro, al tratarse de diferentes formas de ataque a un mismo bien jurídico.

3.- La Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 12° Turno, evacuando el traslado conferido, abogó por el mantenimiento de la recurrida (fs. 258).

4.- Elevados los autos, se confirió vista al Sr Fiscal de Corte, quien en dictamen No. 4727/006 se pronunció por la desestimación del recurso (fs. 263).

- 
- a) no se apercebe de que embistió a un rodado (a una persona) y continúa la marcha;
  - b) sabe que sí lo hizo y huye no obstante ello y,
  - c) duda de haberlo hecho y no se detiene a constatar que es lo que pasó en realidad.

A su vez también teóricamente caben tres posibilidades de sucesión de hechos, según que el embestimiento del ciclomotor fuera:

- a) intencional (tanto a dolo directo como eventual) o,
- b) culposo.

El aspecto esencial de esta causa tan interesante radica en el segundo de los puntos, esto es, en la determinación de si es posible imputar omisión de asistencia (art. 332 C.P.) respecto de una persona que ha fallecido antes de que el embestidor pudiera ejecutar ninguna acción salvadora (la muerte, está probado, fue instantánea).

Este asunto ha recibido antes de ahora resoluciones contradictorias en jurisprudencia, si bien es posible que la mayoría de los fallos se decanten en definitiva en el sentido en que mayoritariamente lo han hecho (casi en forma abrumadora) los jueces y magistrados fiscales que han intervenido en esta causa.

El Juez de Instancia desechó el argumento de la defensa respecto de la imposibilidad del encausado de adoptar una conducta que fuera eficiente para evitar el resultado lesivo, debido a la inmediata muerte de la víctima, por "razones dogmáticas".

Citando parcialmente a SILVA SANCHEZ, llega a la conclusión de que la no realización de la conducta típicamente indicada para evitar que el peligro se transforme en lesión, debe entenderse como una conducta que se

## CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus integrantes, desestimará el recurso de casación interpuesto, por entender que los agravios articulados en su sustento no son de recibo.

II.- El alcance de la impugnación refiere exclusivamente a la condena por el delito de omisión de asistencia, señalando la defensa que el mismo no se configuró en autos al faltar un elemento esencial del tipo, que es que alguien estuviera en situación de peligro de vida, pues la muerte de la víctima fue instantánea.

El agravio no será acogido. Entiende la Corte, en mayoría, que corresponde imputar al encausado el tipo penal previsto en el art. 322 del Código Penal, en tanto es posible el concurso de homicidio culposo con omisión de asistencia.

La Sala de mérito en coincidencia con la primera instancia, tuvo por probada la excesiva velocidad a la que conducía, según su propia versión -100 kilómetros por hora en zona señalizada para transitar a máxima de 60-, la invasión de la senda en la que transitaba la víctima y el impacto en la parte trasera de la moto. Agrede los más elementales criterios de razonabilidad y sentido común pretender, como lo hace el imputado, que no percibió sensorialmente que había embestido a una moto, cuando el violento impacto se produjo en horas de la tarde y con plena visibilidad.

III.- Considera la Corte, integrada y en mayoría, que resulta de rechazo el argumento de la imposibilidad de adoptar una conducta eficiente para evitar el resultado lesivo en tanto la víctima había fallecido instantáneamente.

La calificación jurídica del accionar delictivo de omisión de asistencia incluye prestar la asistencia al accidentado y dar cuenta a la autoridad: El art. 322 inciso 2o del Código Penal establece que: "... la misma pena se aplicará al que por negligencia dejare de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad de un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o su integridad física".

---

estima desde una perspectiva ex ante, como objetivamente apropiada y necesaria para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva.

En consecuencia, la no realización de la conducta indicada debe apreciarse, dice, en el momento en el cual el sujeto debe actuar.

Desde ya adelanto que para la resolución del caso se deben considerar en profundidad muchos otros aspectos que los tratados en instancia, y tomarse posición sobre ciertas bases que pueden no ser pacíficamente admitidas.

Pero lo cierto es que en un primero momento puede afirmarse que:

- a) no hay ningún peligro que evitar cuanto el daño y ocurrió y,
- b) el momento en que el sujeto debía actuar (incluso si se toma la posición ex ante propuesta por el juez) es por esencia, en el sub lite, necesariamente posterior al embestimiento, ya que es imposible la instantaneidad del atropellamiento y la asistencia.

Si la víctima falleció en el mismo momento (fracciones de segundo) en que el automóvil le pasó por encima, es claro que cuando el condenado detuvo el auto a varios metros de distancia, llevado por la inercia del movimiento, aquella ya había fallecido elementos todos de importancia capital en la dilucidación del problema.

Como sostiene Langón *trátase de “... un delito de omisión propia, que se funda en ese deber de recíproca asistencia entre los habitantes, cuya norma de mandato obliga a las personas, bajo amenaza de un castigo penal, a cumplir el doble deber de asistir y simultáneamente dar cuenta a la autoridad de lo ocurrido”* (cf. Langón, “Código Penal y Leyes penales complementarias de la R.O.U.”, T. II, p. 288).

*Parece claro, a juicio de la mayoría, que si en esta figura delictiva la ratio o directriz teleológica de la incriminación radica en la transgresión del deber de solidaridad que es inherente a la naturaleza humana, merece inequívocamente el reproche ético y jurídico consecuente la conducta de quien embiste culposamente a la víctima y se da a la fuga tras el violento impacto, despreocupándose negligentemente de dar asistencia a la persona arrollada, siendo irrelevante, a los efectos de la tipificación del delito de omisión de asistencia, la circunstancia, comprobada ex post-facto, del fallecimiento instantáneo de aquélla.*

*El momento consumativo de la omisión debe ubicarse en el tramo del acontecer histórico en que el conductor, quien percibió sensorialmente el evento dañoso, la violencia del impacto y sus graves consecuencias lesivas, optó por darse a la fuga, transgrediendo gravemente la obligación de solidaridad y auxilio que lo gravaba en ese preciso instante, cuando desconocía por completo que, de haber cumplido con su deber de asistencia, éste hubiera resultado frustráneo.*

*Afirmó acertadamente la Sra. Fiscal de Corte (fs. 265 v.), que “a la distancia que estaba del lugar del accidente era imposible que pudiera percibir el estado de la víctima. No hizo el más mínimo esfuerzo, pese a que él había sido el causante del accidente, por averiguar cuál era su estado. Ni siquiera se acercó a ver cómo estaba la joven, para tomarle el pulso y saber si aún vivía”.*

*Es más: la conducta desaprensiva y egoísta del imputado se magnifica si se tiene en cuenta que en su versión, advertido por un automovilista de que había arrollado a una persona, prosiguió su marcha, “en lanta”, hasta la estación de servicio cercana, sin siquiera interesarse por el estado de la víctima, sin dar aviso a la autoridad de la ocurrencia del evento, siendo que disponía de los elementos (teléfono celular) para hacerlo en forma inmediata.*

---

### **3. Antecedentes: Apelación del auto de procesamiento y fallo confirmatorio del Tribunal de Apelaciones por unanimidad.**

Los agravios de la Defensa ante el procesamiento se centraron en falta de pruebas; que el indagado no vio a la víctima; que no sabía que había arrollado a alguien; que no fugó; que no hubo culpa de su parte, así como otros aspectos que no interesan ahora, sobre prisión preventiva y culpa de la víctima en cuanto a que circulaba sin casco de seguridad, por la banquina y sin licencia de conducir ciclomotores.

Tanto el fiscal como el juez intervinientes mantuvieron posición pasando los autos al Tribunal el que se pronunció por sentencia N° 109, de 23.5.2002 (RUIBAL, LOMBARDI, NUÑEZ) confirmando la providencia recurrida.

El Tribunal, luego de afirmar categóricamente la imputación del homicidio culposo (que compartimos y no es objeto de nuestro análisis) mantiene la figura de la omisión, destacando que el encausado admitió que sabía que había atropellado alguna cosa (que pensó tal vez fuera un mojón) con gran violencia porque constató que tenía reventadas las dos ruedas del lado derecho del vehículo, golpeando con fuerza el cantero de la ruta, lo que lo hizo detener el rodado y bajar del mismo, no obstante que de inmediato subió de nuevo y se dirigió a la estación de servicio más cercana “sin detenerse a conocer si podía prestar auxilio”.

Califica de “deleznable” y “sumamente simplista” la argumentación de la Defensa en cuanto a que no había riesgo que cubrir por que la persona estaba muerta, lo que determinaría, a criterio de ella, que no hubo omisión.

Esta calificación que el vulgo considera como descalificante, en realidad, en su sentido más estricto, y seguramente es el que quiso darle el Tribunal, significa algo que se rompe, que se disgrega o deshace fácilmente, en definitiva un argumento inconsistente o poco sólido que se destruye casi por sí mismo, por ser evidentemente falto de sustentación.

Sostuvo la Corporación (Sentencia No. 14/975) que "... la correcta interpretación de esta disposición legal exige anotar -porque interesa en la especie- que la obligación de asistir incide sobre todos quienes se encuentran frente al necesitado de ayuda, incluso incide sobre el mismo agente que puso a la víctima en ese estado, pero siempre que hubiere actuado con culpa (como por ej. El automovilista que en un vulgar accidente de tránsito atropello y lesionó o mató a un peatón, en cuyo caso 'concurrirá realmente' el atropello con la omisión de asistencia, porque si se movió por dolo \*la intención ajustada al resultado de causar la muerte o de agredir la integridad física de la persona' 'gobernaron' la actitud espiritual del agente, la omisión de socorrer a la víctima posteriormente al hecho fue un supuesto regresivo de la acción criminosa, o sea, que se trató entonces de 'una secuencia jurídicamente irrelevante de la acción homicida o de la acción lesiva' (cf. Bayardo Bengoa, D. Penal Uruguayo, T. 8, págs. 24 6/247) ".

Comparte la mayoría el lúcido argumento de la Sala de mérito, desestimando la defensa relativa a la no tipificación de la omisión en virtud del deceso instantáneo, sosteniendo que "la argumentación respecto a este aspecto resulta deleznable y sumamente simplista. No tenía riesgo que cubrir porque la persona estaba muerta, por lo tanto no hubo omisión. Pues bien, a juicio de la Sala, esto no es así. El reo no sabía lo que había pasado, pero sí que había provocado un grave accidente. Y no cumplió su obligación jurídica de seguridad, presumiendo que podría haber alguna persona pendiente de su auxilio. Esta situación perfila una posibilidad de peligro actual y seguro, no puede ser analizada con la perspectiva del resultado cumplido sino del momento en que la conducta se realiza" (fs. 117 v. ).

V.- En suma, para la Corte en mayoría, el delito de omisión de asistencia, como en general los delitos de peligro, se consuma cuando el agente no asume la conducta ordenada -en el caso prestar asistencia y dar cuenta a la autoridad- para prevenir daños futuros previsibles (Cf. Sentencia de la Suprema Corte, Sentencia No. 115/991).

Esta Nota trata de problematizar el asunto y demostrar, precisamente, que la cosa no es tan así, y que, lejos de ser de fácil resolución, requiere una profundización acrecentada, y así y todo, será difícil lograr unanimidad de pareceres, por lo espinoso del tema.

#### 4. La sentencia definitiva de segunda instancia.

Por sentencia N° 96, de 7.4.2006 (CAL, RUIBAL, NUÑEZ) se confirmó la de primera instancia, por unanimidad y en todos sus términos, particularmente en cuanto a los hechos dados por probados que desde el principio adquirieron contundencia total y sobre los que por lo tanto basaremos este estudio.

Pretender negar lo obvio, como hizo la Defensa, seguramente con la mejor intención de cumplir con su obligación profesional, sólo ha servido, tal vez, para deslucir la fuerza que tenía el planteo dogmático de la cuestión de fondo, que es lo que nos interesa a nosotros, como especialistas y docentes en derecho penal.

Dejamos de lado un aspecto que tiene interés científico (y que fue descartado rápidamente y sin mayor análisis por el Tribunal) pero que no queremos tratar ahora, para no desviarnos del objeto del estudio, que es el tema de la competencia de la víctima, que se ha descartado con la tradicional expresión de que en sede penal "no procede la compensación de culpas", lo que habría que debatirse en profanidad, en otra ocasión.

El Tribunal se pronuncia por la reacción "negligente después del accidente" cuando se marchó en busca de auxilio para su vehículo "sin cerciorarse que era lo que había embestido", no habiendo constatado que la víctima estuviera muerta.

---

*Y a tales efectos resulta suficiente la ocurrencia del evento potencialmente lesivo y la simultánea conducta negligente del agente, su grave transgresión del deber de solidaridad y asistencia que conforma la ratio legis de la norma en examen, careciendo de aptitud liberatoria la circunstancia, desconocida por completo por el encausado al momento de arrollar a la víctima y durante el escaso lapso hasta que fue advertido de la gravedad del hecho, de que el deceso fue instantáneo.*

*En otros términos, la inutilidad del auxilio no impide la incriminación de la conducta omisiva. No resulta ajustado a derecho ni acorde con elementales principios de razonabilidad y justicia analizar a posteriori, conforme el resultado lesivo final, la conducta previa que legalmente estaba obligado a asumir el agente al tomar conocimiento de la gravedad del evento y la clara potencialidad lesiva de su comportamiento ilícito. Debíó prestar de inmediato el auxilio y asistencia a que legalmente estaba obligado. La grave infracción al deber de solidaridad no obtiene cobertura legitimante por el hecho, por él desconocido, de que la víctima había fallecido instantáneamente.*

*Por tales fundamentos, la Corte, en mayoría,*

---

Sabedor de que había provocado un grave accidente “no cumplió su obligación genérica de solidaridad.., situación que perfila una posibilidad de peligro actual y seguro, (que) no puede ser analizada con la perspectiva del resultado cumplido, sino del momento en que la conducta se realiza”.

## **5. La sentencia de casación de la Suprema Corte de Justicia.**

La sentencia N° 113, de 30.7.2007, se dictó por mayoría integrada (BOSSIO, VAN ROMAPEY, RODRIGUEZ CAORSI, BALCALDI) con una discordia (GUTIERREZ) única voz discrepante en el universo de unanimidades que se destacan en este proceso.

La tesis de la Suprema Corte en mayoría, de acuerdo con el Fiscal de Corte, y conforme con todos los demás magistrados pre-opinantes, se expresa en síntesis así: la muerte instantánea de la víctima no enerva el tipo de la omisión de asistencia del art. 332 inc. 2 C.P.

Rechaza expresamente la posición de la Defensa, que a esta altura sólo cuestionaba el punto que nos convoca ahora, en cuanto a que no se configuraría omisión por faltar un elemento esencial del tipo, que es que alguien estuviera en situación de peligro de vida, pues la muerte de la víctima fue instantánea.

De paso considera que “agrede los más elementales criterios de razonabilidad y sentido común pretender, como lo hace el imputado, que no percibió sensorialmente que había embestido a una moto, cuando el violento impacto se produjo en horas de la tarde y con plena visibilidad”.

Rechaza expresamente “el argumento de la imposibilidad de adoptar una conducta eficiente para evitar el resultado lesivo en tanto la víctima había fallecido instantáneamente”.

## FALLA:

DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN, CON COSTOS DE OFICIO.

OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE

*Dra. Sara Bossio Reig - Presidenta de la Suprema Corte de Justicia*

*Dr. Hipólito Rodríguez Caorsi - Ministro de la Suprema Corte de Justicia*

*Dr. Leslie A. Van Rompaey - Ministro de la Suprema Corte de Justicia (REDACTOR)*

*Dr. José A. Balcaldi Tesauro - Ministro de la Suprema Corte de Justicia*

*DISCORDE, Dr. Daniel Gutiérrez Proto, pues votó por casar la impugnada en cuanto condenó al encausado por delito de omisión de asistencia y, en su mérito, abatir la pena impuesta a 12 meses de prisión, costas de oficio, en base a los siguientes fundamentos:*

*1.- A mi juicio es de recibo el agravio de la defensa relativo a la ausencia de adecuación típica de la conducta del encausado con relación al delito de omisión de asistencia.*

*2.- El art. 332 del Código Penal en su inciso segundo tipifica el denominado “supuesto culposo” de la omisión de asistencia, en el cual la materialidad de la conducta consiste en el hecho de quien por negligencia dejare de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad, a un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su integridad física.*

---

Como este delito de omisión propia se funda en el deber de recíproca asistencia entre los habitantes, inherente a la naturaleza humana, “merece inequívocamente el reproche ético y jurídico consecuente la conducta de quien embiste culposamente a la víctima y se da a la fura tras el violento impacto, despreocupándose negligentemente de dar asistencia a la persona arrollada” (el subrayado me pertenece).

A juicio de la Corporación en mayoría, es irrelevante a los efectos de la tipificación del delito de omisión de asistencia, la circunstancia comprobada ex post facto del fallecimiento instantáneo de la víctima.

El momento consumativo de la omisión debe ubicarse, según reza la sentencia, en el tramo del acontecer histórico en que el conductor, quien percibió sensorialmente el evento dañoso, la violencia del impacto y las graves consecuencias lesivas, optó por darse a la fuga, transgrediendo gravemente la obligación de solidaridad y auxilio que lo gravaba en ese preciso instante, cuando desconocía por completo que, de hacer cumplido con su deber de asistencia, éste hubiera resultado frustráneo.

El delito se consumó, como en general en los delitos de peligro todos, cuando el agente no asumió la conducta ordenada, en el caso de prestar asistencia y dar cuenta a la autoridad “para prevenir daños futuros previsibles” (cita sentencia anterior N° 115/991).

Se le imputa una conducta “desaprensiva y egoísta” ya que, como dijo la Fiscal de Corte “ni siquiera se acercó a ver cómo estaba la joven, para tomarle el pulso y saber si aún vivía”, lo que se magnifica por el hecho de que, advertido por otro automovilista que pasaba de que había arrollado a una persona, siguió su marcha “en llanta” hasta la estación de servicio, sin interesarse por la víctima, ni dar aviso a la autoridad, pudiendo hacerlo, entre otras formas, a través del teléfono celular que portaba.

*El sujeto pasivo de tal conducta debe, necesariamente, ser alguien que se encuentra en objetiva probabilidad de muerte o bien de daño mayor para su integridad física. Sin el mentado peligro, no hay razón para imponer la asistencia y el aviso a la autoridad (Cf. Bayardo Bengoa, Derecho Penal, T. VIII, 1970, págs. 252/253).*

*Ello por cuanto, el bien jurídico protegido por el tipo es la solidaridad humana, pero sólo cuando están en peligro los bienes vida e integridad personal; lo que se castiga es la lesión de aquélla, que se produce con la puesta en peligro de algunos de estos bienes (Cf. Donna, Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, T. 1, Buenos Aires, 1999, pág. 290) .*

*Lo que, a mi juicio, supone que la conducta de quien omite prestar asistencia a un fallecido es inidónea para consumar el delito mencionado, pues ningún auxilio eficaz puede prestársele a persona muerta y ello implica que no se pone en peligro ni la integridad física ni la vida de alguien, como exige el tipo.*

*Estaríamos, pues, en el ámbito del delito imposible (Cf. sent. del T.A.P. lo publicada en INUDEP, I, N° 1, 226 citada por Cairoli, Curso de Derecho Penal Uruguayo, 1989, pág. 118) o de la tentativa inidónea (Cf. Donna, ob. cit., pág. 301).*

*3.- Surge en el caso relevado que la víctima murió instantáneamente (fs. 179 v.)*

*Es decir que la conducta asumida por el imputado posterior al siniestro -retirarse del lugar sin intentar asistir a la víctima ni dar cuenta a la autoridad- no encuadra en el delito previsto por el art. 332 inc. 2° del*

*Código Penal pues la víctima estaba ya fallecida y no podía ponerse, por tanto, en peligro su vida o integridad física.*

*Por consiguiente, procede legalmente casar la recurrida y absolver al encausado de la imputación de omisión de asistencia, lo que supone un abatimiento correlativo de la pena fijada, la cual estimo en doce meses de prisión.*

*Dra. Martha B. Chao de Inchausti - Secretaria Letrada de la Suprema Corte de Justicia*

Agudamente anota la Corte, siguiendo a BAYARDO, que este concurso sólo es posible en base a un homicidio culposo anterior, por cuanto si el mismo hubiera sido doloso, la omisión sería una secuela jurídicamente irrelevante de la acción homicida (o lesiva en su caso) por vía de la teoría del delito regresivo, donde prima el dolo de lesionar o de matar.

En definitiva dijo la Corporación, resumiendo la posición: “la inutilidad del auxilio no impide la incriminación de la conducta omisiva. No resulta ajustado a derecho ni acorde con elementales principios de razonabilidad y justicia analizar a posteriori, conforme el resultado lesivo final, la conducta previa que legalmente estaba obligado a asumir el agente al tomar conocimiento de la gravedad del evento y la clara potencialidad lesiva de su comportamiento ilícito. Debió prestar de inmediato el auxilio y la asistencia a que legalmente estaba obligado, La grave infracción al deber de solidaridad no obtiene cobertura legitimante por el hecho, por él desconocido, de que la víctima había fallecido instantáneamente”.

La discordia entiende que debe casarse en cuanto a la omisión, por ser de recibo el agravio de la Defensa respecto de la “ausencia de adecuación típica de la conducta”, ya que el sujeto pasivo del delito debe necesariamente “ser alguien que se encuentra en objetiva probabilidad de muerte o bien de daño mayor para su integridad física”.

Comenzando a poner las cosas en su lugar dogmáticamente correcto, a mi juicio al menos, ubica el tema en el ámbito del bien jurídico protegido, que para él, siguiendo a DONNA, son “la vida e integridad personal” puestas en riesgo o peligro.

Categoricamente dice que “la conducta de quien omite prestar asistencia a un fallecido es inidónea para consumar el delito mencionado, pues ningún auxilio eficaz puede prestársele a persona muerta” no cumpliéndose con el requisito típico de la puesta en peligro de tales bienes, por lo que se decanta por considerar que estamos ante un delio imposible o de tentativa inidónea.

Dr. Miguel Langón Cuñarro  
Profesor de Derecho Penal en la Udelar y en la UM



# SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 35 DE 11 DE FEBRERO DE 2008

## VISTOS:

*Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "C., A. Y OTROS con INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACIÓN. Acción de nulidad (Ficha No. 68/05).*

## RESULTANDO:

*1) Se procesa en autos demanda de nulidad contra la Resolución N° 1, dictada el 8 de junio de 2004 por el Directorio del Instituto nacional de Colonización, mediante la cual se deja sin efecto la resolución N° 29 del 23 de marzo de 2004 que dispuso la "desafectación de las fracciones N° 4 y 27 de la Colonia "Victoriano Suárez" del régimen de la Ley 11.029, inmuebles propiedad de los accionantes.*

---

## OTRA VEZ SOBRE LA REVOCACIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Ha dicho Mariano Brito al referirse al punto de los derechos adquiridos:

"La cuestión no se resuelve oponiendo sin más seguridad jurídica vs. legitimidad porque ¿no se compromete, acaso, la legitimidad cuando se quebranta la seguridad?!

En el caso que comentamos el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se debió enfrentar, nuevamente, al polémico tema de la revocación de oficio de los actos administrativos, pero esta vez avanzando, a nuestro criterio, en cuanto a la solución dispuesta.

En efecto; aún cuando no se pueda afirmar que el Tribunal se haya pronunciado sin más a favor del reconocimiento de los derechos adquiridos al margen de la legalidad, sí podemos apreciar una profundización en el control jurisdiccional del obrar administrativo cuando se resuelve sobre la revocación de una situación jurídica estable.

---

1 Anales del Foro, Número 88-89, Año 1989, "Los Derechos Adquiridos en la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia".

*Luego de reseñar sucintamente los antecedentes del acto impugnado expresa que la misma se basa exclusivamente en la observación efectuada por el Poder Ejecutivo el 26 de mayo de 2004, exhortando al Instituto Nacional de Colonización a dejar sin efecto la resolución N° 29 dictada el 23 de marzo de 2004. Esta resolución no menciona ni en forma sumaria cuáles son las razones de inconveniencia e ilegalidad.*

*Sostiene que la resolución impugnada así como la del Poder Ejecutivo violan su derecho a una decisión fundada, derecho expresamente reconocido en los arts. 85, 106, 145 y 148 del decreto 500/991 y por los principios generales de derecho.*

*Señala que no solo no se notificó personalmente la resolución impugnada, sino que tampoco se dio vista de la resolución del Poder Ejecutivo, dejando totalmente en desamparo sus derechos adquiridos. Se han violado los derechos de un debido proceso administrativo y los derechos a ser escuchados antes de la resolución final.*

*Indica que la norma a aplicar es el art. 70 de la ley 11.029 ya que en la especie se trata de una desafectación de fracciones y no de la desafectación total o parcial de la Colonia. En razón de ello la resolución dejada sin efecto por la resolución que se impugna, era completamente ajustada a derecho y tuvo plena vigencia, no teniendo ningún tipo de nulidad.*

*Explica que además el inciso final del art. 70 citado da una potestad al instituto de desafectar las fracciones cuando se den las cuestiones legales en él previstas y que en la emergencia se verifican.*

*Analiza los fundamentos de los votos y afirma que en razón de ello, están más que probadas las circunstancias que permiten las desafectaciones de las parcelas, tal como se hizo en la resolución revocada, circunstancias que fueron expuestas como razones de los votos de 4 de los Directores del Instituto. Y de acuerdo al art. 146, num. 1, lit. d, de la Ley 11.029, son los votos requeridos para consentir la desafectación de las parcelas de los fines de la ley (art. 70).*

*II- Que conferido el correspondiente traslado de la demanda, ésta fue contestada a fs. 23-27 vta. por el representante de la parte demandada solicitando su rechazo y manifestando que de los términos de la solicitud de las accionantes, surge que la "desafectación" solicitada al Directorio del I.N.C. no fue la prevista por el art. 70 de la Ley 11.029 sino que se pretendía la "habilitación" prevista en el art. 73 de dicha ley, distinción que se proyecta en el texto legal en cuanto a los quórum requeridos en la ley para que el Directorio resuelva en torno a una u otra.*

*Así el art. 146 establece que se requerirá unanimidad de votos de los cinco integrantes del Directorio para declarar a las colonias salidas de la Administración del Instituto (art. 73).*

*En razón de ello, al tomarse la Resolución 29/2004 no fue atendido el quórum necesario para que la resolución fuera válida.*

Si bien en nuestro derecho positivo existen disposiciones que protegen los actos firmes y estables (artículo 166 del Decreto 500/991, de 27/9/91), quizá sea hora de ahondar en la regulación normativa del tema, a semejanza de la legislación argentina que tiene claras previsiones en ese sentido<sup>2</sup>.

El interés que el tema planteado despierta, nos ha llevado en esta oportunidad a compartir en este artículo el dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y la sentencia del T.C.A. No. 35, de 11 de febrero de 2008, dictados con motivo de la demanda de nulidad de la resolución emitida por el Directorio del Instituto Nacional de Colonización que revocó el acto administrativo que desafectó las fracciones No. 4 y 27 de la Colonia "Victoriano Suárez" del régimen de la ley 11.029.-

Como se apreciará, en el citado dictamen se hace hincapié en la protección que debe darse a los actos jurídicos estables, esto es, aquellos que al decir de Durán Martínez crearon derechos a favor de una persona<sup>3</sup>.

Sostuvieron los accionantes en su oportunidad que la desafectación de fracciones impetrada a la Administración y otorgada en su momento se verificó conforme a derecho, cumpliendo los requerimientos del inciso final del artículo 70 de la ley 11.029, ya citada.

La revocación de oficio de aquella desafectación, afirmaron, se dictó violando principios esenciales del procedimiento administrativo, entre ellos el derecho a una decisión fundada y la ausencia de vista previo a su dictado considerando los perjuicios que la misma le acarrearía.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia que comentamos, accede a la anulación impetrada por entender que el acto resistido carece de fundamentación, afirmando que la motivación a posteriori no puede sanear un vicio surgido ab initio.

Como señaláramos supra, la Procuraduría del Estado se fundó para acompañar la solución anulatoria en la doctrina que encuentra límites a la revocación de oficio de los actos administrativos firmes y estables por razones de legitimidad sustentada por Cassinelli, Cajarville y Durán Martínez quienes afirman que la revocación

2 Decreto Ley No. 19.549/72, modificado por el Decreto Ley No. 21.686/77, citado por Durán Martínez, Augusto, Serie Congresos y Conferencias, No. 18, UCUDAL, "Cosa Juzgada y Cosa Juzgada Administrativa", pág. 34.)

3 Op.cit., pág.31

III- Que sustanciada la cuestión formal de falta de agotamiento de la vía administrativa planteada por la demandada, el Tribunal resolvió no hacer lugar al mismo (fs. 52-53).

IV- Que, abierto el juicio a prueba, las partes no produjeron prueba alguna (fs. 57).

V- Que alegó de bien probado la parte actora (fs. 59-62 vta.), habiéndose tenido por bien acusada la rebeldía de la demandada (fs. 67).

VI- Que oído el Sr. Procurador del estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 26/07 de fs. 68-70), se citó a las partes para sentencia (fs. 72), la que se acordó en legal y oportuna forma.

## CONSIDERANDO:

I) Que en la especie se ha considerado correctamente agotada la vía administrativa por sentencia N° 122/06 (fs. 52/53); y estando interpuesta en tiempo y forma la pretensión anulatoria, el Tribunal se encuentra en condiciones de ingresar al aspecto sustancial del caso planteado.

II) Se ventila en autos la legitimidad de la Resolución N° 1 dictada el 8 de junio de 2004 por el Directorio del Instituto Nacional de Colonización (AA Pieza A fs. 46/47), mediante la cual se deja sin efecto la Resolución N° 29 de 23 de marzo de 2004 (AA Pieza A fs. 37 a 39), que dispuso la desafectación de las fracciones Nos. 4 y 27 de la Colonia "Victoriano Suárez", del régimen de la ley 11.029, predios que, entre otras fracciones, eran propiedad de las accionantes.

En sede de agravios la parte actora adujo que el acto carece de verdadera motivación y es contrario a la regla de derecho. Puntualmente señala la violación de los arts. 123 y 124 del D. 500/991, y art. 21 del D. 30/003 en lo referente a la motivación; y en cuanto a la autorización para desafectar los predios del régimen de la Ley de Colonización, sostiene que se han violado las disposiciones de los arts. 70 y 146, numeral 1º, lit. D. Aduce también que el acto es inmotivado desde que no expresa las razones para su dictado pues, ni aún sumariamente, alega fundamentos de inconveniencia o ilegalidad.

Por su parte la Administración fundamenta las razones de su actuación, pero lo hace recién en esta instancia jurisdiccional al contestar la demanda. Explica que en la etapa recursiva en la vía administrativa no se pronunció sobre el fondo del asunto por entender que la impugnación era extemporánea (AA Pieza A fs. 61/62).

de oficio del acto, en esa hipótesis, es discrecional de la Administración, quien podrá disponerla cuando existan razones de interés general no bastando para fundarla la ilegitimidad en sí misma.

En efecto; apunta Durán Martínez que ... " si el acto administrativo ha adquirido firmeza, la posibilidad de su revisión no se plantea en función de los derechos o intereses particulares, sino en función del interés público"<sup>4</sup>.

En definitiva si bien sendos órganos no fundaron la solución anulatoria en los mismo argumentos, sí vemos con beneplácito que la persona humana lesionada en sus derechos recibió, con el dictamen y sentencia que a continuación publicamos, "una tutela jurisdiccional efectiva", concepto sobre cuyo alcance y proyecciones tan claramente ha expuesto recientemente Carlos Delpiazzo<sup>5</sup>.

Dra. Silvana Nessar de Lenoble  
Profesora de Derecho Administrativo en la UM

<sup>4</sup> Estudios de Derecho Administrativo, Parte general, Revocación del acto administrativo, pág. 199 y sig.

<sup>5</sup> Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Mariano Brito, Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva, pág. 967.

III) Que el Tribunal, compartiendo el dictamen del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, dispondrá la anulación del acto en proceso por entender que asiste razón a las accionantes.

El antecedente de la volición impugnada se encuentra en la resolución N° 29 que, a solicitud de las actoras, había dispuesto la desafectación de los predios de su propiedad del régimen de la ley 11.029. Sin embargo, sin que hubiere mediado interposición de recursos administrativos contra dicha resolución, ulterior resolución dejó sin efecto la N° 29. Esta revocatoria espontánea es, precisamente, el acto que se procesa en autos. Como fundamento para su dictado se invoca una resolución 0407/101 del Presidente de la República que observa, por inconvenientes e ilegales las resoluciones N° 29 y N° 35 dictadas por la propia demandada, exhortando a que se dejaran sin efecto. Sin que se hubiere agregado la susodicha resolución presidencial, ni se mencionare cuáles serían las inconveniencias o ilegalidades en que aquélla se fundaba, se dictó la resolución N° 1 que es objeto del presente accionamiento. Incluso, no puede dejar de observarse que uno de los Directores del Ente, el Sr. Humberto Pica, consigna expresamente que acatará la recomendación de la Presidencia no obstante no haber tenido acceso a las causas que el Poder Ejecutivo tuvo para tal exhortación. Aún más, deja sentada su posición tradicional favorable a desafectaciones como la resuelta en la Res. N° 29, con puntual mención de los predios de la Colonia "Victoriano Suárez". Sin otras consideraciones que las mencionadas, la Administración dictó el acto resistido.

Recién al contestar la demanda de anulación, se ensaya algunos argumentos con los cuales explica el dictado del acto. Pero, como lo ha sostenido desde larga data este Tribunal, "La fundamentación del acto puede y debe surgir del acto mismo, o de sus antecedentes, no siendo admisible la "motivación sucesiva" o a "posteriori", porque la misma traslada el problema del "saneamiento" del acto administrativo, y una vez dictado el mismo, el vicio de falta de fundamentación no puede ser saneado" (Sent. 524/97) (Cfr. Anuario de D. Administrativo T. IV págs. 39/40, N° 122, y págs. 40/41 N° 127).

IV) Que siendo éste el marco de la situación a resolver, el Cuerpo considera que tienen asidero las alegaciones de la parte actora sobre la falta de motivación o incongruencia de fundamentos en el acto que se procesa. La simple lectura de la resolución N° 1 pone de manifiesto lo expresado; mientras se extiende en el sentido de apoyar la desafectación dispuesta en la resolución N° 29, dice que acatará la exhortación del Poder Ejecutivo, aún sin conocer las razones de inconveniencia e ilegalidad que sustentaran aquel pedido del Presidente de la República. Por otra parte, la omisión de la Administración de aportar los Antecedentes Administrativos en forma, hace jugar la presunción simple del art. 65 del D. Ley 15.524, en tanto lo afirmado por la parte actora no resulta contradicho por otros elementos de juicio ni la cuestión a que refiere el acto es acreedora al privilegio del secreto administrativo.

Sin perjuicio de lo que viene de exponerse en cuanto a la motivación, o mejor dicho, a la falta de motivación del acto, que en esencia constituye el fundamento de la decisión anulatoria anunciada, el Tribunal considera del caso (jura novit curia) examinar el argumento esgrimido por la Administración al contestar la demanda, en cuanto a que la ilegalidad advertida por la Presidencia en la Resolución N° 29 estaría en la falta de quórum del Directorio del INC para adoptar una decisión con el contenido de ese acto. En efecto, el art. 146, No. 2, lit. B, de la ley 11.029 exige el voto unánime del Directorio para declarar la salida de predios colonizados de la administración del INC. Se advierte que son invocados como fundamento de derecho tanto el art. 70 como el 73 de la ley 11.029. La mayoría de las veces se habla de "desafectar", concepto más relacionado con lo previsto en el art. 70 que con la "habilitación" del art. 73, debiendo subrayarse que para resolver lo primero se requieren cuatro votos en cambio para lo segundo se exigen cinco (unanimidad de Directores). De autos surgiría que las actoras peticionaron la medida con el fin de dedicar el predio a estancia turística, una forma de explotación que no estaría dentro de los fines de interés colectivo que promueve la Ley de Colonización (art. 1°). Por lo tanto, para satisfacer la petición habría bastado con disponer la "desafectación" que requiere cuatro votos. De tal modo que la ilegalidad por falta de quórum, presuntamente esgrimida por la Presidencia para recomendar la revocación de la Res. N° 29, no se puede tener por cierta en la medida que no ha quedado claro que la petición de las actoras tuviera por objeto la salida de sus parcelas del régimen de la ley 11.029.

En definitiva, las razones expuestas permiten concluir que la Administración emitió el acto resistido sin un motivo debidamente acreditado, poniendo de manifiesto cierta incongruencia cuando quiso justificarlo.

Por estos fundamentos, el Tribunal

## FALLA:

Haciendo lugar a la demanda y, en su mérito, anulando el acto impugnado; sin especial condenación.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$ 14.000 (pesos uruguayos catorce mil).

Oportunamente, devuélvase los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Preza, Dr. Rochón, Dra. Battistella, Dr. Lombardi (r.), Dr. Harriague. Dra. Petraglia (Sec. Letrada).

# DICTAMEN DEL PROCURADOR DEL ESTADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 26 DE 15 DE FEBRERO DE 2007

## AL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

*En cuanto al aspecto formal de la anulatoria ya se han pronunciado favorablemente esta Procuraduría y ese Alto Cuerpo, por lo que corresponde dictaminar sobre el fondo de la causa.-*

*El acto en proceso deja sin efecto la resolución del Directorio del ente demandado por la que se desafecta del régimen de la ley 11.029, las fracciones propiedad de los comparecientes .-*

*El acto revocatorio se fundamenta en la observación, que por razones de ilegalidad e inconveniencia, formulara el Presidente de la República en aplicación de lo dispuesto en los art. 197 y 198 de la Constitución.-*

*La cuestión a resolver no es fácil a criterio del dictaminante ya que doctrina y jurisprudencia no son unánimes en cuanto a las facultades de la Administración para revocar actos administrativos firmes y estables.-*

*Y ese constituye el punto definitorio de la cuestión, sin considerar si la revocación operó en la emergencia por razones de legitimidad o de conveniencia.-*

*En efecto; sostiene el Prof. Durán Martínez que la revocación de un acto administrativo por razones de legitimidad si no existió recurso, es decir, se es firme, sólo es posible en función de la estabilidad del acto y define a ésta como la restricción a su revocabilidad derivada de la existencia de derechos adquiridos ( Durán Martínez, Agosto, " Cosa Juzgada y Cosa Juzgada Administrativa, Serie Congresos y Conferencias N° 18, pág. 25 y sig.).-*

*No ha sido esta sin embargo la posición seguida por la mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia tanto de la Suprema Corte de Justicia como de ese Alto Cuerpo, quienes, reiteradamente sostuvieron que la Administración tiene el poder - deber de revocar los actos administrativos ilegítimos, aún sin recurso ( Real, A.R. Extinción del acto administrativo creador de derechos, en " Estudios sobre Derecho Administrativo", T. II, p. 46; Sentencia T.C.A. N° 139, de 9.9.85, ambos citados por Durán Martínez, A, " Estudios de Der. Administrativo, Parte General, Revocación del acto administrativo, pág. 211).-*

*En el sublite, el acto revocado era firme en tanto no había sido recurrido y modificó favorablemente la situación jurídica subjetiva de los reclamantes. Sostiene Cassinelli Muñoz que... " un acto es firme respecto a una persona, cuando ésta no tiene derecho a que se decida, sobre ninguna impugnación suya del acto, actual o futura, ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. La firmeza no es otra cosa que la ausencia de un derecho a la decisión" ( Cassinelli Muñoz, Horacio, R.D.J.A.; año 1957, Tomo 55, pág. 36).-*

*Durán Martínez por su parte precisa que ... " más que la ausencia de un derecho a la decisión, es una ausencia de un derecho a la revocación del acto... la Administración tiene la obligación de decidir, pero esa decisión no implica la revocación del acto" ( Durán Martínez, Estudios de Der. Administrativo..., pág. 207).-*

*Ahora bien; de los AA agregados a la litis surge que los actores impetraron en su oportunidad, la aplicación del art. 73 de la ley 11.019, lo que se desprende, sin hesitación, de la nota glosada a fs. 8 y 9 AA. Carp. A, la que en su numeral V reza textualmente que... " nos vemos obligados a promover la presente gestión a fin de que se declare salido del régimen de la ley 11.029 el referido inmueble de nuestra propiedad..." y señalan además en el numeral c) que se cumplen las condiciones exigidas en el literal B del art. 73 de la ley 11.029.-*

*Del tenor de su comparecencia, surge, a criterio del dictaminante, que su voluntad no fue la de solicitar la desafectación para una operación concreta o particular, como refiere el artículo 70 de la citada ley, sino el levantamiento de la indisponibilidad permanente, definitiva e irreversible, conforme se indica en la consulta formulada al Instituto del Derecho Agrario, glosada a fs. 2 y sig. AA. Carp. A.-*

*Si bien es cierto que el acto revocado, de fecha 23.3.04, habla de desafectación, no menos cierto es que para una correcta interpretación del texto debe prescindirse del sentido formal de las expresiones utilizadas y atender a la voluntad real que quiso desprenderse de los emisores del acto. Y en ese sentido, incluso si se consideran los informes y resoluciones negativas, antecedentes de la voluntad resistida ( fs. 23, 27 y 33 vto. AA. Carp. A), no cabe más que concluir que el artículo que reguló la solicitud de los accionantes fue el 73 de la ley citada y no el 70, lo que inevitablemente lleva a decidir que el acto revocado se encontraba viciado*

por cuanto para su dictado se requiere la unanimidad de votos del Directorio del Ente y no cuatro votos conformes ( art. 146 nral. 1º lit. d y oral. 2º lit b).-

De lo expuesto fluye pues, a juicio de esta Procuraduría que el acto revocado era contrario a la regla de derecho y la Administración al dictar el acto en causa, acatando el acto de directiva emanado del órgano controlante ( art. 197 de la Constitución) cumplió con ese poder- deber supra señalado, de adecuar su obrar a derecho, conforme señalan la doctrina más recibida y la jurisprudencia.-

Cabe precisar, en atención a la objeción formal señalada por los actores, que una de las formas de actuación del Poder Ejecutivo, conforme indica el Prof. Durán Martínez, es a través del Presidente de la República solo, por lo que, aún si la observación fue dispuesta por este último, conforme se señaló, no habría observaciones que formular ( Durán Martínez, A. Estudios de Derecho Administrativo, Parte Especial , pág. 75).-

Esta Procuraduría sostuvo, en una causa similar a la presente, citando a Soto Kloss que la autoridad, para retirar los actos jurídicos públicos, ... " tiene un contrapeso, constituido por el respeto de los derechos y situaciones jurídicas que han sido creados o reconocidos, ya sea por la ley o la Administración, en provecho de los individuos", y agregamos, incorporados a los estatutos jurídicos ( Soto Kloss, Eduardo, Trat. De Der. Adm. Pág. 220 y sig., Dict. 442/00).-

Ese Alto Cuerpo, sin embargo, no compartió nuestra posición y confirmó la resolución resistida, entendiendo que la Administración, al revocar un acto que consideraba ilegítimo, se adecuaba a la regla de derecho ( Sent. 438/01).-

En la emergencia, se nos plantea la misma disyuntiva: respetar los derechos adquiridos de buena fé por los comparecientes, o privilegiar el poder deber de la Administración de revocar las decisiones ilegítimas.-

El dictaminante, entiende pertinente priorizar e insistir en el respeto a aquellas situaciones subjetivas creadas mediante actos administrativos- aún cuando la constante jurisprudencia entiende que los derechos no pueden adquirirse al margen de la legalidad-, y en aras de los principios de seguridad y certeza jurídicas anular el acto procesado.-

Tal la opinión del suscrito, no obstante lo cual el Tribunal con superior criterio, resolverá lo que viere corresponder.-

Dr. Miguel Langón Cuñarro  
Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo



## INFORMACIONES

*Carreras de grado*

*Maestrías*

*Otras noticias de interés*



## CARRERAS DE GRADO:

- En el marco del US Law Program, contamos con las siguientes conferencias: “*Evidence Problems*” a cargo del juez James Morrow (Juez de Primera Instancia del Estado de Minnesota y profesor de Hamline University), “*Punitive Damages in the Large Case*” a cargo del profesor William Sieben (Schwebel, Goetz & Sieben, Minnesota) y “*Ethical Considerations for Lawyers in the International Setting*” a cargo del profesor Leo Daly (Hamline University).
- En el mes de junio tuvo lugar el Encuentro de Egresados de la Facultad de Derecho. Se contó con la presentación de los Grupos de Investigación de la Facultad y la Conferencia a cargo del Dr. Conrado Hughes sobre “Nulidad de una Sentencia: Aspectos Jurídicos y Éticos.”
- Desde abril de 2008 la Facultad de Derecho cuenta con una nueva sede exclusiva para la carrera de grado, ubicada en Lord Ponsomby 2506.
- La delegación de alumnos que participó este año en la competencia internacional de argumentación jurídica – “*The Philip C. Jessup Moot Court Competition*” que se desarrolla todos los años en Washington, Estados Unidos en el mes de abril, obtuvo el 15º lugar con sus trabajos escritos (“*Memorials*”), compitiendo contra más de cien universidades.

## MAESTRÍAS:

- En el segundo semestre será impartido un Postgrado en Derecho Penal Económico bajo la dirección del Dr. Miguel Langón y con la participación de especialistas nacionales e invitados extranjeros de primer nivel. Con un programa moderno abarcativo de temas actuales y nuevas perspectivas que enfrentará la cuestión penal en todos los ámbitos, desde la protección penal del trabajo, de los consumidores, del medio ambiente, hasta los problemas que plantea el derecho penal tributario, el lavado de activos y la actividad bancaria, industrial y financiera.
- A fines del mes de julio se dictará el curso de Postgrado en Derecho del Mercado: Competencia y Consumo, bajo la coordinación de la Dra. Eva Holz y con la participación de los Dres. Ricardo Olivera, Carlos Delpiazzo y Juan Dubra. En el mismo será tratado todo lo referente a la Defensa de la Competencia desde la perspectiva del régimen nacional y del derecho comparado, así como las situaciones especiales. Asimismo comprende un amplio tratamiento de la Competencia Desleal y de las Relaciones de Consumo, donde serán contemplados aspectos pre-contractuales y contractuales, así como la responsabilidad del fabricante y la del proveedor.
- Durante el mes de septiembre se impartirá el curso de especialización de Derecho Tributario Internacional bajo la dirección de los Dres. Sebastián Arcia y Juan Ignacio Frascini, donde serán tratados todos los aspectos de la tributación internacional, indispensable para un adecuado asesoramiento profesional en materia fiscal. En el mismo se analizarán casos prácticos y los principales problemas que actualmente se plantean en la especie: interpretación y aplicación de Convenios para evitar la Doble Imposición, utilización de estructuras societarias o fideicomisos en el exterior, normas anti-elusivas como el CFC (*Controlled Foreign Corporation*) y subcapitalización, así como los Precios de Transferencia de reciente incorporación a la legislación uruguaya con la Reforma Tributaria últimamente aprobada.
- En el mes de octubre la Facultad recibirá al Dr. Alejandro Altamirano, catedrático grado 5 de la Universidad Austral, especialista en temas tributarios quien impartirá un curso de postgrado en Delitos e Ilícitos Tributarios, tema de última publicación, considerándose aspectos nacionales, regionales y transnacionales de esta modalidad y con la consideración de casos prácticos.
- Durante el mes de agosto se impartirá un Taller sobre Derecho de los Contribuyentes a cargo de los Dres. Alberto Varela y Gianni Gutiérrez (Estudio Ferrere), donde se analizarán y estudiarán algunos de los casos más conocidos en los últimos tiempos en materia de inspecciones fiscales a empresas y particulares.

• Para el año académico 2009 la Facultad está implementando el lanzamiento de dos Cursos de Especialización con un año de duración: uno en Derecho y Técnica Tributaria y otro en Integración y Comercio Internacional, con la participación de profesores especialistas nacionales y extranjeros, y el tratamiento de los temas de mayor actualidad en la materia.

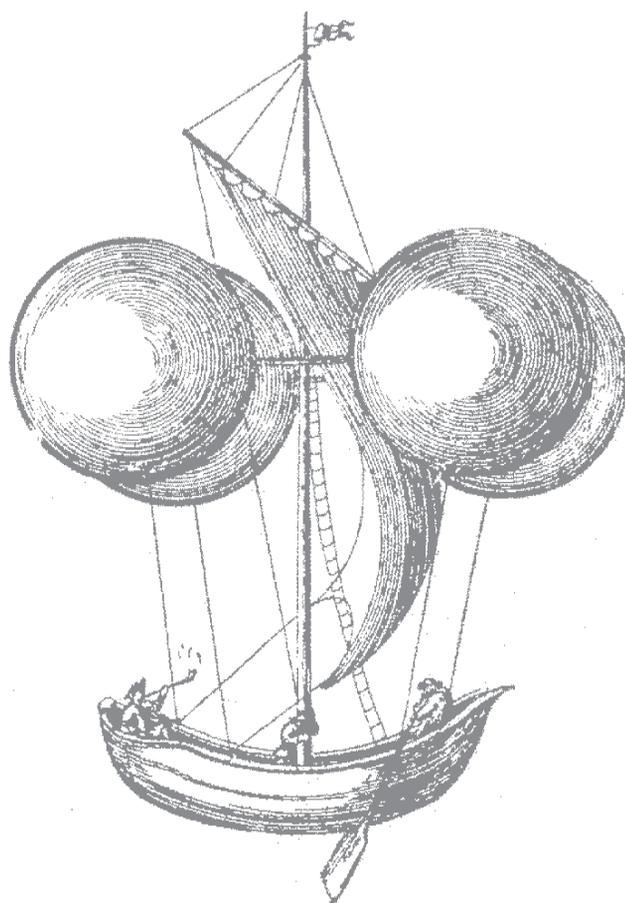
## OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS:

• En el mes de mayo se realizó el Simposio de Derecho de Familia – “Factores y Contenidos de la Evolución del Derecho de Familia” que contó con las ponencias de los Dres. Carlos De Cores, Walter Howard, Santiago Altieri y Salvador Fornieles (Universidad de Montevideo), Mabel Rivero (UDELAR), Isaac Tena, Silvia Gaspar y Javier Ferrer (Universidad de Zaragoza), y Ricardo Pérez Manrique (Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia). Las ponencias se organizaron en torno a los siguientes temas: (i) Relaciones Paternofiliales, (ii) Uniones No Matrimoniales y (iii) Nulidades Matrimoniales.

• En el mes de julio se llevó a cabo la conferencia sobre “Mercados de Capital y la Industria de las Tecnologías de la Información” a cargo del Embajador de los Estados Unidos en Uruguay, Mr. Frank E. Baxter.

• En el mes de mayo tuvo lugar la Conferencia “Política y Gestión Pública – Gobernanza. Un Nuevo Enfoque: Una Buena Administración como un Derecho Fundamental de la Persona”, a cargo del Dr. Jaime Rodríguez – Arana Muñoz.

• En el mes de junio tuvo lugar la conferencia sobre “Marco Jurídico y Social de las Aguas en la Unión Europea”, dentro del marco del Proyecto Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní a cargo del Profesor Dr. Álvaro Sánchez Bravo de la Universidad de Sevilla.



## TESINAS DE MASTERS

*PEREZ BENECH, Viviana*

*"La nueva regulación sobre el secreto bancario en la ley N° 17.948"*

*SEOANE, Petite Karen*

*"El endoso en garantía en el marco de la ley de títulos valores"*



# LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE SECRETO BANCARIO EN LA LEY N° 17.948

*Viana Pérez Benech*

**Alcances y armonización con la regulación del secreto profesional del Banco Central del Uruguay en relación a la información sobre operaciones bancarias activas que obtiene por y para el cumplimiento de sus deberes de supervisión y control de las instituciones de intermediación financiera**

## I- Introducción

La reciente normativa sobre divulgación de información relativa a operaciones bancarias activas (básicamente las incluidas en la Central de Riesgos del Banco Central del Uruguay), que incluye la interpretación auténtica sobre el alcance del secreto bancario consagrado en el art. 25 del Decreto-Ley 15.322 (excluyendo a texto expreso las operaciones activas de dicha norma), plantea una serie de interrogantes relativas a su alcance, que pretendemos abordar en el presente trabajo.

En la medida que la Ley 17.948 de 8-I-2006 centraliza las potestades de divulgación y difusión de esa información en el Banco Central del Uruguay, el punto de interés se desplaza del instituto del “secreto bancario” (entendiendo como tal la obligación de secreto consagrada en el mencionado art. 25 del DL 15.322), hacia el instituto más genérico del “secreto profesional”, del cual se ha dicho que aquél es una sub-especie.

En efecto, mientras que el secreto bancario refiere a la operativa comercial bancaria prohibiendo a las instituciones de intermediación financiera la divulgación de determinada información relativa fondos y valores que poseen en virtud de realizar esa operativa, el Banco Central del Uruguay *recibe* esa información proveniente de las instituciones financieras a las cuales supervisa. Pero en relación a esos cometidos de supervisión y control sobre el sistema financiero, que le son asignados en el literal G de la su Carta Orgánica - Ley 16.696 de 30-III-1995, no es operador bancario sino organismo de contralor, y por tanto no está alcanzado respecto de esta información recibida, por el “secreto bancario” sino por la obligación de guardar “secreto profesional”.

En consecuencia, la Ley 17.948, que en materia de secreto bancario no ha hecho más que confirmar la interpretación mayoritaria de que las operaciones activas no estaban comprendidas en el mismo, sí ha venido a modificar sustancialmente el régimen preexistente sobre secreto profesional del Banco Central del Uruguay, permitiendo a éste -y obligándolo en algunos casos- a proporcionar la información sobre operaciones activas que posee en su poder proveniente de las instituciones supervisadas.

Hasta la sanción de la Ley 17.948 esta información estaba amparada por el secreto profesional, no solamente en virtud de la norma que regula el mismo en forma genérica (artículo 302 del Código Penal), así como el secreto administrativo (art. 163 del Código Penal), sino porque disposiciones específicas de la Carta Orgánica del BCU (artículos 22 y 23) confieren carácter reservado y confidencial a dicha información. En consecuencia, las condiciones para su revelación se encontraban regidas por el régimen del secreto profesional, que incluye la necesidad de una “justa causa” para el relevamiento del secreto, cuya existencia en última instancia quedaba librada a la evaluación del propio depositario de la información (en este caso el BCU).

Pero esta situación cambió radicalmente a partir de la sanción de la Ley 17.948, que recoge una tendencia internacional en relación a la divulgación de información sobre operaciones activas con el propósito de mejorar la gestión del riesgo crediticio en beneficio de la economía toda y no sólo de los agentes económicos individuales. Puede considerarse una base fundamental de esta tendencia el Nuevo Acuerdo de Capital aprobado por el Comité de Basilea en el año 2004 (más conocido como Basilea II), aunque también cabe destacar que en derecho

comparado puede apreciarse la paulatina consagración de regímenes si bien no idénticos al nuestro, que tienen –con diferente intensidad– a la publicidad de las operaciones bancarias activas.

Partiendo de estas premisas, y teniendo en cuenta que la redacción de la Ley 17.948 presenta varias interrogantes respecto de su interpretación, entendemos que reviste especial interés el análisis del alcance de esta normativa sobre divulgación de operaciones activas, a la luz de su armonización con el resto de las normas y principios que regulan las facultades del Banco Central del Uruguay en materia de información al público. En dicho análisis veremos que el régimen a aplicar involucra el equilibrio entre dos principios que en primera instancia se presentan como contrapuestos y pueden responder a la tutela de diversos bienes jurídicos cuya jerarquía habrá de determinarse, cual es por un lado la publicidad de las actuaciones en la administración pública y por otro la reserva propia de la materia bancaria.

Para ello entendemos que resulta útil abordar en primera instancia el análisis del instituto del secreto profesional, su importancia histórica en materia bancaria, los bienes jurídicos tutelados, su alcance actual, las causas de su relevamiento, etc., para luego ingresar directamente en el análisis de los tres primeros artículos de la Ley 17.948, ya que constituyen la médula de esta nueva normativa sobre divulgación de información. En este último análisis volveremos en muchas oportunidades a los conceptos básicos sobre secreto profesional, que constituirán una guía interpretativa de la nueva Ley. En definitiva, el secreto profesional es a nuestro juicio el tema central de la nueva Ley, en cuanto la misma releva al Banco Central del Uruguay de ese deber en ciertas condiciones.

En este sentido, podemos adelantar que el secreto profesional continúa siendo la norma, y la potestad de divulgación la excepción, que como tal debe seguir un criterio interpretativo estricto. En efecto, el Banco Central del Uruguay sigue estando obligado a guardar secreto profesional sobre toda aquella información que reciba en el ejercicio de sus competencias de control sobre el sistema financiero en virtud de los artículos 302 del Código Penal, 22 y 23 de su Carta Orgánica. Esta obligación se mantiene respecto de toda la información que no esté comprendida en una norma expresa que autorice su revelación, como lo es la Ley 17.948 respecto de las operaciones bancarias activas. Se mantiene así el secreto profesional respecto de las operaciones bancarias pasivas de las que sea informado el Banco Central del Uruguay, y también respecto de otro tipo de informaciones que conozca sobre los clientes, accionistas, personal superior, etc., de las instituciones bancarias. Pero hay otras situaciones que no son tan claras, y allí es donde radica, según hemos dicho, la importancia de interpretar adecuadamente y determinar con la mayor precisión posible los alcances de la nueva ley, tarea que abordaremos en este trabajo.

## **II.- SECRETO PROFESIONAL – Alcance y regulación en la actividad bancaria y en el organismo de supervisión.**

### **II.1.- Concepto.-**

En primer lugar, se impone partir de definiciones doctrinarias que podamos utilizar como base conceptual y nos permitan distinguir entre el secreto profesional y el secreto bancario, en la medida que se trata de figuras estrechamente vinculadas por una relación de género a especie. Tomaremos a modo de ejemplo alguna definición doctrinaria de cada uno, en tanto resulte representativa del concepto generalmente aceptado.

Para SUPERVIELLE<sup>1</sup> el **secreto profesional** es un deber genérico que se impone a determinadas personas que, en mérito a su profesión, tienen oportunidad de conocer intimidades de sus clientes que no deben ser divulgadas.

El concepto de **secreto bancario**, como su nombre lo indica, refiere a la aplicación de esta obligación de reserva a la actividad bancaria, y más específicamente a la figura del banquero. En tal sentido, MALAGARRIGA considera al secreto bancario como la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan<sup>2</sup>. Es de destacar que este autor refiere expresamente a la idea de “justa causa”, es decir, advierte el carácter relativo del secreto, que admite bajo ciertas condiciones su revelación. En nuestro

1 SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, “El depósito bancario”, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Mont. 1960, pág. 197.

2 MALAGARRIGA, Juan Carlos, “El secreto bancario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, pág. 15.

país, PEREZ FONTANA<sup>3</sup> ha definido el secreto bancario como una obligación impuesta a los bancos y otras instituciones financieras de no revelar dos aspectos que luego veremos recogidos en nuestro Derecho Positivo<sup>4</sup>: tanto las “informaciones confidenciales” proporcionadas por sus clientes o por terceros sobre sus clientes, como las “operaciones” en sí mismas (no distingue entre activas y pasivas).

Es generalmente aceptado (aunque no en forma unánime<sup>5</sup>) que el secreto bancario es una especie dentro del género del secreto profesional, en tanto constituye la aplicación de la obligación de reserva a los profesionales de la actividad bancaria, y no a sus clientes, como venimos de ver en las definiciones que anteceden. En tal sentido se pronuncia SUPERVIELLE al considerar al secreto bancario como una modalidad específica del secreto profesional<sup>6</sup>, habiendo sido caracterizado también por la doctrina como una “ramificación” del secreto profesional.<sup>7</sup> Incluso existieron pronunciamientos en el mismo sentido a poco de sancionado el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 de 17-IX-1982, entre los que cabe destacar el análisis realizado por STURLA en 1983<sup>8</sup>, en el que manifiesta que dicha norma vino a “concretar” con relación a las instituciones de intermediación financiera la previsión genérica contenida en el artículo 302 del Código Penal, precisando los sujetos activos del deber de secreto, el objeto del mismo y agravando las sanciones para su violación.

Mientras que los bancos están, en consecuencia, alcanzados por la obligación de guardar *secreto bancario* –que comprende tanto las operaciones bancarias como la información que reciben sobre sus clientes, con el alcance que la ley determine en cada caso- el organismo de supervisión y control bancario no estará comprendido el denominado “secreto bancario” en relación a las actividades que no constituyen operaciones financieras sino el cumplimiento *de sus funciones de contralor sobre las instituciones financieras*, pues las mismas, al no constituir “operaciones bancarias” no están alcanzadas por el “secreto bancario” sino por la obligación de reserva que alcanza a todo profesional en el cumplimiento de su función: el *secreto profesional*.

En efecto, tomando el caso del Banco Central del Uruguay, si bien está legalmente definido como ente autónomo comercial, sólo una parte muy limitada y marginal de su actividad constituye actividad financiera o de “operativa bancaria” (como el caso de algunas operaciones de deuda pública, prefinanciación de exportaciones, su actuación como “banco de bancos”, como “prestamista de última instancia” de las instituciones de intermediación financiera”, como depositario de las cuentas de responsabilidad patrimonial y encajes de los bancos a que están obligados los bancos de plaza, etc.). El grueso de su actuación, por el contrario, es la regulación y control de la actividad financiera.

En la medida que el *secreto bancario* establecido en el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 de 17-IX-1982 comprende únicamente la mencionada actividad bancaria, las potestades públicas de contralor que ejerce el Banco Central del Uruguay están alcanzadas por el *secreto profesional* que se impone a toda actividad profesional en virtud del artículo 302 del Código Penal.<sup>9</sup> En consecuencia, es el *secreto profesional* y no el *secreto bancario* el que ampara la información de carácter confidencial (necesaria para el cumplimiento de su función bancocentralista) obtenida por el Banco Central en el ejercicio de las facultades de contralor que posee respecto de las empresas e instituciones que ejercen actividad financiera, y conforme a los poderes que le otorga el art. 15 del Decreto-Ley 15.322 (según el cual las instituciones de intermediación financiera deberán brindar al BCU la información que éste le requiera, siendo inoponible a tal efecto el secreto bancario).

Dentro de este tipo de información, es decir, la obtenida en virtud del ejercicio de la supervisión bancaria, se encuentra la información comprendida en los artículos 2 a 5 de la Ley 17.948. Es por ello que dichas normas sobre divulgación de información por parte del Banco Central del Uruguay, deberán analizarse en tanto excepciones a la obligación de guardar secreto profesional que alcanza a dicha institución, y en ese marco habrá de determinarse su alcance.

3 PEREZ FONTANA, Sagunto, “Cuadernos de Derecho Bancario” No. 1, FCU, Mont., 1992, pág.84. El autor aclara que esta definición se funda en lo dispuesto por el art. 25 del Decreto-ley 15.322 de 17 de setiembre de 1982 (Ley de Intermediación Financiera).

4 Art. 25 del Decreto-ley 15.322 de 17-IX-1982.

5 Veremos más adelante la opinión discorde en tal sentido de PEREZ FONTANA.

6 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 199.

7 Expresa DO EGITO COELHO, Wilson (“Control de informaciones y secreto bancario”, en “Cursillo de Derecho Bancario”, Ed. BCU, Mont. 1981, pág. 193 y ss.), que “el secreto bancario es una ramificación del secreto profesional”.

8 STURLA, Héctor Martín, nota publicada por la Revista “Mercado y Empresas” de 1983, titulada “Secreto Bancario”, en la que analiza con detenimiento algunos aspectos del tema, y fuera citada en el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes (Anexo I, Rep. No. 315) a propósito de la discusión sobre el Proyecto de Ley que luego devino en la Ley 17.948 (“Diario de Sesiones” de la Cámara de Representantes, 48ª. Sesión, No. 3285, XLVI Legislatura, martes 6 de setiembre de 2005).

9 Esta es la posición que ha sustentado la Sala de Abogados del Banco Central del Uruguay, que se pronunció sobre el tema en el Asunto No. 234 de 6-VI-1995, donde expresa: “el *secreto bancario* refiere a las relaciones entre los bancos y sus clientes (MALARRIAGA, Juan Carlos, “El secreto bancario”, Bs. As, pág. 59), BAYARDO BENGEOA, “La Tutela Penal del Secreto”, pág. 360 y ss; SUPERVIELLE, Bernardo, “El depósito bancario”, pág. 203). Esto está indicando que sólo en contadas y muy excepcionales oportunidades –tal vez en algunas operaciones con deuda pública, o de prefinanciación de exportaciones- este deber de “secreto bancario” pueda recaer sobre el Banco Central y sus funcionarios; porque el Banco Central, si bien está legalmente definido como ente autónomo comercial, tiene una actividad comercial muy limitada, muy marginal; el grueso de su actuación es de normación y de contralor de la actividad financiera.”

Más aún: en el ámbito del Banco Central del Uruguay podemos encontrar incluso *tres* clases de secreto, a la que corresponde en cada caso una normativa específica, a saber:

a) El *secreto bancario*, impuesto por el art. 25 del Decreto-Ley 15.322 (y primera parte del art. 22 de la Carta Orgánica del BCU, Ley 16.696 de 30-III-1995), que como hemos visto sólo es aplicable a una porción cuantitativamente menor de la actividad del BCU, cual es la actividad financiera llevada a cabo por el mismo. Recientemente a través de la Reforma Tributaria (Ley 18.083 de 27-XII-2006) se han introducido alguna modificaciones al régimen legal del secreto bancario, aunque referidas fundamentalmente a la materia tributaria.<sup>10</sup>

b) El *secreto profesional*, establecido en el art. 302 del Código Penal, que obliga al Banco Central, y comprende toda la información que obtiene el BCU para el ejercicio de sus potestades de contralor sobre el sistema financiero, y como resultado del desempeño de esas potestades.

c) Por último, existe lo que se ha dado en denominar el *secreto administrativo*, que es en realidad una modalidad del secreto profesional, y corresponde a la obligación de los funcionarios del BCU de no revelar información que adquieran en el ejercicio de sus funciones, y se encuentra regulada por el art. 163 del Código Penal, y los arts. 22 (aplicable a los Directores en su segunda parte) y 23 de la citada Ley 16.696.<sup>11</sup>

Veremos a continuación una reseña sobre los antecedentes históricos y fundamentos, que pueden considerarse comunes al secreto bancario (como modalidad específica del secreto profesional) y al secreto profesional que obliga al organismo de supervisión bancaria, en tanto ambos refieren a la reserva propia de la actividad bancaria en general. Luego nos centraremos en el análisis específico del alcance y regulación del secreto profesional del supervisor, ya que es el instituto que se ve directamente afectado por la regulación sobre divulgación de información contenida en los artículos 2 a 5 de la Ley 17.948.

## II.2.- Síntesis histórica.-

El secreto profesional ha estado entre los elementos esenciales de la actividad bancaria desde sus propios orígenes.

Los diversos autores que han abordado un análisis histórico de los comienzos, desarrollo y evolución de la banca, coinciden en que el secreto profesional fue prácticamente desde sus inicios una característica inherente a la misma<sup>12</sup>, al punto que en sus orígenes la actividad bancaria fue desempeñada por los sacerdotes, en virtud

10 De todos modos, algunas de estas modificaciones pueden considerarse modificativas de aspectos sustanciales del artículo 25 del D.L. 15.322, aunque, reiteramos, refieren al ámbito tributario. En particular, el artículo 53 de la Ley 18.083 admite los acuerdos entre contribuyente y la D.G.I. en los cuales aquél confiere una autorización de carácter *irrevocable* para el levantamiento del secreto bancario sobre sus cuentas, aunque por un plazo determinado. El artículo 54 de la Ley 18.083 introduce una importante excepción a la rígida exigencia de resolución fundada del juez penal o de familia en materia alimenticia que contenía el mencionado art. 25, permitiendo que el secreto quede levantado para cuentas corrientes y cajas de ahorro, cuando el Juez o el Fiscal no se pronunciaren negativamente en un plazo de 30 días luego de presentada una denuncia penal fundada de la Administración Fiscal por delito de defraudación tributaria (art. 110 del Código Tributario). El artículo 55, por su parte, interpreta que es inoponible el secreto bancario por parte de las instituciones de intermediación financiera ante la Administración Tributaria, como lo era hasta ahora sólo respecto del Banco Central del Uruguay en base al art. 15 de su Carta Orgánica (Ley 16.696 de 30-III-1995). Finalmente, el artículo 56 instaura un procedimiento para que la Administración tributaria (D.G.I. y B.P.S.) pueda solicitar embargos de cuentas bancarias en forma genérica, sin especificar los datos identificatorios de las mismas, solución que hasta ahora viene siendo rechazada por la jurisprudencia y sólo era admisible para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Dirección General de Trabajo) en virtud del art. 290 de la Ley 15.903 de 10-XI-1987, y para el BPS en virtud del art. 15 de la Ley 17.963 de 19-V-2006. Todas estas modificaciones, que significan un notorio debilitamiento del secreto bancario en el ámbito marcado por las respectivas normas, han merecido la dura crítica doctrinaria, entre la cual cabe destacar el análisis realizado por ADRIASOLA ("*La Ley de Reforma Tributaria y su sustancial debilitamiento del Secreto Bancario. Una metodología que desprecia el Derecho a la Intimidad y al Poder Judicial con fines recaudatorios.*", en Tribuna del Abogado, enero/febrero 2007, pág. 27 y ss.

11 Existen también otras disposiciones legales relativas al secreto aplicables al Banco Central, que refieren a situaciones más específicas, como por ejemplo el art. 5 inc. 2do. de la Ley 10.883 de 2-I-1970 (referida a los Convenios con el FMI), o el art. 11 de la Ley 13.243 de 20-II-1964.

12 En este sentido, puede citarse como ejemplo a SUPERVIELLE, Bernardo, op. cit., pág. 197, quien a su vez cita entre sus fuentes: en Suiza a DELACHAUX, F., "*Du secret professionnel du banquier en droit suisse*" Neuchatel 1939; en Francia a SACKER, "*Du secret professionnel du banquier*" Paris 1933; en Inglaterra a PAGET, "*The law of banking*", 1930, p. 67-69; en Alemania a SCHEER, "*Das Bankegeheimnis*", 1931, p. 9 y ss., p. 12 y nota 7; en Italia a MOLLE, "*Il segreto bancario*" en Banca, borsa e tit. Di cred., 1937, parte primera, p. 169 y ss.; y en Uruguay a AGUIRRE ROSELLO, publicado en la Rev. De D.P. y P., año IV, 1941, No. 33. También DO EGITO COELHO, Wilson, "*Control de informaciones y secreto bancario*", en "Cursillo de Derecho Bancario", Ed. BCU, Mont. 1981, pág. 193 y ss., dedica la primera parte de su exposición a una "*reseña o resumen histórico sobre el secreto bancario en el mundo*", del que se extraen los datos históricos que se exponen a continuación sobre los orígenes del secreto bancario. OLIVERA GARCIA sostiene, por su parte, que los propios usos bancarios imponían a los bancos la obligación de guardar secreto sobre todas las operaciones realizadas entre la entidad bancaria y el cliente, aún antes de la sanción de las normas de derecho positivo que consagran expresamente esa obligación, y que en definitiva existía -y continúa existiendo- un régimen de origen convencional banco-cliente que incorpora e impone esa obligación derivada de los usos y costumbres ("*Manual de Derecho Bancario*", Ed. IEEM, Mont. 1989, pág. 193).

del factor *confianza* que imponían en las personas en general sobre la rectitud pero también debido a la reserva de su gestión.<sup>13</sup>

DO EGITO COELHO remonta el origen del secreto bancario -como ramificación del secreto profesional y el secreto comercial- a millares de años atrás<sup>14</sup>, concretamente, por las noticias que se tienen, a 27 siglos antes de Cristo. También MALAGARRIGA alude al origen de la actividad bancaria en épocas tan lejanas como la del reinado de los primeros monarcas babilónicos.<sup>15</sup>

Ya en el Código de Hammurabi se encuentran referencias explícitas al secreto bancario. Por su lado los fenicios, precursores de las grandes transacciones comerciales internacionales, mantuvieron con énfasis el carácter sagrado del secreto en las operaciones bancarias. El gran impulso para el desarrollo del comercio bancario tuvo lugar con el surgimiento de la economía monetaria sustentada en la creación del dracma en Grecia. A su vez, los romanos continuaron desarrollando la actividad bancaria que constituía un instrumento fundamental para el comercio internacional, al punto que en Roma se tiene por primera vez noticia de la interferencia del Estado para autorizar las operaciones bancarias. Existe una referencia de Cayo según la cual los banqueros eran “*hominus publicum*” y sus escritos, sus anotaciones, sus libros, tenían carácter de función pública.<sup>16</sup>

Después de la decadencia del imperio romano, se ingresa en la Edad Media con un concepto claro del cuidado del secreto bancario, que fue preservado durante todo ese período histórico, incluso contra los rigores de la Inquisición. Aparecieron así las primeras formas de anotación “criptográfica” o codificada de las operaciones bancarias, de modo de mantenerlas en secreto y a salvo incluso del poder de las autoridades. Con el mismo propósito se llegó más lejos aún, dejando simplemente de anotar los negocios bancarios en absoluto, lo cual restó a los estudiosos de la Edad Media de un valioso instrumento para en análisis de la economía en este período histórico.<sup>17</sup>

Las primeras legislaciones sobre actividad bancaria y preservación del secreto posteriores a la Edad Media surgieron en Francia<sup>18</sup>, y fueron siendo perfeccionadas posteriormente, pero siempre con el objetivo de mantener protegido el secreto bancario, con los distintos alcances que le conferirían los respectivos regímenes jurídicos. Paulatinamente incorporado en las diversas legislaciones nacionales, o impuesto simplemente a través de los usos y costumbres, el secreto bancario llegó a constituir una regla universal, aunque, más recientemente, si bien mantiene su vigencia, ha sido objeto de crecientes limitaciones, relacionadas, en lo que refiere a operaciones bancarias pasivas, con las normas nacionales e internacionales de prevención del lavado de activos provenientes de actividades ilícitas<sup>19</sup>, y en lo que refiere a operaciones bancarias activas, con las normas sobre divulgación y transparencia del crédito para la mejora de gestión del riesgo crediticio<sup>20</sup>.

En definitiva, como señala SUPERVIELLE, la historia demuestra que la obligación de secreto profesional se impuso a las relaciones bancarias desde que las instituciones de crédito adquirieron una importancia fundamental en la vida de los negocios<sup>21</sup>; y mucho antes de ser consagrado en el Derecho positivo fue impuesto por el uso y la costumbre, que obligaba al banquero a asumir una obligación de discreción en todas sus relaciones con los clientes desde la etapa precontractual hasta la etapa típicamente negocial, y que persiste aún en la etapa postcontractual en la hipótesis de haberse concluido definitivamente el negocio.<sup>22</sup>

La vigencia del secreto en los usos y costumbres previos a la legislación expresa, demuestra que existen razones muy poderosas para su respeto en la actividad bancaria. Tomando como ejemplo el caso de Suiza, nación

13 DO EGITO COELHO, Wilson, “Control de informaciones y secreto bancario”, en “Cursillo de Derecho Bancario”, Ed. BCU, Mont. 1981, pag. 193.

14 DO EGITO COELHO, Wilson, op. cit., pág. 193.

15 MALAGARRIGA, op. cit., pág. 9.

16 reseña histórica extraída de DO EGITO COELHO, Wilson, op. cit., pág. 194 y ss.

17 DO EGITO COELHO, Wilson, op. cit., pág. 195.

18 Según relata DE EGITO COELHO (op. cit., pág. 195), en el siglo XVII, en los años 1639 y 1640 una ley francesa llegó incluso a cerrar la Bolsa de París, basándose en que los pregones públicos constituían una violación del secreto bancario.

19 La temática del lavado de activos excede el propósito del presente trabajo, aunque cabe puntualizar que existen organismos internacionales dedicados a la prevención a través de la adopción de recomendaciones para la legislación nacional, y la cooperación internacional, como es el caso del GAFI (FATF por sus siglas en inglés), dedicado a la promoción de políticas nacionales e internacionales para combatir el lavado de activos y el financiamiento de actividades terroristas, o la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas). En general, la prevención de lavado de activos comprende medidas como la política de conocimiento del cliente por parte de las instituciones bancarias, el reporte de operaciones sospechosas al organismo supervisor, etc., todas ellas vinculadas a la cooperación nacional e internacional en la información referida a operaciones pasivas (depósitos) y transferencias. En nuestra legislación nacional, estas normas se encuentran básicamente en el Decreto-Ley 14.294, Ley 16.579, Ley 17.016, Ley 17.060, Ley 17.145, Ley 17.835, Decretos reglamentarios y reglamentaciones del Banco Central del Uruguay.

20 En lo que refiere a la mejora de la gestión del riesgo crediticio en la operativa bancaria, cabe destacar la el Nuevo Acuerdo de Capital aprobado en el marco del Comité de Basilea, llamado “Basilea II”, al cual nos referiremos más adelante en el capítulo III.2, y en nuestro país la Ley 17.948.

21 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 197.

22 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 198.

que se destaca por el extraordinario rigor con que tradicionalmente trata el secreto bancario, no deja de llamar la atención que hasta el año 1934 no existía en ese país ninguna legislación propia que defendiera o tutelara el secreto bancario.<sup>23</sup>

### II.3.- “Ratio legis” o fundamento y naturaleza jurídica del secreto profesional en la actividad bancaria.-

En cuanto a los *fundamentos* en que se basa la necesidad –como se ha visto, histórica- de guardar secreto profesional respecto de las operaciones bancarias, ha de destacarse que si bien algunos autores reconocen en su origen una razón de índole *ética o moral*<sup>24</sup>, existe coincidencia en que la principal motivación puede denominarse de “*conveniencia*”: el mantenimiento del secreto *conviene* al negocio bancario, y lo hace posible tal como lo conocemos actualmente<sup>25</sup>. Se ha planteado incluso que en la preservación del secreto existe no sólo un interés privado (el del banquero) sino también un interés público comprometido, pues la prosperidad del negocio bancario facilita la percepción del ahorro público y el desarrollo económico<sup>26</sup>, y en definitiva puede asegurar una mayor afluencia de depósitos al país, sean éstos nacionales o extranjeros.<sup>27</sup>

Diversos autores han sistematizado el análisis de los distintos fundamentos que la doctrina ha conferido a la reserva propia de la actividad bancaria.<sup>28</sup> Existen diferentes posiciones al respecto, que no resulta fácil individualizar, en razón de que en muchos casos, ofrecen puntos de coincidencia, aún cuando puedan diferir en lo principal.<sup>29</sup> Tomando la clasificación de SUPERVIELLE<sup>30</sup>, pueden reconocerse básicamente tres grandes conjuntos de fundamentos del secreto profesional en la actividad bancaria, en torno a los cuales se ha alineado la doctrina en general:

a) Por un lado, no siendo el secreto bancario otra cosa que una modalidad específica del secreto profesional, el fundamento de esta obligación se hallaría en las mismas razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general: la protección del derecho a la intimidad de la persona como una de las manifestaciones del derecho a la *libertad individual*. Es el bien jurídico tutelado por el delito de violación de secreto profesional previsto en nuestro artículo 302 del Código Penal, incluido en el capítulo de “delitos contra la libertad individual”.<sup>31</sup> PEREZ FONTANA, citando a ARROYO TORRES, también destaca que para una parte de la doctrina el secreto bancario, en tanto se trata de una modalidad del secreto profesional, más que en la protección del banco se funda en la protección de la *libertad*.<sup>32</sup> MALAGARRIGA denomina a este fundamento como de “Derechos Humanos”, y pone el ejemplo de Suiza, país en el que contrariamente a la suposición generalizada de que la notoria protección que allí se da al secreto de las operaciones bancarias es la atracción de dinero extranjero, se ha sostenido que la principal razón por la que la ley suiza protege tan estrictamente el secreto bancario es que los suizos considerarían el secreto de sus asuntos privados como un aspecto de la libertad personal que ellos desean preservar.<sup>33</sup>

b) En segundo lugar, la que quizás pueda definirse como “*razón de conveniencia*” por excelencia, ya que refiere a la propia viabilidad del negocio bancario: el secreto permite el desarrollo normal y eficiente de la actividad bancaria. En este sentido, SUPERVIELLE sostiene que se trata de la protección de “la actividad del

23 Cfm. DO EGITO COELHO, op. cit., pág. 197.

24 DO EGITO COELHO, op. cit., pág. 195.

25 DO EGITO COELHO expresa al respecto: “...en sus comienzos, en los primeros tiempos de que tenemos noticia de esta actividad humana, el secreto bancario era más una razón ética, moral. Hoy yo creo que la razón principal del secreto bancario es una razón de conveniencia”. ...“El mantenimiento del secreto bancario resulta al final en una medida extraordinaria para el desarrollo del comercio bancario.” (op. cit., pág. 196).

26 MALAGARRIGA ejemplifica esta posición a través de la transcripción del siguiente fragmento de la exposición de motivos de la ley bancaria argentina vigente entonces: “desde el punto de vista económico, la obligación de secreto refuerza la confianza del público en las entidades financieras, cooperando a la obtención de un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y una afluencia vigorosa de capitales que, de otra manera, emigran hacia países donde gozan de este tipo de seguridades” (“El secreto bancario” cit., pág. 25).

27 MALAGARRIGA, Juan Carlos, op. cit., pág. 26.

28 MALAGARRIGA dedica un capítulo de su obra sobre el Secreto Bancario a la reseña de las distintas posiciones doctrinarias en cuanto a los fundamentos de la obligación de secreto “que, universalmente, en mayor o menor grado se imponen a quienes desarrollan la actividad bancaria” (op. cit., pág. 17 y ss).

29 MALAGARRIGA, op. cit., pág. 17.

30 SUPERVIELLE, op. cit., págs. 199 a 201.

31 Al respecto, resulta muy ilustrativa la frase de LA ROCHEFOUCAULD citada por BONFANTI: “aquél a quien confies tu secreto, deviene dueño de tu libertad” (BONFANTI, Mario A., “Contratos Bancarios”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 75).

32 PEREZ FONTANA, “Cuaderno...” cit., pág. 84. La cita de ARROYO TORRES corresponde al trabajo titulado “Secreto profesional” en Primera Jornada Notarial Rioplatense, diciembre de 1957, pág. 9.

33 MALAGARRIGA, op. cit., pág. 24 y 25. Cita a FRIEDRICH, Hans Meter (“The anonymous bank account in Switzerland” en “The Banking Law Journal”, Boston, EE.UU. de N.A., Vol. 79, No. 11, nov. 1962, págs. 961/70, no. 4), para quien la ley suiza de 1934 “fue aprobada fundamentalmente en interés de los ciudadanos suizos que genuinamente creen que los arreglos de una persona con su banco es un asunto privado que no concierne a nadie más”.

banquero"<sup>34</sup>, pues éstos deberán asumir necesariamente la obligación de discreción para permitir su operativa. Expresa incluso que se trata de una "condición" para que las relaciones entre el cliente y el banco se puedan desarrollar, íntimamente relacionada con otro de los elementos esenciales que posibilitan la actividad bancaria, como es el factor *confianza*. En el mismo sentido señala PEREZ FONTANA que la discreción en la actuación de los bancos constituye una conducta autoimpuesta por éstos *en su propio interés*.<sup>35</sup> BERGSTEIN también destaca la importancia que tiene el secreto para el interés en la protección del banquero, pues permite que la misma sea desarrollada en condiciones más adecuadas, en beneficio del cliente, del propio banquero y de toda la sociedad.<sup>36</sup> MALAGARRIGA agrega que además de la protección de un derecho de la personalidad humana (como todo secreto profesional), el secreto bancario ha merecido la especial protección de la ley en la medida que trasciende el mero interés privado y se proyecta en la facilitación del desarrollo del comercio bancario y el comercio en general, en el que está comprometido el *interés general*, pues involucra el crecimiento económico de una nación.<sup>37</sup> En el mismo sentido se pronuncia LABANCA, quien, citando a RUTA, sostiene que existe una razón más de interés público que privado, pues la obligación de secreto refuerza la confianza de la clientela en las instituciones de crédito y ello, a su turno, asegura un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y, en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia el sector bancario que, de no existir el secreto, emigraría hacia países donde se facilitarían este tipo de seguridades.<sup>38</sup>

c) Por último, SUPERVIELLE señala la existencia de un *interés propio del cliente* en la preservación del silencio respecto de los negocios y de las confidencias que se hacen en las instituciones bancarias, puesto que la revelación de la operativa bancaria de este cliente puede beneficiar a los competidores y colocarlo en una posición de inferioridad, si por su parte ese cliente no está en condiciones de obtener igual información de sus colegas.<sup>39</sup> Interesa destacar el alcance que el mencionado autor confiere a este fundamento: no sólo refiere a la información sobre los depósitos bancarios, sino también a todo lo que implique conocer la situación patrimonial del cliente, y todos los informes que hiciere llegar confidencialmente al banco para explicar su verdadera situación económica y financiera.<sup>40</sup>

A su vez, respecto de la *naturaleza jurídica*, esto es, la *fuerza* de la obligación de secreto, pueden sintetizarse al menos cuatro posibles fuentes citadas por diversas posiciones doctrinarias:

a) En primer lugar, se ha sostenido que el secreto bancario tiene naturaleza *contractual*, basándose en las normas civiles que normalmente imponen el secreto al depositario en un depósito común (en nuestro Código Civil, el art. 2256). Se considera también (fundamentalmente en el Derecho germánico) que siendo el contrato bancario una relación eminentemente fiduciaria, genera en el banco la obligación de reserva que es manifestación necesaria de dicha relación.<sup>41</sup> Algunas variantes de esta posición atribuyen la obligación de guardar el secreto a una suerte de convención *sui generis* o contrato innominado por el cual el banquero asumiría la obligación de mantener en reserva todo lo que sabe sobre el cliente.<sup>42</sup> Puede señalarse como punto débil de esta posición, que no explica la obligación de secreto del bancario sobre la información que recibe del cliente aún *antes* de contratar con él (e incluso si nunca llega a contratar), y la obligación de guardar reserva *luego* de terminada la relación contractual.<sup>43</sup> En nuestra doctrina, OLIVERA GARCIA adhiere a esta posición sosteniendo que existe un régimen de origen convencional -en forma paralela e independiente de que el secreto bancario sea consagrado en la ley- que impone la obligación de guardar secreto sobre todas las operaciones realizadas entre la entidad bancaria y el cliente, sujeto a las limitaciones que los propios usos bancarios imponen.<sup>44</sup>

b) La doctrina también ha sostenido que la obligación de guardar secreto es un *uso mercantil* y que por tanto rige en todos los contratos -aún antes y después de su vigencia-, basándose en disposiciones legales como nuestros artículos 1291 del Código Civil y 209 del Código de Comercio, que establecen que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente *obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino también a todas las consecuencias*

34 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 200: "existe también otro interés que conviene proteger: es el de la profesión de banquero".

35 PEREZ FONTANA, "Cuaderno...." cit., pág. 83, donde expresa textualmente que "la actuación con discreción se la impusieron los bancos en su propio interés par atraer a lo que se llama la clientela, o sea a las personas que acudían a solicitar los servicios que prestan los banqueros, movidos entre otros motivos, por la confianza que les merecen...".

36 BERGSTEIN, Nahum, "El Delito de violación del Secreto Bancario", FCU, Mont., 1987, pág. 19.

37 MALAGARRIGA, op. cit., pág. 31 y 32.

38 LABANCA, Jorge, « El secreto bancario », Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 10.

39 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 201.

40 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 201.

41 MALAGARRIGA (op. cit. pág. 20-21) citando a MORERA, Renzo, en "Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali germanici in tema di segreto bancario", en Banca, Borsa e Titoli di Crédito, abril-junio 1965, XVIII, Fasc. II, pág. 276 y ss.

42 PEREZ FONTANA, op. cit., pág. 86.

43 PEREZ FONTANA, "Cuaderno...." Cit. Pág. 85.

44 OLIVERA GARCIA, "Manual de Derecho...." cit., pág. 193.

que según su naturaleza sean conformes a la equidad, los usos y a la ley.<sup>45</sup> Los usos en la práctica bancaria como fuente de la relación de confianza en que se funda el deber de secreto, han sido destacados también por GARRIGUES.<sup>46</sup> BONFANTI, por su parte, sostiene que el secreto integra la operativa bancaria aún en las hipótesis de no contar-se con una normativa expresa al respecto, pues es un uso que se “*adecua al quehacer de los bancos*”.<sup>47</sup>

c) Según la opinión más difundida en la doctrina –que hemos reseñado al comienzo de este trabajo–, el secreto bancario es una modalidad del *secreto profesional* cuya violación está sancionada, en nuestro Derecho, por el art. 302 del Código Penal<sup>48</sup>. Así lo sostiene MALAGARRIGA, para quien el secreto bancario constituye una especie dentro del género más amplio del secreto profesional.<sup>49</sup> En el mismo sentido se pronuncia entre nosotros BERGSTEIN, quien afirma que el secreto bancario es una forma del secreto profesional por cuanto uno y otro reposan en los mismos fundamentos y tienen parecidos alcances.<sup>50</sup> Sin embargo, PEREZ FONTANA, siguiendo a MOLLE, no comparte esta opinión, basándose en que el secreto profesional recae sobre personas jurídicas que constituyen organizaciones de carácter complejo –los bancos– y protege intereses individuales diversos al de la intimidad protegido por el secreto profesional común impuesto a personas físicas a cuyos servicios debe acudir-se en circunstancias diversas (médicos, parteras, etc.).<sup>51</sup>

d) Finalmente, SUPERVIELLE señala que en aquellos países en los que no se encontraba expresamente consagrada por ley la obligación del secreto profesional, se acudió incluso como fundamento a las disposiciones generales en materia de *responsabilidad civil extracontractual* considerando que la revelación de hechos que se conocen en virtud del ejercicio de una profesión constituye un acto ilícito cuando produce un daño y ha sido efectuado con dolo, culpa o negligencia (art. 1319 del Código Civil).<sup>52</sup>

En definitiva, la breve reseña que antecede sobre sus fundamentos y naturaleza jurídica, no hace más que confirmar que, cualquiera sea la posición que se adopte sobre este tema, el secreto profesional –y el secreto bancario en particular, con los distintos alcances que pueda conferirle cada legislación nacional– está en la esencia misma de la actividad bancaria desde sus comienzos. En otras palabras, no sería posible el desarrollo de la actividad bancaria sin el secreto, reserva o discreción que es inherente a la misma, y que habrá de adoptar distintos alcances y modalidades de acuerdo a las definiciones que al respecto adopte el Derecho Positivo, pero –al menos en el estado actual de las cosas– no es imaginable su completa erradicación y sustitución por la completa publicidad de las operaciones bancarias en general.

Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta que existen diversas situaciones que han requerido atenuar el carácter absoluto del secreto en aras de tutelar bienes jurídicos que aparecen en principio como contrapuestos a aquéllos protegidos por el secreto (por ejemplo, las normas de protección contra el lavado de activos, de mejora de gestión de riesgo crediticio, etc.), nos proponemos abordar en este trabajo el análisis del alcance de la reciente legislación que faculta al Banco Central del Uruguay, a divulgar la información que obra en su poder en virtud de sus potestades de supervisión y control (Ley 17.948). Para ello, entendemos necesario establecer previamente algunas pautas sobre el alcance del secreto profesional que se impone al organismo supervisor sobre dicha información.

## II.4.- Secreto profesional del organismo de supervisión – Regulación legal – Alcance – Concepto de “Justa Causa”

### II.4.1.-Desarrollo doctrinario sobre el concepto de “Justa Causa”

La obligación de guardar secreto profesional se encuentra consignada en nuestro Derecho Positivo en el art. 302 del Código Penal, que establece: “*El que, sin justa causa, revelar secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables) de multa*”.

45 PEREZ FONTANA, op. cit., pág. 86.

46 GARRIGUES, Joaquín, “*Contratos Bancarios*”, Madrid, 1953, pág. 52. Afirma dicho autor que “*el fundamento del deber de secreto ue tienen los Bancos hay que buscarlo una vez más en normas usuales de general vigencia, y el fundamento, a su vez, de este uso bancario hay que buscarlo en la naturaleza antes apuntada del contrato bancario como una relación de confianza*”, invocando al respecto el concepto de “relación fiduciaria” acuñado por la doctrina inglesa.

47 BONFANTI, Mario A., op. cit., pág. 75.

48 SUPERVIELLE, op. cit., pág. 199; GULPHE (citado por SUPERVIELLE), *Rev. trim. De droit commercial*, 1948, p.9; PEREZ FONTANA, “*Cuadernos....*” cit., pág.86.

49 MALAGARRIGA, Juan Carlos, op. cit., pág. 29.

50 BERGSTEIN, Nahum, “*El delito de violación del Secreto Bancario*”, FCU, Mont. 1987, pág. 19.

51 PEREZ FONTANA, “*Cuadernos....*” cit., pág. 87.

52 SUPERVIELLE, op. cit. pág. 228; también citado por PEREZ FONTANA, “*Cuadernos....*” cit., pág. 87.

En primer lugar, debe puntualizarse que el concepto de “profesión” a los efectos de este artículo, debe entenderse en un sentido amplio, que al decir de RETA<sup>53</sup> comprende toda actividad lícita reconocida por el Estado. En el caso que nos ocupa, abarca la información que reviste carácter secreto o confidencial, obtenida en el ejercicio de la función bancocentralista (no comprende aquella información que pueda haber sido obtenida accidentalmente o por razones extra-profesionales, ajenas al ejercicio de los cometidos del Banco Central). La gran cantidad de competencias que se han ido agregando al BCU, fundamentalmente a partir de la década de 1990 (en materia de seguros, mercado de valores, fondos de inversión, fideicomisos financieros, etc.<sup>54</sup>), ha ampliado considerablemente el cúmulo de información que recibe por ese concepto. Toda esa información se encuentra protegida por el secreto profesional, no solamente por el citado art. 302 del Código Penal, sino por las normas que expresamente lo imponen al Banco Central del Uruguay (arts. 22 y 23 de su Carta Orgánica, Ley No. 16.696 de 30-III-1995).

En cuanto al concepto de “justa causa”, el legislador optó por no proporcionar su definición o una enumeración de las circunstancias en que ésta se debe considerar configurada. Se trata pues, de un concepto jurídico indeterminado, cuya interpretación debemos abordar a los efectos de dilucidar el contenido que nuestro ordenamiento jurídico ha querido otorgarle, teniendo especialmente en cuenta la importancia de tal interpretación, por su condición delimitativa del tipo penal previsto en la norma comentada. A ello debe sumarse la incidencia que este concepto pueda tener en la aplicación de la facultad de divulgación otorgada al BCU en la ya citada Ley 17.948.

Comenzaremos por analizar la posición de la doctrina, recordando la enumeración de las cuatro situaciones que BAYARDO BENGOA<sup>55</sup> -siguiendo a su vez otros autores, entre los que se destaca SOLER<sup>56</sup>- entiende comprendidas en el concepto de “Justa causa” a los efectos del art. 302 del Código Penal. Esas cuatro hipótesis son:

- A) Consentimiento del interesado.
- B) Necesidad.
- C) Defensa o ejercicio de un legítimo derecho.
- D) Normas imperativas.

### A) Consentimiento del interesado.-

Cuando hay **consentimiento del interesado**, la doctrina<sup>57</sup> es conteste en negar la existencia del delito de violación del secreto profesional, ya que si el propio interesado puede revelar el secreto, no cabe duda que puede hacerlo también el depositario del mismo con el consentimiento de aquél. Según BINDING<sup>58</sup>, ello se fundamenta en que por medio de esta infracción no es protegido el interés del mantenimiento del secreto, sino la *voluntad* de que sea mantenido.

De todos modos, debe puntualizarse que según SOLER<sup>59</sup>, en realidad el consentimiento del interesado le quita el carácter secreto a la información, y por ello no se trataría de una excepción que permite revelar el secreto, sino que el tipo penal no se configura debido a la *ausencia de secreto*. No estaríamos pues ante la figura de la “justa causa”, ya que ésta presupone la existencia del secreto.

CAIROLI<sup>60</sup> destaca a su vez que el consentimiento del interesado opera como eximente siempre y cuando con el mismo “no se viole una ley de orden público o de interés general”. En el primer caso, estamos fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, y en el segundo, se antepone el interés general al interés particular.

53 RETA, Adela, “Derecho Penal”, 2do. Curso, Tomo IV, FCU, pág. 87.

54 Cabe citar como casos más relevantes, sin que ello agote el listado de tales competencias, a la Ley No. 16.426 de 14-X-1993 (supervisión y control de seguros), Ley 16.696 de 30.III.1995 arts. 40 y 56 (autorización y control sobre casas de cambio); Ley 16.713 de 3-IX-1995 (supervisión, regulación y control de AFAPs); Ley 16.749 de 30-V-1996 (Ley de Mercado de Valores: registración de valores de oferta pública, supervisión y control de emisores y otros agentes del mercado de valores); Ley 17.703 del 27-X-2003 (supervisión y control de fideicomisos financieros).

55 BAYARDO BENGOA, Fernando, “La Tutela Penal del Secreto”, Facultad de Derecho, Montevideo, 1961.

56 SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino” Editorial La Ley, Bs. As. 1946, pag.135 y ss.

57 BAYARDO BENGOA, op.cit., pág. 333; CAIROLI, Milton, “Curso de Derecho Penal Uruguayo” Parte Especial, Tomo III, pág. 213; SOLER, Sebastián, op. cit., pág.135 y ss.

58 BINDING, “Lehrbuch, I, p.127, citado por SOLER, op. cit.pág. 57

59 SOLER, op.cit., pág. 137.

60 CAIROLI, Milton, op. cit., pág. 213.

Veremos más adelante cómo este conflicto de intereses o bienes jurídicamente tutelados cobra especial importancia en la delimitación del concepto de “justa causa”.

A su vez, y en aplicación de las normas y principios generales de Derecho sobre la validez del consentimiento, el mismo debe ser emitido en forma válida por el interesado, es decir, sin que medie error, violencia o dolo. Recientemente se ha cuestionado la legitimidad de una disposición legal que confiere efecto *irrevocable* a la autorización dada por el interesado frente a la Administración Tributaria para revelar operaciones comprendidas en el secreto bancario por un período determinado, puesto que ello puede ser entendido como una renuncia a un derecho fundamental del individuo como es el derecho a la privacidad (en el marco del derecho a la libertad individual).<sup>61</sup>

Por último, tampoco existe secreto cuando determinados hechos, que habiendo sido secretos, cobran notoriedad o se tornan de conocimiento público. En tal sentido, expresa IRURETA GOYENA<sup>62</sup> que si el **hecho es notorio, no existe secreto**, y faltando éste no puede racionalmente pensarse en la infidencia punitiva. Esta sería la situación de los registros a cargo del Banco Central del Uruguay que revisten carácter público (encontrándose en algunos casos incluso la información disponible en la página web de la institución), como es el caso del Registro Público del Mercado de Valores, el Registro de Accionistas de instituciones de intermediación financiera, Registro de Accionistas de las administradoras de fondos de ahorro provisional (AFAPs), etc.

## B) Necesidad.-

La **necesidad** es, para BAYARDO BENGOA, la modalidad en que se presenta ordinariamente la “justa causa”, y constituye para este autor, el estado en el cual se legitima la revelación para evitar un mal mayor.<sup>63</sup>

En el mismo sentido, pero en forma aún más concluyente se manifiesta SOLER<sup>64</sup>, afirmando que en realidad es *ésta la situación en que se constituye propiamente “justa causa”* en un sentido técnico estricto, ya que en el caso del consentimiento del interesado, como en el del deber legal positivo de dar a conocer un hecho (que analizaremos más adelante), se trata, en el fondo, de situaciones que quitan a la información el carácter secreto, ya en modo absoluto, ya en modo relativo, con referencia a determinados círculos de personas.

Según este concepto, para establecer si existe o no justa causa que amerite la revelación del secreto profesional, *debe evaluarse la jerarquía de los bienes jurídicos que se encuentran en juego*: por un lado el bien jurídico tutelado por el delito de revelación de secreto profesional, y por otro, el bien jurídico que se vulneraría en caso de mantenerse el secreto. Si éste es considerado de mayor jerarquía o importancia que aquél, entonces se habría configurado la “justa causa” prevista en el art. 302 del Código Penal.

Ahora bien: debemos entonces preguntarnos cuál es el bien jurídico tutelado por el delito de revelación de secreto profesional, para luego poder analizar qué bienes jurídicos podrían considerarse “superiores” como para ameritar la revelación del secreto (o al menos qué criterio puede adoptarse para la jerarquización de los mismos), y finalmente, a quién corresponde realizar ese juicio sobre la jerarquización de esos bienes jurídicos, es decir, sobre la existencia o no de “justa causa” en el caso que nos ocupa (que BAYARDO BENGOA y SOLER han denominado “necesidad”). Corresponde aclarar que analizaremos el bien jurídico tutelado por el secreto profesional en general, sin perjuicio de las precisiones ya realizadas en el numeral II.3 sobre los fundamentos específicos del secreto profesional en la actividad bancaria.

En cuanto al bien jurídico tutelado mediante el delito del art. 302 del Código Penal, el propio Código nos da la respuesta ubicándolo en el capítulo de los “Delitos contra la Libertad”, y dentro de éste, contra la inviolabilidad del secreto. La doctrina ratifica y desarrolla este concepto, y en tal sentido, mientras que RETA<sup>65</sup> agrega que está en juego la libertad *individual*, para SOLER, el bien jurídico tutelado reviste carácter complejo, al que describe como *el fin genérico de tutelar la libertad mediante la protección dispensada a la esfera de intimidad y reserva*<sup>66</sup>.

En cuanto a los bienes jurídicos que podrían anteponerse a la protección de la libertad individual, distintos autores coinciden en señalar la protección del *interés público*, y en algunos casos del *orden público*, como confi-

61 Se trata del art. 53 de la Reforma Tributaria (Ley 18.083 de 27 de diciembre de 2006). Sobre esta norma, ha dicho ADRIASOLA que “Lo único determinado es el período de autorización, pero lo que no puede admitirse es que la misma, según lo establece el inciso segundo de la norma, tenga carácter irrevocable.”...“Y ello porque, como ya lo señalamos, el derecho a la privacidad integra la esfera de los derechos fundamentales del individuo, y esos derechos son irrenunciables, y la imposibilidad de revocar la liberación del secreto equivale en los hechos a una renuncia al mismo.” (ADRIASOLA, “La ley de Reforma Tributaria...” cit., pág. 28).

62 IRURETA GOYENA, “El Secreto Profesional”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T.45, pág. 63.

63 BAYARDO BENGOA, op. cit., pág. 336

64 SOLER, op. cit., pág. 136

65 RETA, op. cit., pág. 86

66 SOLER, op. cit., pág. 128.

gurativos de “justa causa” que releve del secreto profesional, lo que indica en cierto modo, el señalamiento de una prevalencia de los intereses públicos frente a los individuales o privados que estarían protegidos –según el Código Penal- mediante la obligación de secreto.

Así, RETA<sup>67</sup> propicia un concepto de justa causa que tenga en cuenta el contexto social e histórico en el cual se debe determinar dicho concepto, sosteniendo que el mismo no puede quedar limitado a su definición por imperio legal, sino que tiene que ser una causa que resulte justa en función del concepto medio de una sociedad determinada, en atención precisamente, a la consideración valorativa de determinados bienes jurídicos que hace esa sociedad. Podría decirse que se trata, según esta autora, de un concepto de carácter evolutivo, que podrá ir teniendo diversos contenidos de acuerdo a los cambios axiológicos o las necesidades cambiantes que vaya sufriendo una sociedad determinada. En esta línea de pensamiento, propone entonces como criterio posible la consideración de que la justa causa es aquella que contempla el **interés general**, que puede comprender el orden público, los fines colectivos, etc.

En el mismo sentido, IRURETA GOYENA<sup>68</sup>, sostiene que si el profesional estima que la causa que se invoca para hacerle revelar el secreto involucra el **interés público**, debe proceder a la revelación, y en la hipótesis contraria, negarse a ello.

También la jurisprudencia nacional ha aceptado este criterio. En el caso 4056 de La Justicia Uruguay<sup>69</sup> se establece que existe obligada colaboración testimonial “cuando el hecho de cuya inquisición se trata constituye un ilícito que afecta al **interés general**”, y refiriéndose al secreto profesional, evoca el principio de que los derechos individuales pueden ser limitados por razones de **interés general**. La misma sentencia invoca también el **orden público** como criterio jurídicamente ponderado en el art. 10 inc. 1ero. de la Constitución.

En efecto, nuestro régimen Constitucional también nos proporciona un criterio para la resolución de esta cuestión, ya que menciona expresamente el **interés general y el orden público** como bienes jurídicos protegidos, otorgándoles una posición preferencial frente a algunos derechos individuales. Así, el artículo art. 7 de la Constitución establece que sólo las leyes dictadas por razones de **interés general** podrán establecer privaciones de los derechos fundamentales allí enumerados (entre los cuales se encuentra la libertad –derecho a la intimidad-) <sup>70</sup>; y el ya citado art. 10 inc. 1ero. sustrae de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de las personas que no ataquen el **orden público**<sup>71</sup>, reafirmado así la tutela del orden público como límite legítimo a la protección de los derechos individuales (como vimos, citado expresamente por la Suprema Corte de Justicia<sup>72</sup>, en referencia a los límites del secreto profesional).

En definitiva, el sujeto activo de la obligación de secreto, puede a su vez tener el deber de tutelar otros bienes jurídicos que se consideren prioritarios con respecto al derecho a la intimidad (como especie de la libertad individual) que se tutela mediante el secreto profesional, y ello puede constituir la “justa causa” que legitime la revelación.

Entre esos bienes jurídicos que podrían entenderse involucrados en la revelación del secreto, debe considerarse la posibilidad de que el correcto ejercicio de la función bancocentralista que se otorga al BCU en el art. 196 de la Constitución, sobre cuyo contenido y finalidades se extiende la ya citada Ley 16.696 (Ley Orgánica del Banco Central), pueda considerarse de interés público, y en consecuencia justifique la revelación en ciertos casos. Podría ser, por ejemplo, el caso de la información que se proporcione a otros organismos extranjeros de contralor bancario, en aras de mantener un adecuado sistema de cooperación con otros Organismos extranjeros que cumplen la misma función (situación que ahora ha sido contemplada expresamente en el artículo 6to. de la Ley 17.948), o la divulgación a los interesados sobre la situación comercial de endeudamiento de una persona física o jurídica (art. 3ero. de la Ley 17.948). Si bien en estos casos la existencia de una ley parece en principio habilitar todo tipo de revelación, veremos que ello no es tan así, y que también existen límites a esas facultades a pesar de la formulación legislativa tan amplia.

67 RETA, op. cit., pág. 92.

68 IRURETA GOYENA, op. cit., pág. 61.

69 Sent Trib. de Apelaciones de 1er. Turno 6/5/55.

70 El artículo 7 de la Constitución dice textualmente: “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.”

71 Art. 10 inc. 1ero. de la Constitución: “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.”

72 LJU, caso 4056.

### C) Defensa o ejercicio de un legítimo derecho.-

La tercera de las situaciones mencionadas por BAYARDO BENGEOA como configurativas de “Justa Causa” es la **defensa o ejercicio de un legítimo derecho**. Esta situación es abordada por la doctrina fundamentalmente para los casos en que el profesional convocado a declarar en un juicio revela el secreto para no verse involucrado a su vez en una imputación penal, o cuando persigue el cobro de honorarios.

Podría darse esta situación en el caso del organismo supervisor del sistema bancario, cuando éste enfrenta juicios en su contra –lo cual se ha tornado tan frecuente luego de la crisis bancaria de 2002- pues en tal caso actúa como un sujeto de derecho que puede encontrarse, como cualquier otro, ante la necesidad de revelar secretos profesionales en su defensa, o bien a los efectos de ejercer un legítimo derecho.

### D) Normas imperativas.-

Finalmente, cuando existen **normas imperativas**, es decir, cuando el sujeto se encuentra obligado a revelar el secreto por mandato legal, no cabe duda que no estará comprendido en la figura penal prevista en el artículo 302.

No obstante, y como hemos adelantado ut supra (punto II.2), la doctrina ha sostenido que en este caso no estamos frente a una “justa causa”, sino a la inexistencia del secreto<sup>73</sup>, y más aún, al *deber* de hacer la revelación.

Esta situación reviste especial importancia en el caso que nos ocupa. En efecto, la revelación de secretos profesionales por parte del Banco Central sería legítima siempre que estuviera admitida por una norma con valor y fuerza de Ley, como lo es la Ley 17.948, quedando la delimitación del secreto únicamente librada al análisis del alcance de la norma en cuestión. Están comprendidas pues en esta “justa causa” las leyes que se dictaren previendo expresamente la excepción al secreto (es decir, la facultad de divulgación), así como los Convenios o Tratados internacionales de cooperación suscritos con terceros países siempre que estén ratificados por el Poder Legislativo, de manera que se les otorgue valor y fuerza de Ley, cuando éstos prevean expresamente la obligación de revelar secretos o la dispensa de la aplicación del delito de revelación de secreto profesional.

Esta solución legal de Derecho objetivo, evita los riesgos que implica la ponderación subjetiva de la existencia de “justa causa” que, como veremos a continuación, necesariamente debe hacer el sujeto a quien se le requiere información comprendida en el secreto profesional.

#### II.4.2) Quién evalúa la existencia de “Justa Causa”.

Se trata de establecer *a quién* compete juzgar si corresponde guardar el secreto profesional o por el contrario, el mismo puede revelarse en virtud de que se busca la protección de un bien jurídico al que nuestro Derecho confiere una tutela mayor.

En este punto surge una importante diferencia entre el secreto profesional y el secreto bancario, regulado este último en nuestro país por el art. 25 del Decreto.Ley 15.322. En el secreto bancario, salvo cuando hay consentimiento expreso y por escrito del interesado, es el juez penal o el juez competente en materia de pensión alimenticia quien juzgará la procedencia de su revelación, bastando que la orden judicial esté debidamente fundada para que el destinatario se encuentre obligado a suministrar la información. En el caso del secreto profesional, en cambio, el sujeto requerido puede negarse a informar aún cuando exista resolución judicial fundada, en aquellos casos en que de acuerdo al juicio de buena fe realizado según su conciencia profesional, entienda que no existe justa causa que le releve de la obligación de guardar secreto. En otras palabras, la evaluación sobre la existencia de justa causa corresponde al sujeto que recibió la información por razones profesionales.

IRURETA GOYENA<sup>74</sup> sostiene que es “el profesional” quien debe estimar si la causa que se le invoca para el pedido de información confidencial afecta o no el interés público.

73 SOLER, op. cit., pág. 136.

74 IRURETA GOYENA, op. cit., pág. 61.

Según sostiene BAYARDO BENGOA<sup>75</sup> citando a SOLER<sup>76</sup>, el profesional debe emitir un juicio “honestamente posible” sobre la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados. Cita en su respaldo otras posiciones doctrinarias, para las cuales la revelación del secreto a mérito de la existencia de una justa causa, debe entregarse **a la conciencia del profesional**<sup>77</sup>.

Específicamente en relación al secreto profesional vinculado a la actividad bancaria y al depósito bancario en particular, SUPERVIELLE también afirma que la existencia de “justa causa” (como eximente del delito tipificado en el art. 302 del Código Penal) debe ser apreciada por “el depositario del secreto”.<sup>78</sup>

En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, entre la cual cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno de 16/5/45<sup>79</sup>. Allí se sostuvo que quien aprecia si la pregunta que se le hace al ser citado a declarar viola o no el secreto profesional que está obligado a guardar el citado, es éste mismo (el declarante) **conforme a su conciencia**, y sólo debe abstenerse de responder si ésta le dicta esa conducta.

SOLER sostiene incluso que aún ante un error en esta evaluación, el sujeto activo del delito de violación de secreto profesional puede no ser punible, dado que el contenido de su obligación sería en realidad el *deber de buena fe* en dicha evaluación, a lo que llama la elaboración de un juicio “honestamente posible” por parte del profesional, al margen del acierto efectivo del resultado<sup>80</sup>:

En definitiva, en los casos comprendidos en el secreto profesional (fuera de aquéllos en que no existe estrictamente secreto porque la ley obliga a revelar o el interesado releva de la obligación al profesional) la doctrina sostiene que la revelación es **voluntaria**, ya que la evaluación de la existencia de justa causa radica en el interesado. Esta posición ha sido recogida por la Sala de Abogados del Banco Central del Uruguay<sup>81</sup>, manifestando que “la decisión final acerca de los límites y condiciones en los que proporciona la información, sería así, decisión exclusiva del Banco, quien deberá tener presente la eventualidad de responsabilidad civil frente a terceros, que pudieran sentirse afectados por la información que se revele.”<sup>82</sup>

### II.4.3) Principios Generales de Derecho y Fundamentos de Leyes Análogas

**A)** Como ya señaláramos ut supra, (punto II.4.1 lit. B) en cuanto al contenido del concepto de “justa causa”, nuestro ordenamiento jurídico contiene normas de rango constitucional que contribuyen a afianzar la protección del “interés general” y el “orden público” como criterio de configuración de “justa causa” prevista en el art. 302 del Código Penal. En la medida que este alcance es recogido en el Derecho Positivo, podría considerarse como un verdadero **Principio General de Derecho**: la protección del interés general, en determinadas condiciones, puede legitimar una limitación a los derechos individuales (como lo es el de intimidad dentro del marco genérico de la “libertad”, protegido por el art. 302 citado).

Las normas de las que se desprende dicho principio, son los artículos 7 y 10 de la Constitución, cuyo texto ya hemos transcrito; y también cabe mencionar el art. 28 de la misma Carta que al establecer la inviolabilidad de la correspondencia (derecho directamente vinculado al “secreto” e “intimidad” como especie de la libertad individual), admite su limitación por razones de interés general.

**B)** También puede encontrarse respaldo al concepto de “justa causa” que se ha venido manejando, en el **fundamento de leyes análogas** al art. 302 del Código Penal.

75 BAYARDO BENGOA, op. cit., pág. 337.

76 SOLER, op. cit., págs. 136.

77 Las citas corresponden a IRURETA GOYENA, pág. 62, y ARROYO TORRES, “El Secreto Profesional”, Buenos Aires 1957 -ed Fanetti- pag. 11.

78 SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, “El depósito bancario” cit., pág. 209 y 214. Afirma allí textualmente el actor respecto de quién corresponde que resuelva, en determinadas hipótesis, si es legítimo o no revelar el secreto: “En este caso, como en el que está en juego determinar si existe o no la justa causa prevista como exigente del delito de revelación de secreto profesional tipificado en el art. 302 del Código Penal, sería el propio depositario quien, analizando las circunstancias de hecho, debería decidir si existen o no razones de suficiente peso como para justificar la revelación del secreto.”...“La verdad es que, cualquiera sea el concepto que se pueda tener de la justa causa, es este un elemento que debe ser apreciado por el depositario del secreto.”

79 Caso 2351 de La Justicia Uruguaya.

80 Expresa textualmente SOLER que “si el sujeto ha estado en error acerca de esa necesidad, sea cual sea el carácter de aquél, no habrá delito, porque aquí no solamente vale el juicio del juez acerca de la necesidad, vale también el del imputado. Lo que el juez debe determinar es que el juicio del imputado haya sido un **juicio honestamente posible**” (op. cit. pág. 136)..

81 Dictamen No. 235 de 30 de agosto de 1995.

82 Así ha procedido, por otra parte, dicha Sala de Abogados al sentar su propio criterio, por ejemplo, en el referido Dictamen de Sala No. 256 del 17/2/97: “debe procederse con cautela, y no debe revelarse el secreto si no se está ante la eventual comisión de un delito sancionable por la Justicia Penal y los hechos irregulares llegan a conocimiento del Banco en virtud de sus facultades extraordinarias de acceso a la empresa investigada.”, habiéndose también negado la Asesoría Jurídico Notarial a un pedido concreto de información cursado por una institución nacional que invocaba el interés de brindar información útil a los sectores crediticios nacionales (previo a la sanción de la Ley 17.948).

En efecto, si bien hemos visto que el secreto bancario se aplica a situaciones diferentes, su condición de especie dentro del género “secreto profesional” nos permite rastrear alguna analogía entre el fundamento o “ratio legis” de las limitaciones legales al secreto bancario y el régimen del secreto profesional.

En el caso del secreto bancario, la ley (art. 25 del D-Ley 15.322) enumera en forma taxativa las excepciones en las cuales podrá procederse a su revelación (“no se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley”), que en definitiva son las situaciones que el legislador entendió configuran “justa causa” para ese caso concreto, dadas las características específicas del secreto de que se trata.<sup>83</sup>

Ya antes de la sanción de la mencionada norma, se entendía que el fundamento de tales excepcionamientos era el **interés público** que estaba en juego en tales situaciones (aunque también se reconocía que el secreto bancario trascendía la protección de un mero interés privado, conforme la Exposición de Motivos del D.L. 15.322, así como la opinión concurrente de la doctrina<sup>84</sup>).

SIENRA ROOSEN<sup>85</sup> hace explícita esta “ratio legis” de las limitaciones al secreto bancario, que radica en la protección del interés público. Cuando explica los criterios aplicados por los abogados del Banco República antes de dictarse el art. 25 del D.L. 15.322, (regía el art. 302 del CP), manifiesta que “...autovalorábamos con mayor gravitación el **interés público** en juego sobre el particular de mantener la privacidad de la información... aconsejando proporcionarla en los casos de requerimiento de la justicia penal, la justicia civil en casos de obligación alimenticia, o justicia de menores”.

En definitiva, también es la *protección del interés público* lo que ha fundamentado históricamente las limitaciones al secreto bancario, por lo que, dada la vinculación de dicho instituto con el secreto profesional impuesto al supervisor de bancos, podemos considerar que tal analogía respalda el concepto de “justa causa” que se ha venido desarrollando, por vía del fundamento de una ley análoga.

#### II.4.4) Conclusiones sobre el concepto de Justa Causa

De lo que viene de exponerse, podemos extraer, en síntesis, las siguientes orientaciones para identificar la existencia de “justa causa” que permita la revelación de un secreto profesional:

1) En primer lugar, debemos determinar cuándo estamos frente a una información protegida por el secreto profesional. En el caso del Banco Central del Uruguay, hemos visto que la información obtenida en el ejercicio de sus potestades jurídicas de contralor sobre el sistema financiero nacional se encuentra comprendida en el secreto profesional, y por tanto le es aplicable el art. 302 del Código Penal (además de los artículos 22 y 23 de su Carta Orgánica).

2) Debe tenerse en cuenta que existen dos situaciones en las cuales el secreto desaparece, y por tanto no resulta aplicable el delito mencionado. El primer caso es el consentimiento del interesado para la revelación de la información, pudiendo probarse el mismo por todos los medios de prueba legalmente admitidos. El segundo caso es la existencia de una norma con valor y fuerza de Ley que imponga o admita expresamente la revelación de la información secreta, pudiendo tratarse de una Ley en sentido estricto, o un Convenio o Tratado Internacional ratificado por el Poder Legislativo, siempre que dicha ratificación se efectúe mediante el procedimiento constitucional que le otorgue valor y fuerza de ley.

3) Si no se verifica ninguna de las dos situaciones mencionadas, el sujeto que recibió la información secreta por razones profesionales, deberá realizar un juicio de buena fe para dilucidar cuándo existe “justa causa” para su revelación. Esta evaluación deberá realizarse interpretando el orden jurídico, para establecer si los bienes jurídicos cuya protección se busca mediante la revelación, pueden considerarse protegidos por nuestro Derecho con mayor intensidad que aquéllos que se encuentran tutelados por el delito previsto en el art. 302 del Código Penal.

4) En este sentido, puede afirmarse que existe consenso en nuestra jurisprudencia y doctrina, en cuanto a que la protección del “interés general” y el “orden público” constituyen bienes jurídicos cuya tutela es una “justa causa” para la revelación del secreto profesional.

5) De todos modos, siendo éstos también conceptos jurídicos indeterminados, habrá analizarse en cada caso concreto cuáles son los bienes jurídicos que están en juego para establecer si puede efectuarse la revelación. Para ello, es importante dilucidar para qué  *fines*  es solicitada la información, ya que ello va a determinar la jerar-

83 No obstante ello, y según se ha señalado ut supra, la Ley 18.083 de 27-XII-2006 introdujo algunas normas de flexibilización de estas causales para el levantamiento del secreto bancario frente a la Administración Tributaria, en lo que refiere al consentimiento del interesado y a la resolución fundada del juez competente (artículos 53 y 54 respectivamente).

84 CREIMER, BERGSTEIN, GREZZI, OLIVERA GARCIA, MALARRIAGA, todos citados en Sent. de la SCJ No. 430/95 del 2/8/95, y CERVINI “Alcances del Secreto Bancario en el Uruguay” en “Secreto Bancario en el Uruguay”, FCU, 2da. Ed., 1996, pág. 35.

85 SIENRA ROOSEN, Rodolfo, en su ponencia “El secreto bancario en Uruguay”, presentada en “X Encuentro Latinoamericano de Abogados expertos en Derecho Bancario”, Caracas, Venezuela, del 2 al 5 de junio de 1991.

quía del bien jurídico que se busca proteger. También pueden existir normas jurídicas en las que se establezca explícita o implícitamente el carácter de “interés general” en la protección de determinados bienes o valores (Constitución, ley, Convenios o Tratados internacionales, etc.).

6) Finalmente, debe destacarse que en el caso del secreto profesional, a diferencia del secreto bancario, es el “profesional” (en este caso el Banco Central que recibió la información) quien debe juzgar en última instancia si existe o no “justa causa”, y por lo tanto, la intervención de los magistrados debe limitarse a constatar que dicha evaluación haya sido efectuada de buena fe, mediante un juicio “honestamente posible”. Cuando existe una norma expresa como lo es la Ley 17.948, cabe determinar si su alcance ofrece algún margen de discrecionalidad al depositario de la información reservada para proceder a su revelación, o estará obligado en todos los casos a revelarla frente al requerimiento correspondiente. Ese será el análisis que abordaremos en el capítulo siguiente.

### **III.- Normas sobre divulgación de información establecidas en la Ley 17.948 – análisis de su alcance en el marco del secreto profesional del organismo supervisor y las entidades controladas.-**

#### **III.1.- La Ley 17.948 de 8 de enero de 2006.-**

El objetivo principal de esta norma legal es lo que se ha dado en llamar en sus antecedentes legislativos la promoción de la “transparencia del crédito” en nuestro país<sup>86</sup>, que implica en realidad el logro de una gestión eficiente del riesgo crediticio a través de mecanismos que otorguen transparencia a la información sobre operaciones bancarias activas<sup>87</sup>.

Pueden destacarse tres herramientas fundamentales que aparecen en la ley en procura de tal objetivo, y que se encuentran en sus primeros tres artículos, a saber:

**a) En el artículo 1ero.**, que no estaba incluido en el proyecto que el Poder Ejecutivo remitió al Parlamento, se introduce una aclaración sobre el **alcance del secreto bancario establecido en el artículo 25 del Decreto-ley 15.322** de 17-IX-1982, estableciendo que el mismo sólo comprende a las operaciones bancarias pasivas y a la información confidencial recibida del cliente tanto para la realización de operaciones bancarias pasivas como activas, con lo cual quedan fuera de dicho secreto bancario las operaciones activas. Esta norma pretendió zanjar un debate histórico sobre la interpretación del alcance del referido artículo 25, que había generado desencuentros fundamentalmente entre el Poder Legislativo y la Banca oficial en ocasión de los pedidos de informes en el marco del artículo 118 de la Constitución, pero también entre la doctrina penalista, el Banco Central del Uruguay, y las instituciones de intermediación financiera privadas.<sup>88</sup>

**b) El artículo 2do.** confiere a **toda persona física o jurídica el derecho de solicitar al Banco Central del Uruguay información sobre operaciones bancarias activas** de cualquier persona física o jurídica y del conjunto económico que ésta integre que operen en instituciones de intermediación financiera, como asimismo la cate-

86 Entre las múltiples alusiones a este objetivo en las actas parlamentarias, pueden citarse las del diputado Asti (“la transparencia de todo el sistema crediticio nacional”), el diputado Gonzalez Alvarez (“Creemos que este proyecto va a dar una total transparencia a todo el sistema crediticio”), ambos en Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48<sup>o</sup>. Sesión, 6 de setiembre de 2005; y el diputado Pérez González (“...hay que tener claro que el objetivo fundamental de esta ley es que aquellos proveedores o aquellas empresas que hasta hoy no tenían posibilidades de acceder a la información para operar en el mercado de crédito, a partir de este momento lo puedan hacer”), en Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 4<sup>o</sup>. Sesión extraordinaria, 27 de diciembre de 2005. En el mismo Diario de Sesiones, obra el Informe en mayoría de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes en el cual se refiere a dicho proyecto como el “proyecto de ley sobre transparencia del crédito”.

87 El diputado Iván Posada, quien presentara ya en la legislatura anterior un proyecto de ley de similares características, es quien explicita este concepto cuando expresa: “Si bien el sector de intermediación financiera conocía y disponía de toda esta información, e sector real de la economía no tenía acceso a ella, cuando resulta vital para lograr una **gestión del crédito eficiente**”... “Ya hicimos referencia a la importancia que tiene el acceso a la información para las instituciones que funcionan en el ámbito de la economía real, a efectos de lograr esa **gestión eficiente del riesgo de crédito**.” (en Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48<sup>o</sup>. Sesión, 6-IX-2005, pág. 35, los destacados nos pertenecen). Por su parte el Senador Rubio, miembro informante de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, expresa al respecto que la divulgación de información sobre operaciones activas por parte del BCU constituye “...un tema muy importante desde el punto de vista de la **transparencia de la información pública y ciudadana y de las operaciones financieras y comerciales para saber a qué atenerse y cuál ha sido el comportamiento de los deudores.**” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 68<sup>o</sup>. Sesión, 14-XII-2005, pág. 193.

88 ADRIASOLA a alude a esta discusión en su comentario sobre algunos aspectos de la nueva ley (ADRIASOLA, Gabriel, “La ley 17.948 sobre Secreto Bancario: ¿pueden los bancos proporcionar información sobre operaciones activas o sólo se puede acceder a ésta a través del Banco Central del Uruguay?” en “La Tribuna del Abogado”, No. 149, setiembre-octubre 2006, pág. 17).

rización o rango de riesgo crediticio que se le hubiere asignado en la Central de Riesgos Crediticios (que lleva el BCU).

c) El artículo 3ero. **faculta al Banco Central del Uruguay a divulgar la información sobre operaciones activas** a que refiere el artículo 2do. que viene de citarse (es decir, sobre cualquier persona física o jurídica y del conjunto económico que ésta integre que operen en instituciones de intermediación financiera, como asimismo la categorización o rango de riesgo crediticio que se le hubiere asignado en la Central de Riesgos Crediticios que lleva el BCU), estableciendo que dicha divulgación podrá realizarse **por los medios que el BCU estime convenientes**, entre los cuales se menciona, sin que ello implique una limitación, a Internet (art. 4to. de la Ley). Si bien esta norma se ha considerado como un “espejo” del artículo 2do.<sup>89</sup>, veremos más adelante que ello no es tan así, pues existen diferencias que radican en *el alcance de las potestades del BCU* cuando se le solicita información por un particular sobre operaciones activas y cuando se trata de una divulgación pública de operaciones activas por iniciativa propia.<sup>90</sup>

Nos proponemos realizar un análisis del verdadero alcance de estas nuevas disposiciones que se introdujeran al ordenamiento jurídico nacional generando la natural expectativa propia de una temática históricamente muy controversial como lo ha sido la del secreto bancario en nuestro país. Por tratarse de disposiciones que tutelan bienes jurídicos que en principio se presentan como opuestos a aquéllos en cuya protección se basa el secreto profesional y específicamente el secreto bancario, apelaremos a las nociones sobre los fundamentos y alcance de este instituto que hemos analizado en el capítulo II del presente trabajo.

## III.2.- Contexto de normativa internacional y Derecho Comparado en el que se inserta a ley 17.948.-

### III.2.1.- El acuerdo de Basilea II.-

El Comité de Basilea es un organismo creado en el año 1975, que funciona bajo los auspicios del BIS (Bank of International Settlements)<sup>91</sup>. De acuerdo a los antecedentes históricos referidos por HOLZ<sup>92</sup> en su estudio sobre la integración de los sistemas bancarios, el Comité fue organizado en directa respuesta al colapso del banco Herstatt en Alemania en 1974.

Los miembros del Comité no son países, sino los reguladores bancarios de 11 países industrializados más Luxemburgo. Su propósito principal es brindar cooperación regular entre los miembros, en los temas referidos a la *supervisión bancaria*.<sup>93</sup>

Se trata de un órgano asesor cuyas recomendaciones no son vinculantes para sus miembros, aunque constituyen guías regulatorias desarrolladas por consenso de los países miembros, dirigidas a procurar la convergencia de la regulación bancaria hacia un enfoque común, tendiendo a armonizar las legislaciones bancarias de los países miembros, en aras de minimizar los riesgos de la actividad bancaria.<sup>94</sup>

Este esfuerzo de armonización internacional tuvo su primer hito en el Acuerdo de Capitales de Basilea (llamado “Basilea I”) que se anunció en 1988 y entró en vigor en 1992, y que actualmente sirve de base para la regulación de capital de los bancos en más de 100 países. El propósito de este acuerdo era reforzar la solvencia de los bancos y reducir el riesgo sistémico, contrarrestando la tendencia que entonces se observaba y que venía de los años 70, hacia la reducción de los niveles de capital en la industria bancaria.<sup>95</sup> Su contenido básicamente consistía en establecer los requerimientos de capital para todas las operaciones de crédito bancario, intentando así tender hacia el logro de reglas uniformes a nivel internacional.

89 En este sentido se pronuncia el Senador RUBIO, miembro informante de la Comisión de Hacienda del Senado, quien al explicar el proyecto manifiesta: “El artículo 3º es el espejo de esto (el artículo 2do.), o sea, autoriza al Banco Central del Uruguay a dar esa información, la que por el artículo 2do. alguien puede pedir.” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 68º. Sesión, 14-XII-2005, pág. 193).

90 Cuando la información es solicitada al BCU por un particular en el marco del artículo 2do., el BCU tiene la obligación de proporcionarla, mientras que en relación a la divulgación de la información en el marco del artículo 3ero. tiene una potestad discrecional, incluso para la selección de los medios de divulgación, y no una obligación.

91 El BIS es un organismo multilateral establecido el 17 de mayo de 1930, que constituye la organización financiera internacional más antigua del mundo. Tiene la finalidad de fomentar la cooperación monetaria y financiera internacional y opera también como banco de los bancos centrales de los países miembros. La sede central está en Basilea, Suiza, y tiene dos oficinas de representación: una en Hong Kong y otra en la ciudad de México (Cfm. información obtenida de su sitio web: [www.bis.org](http://www.bis.org)).

92 HOLZ, Eva, “La integración de los sistemas bancarios”, FCU, Mont., 1997, págs. 266 y ss.

93 Cfm. HOLZ, op. cit., pág. 266.

94 Cfm. HOLZ, op. cit., pág. 266.

95 Cfm. GONZALEZ, Francisco, “Basilea II: Retos y oportunidades” en Curso en Universidad Nacional Menéndez Pelayo (UIMP-APIE), Santander, 23 de junio de 2004.

A los efectos de seguir avanzando en los propósitos antedichos, y corregir algunas deficiencias que se apreciaron en la aplicación práctica de Basilea I, más recientemente el Comité de Basilea aprobó –el 26 de julio de 2004– el “*Nuevo Acuerdo de Capital*”, más conocido como “Basilea II”.

La médula de Basilea II es la mejora de los métodos de medición y gestión de riesgo de las entidades bancarias, de modo que los requerimientos de capital resulten mucho más ajustados a dichos riesgos. Al decir de SOLEY y RAHNEMA, Basilea II propone medir cualquier fuente concebible de riesgo, incluidas las relacionadas con los sistemas informáticos.<sup>96</sup> Este énfasis en el riesgo se refleja en lo que se ha caracterizado como los tres pilares fundamentales de Basilea II<sup>97</sup>:

a) Los requerimientos de capital de un banco se fijan de forma mucho más ajustada a los *riesgos* a los que realmente se enfrentan las entidades y se tienen en cuenta las diferentes capacidades de cada entidad para medir y gestionar el riesgo.

b) Asignación a los supervisores de la tarea de *evaluar el riesgo global de cada entidad* y las herramientas, sistemas y procedimientos de los que dispone dicha entidad para *gestionar el riesgo*.

c) Reforzar la *disciplina del mercado*, introduciendo una *mayor transparencia en la información* sobre el riesgo y el capital de cada entidad.

En definitiva, nos interesa destacar que la tendencia hacia la transparencia de la información crediticia como una herramienta para la mejora de la gestión de crédito no tiene generación espontánea en nuestro país, sino que viene siendo un tema central en las recomendaciones internacionales dirigidas a la mejora de la supervisión bancaria.

Es cierto que los Acuerdos de Basilea están dirigidos a la medición de los riesgos *en las instituciones bancarias* y de las propias instituciones en aras de lograr una optimización en la determinación de las exigencias de capital. Pero el resto de los agentes comerciales, los no bancarios, no son ajenos a esta premisa según la cual la mejora en la medición y gestión del riesgo se visualiza como un factor de importancia clave para el desarrollo del negocio, y consecuentemente la dinamización de la economía toda. Por tanto, esa información sobre riesgo crediticio de clientes, que las instituciones bancarias optimizarán cada vez más en la medida que se vayan adecuando a Basilea II, es el objeto hacia el que apuntan las normas que, como la Ley 17.948, pretenden hacer accesible esta información a las instituciones no bancarias, en procura de mejorar su gestión crediticia, previendo para ello diversos mecanismos y variados requerimientos de acuerdo con las normas de Derecho Positivo vigentes en cada país.

En el sentido señalado, ha expresado GONZALEZ, reflejando la posición de las instituciones bancarias internacionales, que “*la mejora de los sistemas de gestión de riesgo es, también, una oportunidad muy importante para la sociedad. Porque ayuda a una mayor sanidad y solvencia del sistema financiero en su conjunto; y porque supone, también, un impulso a la eficiencia del sistema, que ha de conducir a una mejor asignación de los recursos.*”<sup>98</sup>

96 SOLEY, Jorge y RAHNEMA, Ahmad, en “*Basilea II: más cerca de lo creemos*”, en e-business Center PwC&IESE Business School, Universidad de Navarra, Barcelona, 2004.

97 GONZALEZ, Francisco, op. cit., pág. 3.

98 GONZALEZ, Francisco, op.cit., pág. 7.

### III.2.2.- Derecho Comparado.-

Muchos países han venido recogiendo –fundamentalmente a partir de la década del '90- esta tendencia hacia la transparencia y el acceso a la información crediticia de las instituciones de intermediación financiera, permitiendo el acceso a la misma a empresas no bancarias.

Pero las soluciones no son uniformes, sino que los distintos países poseen diversos sistemas y grados de apertura del acceso a la información. Así, pueden encontrarse países donde la información es de muy fácil acceso al público en general, y el particular puede requerirla ante el propio Banco Central (como es el caso de la República Argentina); en otros casos existe una Central de Riesgos, pero el acceso a la misma por los interesados –ajenos a las instituciones bancarias que proporcionan los datos- tiene mayores restricciones (como el caso de España); y por último, existen casos en los que la información es de carácter público pero puede accederse a ella a través de entidades privadas –llamadas “Bureau o Buró de Créditos”- donde los bancos aportan la información sobre créditos y todo el que tiene interés en la misma paga para acceder a ella (Estados Unidos, otros países desarrollados y diversos países de América latina). Veamos brevemente algunos de estos ejemplos.

En **Argentina**, el Banco Central emitió una Comunicación al sistema financiero (Comunicación “A” 2729) sobre Clasificación de Deudores, en la cual se obliga a todas las entidades del sistema financiero a *clasificar* a sus clientes desde el punto de vista de la *calidad* de los mismos en orden al cumplimiento de sus compromisos y/o las posibilidades que a este efecto se les asigne, sobre la base de una evaluación de su situación particular (art. 1.1 de la Comunicación). Los bancos clasifican a sus clientes de acuerdo a esta normativa como “buenos”, “regulares” o “malos” deudores. Las entidades bancarias tienen a su vez la obligación de comunicar esta clasificación al Banco Central, quien lleva un **Registro o Banco de Datos** correspondiente a los clientes de todas las entidades, es decir, de *todos* los usuarios del sistema financiero. *Este banco de datos es de carácter público y es accesible por cualquier persona a través de Internet en la página [www.bcra.gov.ar](http://www.bcra.gov.ar)*. Pero la divulgación de la información contenida en dicha base de datos no se limita a ese medio: es circularizada, además, entre los bancos y demás entidades financieras, así como entre las empresas privadas de Riesgo Crediticio (empresas –que también existen en Argentina- generalmente filiales de firmas extranjeras, llamadas “Burós de crédito” dedicadas a vender datos personales sobre créditos). Esta circularización se hacía, hasta hace poco, a través de la distribución física de un CD ROM que también se vende a cualquier interesado en la sede del BCRA<sup>99</sup>, aunque no cabe descartar en el futuro la utilización de otros soportes informáticos.

En **España**, la Ley 44/2002 de 22 de noviembre de 2002, llamada Ley de Reforma del Sistema Financiero, previó en su artículo 59 y siguientes la creación en el seno del “Banco de España” (Banco Central) de la “Central de Información de Riesgos”, a la que define como un “servicio público” que tiene por finalidad recabar de las entidades financieras los datos e informaciones sobre riesgos de crédito, “*para facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad*” y mejorar la tarea de supervisión bancaria llevada a cabo por el Banco de España (art. 59). De acuerdo a esta norma, el régimen de España puede considerarse situado en las antípodas del argentino, ya que la información disponible en la Central de Riesgos *tiene carácter confidencial* por expresa disposición legal (art. 62 apartado Primero), y está destinada al uso exclusivo de las entidades financieras declarantes supervisadas por el Banco de España, a efectos de la concesión y gestión de créditos. Tales entidades no podrán ceder dicha información a ningún tercero a menos que medie *consentimiento expreso del interesado* (art. 62 apartado Tercero). A su vez, el artículo 63 de la Ley establece que los datos declarados a la Central de Riesgos *tendrán carácter reservado para el supervisor* (Banco de España), y que se encuentran sujetos al *secreto profesional* del mismo. Únicamente se admite que éste comparta la información con organismos supervisores de otros países bajo reglas de reciprocidad y de equiparación del Derecho interno sobre el amparo del secreto profesional, siempre que quede asegurada la confidencialidad y protección de los datos (art. 63, apartado Segundo). Por último, está minuciosamente regulado el procedimiento para la “protección de datos personales” (rectificación o cancelación del registro) que puede promover el titular ante la inexactitud de los datos existentes sobre su persona en la Central de Información de Riesgos (artículos 65 y siguientes), y se admite también la existencia de entidades de naturaleza privada dedicadas a brindar información crediticia (art.69).

Finalmente, llegamos al modelo de los Estados Unidos, que fue adoptado por diversos países de América Latina, en el cual la información se brinda a través de Entidades o Sociedades de Información Crediticia, llamadas “Buró de Créditos”, orientadas a integrar información sobre el comportamiento crediticio de personas y Empresas. El principal objetivo de estas entidades es apoyar la actividad económica del país, proporcionando a los diversos agentes económicos la información que les permita una mayor apertura al otorgamiento de crédito a sus clientes, a través de la mejora de su gestión de crédito.<sup>100</sup> Por ejemplo, en México el Buró de Crédito es creado en el año 1996, mientras que en Ecuador la “Ley de Burós de Información Crediticia No. 13” data del 18 de octubre de 2005, y en República Dominicana el funcionamiento de los llamados “Burós de Información

99 Cfm. información obtenida en la mencionada página web del BCRA, y

100 Cfm. objetivos informados por la Comisión Nacional de Valores de México (pág. Web [www.cnbv.gob.mx](http://www.cnbv.gob.mx)).

Crediticia" (BIC), se encuentra regulado también por una ley especial<sup>101</sup> Generalmente estas normas, al igual que los casos ya analizados, además de regular el manejo de la información crediticia a través de estos "Buró", contienen reglas para la protección de los datos personales de los titulares de la información (habeas data).

En síntesis, el régimen está organizado en torno a entidades no estatales, sociedades de carácter privado (Burós), que tienen el objetivo de administrar su base de datos y prestar servicios de referencias crediticias, y están sometidas al contralor de la entidad de supervisión bancaria. A su vez, los clientes contratan con los burós la prestación de servicios de referencias crediticias, mediante el pago de un precio. En definitiva, la característica fundamental es que se sustrae del ámbito estatal la administración de las bases de datos sobre información crediticia, estableciendo la posibilidad de los agentes económicos de acceder a dicha información (la que deberá ser utilizada para la concesión de créditos y gestión crediticia, pero generalmente debe ser mantenida a su vez en reserva por el usuario)<sup>102</sup>.

Pero existe un matiz entre los diversos regímenes organizados bajo la forma de Burós de Información Crediticia: mientras que en algunos casos los mismos reciben la información crediticia directamente de las entidades financieras que la generan (caso de República Dominicana), en otros casos esas entidades financieras la informan al supervisor bancario (Central de Riesgos), y éste es quien la proporciona al Buró (caso de Ecuador). En este último caso, los Burós sólo pueden incorporar información ajena a la proporcionada por la Central de Riesgos, si cuentan con el consentimiento expreso del titular de los datos.<sup>103</sup>

De este somero análisis de derecho comparado, interesa destacar que bajo diversas modalidades, en general se ha venido gestando una apertura o al menos una sistematización y preocupación por la mejor administración de la información crediticia. A su vez, en los diferentes regímenes jurídicos se hacen presentes muchos aspectos problemáticos que plantea la temática de la información crediticia, algunos de los cuales serán analizados más adelante: carácter reservado o no del registro, obligación de guardar secreto profesional por parte del administrador de las respectivas bases de datos, alcance de la divulgación que puede brindar ese administrador de la base de datos, condiciones que se requieren para acceder a las bases de datos, responsabilidad y facultades de difusión que posee el usuario de las bases de datos que recibe la información, los derechos de los titulares de la información (los deudores) en cuanto a la verificación de la veracidad de los datos, realizar correcciones, etc.

### III.3.- Bien jurídico tutelado: secreto vs. "transparencia" o divulgación de la información.-

Veámos en el capítulo II.3 del presente trabajo, que entre los fundamentos del secreto profesional en la actividad bancaria la doctrina ha incluido diversos bienes jurídicos a tutelar. Básicamente pueden sintetizarse en los siguientes: a) la protección de un derecho de carácter individual, esto es, el derecho a la intimidad de la persona como una de las manifestaciones del derecho a la *libertad individual*; b) la necesidad y conveniencia de la reserva para propiciar la confianza del cliente, que es condición para el desarrollo del negocio bancario, tanto por el interés individual del banquero como por el interés general para el crecimiento económico de un país; c) el interés propio del cliente en salvaguardar frente a sus competidores o a terceras personas, la información relevante sobre su persona o negocio.

Pero frente a estas posiciones doctrinarias que podemos considerar más clásicas en defensa del secreto bancario, ha surgido más modernamente la necesidad de dotar al sistema financiero de instrumentos que permitan –como vimos en el capítulo precedente– mejorar la gestión del riesgo crediticio no solamente en el sistema de intermediación financiera, sino también en la actividad comercial en general, brindando a los agentes la disponibilidad de información necesaria para minimizar el riesgo de recuperación de los préstamos otorgados a terceros. Curiosamente, también la defensa de estas modalidades de acceso a la información –que aparecen en primera instancia como contrapuestas al secreto bancario– se han fundado doctrinariamente (al igual que el secreto bancario), en el derecho a la *libertad* del individuo (libertad de información).<sup>104</sup>

101 Llamada "Ley que regula las sociedades de información crediticia y de protección al titular de la información".

102 Como ejemplo puede citarse el art. 4to. num. IV de la Ley de República Dominicana, que dispone: "*todas las personas físicas o morales, las entidades públicas o privadas, debidamente reconocidas como Usuario o Suscriptor de un BIC, que tengan acceso a cualquier información relacionada con el historial de un cliente o Consumidor, de conformidad con esta Ley, deberán guardar la debida reserva sobre dicha información, y en consecuencia, no podrán revelarla a terceras personas, salvo que se trate de autoridad competente. Los funcionarios públicos o privados que con motivo de los cargos que desempeñen tengan acceso a la información de que trata esta Ley, están obligados a guardar la debida reserva, aún cuando cesen en sus funciones.*"

103 Por ejemplo, esta disposición está en el art. 5to. de la Ley no. 13 sobre Burós de Información Crediticia de Ecuador.

104 Siegbert RIPPE expresó al respecto en el Capítulo XIII de su estudio titulado "*Secretos que obstaculizan el acceso a la información comercial, en particular el bancario*", realizado en el marco del "Programa de Servicios de Información comercial para PYMES", que "*Es una conclusión general de la investigación realizada, en definitiva, que el secreto bancario en especial, tal como está actualmente regulado, solo ampara las operaciones bancarias pasivas, que las operaciones bancarias activas no están comprendidas en dicho amparo, que la interpretación y aplicación extensiva de la tutela legal del secreto bancario excede largamente el texto de la normativa del caso, que ello infringe la libertad de comunicación e información e influye negativamente en materia de información comercial y crediticia en perjuicio del desarrollo de las actividades económicas, que tal situación debe corregirse, en principio, a través de nuevas soluciones legales, y ello permitirá por su parte reasegurar el reconocimiento, respeto y funcionamiento de aquella libertad como uno de los valores esenciales de nuestra sociedad...*" (citado en el informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes, en D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 31, los destacados nos pertenecen).

En nuestro país las instituciones de intermediación financiera ya contaban antes de la nueva Ley con este tipo de instrumentos, pues tenían acceso a la información sobre operaciones activas y riesgo crediticio de sus clientes, que ellas mismas comunicaban a la Central de Riesgos Crediticios que lleva el Banco Central del Uruguay. Pero esta disponibilidad de información generaba una desigualdad frente a los otros agentes del llamado “sector real de la economía”, es decir, el sector comercial no bancario, empresas y particulares que no forman parte del elenco de operadores del sistema de intermediación financiera.

La necesidad de mitigar esta asimetría en el acceso a la información sobre operaciones bancarias activas ha sido manifestada en forma constante como un objetivo primario de la nueva Ley en sus antecedentes parlamentarios, tanto por parte de los aportes académicos y técnicos recibidos en la Comisión de Hacienda del Senado, como por los propios legisladores<sup>105</sup>, así como el informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes<sup>106</sup>. En este sentido, RIPPE destacó dos ejemplos concretos que ponían de manifiesto la asimetría existente entonces en materia de información crediticia, ya que las instituciones de intermediación financiera, a diferencia de los proveedores de bienes y servicios, tenían acceso a lo que llamó “información privilegiada” sobre: a) el Registro de cuentas bancarias suspendidas por aplicación de la Ley de Cheques (Decreto-Ley 14.412 de 8.VIII-1975); y b) la Central de Riesgos Crediticios, en la cual puede obrar la información necesaria para conformar una calificación crediticia eventualmente negativa respecto de un potencial deudor.<sup>107</sup> También el Presidente del Banco Central del Uruguay manifestó ante la Comisión de Hacienda del Senado que el proyecto de ley intentaba “progresar en el contenido de transparencia que tiene el funcionamiento de los mercados financieros, que por naturaleza son asimétricos”.<sup>108</sup>

De todas maneras, importa señalar que esta “democratización de la información” no agota el fin perseguido por la nueva Ley, sino que más bien puede considerarse como un medio para el logro de la protección de un bien jurídico de carácter más general, como lo es el la solidez del sistema financiero a través del mejoramiento de la calidad crediticia. En efecto, las facultades de divulgación otorgadas al supervisor bancario, no parecen apuntar simplemente a contemplar la referida igualdad de acceso a la información en aras de la protección del derecho individual a la “igualdad” –que es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (art. 8)-, o el “derecho a la información” de los agentes económicos<sup>109</sup>. La prueba de ello es que el secreto bancario, que aún perdura sobre operaciones pasivas, también implica limitaciones en el acceso a la información que resultan (y siguen resultando) aceptables en aras de la protección de otros bienes jurídicos considerados más relevantes, según ya se ha analizado en el capítulo correspondiente. En realidad, puede considerarse que a través de la divulgación de cierta información financiera se compromete en definitiva la prosecución de un *interés general*, que se encuentra recogido entre las finalidades que la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay le impone (art. 3 de la Ley 16.696 de 30-III-1995): “asegurar el normal funcionamiento de los pagos internos y externos”, y “promover y mantener la solidez, solvencia y funcionamiento adecuado del sistema financiero nacional” (literales “B” y “D”). Este “interés general” protegido sería en este caso la “causa justificante” del relevamiento del secreto profesional del supervisor, que ha sido evaluado como tal por el propio legislador, lo cual despeja dudas sobre su prevalencia sobre los bienes jurídicos tutelados por el secreto, para el caso de las operaciones activas.

Los técnicos del BCU aludieron expresamente a la referida “finalidad” en su participación en la Comisión de Hacienda del Senado, donde se manifestó que si la información sobre operaciones activas es accesible a más cantidad de gente y al público en general (siempre que exista un interés legítimo de parte del interesado), ello beneficia a toda la economía además del supervisor, porque los deudores del sistema bancario van a estar siendo controlados no sólo por sus acreedores bancarios, sino también por sus acreedores comerciales.<sup>110</sup>

105 En el caso de estos últimos son innumerables las alusiones durante la discusión parlamentaria, de modo que sólo a modo de ejemplo cabe citar al diputado Ivan Posada, para quien la errónea interpretación restrictiva que se hacía en los hechos del art. 25 del DL 15.322, determinó que la información sobre operaciones activas hubiera una “opacidad total, que posteriormente se convirtió en una opacidad a medias, porque en la medida en que se crea la Central de riesgos Crediticios del Banco Central del Uruguay, esa información referida a las operaciones activas es manejada por todas las instituciones de intermediación financiera. Es decir que éstas tienen acceso a saber cuál es la categorización de cada uno de los deudores o grupos económicos a niveles del sistema de intermediación financiera. A todas luces se imponía corregir esta situación, a fin de que esta información pudiera estar accesible para el sector real de la economía, que era el otro elemento sustancial para lograr una gestión de crédito eficiente.” (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 35).

106 Allí se expresa textualmente: “Estamos frente a una asimetría en el acceso a la información. Mientras el sistema de intermediación financiera accede al conocimiento del endeudamiento financiero, los restantes sectores de la economía no acceden a dicho conocimiento.” (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48ª Sesión, 6-IX-2005, pág. 30).

107 RIPPE, Siegbert, Acta de la Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido No. 466 del 30 de setiembre de 2005.

108 Actas de la Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido No. 483 del 6-X-2005, pág. 1.

109 En lo que refiere al acceso a la información que sobre sí mismos figura, por ejemplo, en la Central de Riesgos del Banco Central del Uruguay, los agentes económicos ya tenían acceso en virtud de la Ley 17.838 de 24-IX-2004 (llamada Ley de “Habeas Data”).

110 CANTERA, Juan Pedro, Actas de la Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido 565 del 29-IX-2005, pág. 2.

Esta consideración sobre la finalidad perseguida por la Ley puede apreciarse aún más claramente si nos remontamos más atrás en el procedimiento de sanción de la misma. Fue el Banco Central quien remitió el proyecto de ley original –que luego sufrió importantes modificaciones- al Poder Ejecutivo, solicitando su presentación ante el Poder Legislativo. En la Resolución del Directorio del Banco Central No. D/288/2005 de 1° de junio de 2005, que es la que dispone la remisión del proyecto al Poder Ejecutivo, se exponen los motivos por los que se entiende conveniente la aprobación de las normas propuestas, entre los cuales ya se adelantaba que proveer de esa información al público “constituye una herramienta fundamental para el logro de las finalidades del Banco Central del Uruguay previstas en el artículo 3° de su carta orgánica, literales B) y D), al promover la disciplina de los agentes que participan del sistema financiero y la aplicación de prácticas sanas por parte de las instituciones, de sus empleados y directores, así como también de los usuarios del sistema (tomadores de créditos, libradores de cheques, etc.).”<sup>111</sup>

También el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes expresa que proveer toda la información posible al público sobre operaciones activas “constituye una herramienta fundamental para el logro de las finalidades del Banco Central del Uruguay, al promover la disciplina de los agentes que participan del sistema financiero y la aplicación de prácticas sanas por parte de las instituciones.”<sup>112</sup>

En definitiva, puede decirse que a través de los principios sobre divulgación de información crediticia incorporados en la Ley 17.948 se procura la tutela de un bien jurídico vinculado también al interés general (igual que en el caso del secreto bancario, según viéramos en el capítulo II.2), como lo es el beneficio para el desarrollo económico que se persigue generando mejores condiciones a todos los sectores de la economía real en el manejo de sus riesgos crediticios. De algún modo es como si el legislador, sustituyendo al profesional, hubiera realizado por sí la evaluación de la “necesidad” que se señala como una de las “justas causas” en el artículo 302 del Código Penal (ver lit. B del cap. II.4.1), considerando que el secreto profesional puede ceder ante la tutela del bien jurídico que se protege mediante la divulgación de cierta información.

Finalmente cabe precisar que de todos modos, en los antecedentes legislativos de la Ley 17.948, se recuerda la necesidad de compatibilizar el principio de transparencia ahora propugnado con las finalidades perseguidas por el secreto bancario, pues este último sigue siendo un pilar necesario para el desarrollo de la actividad bancaria, cuyo alcance podrá discutirse, pero que sigue resultando necesario. En tal sentido, el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes expresa que “No está en tela de juicio el instituto del secreto bancario. Por el contrario, el secreto bancario es fundamental para el fortalecimiento del sistema financiero en tanto estimula la captación de capitales. Pero su alcance sólo debe comprender a las operaciones que refieren a la captación de depósitos y la información generada por ésta.”<sup>113</sup> El Senador ABREU fue aún más allá, advirtiendo que también el uso indiscriminado de la información sobre operaciones activas puede provocar una expulsión de los tomadores de crédito del sistema bancario, hacia otras fuentes informales de crédito, con el consiguiente perjuicio que ello provocaría a la economía en general.<sup>114</sup>

111 Parte resolutive de la referida Res. D/288/2005 (artículo único).

112 Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48ª. Sesión, pág. 31. En el mismo sentido se pronuncia el diputado Asti, manifestando que “Esa política debe ser la de proveer toda la información al público, porque constituye una herramienta fundamental para el logro de las finalidades del Banco Central del Uruguay al promover la disciplina de los agentes que participan del sistema financiero y la aplicación de prácticas sanas por parte de las instituciones, de sus empleados y directores, así como de los usuarios del sistema, o sea, los tomadores de crédito, libradores de cheques, etcétera.” (D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, pág. 37).

113 D de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, pág. 29.

114 En su intervención, expresa el Senador ABREU en palabras muy ilustrativas: “...me parece muy importante el aporte sobre el bien jurídico tutelado porque, insisto, más allá de compartir la filosofía del proyecto de ley, tenemos que evitar que la norma ingrese en la actividad económica y financiera del país como un elemento desestimulante de la utilización de las instituciones financieras en el sistema uruguayo. Si la persona tiene determinada cantidad de dinero y lo quiere depositar o solicitar crédito pero se ve sujeta a una, digamos, trazabilidad de tal naturaleza que, entre otras cosas, tiene que ver cuál es el límite para proteger su intimidad, la primera reacción natural que va a tener es la de no ingresar al sistema financiero y comenzar a trabajar sobre el sistema de pulperías y de escribanos pidiendo plata prestada. Entonces, respetando la filosofía del proyecto de ley, tenemos que buscar que la información sea transparente para evitar que bajo el secreto bancario se estén amparando determinadas situaciones que están reñidas con la ética y con la sociedad, respecto a los valores que se quieren preservar. Pero por otro lado, debe defender las instituciones y al sistema financiero para que su información no termine desestimulando a los actores a integrarse al mismo” (Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, Distribuido no. 565, 29-IX-2005, pág. 3).

### III.4.- Análisis de algunas cuestiones relativas al alcance de las normas de la Ley 17.948 a la luz de la normativa existente sobre secreto profesional y los principios ya comentados sobre divulgación de información.-

#### III.4.1.- Artículo 1ero. – delimitación del alcance del secreto bancario.-

No analizaremos aquí el instituto del secreto bancario en general, ni las características generales sobre su regulación en el artículo 25 del DL 15.322, puesto que ello excedería el propósito del presente trabajo, y ya ha sido objeto de extensos y calificados análisis doctrinarios, que han intentado dirimir las controversias que generó su aplicación práctica antes de esta nueva Ley aclaratoria (sobre todo en lo que refería a si estaban comprendidas sólo las operaciones pasivas o también las activas)<sup>115</sup>. Sí intentaremos realizar algunas reflexiones sobre los efectos que puede tener respecto de la divulgación sobre operaciones activas, al menos desde un punto de vista teórico, la aclaración sobre su alcance que introduce el artículo 1ero. de la Ley 17.948.

En primer lugar, debe recordarse que el artículo 1ero. no introduce modificaciones en el contenido del artículo 25 del DL 15.322, sino que ratifica el alcance que la posición mayoritaria<sup>116</sup> había conferido al denominado “secreto bancario”, que incluye solamente:

a) La información sobre operaciones bancarias pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera y toda otra operación en la que éstas asumen la condición de deudores, depositarios, mandatarios o custodios de dinero o de especie respecto de sus clientes.

b) La información confidencial recibida de sus clientes o sobre sus clientes, ya sea en ocasión de celebrar operaciones activas como pasivas.

La sanción de una nueva norma referida al secreto bancario, aunque sólo tuviera como en este caso una intención interpretativa, generaba la inquietud de que, sobre todo a nivel internacional, ello pudiera observarse como un cambio en un tema tan sensible como lo ha sido históricamente el secreto bancario en el Uruguay. Tan es así, que el artículo 1ero. no existía en el proyecto de ley que fuera remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento, y fue incorporado en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes, haciendo caudal de otro proyecto presentado en legislaturas anteriores que no había sido aprobado.<sup>117</sup>

Existió también un extenso debate parlamentario respecto de si los efectos del artículo 1ero. serían “interpretativos”, “declarativos” o “modificativos”<sup>118</sup> del contenido del artículo 25 del DL 15.322, puesto que ello suponía que se confirieran efectos retroactivos o no a la nueva norma, con las consecuencias que ello implicaría sobre las operaciones anteriores a la nueva ley.<sup>119</sup>

Pero la pregunta fundamental a formularse a partir de esta norma (que aclara definitivamente que las operaciones activas están excluidas del secreto bancario), es si las instituciones de intermediación financiera, que

115 Cabe citar como ejemplo, “El secreto bancario en el Uruguay” (Panel sobre Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras el 9 de noviembre de 1994 con los siguiente panelistas: CREIMER, Israel; ADRIASOLA, Gabriel; CERVINI, Raúl; TARIGO, Enrique, OPERTTI BADAN, Didier), Ed. FCU y Cámara de Entidades Financieras, Mont. 1995; OLIVERA, Ricardo, “Manual de Derecho Bancario Uruguayo” Tomo I, Ed. IEEM, Mont. 1989, págs. 189 y ss.; RIPPE, Siegbert, “Secreto Bancario” FCU, Mont, octubre de 2005.

116 No cabe extendernos sobre las posiciones existentes antes del dictado de la Ley 17.948 sobre el alcance del art. 25 del DL 15.322, aunque puede destacarse que en la práctica las instituciones de intermediación financiera en general (públicas y privadas) asumieron una posición prudente que incluía las operaciones activas (aquéllas en que el banco es acreedor de su cliente, es decir, los préstamos bancarios en general) en el secreto bancario regulado por el citado art. 25. El Plenario de Abogados de la Asociación de Bancos del Uruguay se pronunció expresamente en el año 1982 en este sentido, considerando las operaciones activas comprendidas en el concepto de “informaciones confidenciales” del artículo 25 del DL 15.322 (en pronunciamiento citado por OLIVERA, Ricardo, en “Manual de Derecho Bancario...” cit., pág. 197). Desde el punto de vista doctrinario, esta posición era minoritaria (cabe citar como ejemplo la posición sustentada por CERVINI, Raúl, en “Alcances del secreto bancario en el Uruguay”, en “Secreto Bancario en el Uruguay” cit., AAVV, pág. 44 y 45). Dentro de la posición mayoritaria en la doctrina, que consideraba excluidas del secreto bancario del art. 25 del DL 15.322 a las operaciones bancarias activas, cabe destacar la de OLIVERA GARCIA (“Manual de Derecho Bancario...” cit., pág. 198), y GAMARRA, Jorge Luis (en LJU, T. 119, pág. 83), entre muchos otros. La Sala de Abogados del Banco Central del Uruguay se había pronunciado en varias oportunidades sosteniendo que las operaciones activas estaban excluidas el secreto bancario previsto en el DL 15.322 (entre otros Dictámenes, el No. 279 de 19 de abril de 2001 desarrolla extensamente esta posición).

117 Ver en tal sentido, el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes, en D. de S. de la C. de R., 48va. Sesión, pág. 28 y ss. La incorporación se realizó a instancias del diputado Iván POSADA, quien había sido precursor del anterior proyecto que no prosperó.

118 ADRIASOLA se pronuncia sobre este aspecto considerando que el artículo 1ero. de la Ley 17.948 no es una norma interpretativa sino modificativa, que rige hacia el futuro exclusivamente (“La Ley 17.948 sobre Secreto Bancario: ¿Pueden.....” cit., pág. 17).

119 En este sentido se pronuncia el Dr. ARTECONA, abogado asesor del Banco Central del Uruguay, en su comparecencia ante la Comisión de Hacienda del Senado. Se estaba discutiendo entonces un texto del artículo 1ero. que comenzaba, a diferencia del que finalmente fue sancionado, enunciado: “Declárase por vía interpretativa que el secreto bancario.....”. ARTECONA puntualizó que ese carácter interpretativo implicaba que “el secreto bancario no se modifica”, es decir, no es una norma innovadora respecto del texto del artículo 25 ya existente, pero ello no debería entenderse como cuestionador de la responsabilidad de las instituciones de intermediación financiera que habían venido otorgando una interpretación diversa de dicho artículo 25, es decir, considerando a las operaciones activas como incluidas en el secreto bancario.

son quienes detentan originariamente la información sobre operaciones activas de sus clientes (es decir, los préstamos que otorgan), se encuentran habilitadas entonces para revelar libremente dicha información, y en tal caso en qué condiciones (si pueden hacerlo al público en general, sólo a ciertas personas y en tal caso a cuáles, por qué medios, etc.).

ADRIASOLA<sup>120</sup> aborda el estudio de esta cuestión, arribando a la conclusión de que tal revelación por parte de los bancos no es posible, fundamentalmente apelando al argumento de que la propia Ley 17.948, en los artículos siguientes (fundamentalmente el artículo 2, 3 y 4), centraliza en manos del Banco Central del Uruguay la divulgación de información sobre estas operaciones activas. Es decir, que la ley no confiere a los bancos la potestad de brindar directamente la información sobre operaciones activas al público que se presente a requerirlas, sino que establece un procedimiento para que los interesados se presenten ante el Banco Central del Uruguay (art. 2do.), o que éste decida divulgar públicamente dicha información (art. 3). Cita en tal sentido a RIPPE, quien manifiesta que la ley apunta a que sea el Banco Central del Uruguay, y no la institución de intermediación financieras, el que tenga o tome la decisión administrativa de difundir información sobre operaciones bancarias activas.<sup>121</sup>

Coincidimos parcialmente con la conclusión de ADRIASOLA (en cuanto a que la limitación del secreto bancario a las operaciones pasivas no implica *per se* que los bancos puedan divulgar libremente la información sobre operaciones activas), pero entendemos que en respaldo de la misma, y más allá del contenido concreto de la Ley 17.948, debe invocarse el propio alcance del *secreto profesional* que obliga a las instituciones de intermediación financiera *aún en aquellos casos en que se trata de información no amparada por el secreto bancario previsto en el art 25 del DL 15.322*.

En efecto, aún antes de la sanción de la Ley 17.948, se discutía si las operaciones activas, en caso de no estar comprendidas en el “secreto bancario” del artículo 25 del DL 15.322, estaban igualmente comprendidas en el “secreto profesional” que se impone a los bancos en virtud del art. 302 del Código Penal, por tratarse de todos modos, de información que dichas instituciones poseen en virtud de la actividad profesional que desempeñan. Esta es la interpretación que realizaba el Banco Central del Uruguay<sup>122</sup>.

ADRIASOLA rechaza esta posición, sosteniendo que de acuerdo a esa tesis, se establecía una suerte de “blindaje” absoluto a las operaciones activas, estableciendo a su respecto una protección mayor que sobre las operaciones pasivas. Ello sería así –sostiene el autor– porque el secreto bancario (art. 25 del DL15.322) prevé al menos dos situaciones en que el mismo puede ser levantado por mandato judicial (además del consentimiento del interesado), mientras que ello no se daría respecto del secreto profesional.

Nos permitimos discrepar con esta posición, pues a nuestro entender no contempla el verdadero alcance y las causas justificantes de relevamiento del “secreto profesional”, que se han analizado extensamente en el capítulo II del presente trabajo. Trataremos de aclarar esta cuestión.

La diferencia entre el régimen jurídico que impone nuestro país al secreto bancario respecto del secreto profesional, puede resumirse, a los efectos que nos interesan, en la siguiente:

a) El llamado “secreto bancario”, establecido en el artículo 25 del DL 15.322, es un régimen de carácter rígido que aplica el secreto profesional a determinada información que poseen los bancos (sobre operaciones pasivas e información confidencial recibida de sus clientes), y admite, en forma **taxativa**, solamente 3 causales de revelación: la autorización expresa y por escrito del interesado, resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria; sin perjuicio de cierta flexibilización que la Ley 18.083 de 27-XII-2006 introdujo a este régimen en materia tributaria.<sup>123</sup> Apreciado desde el punto de vista de la pena impuesta por su violación, se trata de un instituto que goza de una protección mayor que el secreto profesional, pues su transgresión se castiga con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.

b) Por otro lado, el “secreto profesional”, instituto aplicable genéricamente a todas las profesiones (incluida la bancaria), se encuentra establecido en el artículo 302 del Código Penal, y específicamente para el Banco Central

120 ADRIASOLA, op. cit., pág. 18.

121 Cita de declaraciones del Dr. RIPPE que obran los antecedentes parlamentarios publicados en la página web del Poder Legislativo ([www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy)), en ADRIASOLA, “La Ley ...” cit., pág. 18.

122 Relatando esta posición del BCU, expresó el Dr. ARTECONA ante la Comisión de Hacienda del Senado, que si bien las operaciones activas no están incluidas en el art. 25 del Decreto-Ley 15.322, las mismas no pueden ser divulgadas libremente, “...no porque existan las restricciones impuestas por el artículo 25, sino porque hay una obligación genérica de secreto profesional derivada del artículo 302 del Código Penal que, por un lado, vincula a los bancos respecto de sus clientes...” (Acta Com. Hac. del Senado, Distribuido No. 565, pág. 1.

123 Como ya hemos visto, la Ley de Reforma Tributaria (No. 18.083 de 27-XII-2007), incorporó una serie de normas en sus artículos 53, 54, 55 y 56, dirigidas a flexibilizar el acceso de la Administración Tributaria a la información sobre contribuyentes protegida por el secreto bancario establecido en el art. 25 del D.L. 15.322. Ya hemos mencionado brevemente el contenido de estas reformas en la nota al pie No. 10, por lo que basta recordar que refieren al alcance de los acuerdos voluntarios con el contribuyente para levantar el secreto bancario, la resolución judicial que dispone dicho levantamiento, la inoponibilidad del secreto por parte de las instituciones de intermediación financiera frente a la Administración Tributaria, y un procedimiento para la traba de una suerte de “embargo genérico sobre cuentas bancarias” en los juicios ejecutivos tributarios o medidas cautelares de esta índole.

del Uruguay también en los artículos 22 y 23 de su Carta Orgánica.<sup>124</sup> Es un régimen más flexible que el secreto bancario, puesto que el Código Penal no establece en forma taxativa las causales de revelación, sino que establece genéricamente que éste podrá ser relevado por “**justa causa**”: ello implica que las “justas causas” habilitantes de la revelación del secreto profesional no se agotan en las hipótesis previstas en el art. 25 del DL 15.322 y su verificación podrá ser evaluada por el “depositario” del secreto. La sanción penal que se impone por su violación, a su vez, es más benévola que en el caso del secreto bancario, y consiste en una multa de 100 a 600 Unidades Reajustables.<sup>125</sup>

Con estas precisiones puede apreciarse claramente que el “secreto profesional” no constituye un régimen más rígido sino más flexible que el secreto bancario, y por tanto sostener que las operaciones activas se encuentran de todos modos amparadas por el mismo no les confiere un estatuto más restringido sino más liberal (en cuanto a la divulgación de información por parte de los bancos) que el de las operaciones pasivas.

En este sentido ya se había pronunciado la Sala de Abogados del Banco Central del Uruguay en el año 2001<sup>126</sup>, y se vuelven a pronunciar claramente los técnicos de dicha Institución en los antecedentes legislativos de la Ley 17.948, manifestando que “*en el tema específico de las operaciones activas no hay un problema específico del artículo 25 de la Ley No. 15.322 sino un tema más genérico referido al alcance del secreto profesional, cuyos límites son mucho más flexibles. Mientras que el artículo 25 encorseta la posibilidad de divulgar información a determinadas causales taxativamente enumeradas por la norma, el artículo 302 del Código Penal, que es la disposición en la cual genéricamente tiene base el secreto profesional, tiene límites mucho más flexibles en tanto releva del secreto por justa causa.*”<sup>127</sup> También RIPPE en su intervención alude a esta diferencia entre el secreto bancario y el profesional que hace más flexible a éste respecto de aquél.<sup>128</sup>

Razonando por el absurdo, no parece sensato sostener que los bancos, por no tener a sus operaciones activas amparadas por el secreto bancario del artículo 25 del DL 15.322, fueran absolutamente libres de divulgar indiscriminadamente la información sobre las mismas. Ello colocaría –curiosamente– a la actividad bancaria en una situación de mucho menor reserva que la actividad de cualquier otro profesional (como por ejemplo, las otras actividades comerciales, los médicos, escribanos, etc.).

Las instituciones de intermediación financiera están comprendidas, como las demás entidades y personas que desempeñan una actividad en forma profesional, en la obligación genérica de guardar secreto profesional que les impone el art. 302 del Código Penal. Las operaciones activas, que según hemos visto, están fuera del ámbito de aplicación del secreto bancario, sí están alcanzadas por el referido secreto profesional.<sup>129</sup> En consecuencia, se aplica la

124 Ley 16.696 de 30-III-1995.

125 La pena de multa expresada en UR fue establecida por el art. 216 de la Ley 15.903 de 10-IX-1987.

126 En Dictamen No. 279 de 19-IV-2001 expresó dicha Sala de Abogados: “*a diferencia del caso de las operaciones pasivas y de las informaciones confidenciales, las “justas causas” habilitantes de la revelación de la información no se agotan, en el caso de operaciones activas, en las hipótesis previstas en el art. 25 del Decreto Ley 15.322.*”.

127 Intervención del Dr. ARTECONA en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores, Acta en el Distribuido No. 565 de 13-X-2005, pág. 2.

128 Resulta muy ilustrativa la transcripción de la alocución del Dr. RIPPE, quien expresaba al respecto: “*Nadie ha pretendido desaplicar el artículo 302 del Código Penal en materia de reserva de información. Digo esto porque dicho artículo tutela el secreto profesional en su sentido más amplio y la diferencia fundamental es entre el secreto bancario y el profesional. De alguna manera, el secreto bancario deriva o es una variante sustantiva del secreto en términos generales ya que la única forma de levantar el secreto bancario es ante la justicia penal, ante la justicia de familia en temas vinculados con pensiones alimenticias o en caso de que hubiera un consentimiento por parte de aquel que resulta tutelado por dicho secreto. En materia de secreto profesional, las diferencias sustantivas, a mi juicio, radican en que dicho secreto puede ser levantado por cualquier juez, pues no se necesita que sea un juez penal, como en el secreto bancario, o un juez de familia como en el caso de las pensiones alimentarias. En este caso, podría ser relevado por cualquier juez, incluso civil, siempre con razones fundadas y en el marco de un determinado proceso con todas las garantías del debido proceso legal. Además, el secreto profesional puede ser relevado por justa causa, elemento que no encontramos en el secreto bancario. Por tanto, se podrá valorar si una persona, que tiene reserva derivada de una información de un tercero, tiene o no justa causa para levantar el secreto profesional. Entonces, esto queda un poco a criterio del depositario de la información y de un tercero, como puede ser un juez, lo cual sucede en la práctica corriente. Debido a mi experiencia profesional del caso –no la académica– puedo decir que esto sucede con el secreto profesional bursátil, donde puede invocarse el artículo 302, pero luego un juez civil puede decir que por tales razones lo releva de secreto profesional, por lo tanto, quien está en el ámbito bursátil tiene una causa justificada para poder relevar el secreto.*” (Com. de Hac. de la Cam. de Sen., Acta en Distribuido No. 466 de 29-IX-2005, pág. 2, los destacados nos pertenecen).

129 OLIVERA GARCIA sostiene al respecto que si bien los créditos otorgados por la entidad bancaria a sus clientes (operaciones activas) no están comprendidas en el secreto bancario previsto en el artículo 25 del DL 15.322, dichos créditos de todos modos se hallan “*amparados por el secreto de fuente convencional, emergente de los usos bancarios*” coexistiendo dicha obligación emanada de los usos bancarios con la obligación legal de guardar secreto bancario sobre las operaciones pasivas. Afirma el autor que debe descartarse la posición que sostuvo la posibilidad de que las instituciones de intermediación financiera divulguen libremente la información sobre las operaciones activas que celebren por no haber quedado éstas incluidas en el secreto bancario del DL 15.322 (Consejero de Estado Ing. Praderi), puesto que ello implicaría desconocer “*el complejo de relaciones jurídicas que se traban entre el cliente y la entidad financiera con motivo de la contratación. Si en el régimen vigente con anterioridad al decreto-Ley No. 15.322 la obligación de guardar secreto bancario –con alcance a todas las operaciones celebradas entre la entidad bancaria y el cliente– tenía su fuente en un uso bancario, incorporado tácitamente a los contratos entre las partes, carece de sentido afirmar que la sanción de un régimen especial, que penaliza con singular gravedad la violación del secreto sobre algunas operaciones e informaciones en particular, determina la desaparición del uso bancario que impone, con un contenido más amplio, la obligación de guardar secreto.*” (“Manual.....” cit, pág. 192). En el mismo puede citarse la posición de SUPERVIELLE (“*El Depósito Bancario*” cit, pág. 199), para quien, antes de la vigencia del Decreto-Ley 15.322 que consagra el secreto bancario para las operaciones pasivas, tanto las operaciones pasivas como las activas se encontraban protegidas por el secreto profesional, en virtud del art. 302 del Código Penal, que cubría “*todas las relaciones del banquero con el cliente, desde el período precontractual hasta la etapa posterior a la terminación y cesación de todo vínculo jurídico*”. Particularmente en relación a las operaciones activas, sostiene SUPERVIELLE que su revelación puede ser perjudicial para el cliente, puesto que permite a la competencia conocer “*su verdadera composición patrimonial, así como los informes que hace llegar confidencialmente a un gerente para explicar su verdadera situación económica y financiera*”.

regulación general del secreto profesional, esto es, que dichas operaciones podrán ser reveladas siempre que medie una “justa causa”, que no se restringe a las enumeradas taxativamente en el art. 25 del DL 15.322, sino que, por ejemplo, podrá tratarse de una orden escrita y fundada de un juez aún ajeno a la materia penal o competente en materia de pensión alimenticia. En lo que refiere al concepto de “justa causa”, cabe remitirnos al análisis ya realizado en el capítulo II.4 del presente trabajo al analizar el secreto profesional. Y como hemos visto en el capítulo II.4.2, es la propia institución bancaria, esto es, el “profesional” que posee la información, a quien corresponde evaluar la existencia de una justa causa que le releve de guardar secreto sobre las operaciones activas.

En definitiva, y por las razones expresadas, concluimos que ni el artículo 1ero. de la Ley 17.948, ni tampoco sus restantes artículos, modifican la posición que las instituciones de intermediación financieras tenían antes de la sanción de dicha Ley en relación a las facultades para revelar por sí mismas información sobre las operaciones activas de sus clientes. Ello significa que la obligación y/o facultades de divulgación que se confieren al Banco Central del Uruguay en los artículos 2 y 3 de la ley, no alteran la situación de los bancos en relación a la información que pueden brindar en forma directa sobre operaciones activas: las mismas se mantienen excluidas del secreto bancario, y están amparadas en el secreto profesional, por lo que podrán ser reveladas si se configurara una “justa causa” para ello.

Se dirá que el particular que necesite recabar dicha información cuenta ahora con un instrumento mucho más eficaz en el artículo 2do. de la Ley, que es requerirla directamente al Banco Central del Uruguay antes que intentar configurar una “justa causa” para solicitarla ante la institución bancaria, pero ello no invalida los aspectos jurídicos señalados, que en todo caso podrán tener relevancia a la hora de que una institución de intermediación financiera reciba directamente un requerimiento judicial o extrajudicial de información sobre operaciones activas. Ello significa que si una institución de intermediación financiera recibe, por ejemplo, un requerimiento judicial solicitando información sobre operaciones activas, no podrá excusarse en la Ley 17.948 para no dar cumplimiento a la orden judicial: deberá evaluar si considera a esa orden judicial como una “justa causa” para revelar la información, y en tal caso brindar la información, o explicitar al juez las razones por las que no entiende configurada la justa causa.

Debe tenerse en cuenta, además, que cuando la información es requerida al Banco Central del Uruguay en el marco del artículo 2 de la Ley 17.948, éste también deberá realizar una evaluación previa, en este caso para determinar si se han cumplido los presupuestos que la norma exige para brindar la información (entre los que se encuentra la legitimación del requirente), según se analizará en forma inmediata.

### III.4.2.- Artículo 2do. – “derecho a la información”

#### A.- Alcance de la norma.-

Esta norma ha sido caracterizada como consagratoria del “derecho a la información” (en consonancia con el llamado “derecho a la divulgación” establecido en el artículo 3ero.)<sup>130</sup>, a la luz de los bienes jurídicos cuya tutela se persigue a través de las normas sobre transparencia en la información contenidas en la Ley 17.948. Pero como habíamos adelantado en el capítulo correspondiente al análisis del bien jurídico tutelado (ut supra, cap. III.3), la transparencia en la información parece ser más que un fin en sí mismo, un medio para lograr la tutela de un interés de carácter general, como lo es el desarrollo de la economía a través de una mejora en la gestión del crédito. Así, el foco de atención parece desviarse de la protección del derecho individual a la información (el que en todo caso también es dejado a un lado por el instituto del “secreto bancario” cuya existencia y conveniencia no se cuestiona), para desplazarse hacia el logro de una gestión más eficiente del riesgo crediticio por parte de las entidades comerciales no bancarias, en beneficio del desarrollo económico en general.<sup>131</sup>

130 Cfm. RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita, según expresiones utilizadas al analizar ambos artículos ante la Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido No. 466 de 30-IX-2005, pág. 1.

131 Si bien ya hemos analizado el tema de los bienes jurídicos tutelados mediante la nueva Ley, cabe agregar la alusión expresa y clara efectuada al mismo en el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes: “Para que los siempre escasos recursos que el mercado de crédito en su globalidad (sectores financiero y no financiero) se utilicen eficiente y eficazmente en beneficio de las actividades productivas, y consecuentemente, de toda la economía, es fundamental la existencia de transparencia de la información con relación a préstamos, créditos, hipotecas, prendas, avales o garantías u otras obligaciones, convenidas entre éstos y las empresas que realizan intermediación financiera. La transparencia es pues vital para el desarrollo económico en tanto la información es fundamental para las decisiones del sector financiero, pero también lo es para el sector no financiero, por cuanto ayuda a darle un mejor destino a los recursos disponibles en la economía. Si esto es fundamental para una economía en crecimiento, se torna en una cuestión vital para una economía que ha soportado cuatro años de recesión. El crédito es una herramienta fundamental para el crecimiento de la economía, por tanto, el conocimiento de quienes han accedido al mismo y en qué condiciones, afectando qué bienes, etc., constituye información relevante para el conjunto de la economía, pero en especial para el sector real de ésta. Lo es para quienes producen bienes, para quienes los comercializan o para quienes realizan actividades prestadoras de servicios. Una asignación eficiente de los recursos de crédito disponible en una economía sólo es posible si todos los agentes tienen acceso a la información relativa al endeudamiento de sus clientes con el sistema de intermediación financiera. Ello permite evaluar con mayores elementos de juicio el riesgo de crédito que deben asumir los diversos agentes económicos del sector no financiero.” D. de S. de la C. de R., 48º. Sesión, 6-IX-2005.

En virtud de que el artículo primero de la ley no hacía más que aclarar el contenido de la Ley ya existente sobre el secreto bancario (art. 25 del DL 15.322), podemos decir que los artículos 2 y 3 de la Ley 17.948 contienen la verdadera innovación que introduce la norma: la posibilidad de que el Banco Central del Uruguay pueda revelar información –sobre operaciones activas- que hasta el momento le estaba vedado divulgar en virtud del *secreto profesional* (no el secreto bancario) que amparaba dicha información, obtenida en y para el ejercicio de sus cometidos de control sobre el sistema financiero.<sup>132</sup>

En cuanto a qué tipo de información puede solicitarse en el marco de este artículo, la norma, en consonancia con la exclusión del secreto bancario de las operaciones bancarias activas a que refiere el artículo primero, comprende:

a) operaciones bancarias activas de personas físicas o jurídicas que operen con instituciones de intermediación financiera, excluyendo la información confidencial recibida de sus clientes o sobre sus clientes en ocasión de celebrarse esas operaciones bancarias activas.

b) Información concerniente a la categorización o rango de riesgo crediticio asignado que conste en la Central de Riesgos Crediticios que lleva actualmente el Banco Central del Uruguay.

Una primera aclaración que debe hacerse sobre el alcance de esta norma: refiere a la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas soliciten información relativa a *otras* personas físicas o jurídicas (o el conjunto económico que integren), es decir, sobre *terceros* y no sobre sí mismos. Ello obedece no sólo a que la redacción del artículo 2do. así lo sugiere, sino también a que la posibilidad de solicitar información sobre sí mismos en las diversas bases de datos, es un derecho ya consagrado en la llamada Ley de Habeas Data (Ley 18.838 de 24-IX-2004). Esta posibilidad de solicitar información sobre sí mismos –que puede ser ejercida respecto de la información obrante en la Central de Riesgos a cargo del BCU- también contempla la posibilidad de contar con los medios procedimentales para corregir la información que pudiere contener errores o causar de un modo u otro un perjuicio ilegítimo a su titular.

En segundo lugar, cabe recordar que la amplitud del ámbito subjetivo de los posibles solicitantes de información (“*cualquier persona física o jurídica*”) viene a cumplir precisamente uno de los objetivos fundamentales de la ley, cual es –según vimos en el capítulo sobre el bien jurídico tutelado (supra, num. III.3)- “democratizar la información”, esto es, eliminar la asimetría preexistente en el acceso a la información sobre operaciones activas de la Central de Riesgos del Banco Central. Hasta el momento dicha información sólo era accesible para las instituciones de intermediación financiera (que eran quienes la proporcionaban al BCU), mientras que a partir de la ley los restantes agentes económicos (personas físicas y jurídicas) pueden solicitarla.

Una tercera cuestión que se plantea en relación a este artículo, es si la “centralización” en el Banco Central del Uruguay del flujo de información sobre operaciones activas que parece consagrarse en forma excluyente (la norma dice en su segunda parte que “*Dicha información deberá ser solicitada al BCU*”), impide que los particulares se presenten ante las propias instituciones de intermediación financiera a solicitar la información.

Por los fundamentos que venimos de exponer en el capítulo anterior, entendemos, por un lado, que esta norma no impide en términos absolutos que los bancos sean requeridos directamente de información sobre operaciones activas, pero, al igual que sucedía antes de la sanción de la Ley 17.948, ese pedido de información no se registrará por el artículo 2do. que ahora analizamos, sino por las normas generales sobre secreto profesional que continúan amparando a las operaciones activas de los bancos, o al decir de OLIVERA GARCIA<sup>133</sup>, los “usos y costumbres” que imponen la reserva como obligación tácitamente incorporada a los contratos entre el banco y su cliente. Esto significa que los bancos podrán responder a tales solicitudes solamente si consideran que existe una “justa causa” para la revelación, y no se encuentran obligados a proporcionarla, como sí sucede –según veremos en seguida- con el Banco Central del Uruguay en caso de que la solicitud se presente ante dicha institución en el marco del artículo 2do. de la Ley 17.948.

En cuarto lugar, cabe determinar si el Banco Central del Uruguay, una vez que una persona física o jurídica se presenta en el marco de este artículo a requerir la información allí prevista, cuenta con algún grado de discrecionalidad para responder negativamente al pedido, o bien se encuentra obligado en todos los casos a proporcionar la información.

132 Expresa al respecto el Dr. ARTECONA, Abogado Asesor del BCU, ante la Comisión de Hacienda del Senado, que “...en nuestra opinión, este proyecto de ley, por un lado, no es innovador en el sentido de que el secreto bancario consagrado en el artículo 25 del decreto-ley No. 15.322 el Banco Central siempre entendió que no comprendía información sobre operaciones activas. Sin embargo, sí contiene una **innovación fundamental** como lo es la posibilidad de la **divulgación al público** de la información sobre las operaciones activas. Si bien, reitero, no está comprendida en el artículo 25, nosotros entendíamos que esa información **no era libremente divulgable**, salvo que, de acuerdo al artículo 302 del Código Penal, mediara una **justa causa**. Entonces, en este aspecto es que el proyecto de ley abre el espectro de acción, permitiendo al público en general acceder a una información que, a nuestro juicio, entendíamos que actualmente estaba restringida, dado el alcance del **secreto profesional**.” (Distribuido No. 565 del 29-XI-2005, pág. 1, los destacados nos pertenecen).

133 “Manual de Derecho Bancario...” cit., pág. 198.

Si bien es cierto que la redacción del artículo en su inicio no es del todo feliz a los efectos de dilucidar esta cuestión, pues comienza estableciendo que toda persona física o jurídica “podrá solicitar” la información; la respuesta se encuentra en la segunda frase del inciso primero, en cuanto expresa que el BCU “deberá informar sobre las solicitudes en el plazo de 20 días”. La conjugación del verbo en imperativo, en clara contraposición al giro utilizado en el artículo 3ero., en el que se establece que el BCU “está facultado” para realizar determinadas divulgaciones de información, parecen indicar en forma concluyente que no existe discrecionalidad del BCU para proporcionar la información, pues una vez que ésta es solicitada cumpliendo los términos del artículo 2do., el BCU no podrá negar la misma.

Esta es, por otra parte, la intención que surge claramente de los antecedentes parlamentarios de la ley, puesto que uno de los pilares fundamentales del proyecto, como ya hemos comentado, fue precisamente el logro de la “igualdad” en el acceso a la información sobre operaciones bancarias activas, salvando las diferencias o “discriminación”<sup>134</sup> existentes hasta entonces entre las instituciones de intermediación financiera, y el resto de los “agentes de la economía real”<sup>135</sup>. En términos muy ilustrativos se pronunciaron varios legisladores, entre ellos el senador BRAUSE, al señalar que el principal propósito de la ley fue “democratizar la información”.<sup>136</sup> También existen varias referencias concretas a que el artículo 2do. de la Ley establece una *obligación* para el Banco Central del Uruguay, el que deberá contestar los requerimientos existentes, pues de lo contrario se desvirtuaría uno de los principales objetivos de la ley que la “transparencia del crédito, esto es, que “quien otorgue un crédito tenga la seguridad de saber a quién se lo está dando”.<sup>137</sup>

Pero ello no significa que no deba existir, en todo caso, una resolución expresa o tácita del Banco Central del Uruguay mediante la cual se disponga proporcionar la información a quien la solicita, puesto que al menos deberá controlar que se verifiquen los presupuestos previstos en el art. 2do. de la Ley para que tal información sea otorgada al solicitante. Así lo expresó RIPPE en su intervención ante la Comisión de Hacienda del Senado, señalando que el BCU será quien *tome la decisión administrativa* de difundir información sobre operaciones bancarias activas.<sup>138</sup> Ello nos lleva necesariamente a analizar en los dos capítulos siguientes las limitaciones que sí pueden existir en torno a la solicitud de información en el marco del art. 2do. de la Ley.

## B.- legitimación activa del peticionante – interés legítimo.-

Si bien la fórmula utilizada por la norma se presenta en principio como muy amplia (“toda persona física o jurídica podrá solicitar...”), veremos que esa legitimación puede tener algunos requerimientos impuestos por la propia norma, o en todo caso así se ha sido interpretado en sus antecedentes parlamentarios.

Una primera cuestión que se plantea, ya que la solicitud se presenta ante el Banco Central del Uruguay, esto es, ante un órgano administrativo, es si por el sólo hecho de tratarse de una petición administrativa la misma debe ser interpuesta por el titular de un interés legítimo. La respuesta a esta interrogante es negativa, puesto que la Constitución consagra en su artículo 30 el derecho de petición a “todo habitante” y no solamente a quienes

134 Según término usado por el Dr. RIPPE (Acta de la C. de H. de la C. de S., Distribuido No. 466, pág. 3).

135 Nos remitimos sobre el punto a las múltiples citas realizadas en oportunidad de analizar en el capítulo III.3 el bien jurídico protegido, entre las que cabe destacar las alusiones del Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes a la importancia fundamental de la información sobre créditos para las decisiones del sector no financiero, es decir, lograr una “asignación eficiente de los recursos de crédito disponible” a través del acceso de todos los agentes a la información relativa al endeudamiento de sus clientes con el sistema de intermediación financiera, pues permitirá evaluar con mayores elementos de juicio el riesgo de crédito que deben asumir los diversos agentes económicos del sector no financiero, y la transparencia como elemento vital para el desarrollo económico (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, 48ª. Sesión, pág. 29).

136 Expresó textualmente el Senador BRAUSE: “En definitiva, el principal propósito que se persigue y que se ha dicho aquí, que es democratizar la información y poner a los agentes económicos en un plano de igualdad con las instituciones financieras...”; y en el mismo sentido el Senador MICHELINI señalando como objetivo de la ley la “democratización de la información” (ambos en Acta de la C. de H. de la C. de S., Distribuido No. 466 de 30-IX-2005, págs. 7 y 8).

137 Expresó en tal sentido el diputado PEREZ GONZALEZ que el artículo 2do. “establece la posibilidad de acceso a la información, que es lo fundamental y lo que estábamos solicitando. Por primera vez tendremos posibilidades de transparentar el crédito, porque hay que tener claro que el objetivo fundamental de esta ley es que aquellos proveedores o aquellas empresas que hasta hoy no tenían posibilidades de acceder a la información para operar en el mercado de crédito, a partir de este momento lo puedan hacer. No es solamente tener la información para atrás; es también hacer posible que quienes vayan a operar económicamente, en el futuro accedan al crédito, y que quien otorgue el crédito tenga la seguridad de saber a quién se lo está dando.”... esa información “ahora también será accesible para los operadores económicos que actúan como proveedores o pequeñas empresas, los que muchas veces otorgan crédito sin poder acceder a esa información. Ahora, de acuerdo con las normas que establece este proyecto de ley, el Banco Central tendrá la obligación de proporcionarla” (D. de S. de la C. de R., 4ta. Sesión extraordinaria, 27-XII-2005).

138 RIPPE, Siegbert, citado por ADRIASOLA en “La Ley 17.948...” cit., pág. 18; extraído del sitio web [www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy): “Este proyecto de ley apunta a que sea el Banco Central del Uruguay, y no la institución de intermediación financiera, el que tenga o tome la decisión administrativa de difundir información sobre operaciones bancarias activas” (destacado nuestro).

posean un “interés legítimo” (lo que ha sido calificado por la doctrina como “petición simple”<sup>139</sup>). La titularidad de un interés legítimo por parte del peticionante tiene relevancia en la Carta Magna desde el punto de vista de la respuesta a dicha petición, pues determina que, por mandato del artículo 318 de la Constitución, el peticionante tenga “derecho” a un pronunciamiento por parte de la Administración.<sup>140</sup> Pero ello no implica que toda petición administrativa deba ser formulada por el titular de un interés legítimo, ni inhibe a que el legislador pueda también establecer la obligación de la Administración de pronunciarse aún en caso de peticiones formuladas por los titulares de un interés simple, no existiría en ello una contradicción con el texto constitucional.

De modo que, en resumen, por el sólo hecho de tratarse de una petición administrativa y porque la Administración esté obligada a pronunciarse, no es dable exigir que el peticionante sea titular de un interés legítimo, ya que la norma legal puede establecer otro tipo de exigencia, de mayor o menor grado, puesto que la Constitución no rechaza esa posibilidad. Veamos entonces qué dice concretamente al respecto el legislador en el art. 2do. de la Ley 17.838.

Dice el artículo 2do. que la persona –física o jurídica- podrá realizar la solicitud “en mérito a lo previsto por el artículo 8vo. de la Ley No. 17.838 de 24 de setiembre de 2004”, por cuanto se impone determinar cuál fue la intención de esta remisión legal. Como es sabido, la Ley 17.838 es llamada “Ley de Habeas Data” y refiere a la “protección de datos personales de informes comerciales”.

Si bien el artículo 8vo. que es objeto de la remisión no establece en forma expresa que se exija un “interés legítimo” para acceder a los datos personales de terceros, ello fue interpretado de esta manera por los legisladores durante la discusión parlamentaria de la ley, quienes consideraron entonces que esta remisión determinaba la exigencia de que la persona física o jurídica que se presente ante el Banco Central del Uruguay a solicitar información en el marco del artículo 2do. de la Ley 17.948 sobre operaciones activas de un tercero posea un “interés legítimo” para ello.

La remisión no existía en el Proyecto enviado al Parlamento por el Poder Ejecutivo<sup>141</sup>, y fue incorporada en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes.<sup>142</sup> Interesa destacar que en el informe de dicha Comisión, se justifica su inclusión, expresándose textualmente al respecto que “El artículo 2do. establece el derecho que toda persona física o jurídica tiene de acceder a la información consolidada de los deudores del sistema de intermediación financiera que consta en el Banco Central del Uruguay bastando para ello que exista un interés legítimo. Ese interés legítimo está caracterizado en el artículo 8º de la Ley No. 17.838, conocida como Ley de Habeas Data...”<sup>143</sup> (el destacado nos pertenece).

La Dra. RODRÍGUEZ MASCARDI transmitió oportunamente ante la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores la inquietud del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad de la República acerca de la necesidad de exigir un interés legítimo de parte del solicitante, de modo que el Banco Central del Uruguay no esté obligado a brindar la información a cualquier persona, sino sólo a quien esté legitimado para realizar la solicitud.<sup>144</sup> Por su parte, RIPPE manifestó ante la misma Comisión, que es razonable pensar que el Banco Central del Uruguay será prudente y cuidadoso “respecto de quién está legitimado” para obtener la información, y que para realizar dicho análisis el BCU tendrá que saber “cuáles son los motivos o las razones” que llevaron al solicitante a requerir dicha información.<sup>145</sup> También ADRIASOLA ha considerado al analizar la Ley 17.948, que de sus

139 CAJARVILLE, Juan Pablo, manifiesta que la llamada “petición simple” es la “formulada por cualquier habitante no titular de un derecho o de un interés legítimo que funde su petitorio, que no conducirá necesariamente a una decisión de la Administración” (“Recursos Administrativos” FCU, 3era. Edición, Mont., 2000, pág. 65).

140 Respecto de estas peticiones, expresa CAJARVILLE que es “la petición formulada por el titular de un derecho o de un interés legítimo, sobre la cual necesariamente ha de recaer una decisión administrativa (Constitución, art. 318, Ley No. 15.869, art. 8º)” (CAJARVILLE, Juan Pablo, “Recursos...” cit., pág. 65).

141 Que obra, junto a la Exposición de Motivos, en el D. de S. de la C. de R., 48a. Sesión, 6-IX-2005, págs. 26 a 28.

142 Este primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes obra en el D. de S. de la C. de R., 48º. Sesión, 6-IX-2005, págs. 28 a 34.

143 Diario de S. de la C. de R., 48º. Sesión cit., pág. 32.

144 En su intervención ante la Comisión de Hacienda del Senado, expresó textualmente RODRÍGUEZ MASCARDI: “Con respecto al segundo artículo –que habla de derecho a la información- es unánime la opinión del Instituto en el sentido de que nos inquieta que ese derecho de información se pueda otorgar a cualquier persona. Digo esto porque en la redacción dada a la ley cualquier persona podría pedir esta información, ya que está legitimado para hacerlo. Nosotros opinamos que esa legitimación debería ser fundada en un interés legítimo y apreciada por el Banco Central. Pero ¿a través de qué forma? Consideramos que esa opinión del Banco Central debería ser, a su vez, una opinión fundada a través de una resolución administrativa que fundase por medio de la acreditación de los extremos de hecho, es decir, por qué una persona tiene derecho a obtener una información consolidada –tal como dice la norma- que implica una información global sobre un conjunto económico o sobre una persona. Entonces, como Instituto y como comercialistas, esto nos inquieta.” (Acta de la Com. de H. del S. en Distribuido No. 466, de 30-IX-2005).

145 Expresaba textualmente RIPPE: “Evidentemente, como el Banco Central del Uruguay va a poder determinar los medios y el alcance de la divulgación de la información crediticia, es razonable pensar que será prudente y cuidadoso respecto de quién está o no legitimado para obtenerla. Seguramente, este organismo tendrá que saber cuáles son los motivos o las razones que llevaron a solicitar dicha información.” (Comisión de Hacienda del Senado, Distribuido No. 466 de 30-IX-2005).

antecedentes se desprende claramente que el propósito de la norma fue el particular que solicite información en el marco del artículo 2do., debe tener un “*interés legítimo y comercial*” para requerirla.<sup>146</sup>

Entre las intervenciones de los legisladores durante la discusión parlamentaria también existen múltiples alusiones a que la razón de realizar la remisión al artículo 8vo. de la Ley 17.838 fue precisamente exigir un interés legítimo por parte del solicitante de la información en el artículo segundo.<sup>147</sup>

De todos modos, siendo ese el propósito, habría resultado mucho más claro dejar consignada esa exigencia a texto expreso en el artículo 2do. de la Ley, pues aunque no quepa duda de que esa fue la intención del legislador de acuerdo a los antecedentes parlamentarios, estamos ante un derecho (a obtener información) consagrado en forma amplia a texto expreso, por lo que las limitaciones al mismo (las exigencias en la legitimación) deberían surgir en forma clara y expresa de la propia norma legal, y no de una remisión que a su vez no contiene tampoco una disposición expresa al respecto. En efecto, veamos si del texto legal que es objeto de dicha remisión, puede inferirse esa condición.

El artículo 8vo. de la Ley 17.838, decíamos, no exige expresamente un “interés legítimo”. Pero sí habilita el tratamiento de datos personales de terceros “*relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial o crediticia que permitan evaluar la concertación de negocios en general, la conducta comercial o la capacidad de pago del titular de los datos*”, en aquellos casos en que los mismos sean obtenidos de fuentes de acceso público o procedentes de informaciones facilitadas por el acreedor o en las circunstancias del artículo 4º de esa Ley (No. 17.838). A su vez, dentro de dicho artículo 4to. se incluye la posibilidad de acceder a datos sin el consentimiento su titular, en el caso de que tales datos “*sean recabados para el ejercicio de funciones o cometidos constitucional y legalmente regulados propios de las instituciones del Estado o en virtud de una obligación específica legal*”, que es precisamente lo que sucede con la información que llega a manos del Banco Central del Uruguay procedente de las instituciones de intermediación financiera sobre operaciones activas de sus clientes.

Podría interpretarse que el legislador consideró que esa “*evaluación*” sobre la concertación de negocios en general, sobre la conducta comercial y la capacidad de pago del titular de las operaciones activas, sólo corresponde a quien tiene un “interés legítimo” en realizar dicha evaluación, ya sea porque prepara el otorgamiento de un préstamo, la aceptación de una garantía, etc. No sería admisible por ejemplo, en esa línea interpretativa, la consulta de un particular realizada por motivos estrictamente personales ajenos al giro de sus negocios, es decir, a la gestión del crédito de dichos negocios; como por ejemplo las motivaciones políticas, o la consulta realizada por medios de prensa a los efectos de realizar difusiones que provoquen impacto público con móviles ajenos los relacionados con la gestión de riesgo crediticio del consultante.

De todos modos, reiteramos, en lo que refiere a la legitimación del peticionante frente al Banco Central del Uruguay, si la intención del legislador fue exigir un “interés legítimo” –como hemos visto-, la consagración expresa de dicho requerimiento habría sido seguramente más clara que la remisión a la Ley 17.838, y resulta un aspecto a tener en cuenta para una futura mejora de la norma, fundamentalmente porque las exigencias relacionadas a la legitimación del peticionante pueden resultar en los hechos en una limitación importante en el ejercicio del derecho.

Por último, parece necesario puntualizar que si existe la exigencia de un “interés legítimo” del peticionante, ello no significa que el Banco Central del Uruguay tenga la discrecionalidad de proporcionar o no la información requerida conforme al artículo 2do. de la Ley 17.948. En otras palabras: si el solicitante está legitimado, el Banco Central del Uruguay se encuentra *obligado* a brindar la información requerida.

Es cierto que el Banco Central del Uruguay tendrá que determinar primero si existe un interés legítimo o no, pero ello constituye un presupuesto de hecho respecto del otorgamiento de la información, sobre cuya determinación no cuenta con discrecionalidad. CAJARVILLE expresa en tal sentido que al dictar un acto administrativo, la Administración no goza de discrecionalidad alguna para apreciar la existencia o inexistencia de

146 ADRIASOLA, “*La Ley 17.948.....*” cit., pág. 18. El autor cita también entre los antecedentes la intervención de los técnicos del BCU en la Comisión de Hacienda del Senado, donde expresaron: “*La propuesta que estamos planteando ahora pretende que esa información sea accesible a más cantidad de gente y al público en general, siempre que manifieste un interés legítimo por obtenerla.*” (el destacado nos pertenece).

147 Expresa en tal sentido el diputado Iván Posada (miembro informante de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes): “*Quiero recordar que en nuestra intervención hicimos especial referencia –incluso lo leímos– al artículo 8vo. de la Ley No. 17.838, de 24 de setiembre de 2004, conocida como ley de corpus data; quienes tengan acceso a esta información deben tener un interés legítimo para lograrlo. Tales son las referencias que se establecen en el artículo 8º de la mencionada ley, en el que se otorga especial autorización al tratamiento de datos personales, con relación al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial o crediticio que permitan evaluar la concertación de negocios en general, la conducta comercial o la capacidad de pago del titular de los datos. ....” ...se accede (la información sobre operaciones activas) en función del interés legítimo que está establecido en la referencia que se hace en el artículo 2º al artículo 8º de la Ley No. 17.838.*” (D. de S. de la C. de R. 48º. Sesión cit., pág. 39 –los destacados nos pertenecen-, y en el mismo sentido se pronuncia el diputado ASTI a fs. 40)

los hechos y su valoración jurídica.<sup>148</sup> En definitiva, la determinación que realice el Banco Central del Uruguay sobre la existencia o no de un interés legítimo por parte del solicitante, estará sometida al control de legalidad al que están sometidos todos sus actos administrativos –expresos o tácitos– pudiendo acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa de anulación o de reparación en caso de que la determinación hubiere resultado incorrecta (arts. 309 y 312 de la Constitución).

### C.- Uso de la información obtenida por el peticionante.-

Ahora bien, una vez comprobado que el solicitante está legitimado para obtener información en el marco del art. 2do. de la Ley, y por tanto el Banco Central del Uruguay cumplió con su obligación de brindarla, ello no implica que ese solicitante pueda hacer cualquier uso de dicha información.

En efecto, si bien es claro que ni el peticionante ni la información que obtuvo están comprendidos por el secreto bancario, entendemos que el particular que la recibe sólo puede utilizarla en forma reservada para el propósito para el que fue solicitada, en virtud de que:

1) resultan aplicables las normas generales de derecho civil sobre responsabilidad extracontractual (art. 1319 del código Civil), y por tanto quien obtuvo la información deberá responder por el daño que pueda causar al titular de la información (es decir, el cliente bancario sobre cuyas operaciones activas se informó), en virtud del uso inadecuado o indiscriminado de a la misma.

2) El artículo 6to. de la Ley 17.838 (de Habeas Data) contiene una disposición expresa al respecto, que establece: *“Aquellas personas físicas o jurídicas que obtengan legítimamente información proveniente de una base de datos que brinde tratamiento a los mismos, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros.”*

En definitiva, la información obtenida por un particular al amparo del art. 2do. de la Ley 17.948, no podrá ser utilizada para propósitos personales ajenos al giro habitual de sus negocios y para lograr una mejor gestión del riesgo de créditos (a cuyo efecto se reconoce el “interés legítimo” del solicitante), y deberá mantenerse en forma reservada, prohibiéndose toda difusión a terceros. En caso de no respetar estas reglas, se deberá responder por el daño causado, conforme a las reglas de responsabilidad civil.

Cabe destacar que esta temática referida al manejo de la información por el particular sobre operaciones activas una vez que la obtuvo de la base de datos del Banco Central del Uruguay, fue expresamente tratado en la discusión parlamentaria, en la cual el diputado POSADA, miembro informante en la Cámara de Representantes, sostuvo la posición que viene de exponerse.<sup>149</sup>

### III.4.3.- Artículo 3ero. – Divulgación de información por el BCU.-

Esta norma refiere a una situación distinta de la prevista en el artículo 2do., puesto que ya no estamos en presencia de una solicitud de información presentada por una persona física o jurídica ante el Banco Central del Uruguay, sino a la *facultad* que se le otorga a éste para proceder a *divulgar* la información sobre operaciones activas de las instituciones de intermediación financiera sin que exista petición alguna en tal sentido.

148 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *“Invalidez de los actos administrativos. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de Derecho”* Editorial Universidad, Mont. 1984, pág. 19. Expresa allí textualmente que: *“En todo caso, el acontecer de los hechos es una circunstancia exterior, cuya existencia se impone a la Administración objetivamente, desde fuera, de la cual el ejercicio del poder de dictar el acto aparecerá como la consecuencia jurídica. Por tanto, en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad.”*

149 Expresó allí el diputado Iván Posada: *“...la ley de corpus data establece claramente, en su artículo 6to., que esta información (obtenida conforme al art. 2do. de la Ley) se otorga con carácter reservado; es decir que quien la obtiene no puede salir y hacer una publicación, por ejemplo, en cualquier medio de comunicación. Es una información que se obtiene a los efectos de lograr una mejor gestión del riesgo de crédito, pero que, en todo caso, sigue teniendo un carácter reservado y se accede a ella en función del interés legítimo que está establecido en la referencia que se hace en el artículo 2do. al artículo 8º de la Ley No. 17.838.”* (D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 39).

## A.- Información comprendida en la facultad de divulgación del BCU.-

La información que puede ser objeto de esta divulgación, si bien es similar a la alcanzada por el derecho de petición del artículo 2do., no se limita al ámbito de las operaciones bancarias activas, sino que es un poco más amplia, y comprende:

a) la misma información a que refería el artículo 2do. (es decir, de “operaciones bancarias activas”) sobre personas, empresas e instituciones *contenida en los registros que se encuentren a cargo del BCU.*

b) la información sobre deudores, *que recibe el Banco Central del Uruguay* de las instituciones de intermediación financiera controladas para su inclusión en la Central de Riesgos Crediticios u otra base de datos sobre operaciones bancarias activas referidas a inversiones, préstamos, créditos, descuentos, hipotecas, avales, garantías u otras obligaciones crediticias, que administre el BCU.

Una primera aclaración surge de la lectura de esta parte de la norma. Si bien al principio el proyecto de ley explicitó entre sus motivos la intención de otorgar al Banco Central del Uruguay la facultad de divulgar la información de *todos* sus Registros (es decir, permitir la divulgación de información contenida en aquéllos Registros que no se difundían antes de la ley, por no revestir hasta entonces carácter público), la disposición fue sufriendo transformaciones en el trámite parlamentario que tuvieron un resultado final -plasmado en la redacción de la norma aprobada- mucho más restrictivo: la información que puede divulgarse es *solamente* el tipo de información *del art. 2do.*, es decir, *sobre operaciones activas*, que conste en los registros del Banco Central del Uruguay. Esto es lo que resulta de la remisión que el artículo 3ero. hace al artículo 2do., pues en este último, como ya hemos visto, se alude al derecho de las personas físicas y jurídicas de solicitar la siguiente información:

a) operaciones bancarias activas de personas físicas o jurídicas que operen con instituciones de intermediación financiera, excluyendo la información confidencial recibida de sus clientes o sobre sus clientes en virtud de la celebración de esas operaciones bancarias activas.

b) información concerniente a la categorización o rango de riesgo crediticio asignado que conste en la Central de Riesgos Crediticios que lleva actualmente el Banco Central del Uruguay.

Decíamos que en el proyecto original remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento, la información que podía divulgar el BCU era mucho más amplia, ya que incluía toda la “*información sobre personas, empresas e instituciones contenida en los Registros que se encuentren a su cargo*”<sup>150</sup> sin especificar que se refería sólo a la información sobre operaciones activas contenida en dichos registros. Más aún: la médula de ese proyecto original era este artículo sobre la facultad de divulgación del BCU, que refería a toda la información contenida en sus Registros. Tan es así que en la Exposición de Motivos del Poder Ejecutivo, se incluyó un minucioso listado de toda la información que obraba en los Registros del BCU sobre la cual ya existía entonces acceso público<sup>151</sup>, y otro listado sobre aquella información sobre la cual había restricciones para ser otorgada a terceros, y para las que se proponía otorgar el mismo tratamiento que las anteriores.<sup>152</sup> Este listado provenía de la ya mencionada Resolución No. D/288/2005 de 1-VI-2005 del Directorio del Banco Central del Uruguay, en la que esa Institución dispuso enviar al Poder Ejecutivo el proyecto de ley original.

150 En el proyecto original era el artículo 1ero., cuyo inciso primero decía textualmente: “*El Banco Central del Uruguay está facultado para divulgar la información sobre personas, empresas e instituciones contenida en los Registros que se encuentren a su cargo, y que aún no hubieren sido declarados públicos por la normativa vigente, así como la información sobre deudores, buenos y malos pagadores, que reciba de las instituciones controladas para su inclusión en la Central de riesgos Crediticios u otra base de datos sobre operaciones bancarias activas de inversiones, préstamos créditos, descuentos, hipotecas, avales, garantías u otras obligaciones crediticias.*” (D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 27). Como puede apreciarse, la información a divulgar era básicamente de dos tipos: por un lado, la contenida en los Registros a cargo del Banco Central del Uruguay (aún de los que hasta entonces no fuesen públicos), y la información sobre deudores, es decir, sobre operaciones activas. En su redacción final, debido a la remisión del artículo 3ero. a “la información a que refiere el artículo 2do.”, prácticamente se excluyó la información de los Registros y sólo quedó la que refiere a operaciones activas, o mejor dicho, la de operaciones activas que consta en sus registros.

151 Entre otras, se encontraba: toda la información incorporada al Registro Público del mercado de Valores, la información sobre accionistas de las instituciones de intermediación financiera y de Administradoras de Fondos de Ahorro Provisional incorporadas en el Registro de Accionistas correspondiente, las sanciones aplicadas a las AFAP incorporadas al Registro de Sanciones, las sanciones aplicadas a personas físicas o jurídicas relacionadas con el Mercado de Valores, las sanciones aplicadas por otras autoridades de control distintas del BCU, a las entidades supervisadas por la División Mercado de Valores y a los participantes del Mercado de Valores (el listado completo obra en la mencionada Exposición de Motivos, D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, págs. 26).

152 Entre otras, se encontraba: la información sobre accionistas de administradoras de fondos de inversión, la información sobre accionistas de empresas de seguros, la información sobre personal superior de empresas de seguros, la información sobre cuentacorrentistas suspendidos incorporados al Registro de infractores sobre la ley de cheques, las sanciones a empresas y personas sujetas al contralor del BCU que consta en el Registro de Sanciones, las sanciones a los auditores externos, los conjuntos económicos que operan con el sistema financiero y la información sobre deudores del sistema financiero incorporados a la Central de Riesgos (el listado completo obra en la mencionada Exposición de Motivos, D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, págs. 26 y 27).

La norma que finalmente terminó siendo el artículo 3ero. de la Ley 17.948, era el artículo 1ero. del Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento, y no existía el actual artículo 2do. sobre el derecho a la información de las personas físicas y jurídicas, de modo que todas las medidas propuestas sobre “transparencia del crédito” quedaban en dicho proyecto centradas en la facultad de divulgación del BCU, y en la intención de que la información contenida en sus registros se hiciera pública prácticamente en su totalidad (con alguna excepción aislada, como las declaraciones juradas presentadas por el personal superior de las instituciones de intermediación financiera, tal como figura en el actual art. 3ero. in fine).

La Cámara de Representantes, en su primer tratamiento del proyecto, si bien agregó los actuales artículos 1 y 2, no modificó en este sentido el artículo 3ero., pero sí lo hizo la Cámara de Senadores incorporando la remisión en el artículo 3ero. a la información del art. 2do., en redacción que se mantuvo en el texto finalmente aprobado.<sup>153</sup> Esta remisión fue lo que provocó la limitación a la intención inicial del proyecto, dejando fuera de la divulgación a los registros del BCU que aún no tuvieran carácter público y que no refieran a operaciones activas.

En definitiva: como surge del texto legal, así como de sus antecedentes parlamentarios, la redacción final del artículo 3ero. no establece que el Banco Central del Uruguay pueda divulgar toda la información contenida en sus registros (como estaba proyectado originalmente), sino solamente la *información sobre operaciones activas* contenida en sus registros (las enumeradas en el art. 2do.), con lo cual quedan afuera una serie de informaciones que constan en registros que llevan el BCU que no han sido declarados de carácter público.<sup>154</sup>

## B.- Alcance de las potestades del BCU.-

Otro tema que entendemos relevante en relación con el artículo 3ero., es determinar el alcance de las potestades de divulgación otorgadas al BCU, esto es, si respecto de la información que está facultado a divulgar, se encuentra sujeto a limitaciones de algún tipo, relacionadas con la oportunidad, la finalidad, los medios, etc., en tal caso cuáles son esas limitaciones.

### B.1.- Naturaleza discrecional de la potestad de divulgación.-

Del texto legal surge con claridad –según ya hemos visto– que la potestad de divulgación otorgada al BCU es de carácter discrecional, y ello no solamente por la utilización de la expresión “*está facultado*”, sino porque ello puede apreciarse claramente en comparación con la *obligación* de brindar información a las personas físicas y jurídicas que se le impone en el artículo 2do.<sup>155</sup> La ley “*autoriza*” al BCU la divulgación pero no le “*obliga*” a ello.<sup>156</sup>

Cabe aclarar previamente que existe una norma expresa, el inciso primero del artículo 4to. de la ley, que confirma la discrecionalidad con que cuenta el Banco Central para seleccionar los medios y el alcance con que ha de hacerse la divulgación. Pero esta norma no hace más que reiterar que la facultad de divulgación es una potestad discrecional y no una obligación, pudiendo por tanto el Banco Central del Uruguay determinar el mérito, conveniencia y oportunidad de la divulgación, refiriéndose específicamente ahora al alcance y los medios a utilizar. De modo que se vuelve a plantear la interrogante que formulábamos al principio, sobre cuáles son los límites a esta potestad discrecional.

Ya las intervenciones académicas recibidas en el ámbito de la Comisión de Hacienda del Senado llamaron la atención sobre este punto, en particular los Dres. RODRIGUEZ MASCARDI<sup>157</sup> (transmitiendo la opinión del

153 Ver Proyecto de la Cámara de Representantes en D. de S. de la C. de R., 48ª. Sesión, 6-IX-2005, pág. 33 y el de la Cámara de Senadores en D. de S. de la C. de S., 68ª. Sesión, pág. 189.

154 Ver enumeración en la llamada 116.

155 Refiriéndose a la incorporación de los artículos 1 y 2, que no existían en el texto original, el diputado ASTI distingue claramente entre el distinto alcance de las competencias otorgadas al BCU en carácter de obligación y de facultad discrecional. Expresa al respecto: “*claramente, el tema que estamos tratando recoge las dos vertientes que manifestábamos antes. Una es la posibilidad de que quien tenga un interés legítimo solicite determinada información amparada en el artículo 8º. De la Ley No. 17.838. La otra vertiente, que también figura en este proyecto de ley, es la que proviene del Poder Ejecutivo y del Banco Central: la facultad de ese Banco para publicar o dar libremente determinado tipo de información.*”

156 Cfm. Intervención del Dr. ARTECONA en la Comisión de Hacienda del Senado, citado por ADRIASOLA, en “*La Ley 17.948...*” cit., pág. 18.

157 Expresa RODRIGUEZ MASCARDI textualmente en relación al art. 3ero., que “*Desde el punto de vista del otro artículo –el que habla del derecho a la divulgación– también parece consagrada como una discrecionalidad del Banco Central. A su vez, nos preguntamos si en el Banco Central hay que reunir tantas facultades discrecionales o debería ser también una resolución fundada de este Banco y no dejarla a su discrecionalidad. Por último, en cuanto a la forma de divulgar, nuestra opinión es coincidente con lo que hemos dicho respecto del artículo anterior: esa forma de divulgación debería hacerse en forma fundada, más allá de que la norma aparente organizar una especie de registro público en el cual estarían pagando tasas para obtener una información.*” (Acta de la C. de H. del S., en Distribuido No. 466, del 30-IX-2005, pág. 1).

Instituto de Derecho Comercial de la Universidad de la República) y RIPPE<sup>158</sup>, coincidieron en que esta facultad discrecional del Banco Central debía ser ejercida en forma “prudente y cuidadosa”, y además fundada.

Veremos algunas nociones generales sobre el análisis que el Derecho Administrativo ha hecho de los límites al ejercicio de potestades discrecionales, en contraposición a las obligaciones o la actividad reglada de la Administración, para luego aplicarlas a la norma que analizamos.

## B.2.- Límites a la discrecionalidad.-

Cuando la ley otorga potestades discrecionales a la Administración, en oposición a las potestades regladas, significa que no determina con exactitud lo que debe hacer en los casos concretos, sino que le acuerda poderes jurídicos y fija simplemente las líneas generales de acción futura.<sup>159</sup> Pero SAYAGUES LASO puntualiza, citando a la doctrina administrativista, que la discrecionalidad no significa arbitrariedad, sino solamente la posibilidad de *apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites*.<sup>160</sup> Por su parte, CAJARVILLE define la discrecionalidad como la posibilidad de elegir libremente entre dos o más soluciones igualmente legítimas –admitidas por derecho– aquella que se entienda más adecuada a los *motivos* y más idónea en relación con el *fin debido*<sup>161</sup>, y también sostiene la existencia de límites cuya trasgresión provocaría ilegitimidad, aún tratándose de un acto discrecional.

Pero ¿cuáles son entonces esos límites en el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración? ¿Cómo podrá constatararse si la Administración actuó dentro del ámbito discrecional lícito o si excedió sus límites? Podemos reconocer al menos tres tipos de límites, a saber:

a) Los diversos autores reconocen un primer límite a la actuación discrecional de la Administración en las propias normas jurídicas que acoten expresamente esa actuación discrecional, y los Principios Generales de Derecho, que están incorporados en nuestro Derecho Positivo como reglas integrantes de su ordenamiento.<sup>162</sup> Es decir, que el grado de discrecionalidad estará dado en primer lugar por los límites que establezca la propia norma que otorga la potestad.

b) Una segunda limitación surge del *fin debido* por toda actividad administrativa, pues los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, sino por motivos de interés público, es decir, razones atinentes al servicio.<sup>163</sup> A diferencia de los particulares, que se mueven bajo el principio de libertad pudiendo hacer lo que quieran mientras no violen una norma prohibitiva, la Administración debe actuar necesariamente para el cumplimiento de los  *fines*  que el derecho objetivo establece. La no coincidencia del  *fin querido*  por el actuar de la Administración con el  *fin debido*  que se le impone por Derecho, viciará y hará anulable el acto por  *desviación, abuso o exceso de poder* .<sup>164</sup>

c) En tercer lugar, aún actuando de conformidad con los fines propios de los servicios a su cargo, la Administración deberá procurar que sus actos se ajusten *razonablemente* a tales fines<sup>165</sup>, es decir: la existencia de una *razonable idoneidad de la actividad administrativa para el fin debido* constituye en nuestro Derecho un requisito de su legitimidad.<sup>166</sup> Ese llamado “*standard de razonabilidad*” como límite de legitimidad a la actuación discrecional de la Administración, ha sido analizado detalladamente por CAJARVILLE, quien citando a BRITO sostiene que la actividad administrativa, en cuanto medio para la obtención de un fin, debe ser apta o idónea para obtenerlo, lo cual constituye una cuestión de legitimidad y no de mérito.<sup>167</sup>

158 El Dr. RIPPE manifestó al respecto: “quiero señalar que el que va a emitir y divulgar la información será, en su caso, el Banco Central del Uruguay, que será el que tendrá las facultades –no sé si discrecionales, pero es el término que utiliza el instituto– para ello. Evidentemente, como el Banco Central del Uruguay va a poder determinar los medios y el alcance de la divulgación de la información crediticia, es razonable pensar que será prudente y cuidadoso respecto de quién está o no legitimado para obtenerla. Seguramente, este organismo tendrá que saber cuáles son los motivos o las razones que llevaron a solicitar dicha información.” (Acta de la C. de H. del S., en Distribuido No. 466, del 30-IX-2005, pág. 3).

159 Cfm. SAYAGUES LASO, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, 6ta. Ed., FCU, Mont. 1988, pág. 405.

160 SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 406.

161 CAJARVILLE, op. cit. pág. 16.

162 En tal sentido se pronuncia CAJARVILLE, Juan Pablo, al comenzar a analizar lo que llama “límites flexibles” de la discrecionalidad, expresando que esos Principios Generales de Derecho tienen “*valor y fuerza constitucional, cuando se refieren a derecho, deberes y garantías “que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (Constitución, art. 72), y con valere y fuerza de ley los demás (Constitución, artículo 332, Código Civil, artículo 16; antes, ley No. 13.318 de 28-XII-1964, artículo 345, ahora ley No. 15.524 de 9-I-1984 artículo 23 apartado a)*”; op. cit., pág. 31.

163 Cfm. SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 409.

164 Cfm. CAJARVILLE, op. cit. pág. 39.

165 Cfm. SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 410.

166 Cfm. CAJARVILLE, op. cit., pág. 36.

167 La cita de BRITO, Mariano, corresponde a “*De la naturaleza y objeto del control a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*”, en Rev. DJA, T. 73, págs. 55-56; y “*De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio*”, en Rev. De la Fac. de Der. y C. Sociales, Año XXIII, No. 3-4, págs. 171-183; en CAJARVILLE, op. cit., pág. 37.

A su vez, además de los límites antedichos, los actos discrecionales deben cumplir con las demás condiciones de todo acto administrativo, esto es, deben tener un **motivo o finalidad** ajustada a Derecho, y que ese motivo se encuentre debidamente explicitado en la **fundamentación o motivación** del acto.<sup>168</sup>

En suma: la existencia de una facultad discrecional no significa que la Administración pueda actuar a su antojo, sino que requiere, al igual que todo acto administrativo, una resolución fundada –esto es, debidamente motivada– y que tales motivos se ajusten razonablemente al fin debido por la Administración en el ejercicio de los cometidos asignados a su cargo.

### B.3.- Aplicación de estos principios a las facultades de divulgación del Banco Central del Uruguay.-

#### a) Norma habilitante de la divulgación.-

En primer lugar, cabe puntualizar que la norma contenida en el artículo 3ero. permite divulgar información que antes de la sanción de esta Ley, si bien no estaba amparada por el “secreto bancario” (artículo 25 del DL 15.322), sí estaba amparada por el secreto profesional en general (art. 302 del Código Penal), y específicamente tenía carácter reservado por mandato de los artículos 22 y 23 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay (Ley 16.696 de 30-III-1995)<sup>169</sup>, pues se trata de información sobre operaciones activas que es obtenida por el BCU en virtud del ejercicio de sus cometidos de supervisión y control sobre el sistema financiero.

En efecto, pese a que la actuación de la Administración se rige por el principio general de Publicidad<sup>170</sup> y el secreto es la excepción<sup>171</sup>, el Banco Central está sometido en virtud de su Carta Orgánica al principio opuesto, el de secreto y reserva, respecto de la información que obtiene de las empresas supervisadas para el cumplimiento de sus cometidos de contralor (ello se relaciona con las particularidades de la información que maneja<sup>172</sup>, relativa a las operaciones de las empresas financieras y sus clientes). Ello comprendía, hasta la sanción de la Ley 17.948, toda la información obtenida por el BCU bajo estas circunstancias (salvo la incluida en sus Registros públicos), pero a partir de esta ley la información sobre operaciones activas queda excluida de esa obligación de reserva, desde que se otorga al BCU la facultad de divulgarla.

168 La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha expresado sobre la fundamentación (motivación) y los motivos del acto administrativo como requisito de legitimidad: “Respecto de la fundamentación del acto...es cierto que por tal debemos entender “la expresión de los motivos que fundamentan el acto” (Durán Martínez, “Estudios de Derecho Administrativo”, pág. 65), extremo que tiene expresa previsión en nuestro derecho positivo en el art. 76 del Decreto 500/91, lo que no inhibe que éste sea un principio general de derecho, y tal cual lo ha sostenido la Sala, toda la doctrina administrativa subraya que el acto debe sustentarse en hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable (Motivación suficiente), y que aquellos deben explicitarse apropiadamente (Conf. Sents. 138/92 y 466/93).” (Sent. No. 574 de 20-IX-2004 en Anuario de Derecho Administrativo, T. XII, caso 90). Y en el mismo sentido: “La necesidad de motivar aquellos actos que afecten los derechos e intereses individuales o colectivos, constituye un principio general de derecho que nuestro ordenamiento jurídico ha recogido expresamente. Al ser parte del ordenamiento jurídico, la necesidad de motivación limita y vincula el obrar de la administración. La falta de conformidad del acto con dicho ordenamiento genera un defecto o vicio en el objeto del acto que provoca su nulidad. Tal como lo señala Cassagne “...la vigencia de los principios generales de derecho hace posible una barrera defensiva que se opone a la arbitrariedad legal o administrativa, dando estabilidad al derecho de los particulares” (autor citado en “Estudios de Derecho Público” P. 17)” (Sent. No. 149 de 12-IV-2004, en ADA T. XII, caso 84, pág. 153).

169 Los artículos 22 y 23 de la Ley 16.696 disponen: “ARTICULO 22 (Secreto y Reserva) - El Banco estará obligado a guardar secreto, en los términos establecidos en el artículo 25 del decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, cuando ejerza actividad financiera. En todos los demás casos los miembros del Directorio deberán ajustar la divulgación de sus informaciones y opiniones a las reservas propias de la materia objeto de competencia del Banco, sin perjuicio de su inherente transparencia pública propia de la responsabilidad que les compete.” “ARTICULO 23 (Obligación de secreto) –Los funcionarios del Banco tienen el deber de guardar el más estricto secreto y la más absoluta reserva sobre cada uno de los asuntos bancarios que lleguen a su conocimiento en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones, bajo la más severa responsabilidad administrativa, civil y penal, si fuere del caso (artículo 25 “in fine” del decreto ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, y artículo 163 del Código Penal).

170 CASSINELLI MUÑOZ expresó al respecto: “De la forma republicana de gobierno deriva el principio de publicidad de la gestión administrativa, el cual ha de entenderse por ende, en nuestro Derecho, consagrado en el art. 72 de la Constitución. El acceso de cualquier persona a la documentación administrativa, es pues de principio; la reserva o secreto o cualquier restricción a ese principio requiere un acto expreso de autoridad competente fundado en un motivo legítimo. No puede decirse: “puesto que no hay razón especial para dar acceso, no se da”; sólo cabe decir: “habiendo en el caso razones para negar el acceso, se establece la reserva”. Si no hay razones para la restricción aunque tampoco existan motivos especiales para la publicidad, ésta procede; precisamente, porque ésta es la solución de principio bajo el sistema republicano” (CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “El interés requerido para obtener testimonios de actuaciones administrativas”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración T. 65, pág. 150-151).

171 Las excepciones al principio de publicidad han sido analizadas por LOPEZ ROCA, Elbio J., en “Publicidad y secreto en la Administración Pública”, en Revista de Derecho Público, Año 2003, No. 24, pág. 41: “En nuestro ordenamiento constitucional positivo se recibe, como principio general, la publicidad de la gestión estatal o de la administración del Estado”. El autor realiza un muy exhaustivo análisis de toda la normativa vigente enumerando todos aquellos casos en que las normas de Derecho Positivo imponen excepciones a este principio de publicidad en la actuación de diversos sectores de la Administración, imponiendo el secreto, entre los cuales cita la Ley Orgánica del BCU (pág. 67).

172 Ver en este sentido los fundamentos del secreto profesional y secreto bancario ya analizados en el capítulo II.3.

Existe entonces un primer presupuesto o *límite* de la discrecionalidad que se encuentra cumplido, cual es la existencia de un marco jurídico, una norma de derecho positivo que habilita el dictado de determinado acto, en este caso, el acto expreso o tácito que dispone la divulgación de ese tipo de información. Volviendo a las “justas causas” de relevamiento del secreto profesional que analizáramos en el capítulo II.4.1, se cumpliría la última de ellas (apartado D), es decir, la existencia de una “norma imperativa” que habilita a revelar el secreto por mandato legal. Ya en esa oportunidad citábamos las posiciones doctrinarias que tratando esta situación sostenían que no estamos en realidad ante una “justa causa” de revelación del secreto, sino que la existencia de la norma que habilita o impone su revelación determina que ya *no existe el secreto*<sup>173</sup>, y por tanto se descarta la posibilidad de una infidencia punible.

## b) Cumplimiento del fin debido.-

En segundo lugar deberá analizarse si en cada caso concreto la Administración, es decir, en este caso el Banco Central del Uruguay, dispone la divulgación en cumplimiento del *fin debido* de acuerdo a las normas que regulan su actuación. Pero ¿cuál es este fin debido por el BCU en materia de divulgación de la información sobre operaciones activas que se encuentra a su cargo? Sin perjuicio de que este concepto puede ser dinámico, en atención a futuras normas que puedan incorporar nuevos elementos, entendemos que por el momento cabe recordar tres aspectos que ya hemos mencionado en el presente trabajo y que contribuirán a la delimitación del *fin debido* en este caso:

- Por un lado, la Ley Orgánica del Banco Central enuncia en forma explícita entre sus finalidades, la de “promover y mantener la solidez, solvencia y funcionamiento adecuado del sistema financiero nacional” (art. 3ero. literal D de la Ley 16.696), con lo cual impone una primera dirección en la que necesariamente debe orientarse el acto de divulgación. También puede considerarse que la divulgación prevista en la ley puede estar vinculada a la finalidad prevista en el literal “B” del mismo art. 3ero.: “Asegurar el normal funcionamiento de los pagos internos y externos”. Hay otras dos finalidades previstas en la norma, pero en principio no parecen tener vinculación con las facultades de divulgación que nos ocupan.<sup>174</sup>

- Por otro lado, habrán de tenerse en cuenta cuáles son las finalidades de la Ley 17.948, en cuyo marco se inserta el artículo 3ero. que comentamos, en cuanto las facultades de divulgación que otorga al BCU constituyen instrumentos para el logro de los fines de la ley. Nos remitimos pues a todo lo ya expresado en el capítulo III.3 sobre el bien jurídico tutelado por la Ley 17.948, de acuerdo a lo que surge de la historia de su sanción. En síntesis, ha de recordarse que se persigue una finalidad de interés general, cual es el beneficio para el desarrollo económico que deriva de generar mejores condiciones a todos los sectores de la economía real en el manejo de sus riesgos crediticios, siendo el acceso a la información crediticia de terceros (operaciones bancarias activas) un instrumento para tal fin.

- Finalmente, si bien esta divulgación de que trata el art. 3ero. de la Ley 17.948 no se realiza porque se haya cumplido una “justa causa” de relevamiento del secreto profesional, sino porque existe una norma expresa que la habilita, podría afirmarse que estamos, desde el punto de vista material, sustancialmente ante una “justa causa” (en tanto habilitante para relevar el secreto profesional que obliga al BCU según su Carta Orgánica) que ha sido ponderada esta vez por el legislador. Es decir, que no se ha dejado librada, como en el caso del art. 302, la evaluación de la justa causa a cargo del profesional (Banco Central), sino que se determinó la existencia de una “justa causa” (la mejora en la gestión del crédito) por imperio legal. Ello nos remite a todas las consideraciones sobre la naturaleza de la justa causa que analizáramos en el capítulo II del presente trabajo, sobre todo en el numeral II.4.1, en cuanto la tutela del derecho individual a la libertad e intimidad protegidos por el secreto profesional puede ceder ante la tutela de un *interés público o general*, que debe estar presente entre los fundamentos de la divulgación y la determinación de su alcance.

Este deber de cumplimiento del fin debido por la divulgación, determinará la ilegitimidad de toda divulgación inspirada en propósitos ajenos a tal fin, como por ejemplo, causales de índole personal, sancionatorio, ejemplarizante, etc.

173 IRURETA GOYENA, “El Secreto Profesional”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T.45, pág. 63.

174 Los literales A) a C) del citado artículo 3, establecen como otras finalidades del BCU: “A) velar por la estabilidad de la moneda nacional; y C) Mantener un nivel adecuado de las reservas internacionales.”

### c) "Standard" de razonabilidad.-

Por último, otro límite a la actuación discrecional consistirá en determinar si el alcance, oportunidad y medios de la divulgación dispuesta por el Banco Central se ajustan *razonablemente* a la persecución del fin debido. No es fácil establecer de antemano reglas para evaluar esta razonabilidad, puesto que la casuística puede presentar muy diversos presupuestos de hecho o condiciones que sólo permitirán ponderar la adecuación del acto frente a las circunstancias concretas en que fue dictado. Pero no debe olvidarse que la *motivación* debida del acto, es decir, los fundamentos expresados en el mismo (su parte expositiva) constituyen un requisito formal que en el caso de los actos discrecionales adquiere especial relevancia.<sup>175</sup> En efecto, la motivación del acto permitirá apreciar precisamente la razonabilidad de la opción de oportunidad, conveniencia y mérito adoptada por la Administración en atención a la finalidad perseguida mediante la divulgación, máxime teniendo en cuenta que la divulgación de información podrá vulnerar eventualmente los intereses de los titulares de dicha información (los deudores), quienes contarán así con las garantías debidas para evaluar la legitimidad de la divulgación.

La decisión que el Banco Central adopte sobre la divulgación de información y los medios a través de los que dicha divulgación sea realizada, deberá ser adoptada procurando respetar el adecuado equilibrio entre la conveniencia de la difusión para el cumplimiento de los fines del Banco Central por un lado, y por otro el efecto sobre las personas involucradas, es decir, la tutela de los bienes jurídicos comprometidos en la reserva natural que rodea la información involucrada<sup>176</sup>.

Esta *razonable adecuación del acto al fin debido* tendrá que ver, por ejemplo, con la posibilidad de que determinadas divulgaciones resulten efectivamente medios idóneos y adecuados para lograr una mejora en la gestión del crédito a nivel de agentes económicos ajenos a la intermediación financiera (por ejemplo, las PYMES, otras empresas comerciales públicas o privadas, etc.), ajustando su alcance, medios y oportunidad a tales finalidades. Como se expresara en la historia fidedigna de la sanción de la norma, el tipo de información de que se trata, que originariamente tenía carácter reservado y fue exceptuada del secreto profesional por mandato legal expreso, determina que el Banco Central deba hacer un uso prudente y ponderado de sus facultades, siempre garantizado por la explicitación de los motivos concretos de la divulgación.

## B.4.- Facultades de las instituciones de intermediación financiera posteriores a la divulgación.-

Finalmente, y aunque parezca redundante, ha de puntualizarse que si bien el artículo 3ero. centraliza la facultad de divulgación allí prevista únicamente en el Banco Central del Uruguay, la información que en virtud de dicho artículo ya hubiere sido divulgada por éste usando medios de difusión accesibles al público en general, habrá perdido el carácter secreto, de modo que a partir de allí podrá ser revelada también por las propias instituciones de intermediación financiera que la hubieren generado (es decir, las instituciones acreedoras de los créditos informados).

En efecto, dicha información (como vimos en el capítulo III.4.1), por referirse a operaciones bancarias activas no estaba comprendida en el secreto bancario pero sí en el secreto profesional de los bancos, lo que le confería

175 MARIENHOFF ha señalado al respecto que "...mientras mayor sea la potestad atribuida a una autoridad, mayor debe ser el celo de ésta para demostrar que en el ejercicio de su poder legal obró correctamente, y que el acto emitido se adecua a los respectivos antecedentes de hecho y de derecho" (*Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, pág. 328 y ss., también citado por el TCA en Sent. 2/90, 54/90, 267/98). En el mismo sentido GARCIA DE ENTRERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, expresan que "Particularmente importante es la exigencia de motivación de los actos discrecionales...por estimar que la expresión de los motivos, en cuya virtud la Administración ha optado por una concreta solución entre las muchas posibles, es sencillamente fundamental a los efectos del control jurisdiccional" (*Curso de Derecho Administrativo* T.I, 8va. Ed., Civitas S.A. Madrid, 1997, págs. 556-557). A su vez, en nuestro Derecho Positivo existe una norma concreta que recoge esta concepción sobre la mayor relevancia de la motivación en el ejercicio de potestades discrecionales, que es el art. 21 del Decreto 30/003 (*Normas de Conducta de la Función Pública*), que establece, bajo el acápite de "Motivación de la decisión", que "...Tratándose de actos discrecionales, se requerirá la identificación clara de los motivos en que se funda la opción, en consideración al interés público". Por último, y también en el mismo sentido, cabe citar la jurisprudencia del TCA, que enfatiza que la discrecionalidad no sólo no libera a la Administración del deber de *motivar* adecuadamente los actos, sino que es un "craso error" confundir la discrecionalidad con la falta de necesidad de motivar el acto discrecional, pues la motivación es "tanto más necesaria" en tal caso, para que el órgano jurisdiccional de contralor "pueda apreciar si concurren los supuestos que habilitan el ejercicio del poder discrecional. Expresa, incluso, que "el deber de motivar es más fuerte en el caso del acto discrecional que en la hipótesis del acto "reglado", porque sólo así puede deslindarse la discrecionalidad de la arbitrariedad" (Sent. No. 484 de 13-VIII-2001 en ADA T. X, caso No. 132, pág. 274).

176 Este aspecto se encontraba contemplado en la ya citada Resolución del Directorio del BCU No. D/2882005 que dispone enviar al Poder Ejecutivo el Proyecto de Ley. Allí se expresaba que "la determinación de la forma de difusión de la información, mediante el sitio del Banco en Internet o sólo por el acceso a quien manifieste interés deberá adoptarse teniendo en cuenta las características de la información y la *razonabilidad* de que la misma sea provista de una forma u otra, lo cual deberá ser una facultad del Banco." (destacado nuestro).

carácter reservado. Pero al adquirir carácter público en virtud de la divulgación del BCU, se verificó una “justa causa” así reconocida por la doctrina para la revelación del secreto profesional<sup>177</sup>, o mejor dicho, ha perdido en realidad el carácter secreto.

## IV.- CONCLUSIONES.-

**V.1.-** El secreto y la reserva constituyen un elemento inherente a la actividad bancaria desde sus orígenes, que ha sido consagrado con mayor o menor intensidad en el Derecho Positivo, pero forma parte de los usos y costumbres del negocio bancario aún antes de ser reconocido por ley. Es la base de la confianza en la relación banco-cliente, que hace posible el desarrollo de la actividad, y protege la intimidad como parte del derecho a la libertad individual.

**IV.2.-** Mientras que los bancos están sujetos al secreto bancario consagrado en el art. 25 del DL 15.322 (que prevé en forma taxativa las causales de revelación), el Banco Central del Uruguay está sujeto a secreto profesional respecto de la información que recibe de las instituciones supervisadas por él, regulado en los artículos 302 del Código Penal, arts. 22 y 23 de la Ley 16.696 (se trata de un régimen un poco más flexible que el de secreto bancario, que admite la revelación por “justa causa” cuya existencia deberá ser evaluada por el propio supervisor). Puede sostenerse que existe justa causa para la revelación cuando el bien jurídico tutelado se considera jerárquicamente superior al tutelado por el secreto.

**IV.3.-** Las facultades que la Ley 17.948 otorga al Banco Central del Uruguay para difundir información que recibe de los bancos sobre sus operaciones activas (que es incorporada a la Central de Riesgos), constituyen una excepción a su obligación de guardar secreto profesional, y como tal deben interpretarse en sentido estricto. A los efectos de determinar su verdadero alcance, se analizan en este trabajo los tres artículos medulares de la Ley.

**IV.4.-** Las normas sobre divulgación de operaciones bancarias activas a agentes económicos y comerciales no bancarios, recogen una tendencia consagrada en el Acuerdo de Basilea II, y en diversas legislaciones nacionales, que tiene por objetivo la mejora de la gestión del riesgo crediticio, en beneficio de la disciplina del mercado de créditos y como consecuencia de la economía en general. Se trata de un bien jurídico de interés general cuya tutela, junto a la igualdad en el acceso a información, fue invocada en los antecedentes legislativos como fundamento de la Ley 17.948. Al mismo tiempo, cabe recordar que entre los fundamentos del secreto profesional en la actividad bancaria también se invocaba el beneficio de la economía toda, pues el secreto bancario permite el desarrollo de la actividad (que sería imposible sin la confianza del cliente en la reserva sobre sus operaciones), y un sistema bancario fortalecido se considera uno de los sostenes imprescindibles de una economía fuerte.

**IV.5.-** En definitiva, en el estado actual de la regulación nacional e internacional sobre la información de operaciones bancarias, se acentúa y profundiza la diversidad en el tratamiento de las operaciones pasivas y las activas: mientras que aquéllas se mantienen bajo el secreto como principio, éstos se rigen por el principio opuesto de una creciente tendencia hacia la publicidad y la divulgación.

**IV.6.-** El artículo 1ero. de la Ley no constituye una innovación sino que consagra en forma expresa la que había sido interpretación mayoritaria respecto del artículo 25 del DL 15.322: que la información sobre operaciones activas no está incluida en el secreto bancario. Pero cabe puntualizar que ello no significa que los bancos estén habilitados a divulgar en forma libre la información sobre operaciones activas, dado que la misma sigue estando protegida (como lo estuvo siempre) por el secreto profesional, y debe regirse por las normas que regulan dicho instituto, entre ellas, que los bancos podrán revelarla en caso de que consideren que existe “justa causa” para ello.

**IV.7.-** El artículo 2do. de la Ley confiere a toda persona física o jurídica el derecho de solicitar al BCU información sobre operaciones bancarias activas y la existente en su Central de Riesgos, eliminando la asimetría en el acceso a esa información, pues anteriormente sólo estaba disponible para las instituciones de intermediación financiera. En caso de que se cumplan los presupuestos legales, el BCU está *obligado* a brindar la información al requirente, aspecto en el cual no cuenta con discrecionalidad. Si bien la letra de la ley no es clara en cuanto a requerir un interés legítimo de parte del requirente, la intención del legislador fue hacerlo (mediante la remisión a la Ley 17.838) a fin de evitar la utilización de este mecanismo con fines espúreos. El proceso previsto en el art. 2do. para la solicitud de información “centraliza” en el BCU la fuente para obtenerla, pero ello coexiste con la posibilidad –que ya existía anteriormente– de pedirla directamente a los bancos, los que sólo podrán revelarla

177 IRURETA GOYENA, “El Secreto Profesional”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T.45, pág. 63.

si existe "justa causa" para ello, por estar amparada por su obligación de guardar secreto profesional. La norma refiere en principio a la posibilidad de pedir información sobre terceros, en la medida que ya la Ley 17.838 (Habeas Data) preveía la posibilidad de solicitarla sobre sí mismos. Las personas que obtienen la información sobre operaciones activas por esta vía, serán responsables por el uso prudente de la misma.

**IV.8.-** Finalmente, los artículos 3ero. y 4to. de la Ley, refieren a la facultad (en este caso potestad discrecional y no obligación) del Banco Central para *divulgar* la información sobre operaciones activas. Como toda potestad discrecional, deberá respetar los límites jurídicos para su ejercicio, que implican que la divulgación dispuesta (contenido, medios, oportunidad, etc.) deberá ajustarse razonablemente al *fin debido* por la Administración en el ejercicio de tal competencia. En este caso, la finalidad debe ser una de las previstas en el artículo 3ero. de la Carta Orgánica del BCU. Y tratándose de una excepción al deber de guardar secreto profesional, el BCU podrá tomar legítimamente su decisión fundada sobre la divulgación, adoptando los criterios sobre la existencia de "justa causa" analizados dentro del instituto del secreto profesional (es decir, que la modalidad de divulgación dispuesta se ajuste razonablemente al fin debido y el interés general contemplado por la ley). La información de los Registros no públicos del BCU que alcanza la norma es, en virtud de la remisión al art. 2do., sólo la que refiere a operaciones activas.

----- o0o -----

## BIBLIOGRAFIA

- ADRIASOLA, Gabriel, en *“La Ley 17.948 sobre el Secreto Bancario: ¿pueden los bancos proporcionar información sobre operaciones activas o sólo se puede acceder a ésta a través del Banco Central del Uruguay?”*, en Tribuna del Abogado, No. 149, setiembre/octubre 2006.
- ADRIASOLA, Gabriel, *“La Ley de Reforma Tributaria y su sustancial debilitamiento del Secreto Bancario. Una metodología que desprecia el Derecho a la Intimidad y al Poder Judicial con fines recaudatorios.”*, en Tribuna del Abogado, enero/febrero 2007, pág. 27 y ss.
- ADRIASOLA, Gabriel, *“Secreto bancario y lavado de dinero”*, ediciones Del Foro y Federación Latinoamericana de Bancos, Montevideo, 1997.
- AGUIRRE ROSELLO, T., *“El secreto profesional de los bancos”*, en Revista de Derecho Público y Privado, año IV, 1941, No. 33, pág. 163 y ss.
- ALBANELL MAC COLL, Eduardo, *“Secreto Bancario”*, en La Justicia Uruguaya, T. 51, Doctrina, pág. 139 y ss.
- AAVV, *“El secreto bancario en el Uruguay”* (Panel sobre Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras el 9 de noviembre de 1994 con los siguiente panelistas: CREIMER, Israel; ADRIASOLA, Gabriel; CERVINI, Raúl; TARIGO, Enrique, OPERTTI BADAN, Didier), Ed. FCU y Cámara de Entidades Financieras, Mont. 1995.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *“El interés requerido para obtener testimonios de actuaciones administrativas”*, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración T. 65.
- CERVINI, Raúl; TARIGO, Enrique, OPERTTI BADAN, Didier), Ed. FCU y Cámara de Entidades Financieras, Mont. 1995.
- BAYARDO BENGOA, Fernando, *“La tutela penal del secreto”* Facultad de Derecho, Montevideo, 1961.
- BERGSTEIN, Nahum, *“El Delito de violación del Secreto Bancario”*, FCU, Mont., 1987
- BONFANTI, Mario A., *“Contratos Bancarios”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993
- BRITO, Mariano, *“De la naturaleza y objeto del control a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”*, en Rev. DJA, T. 73, págs. 55-56.
- BRITO, Mariano, *“De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anualtorio”*, en Rev. De la Fac. de Der. y C. Sociales, Año XXIII, No. 3-4.
- CAIROLI, Milton, *“Curso de Derecho Penal Uruguayo”* Parte Especial, Tomo III
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *“Invalidez de los actos administrativos. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de Derecho”* Editorial Universidad, Mont. 1984.
- CAJARVILLE, Juan Pablo, *“Recursos Administrativos”* FCU, 3era. Edición, Mont., 2000.
- CERVINI, Raúl, *“Alcances del secreto bancario en el Uruguay”*, en *“El Secreto Bancario uruguayo”*, AAVV, Ed. FCU y Cámara de Entidades Financieras, Montevideo, 1996.
- CERVINI, Raúl, ADRIASOLA, Gabriel, CLAVIJO, Mariela, *“El secreto profesional frente a la administración tributaria”* B de F Editores, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- CERVINI, Raúl, ADRIASOLA, Gabriel, GOMES, Lux Flavio, *“Lavado de activos y secreto profesional”*, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2002.
- DO EGITO COELHO, Wilson, *“Control de informaciones y secreto bancario”*, en *“Cursillo de Derecho Bancario”*, Ed. BCU, Mont. 1981, pág. 193 y ss.
- GAMARRA, Jorge Luis, *“El secreto bancario en las operaciones activas”*, en La Justicia Uruguaya, T. 119, Doctrina, pág. 83 y ss.
- GARCIA DE ENTRERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, *“Curso de Derecho Administrativo”* T.I, 8va. Ed., Civitas S.A. Madrid, 1997.
- GARRIGUES, Joaquín, *“Contratos Bancarios”*, Madrid, 1953.
- GONZALEZ, Francisco, *“Basilea II: Retos y oportunidades”* en Curso en Universidad Nacional Menendez Pelayo (UIMP-APIE), Santander, 23 de junio de 2004.
- HOLZ, Eva, *“La integración de los sistemas bancarios”*, FCU, Mont., 1997.
- IRURETA GOYENA, *“El Secreto Profesional”*, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T.45.
- LABANCA, Jorge, *« El secreto bancario »*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
- LOPEZ ROCA, Elbio J., *“Publicidad y secreto en la Administración Pública”*, en Revista de Derecho Público, Año 2003, No. 24.

- MALAGARRIGA, Juan Carlos, *"El secreto bancario"*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 19705.
- MARIENHOFF, *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Tomo II, Abeledo-Perrot, ediciones Glem S.A., Buenos Aires, 1965.
- OLIVERA GARCIA, Ricardo, *"Manual de Derecho Bancario"*, Ed. IEEM, Mont. 1989.
- PEREZ FONTANA, Sagunto, *"Cuadernos de Derecho Bancario"* No. 1, FCU, Mont., 1992.
- RETA, Adela, *"Derecho Penal"*, 2do. Curso, Tomo IV, FCU.
- RIPPE, Siegbert, *"Secreto bancario"*, ed. FCU, Montevideo, octubre de 2005.
- RIPPE, Siegbert, estudio titulado *"Secretos que obstaculizan el acceso a la información comercial, en particular el bancario"*, realizado en el marco del "Programa de Servicios de Información comercial para PYMES".
- SAYAGUES LASO, *"Tratado de Derecho Administrativo"*, T. I, 6ta. Ed., FCU, Mont. 1988.
- SIENRA ROOSEN, Rodolfo, ponencia "El secreto bancario en Uruguay", presentada en "X Encuentro Latinoamericano de Abogados expertos en Derecho Bancario", Caracas, Venezuela, del 2 al 5 de junio de 1991.
- SOLER, Sebastián, *"Derecho Penal Argentino"* Editorial La Ley, Bs. As. 1946.
- SOLEY, Jorge y RAHNEMA, Ahmad, en *"Basilea II: más cerca de lo creemos"*, en e-business Center PwC&IESE Business School, Universidad de Navarra, Barcelona, 2004.
- STURLA, Héctor Martín, *"Secreto Bancario"*, nota publicada por la Revista "Mercado y Empresas" de 1983.
- SUPERVIELLE SAAVEDRA, Bernardo, *"El depósito bancario"*, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Mont. 1960.

# EL ENDOSO EN GARANTÍA EN EL MARCO DE LA LEY DE TÍTULOS VALORES<sup>(\*)</sup>

*Karen Seoane Petitto*

## Introducción

El presente trabajo recoge posiciones doctrinarias nacionales y extranjeras y jurisprudencia nacional, en cuanto al instituto del endoso en garantía en el ámbito de las relaciones cartulares; por lo que puede calificársele como recopilación de parte de los que se ha dicho en doctrina respecto al tema, las citas al pie de página, no obedecen al designio de ostentar erudición, sino que tienen el propósito de servir de guía para conducir al lector a las fuentes de información usadas, con lo cual, además, como dijera Bruno Quijano, se cumple un deber de probidad.

Se ingresará al estudio de los títulos valores, esto es, de aquellos títulos escriturarios que han sido creados por comerciantes y juristas, con el fin de facilitar la circulación del crédito, haciendo una breve referencia al marco normativo nacional.

Veremos que el principio de circulación de los títulos valores, unido a la forma de transmisión de los mismos, es de capital importancia, la aptitud natural que poseen los títulos de crédito para ser transferidos entre los distintos poseedores, mediante medios simples, rápidos y seguros, garantizan la legitimidad y la certeza de los derechos que se adquieren.

Por su parte se analizará como el instituto de la legitimación otorga la celeridad requerida por el comercio para la creación y circulación del título, evitando la indagación sobre la verdadera titularidad de los derechos cartulares, lo cual provocaría una serie de complicadas investigaciones que no se coinciden con las exigencias que la economía impone para el manejo de los títulos de crédito.

Basta señalar estas funciones, concluye Villegas<sup>(1)</sup>, para exhibir la enorme importancia del estudio de los títulos de crédito, que llevan incorporadas un derecho de crédito que circula mediante la entrega o endoso.

Por medio del endoso la ciencia jurídica, dotó a la cambial de una forma sencilla y segura para la transmisión del título y legitimar al endosatario que entra en posesión del título para el ejercicio de los derechos literales y autónomos que en él constan.

Se verá que con la creación de otra categoría de endosos, con cláusulas limitativas, entre los que se encuentra el “endoso en garantía”, se logra un efecto jurídico particular.

En el caso del endoso en garantía en el que se da el título al endosatario como garantía de un crédito, la función particular consiste en legitimar al endosatario para cobrar el título a su vencimiento, cancelar el importe de la obligación y reintegrar el remanente al endosante que introdujo la cláusula.

La ley 14.701 contempla a texto expreso el endoso en garantía, destacándose la existencia de diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a las excepciones oponibles al endosatario en garantía, lo que pone de manifiesto la importancia del tema que motiva esta exposición.

---

<sup>(\*)</sup> Se incluye en este Número de la Revista la tesina de la Dra. Karen Seoane que, por error, se omitió en el N°13.  
1 Villegas, Carlos Gilberto. “Manual de Títulos Valores”, Edit. Abeledo Perrot.

## Consideraciones generales sobre la L T V y modificativas

La ley 14.701, constituyó al decir de Olivera García <sup>(2)</sup> un formidable avance en la regulación en materia de títulos valores en nuestro país, colocando al mismo –en el momento de su sanción– a la vanguardia de la evolución de la legislación internacional. Reguló en su primera parte, la teoría general de los título valores, recogiendo las disposiciones del Proyecto de Ley Uniforme sobre Títulos Valores para América Latina, preparada por el profesor mexicano Raúl de Cervantes Ahumada. Y en su segunda parte, tomó las normas sobre letras de cambio de la Ley Uniforme de Ginebra, alineando a nuestro país con la gran mayoría del derecho comparado <sup>3</sup>. Solo en materia de vales, pagarés y conformes adoptó soluciones propias.

Crea un régimen jurídico para los títulos valores, acogiendo las concepciones doctrinarias elaboradas sobre los llamados títulos de crédito, (valores mobiliarios o efectos de comercio, o títulos circulatorios o documentos negociables), o títulos valores, que es la expresión que se adoptó, desde su artículo primero puede apreciarse la recepción de las doctrinas más recibidas en virtud de repetir este artículo la definición de Vivante para los título de crédito, dicho connotado jurista definió el título de crédito como el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo que en él se menciona.

La norma utiliza una terminología especial, la de título valor, tomada de la doctrina germánica, en reemplazo de la utilizada por la doctrina latina, que era título de crédito, por considerarse que esta última estaba mas relacionada a títulos de contenido dinerario, el legislador pretendía una normativa comprensiva de títulos de la más diversa especie, por tanto el título valor que regula la ley abarca todas las especies: títulos de participación, títulos representativos de mercaderías y los títulos dinerarios.

Se caracteriza al título valor como un documento al cual se incorpora un derecho, la ley 14.701 en su art. 3º entre las menciones esenciales del documento incluye el derecho que en el se título incorpore, que puede recaer en dinero, mercaderías, o un derecho de participación, ya que la ley no distingue refiriéndose genéricamente al derecho que se incorpora.

Conforme emerge del texto legal, el documento reviste el carácter de necesario, pudiendo calificarse como solemne, por cuanto se le imponen enunciaciones formales que no pueden faltar. El derecho incorporado es literal y autónomo, siendo el título valor un negocio jurídico unilateral, pues el derecho que se incorpora surge de la sola voluntad del firmante que consecuentemente contrae una obligación, ésta, como la de cada firmante es autónoma respecto de las contraídas por otros suscriptores, imponiendo la primera parte de la ley la solidaridad de todos quienes firman un mismo acto.

Por su forma de emisión se prevén tres modalidades de títulos valores: nominativos, a la orden y al portador, si bien la ley contenía una prohibición de emitir acciones al portador si no existía una ley que lo autorizara, esa prohibición fue derogada por la ley 15.526.

Refiriendo a la relación causal, la ley en la parte general dispone que el derecho que se incorpora a un documento título valor, preexiste y deriva de una relación previa entre librador y tomador.

Como se dijo supra, existen tres categorías de títulos valores comprendidos en la ley: títulos representativos de bienes, cuya reglamentación se encuentra en el Código de Comercio<sup>4</sup>; los títulos de participación, que aunque la ley de títulos valores no los menciona, se entienden comprendidos en la definición del art. 1º que por su generalidad admite la incorporación de éstos títulos como títulos valores; y los títulos dinerarios, contiene una regulación completa de las letras. La particularidad de los tres títulos es que a todos ellos se les aplica el título primero de la ley, constituyendo el derecho común, no obstante las normas específicas que regulan cada tipo.

Contempla la reglamentación minuciosa de la letra de cambio, y dispone que las normas de la letra de cambio se aplican a los vales en cuanto resulte compatible con su estructura, por lo que cabe concluir que el derecho común de las letras y vales es la parte primera de la ley.

A los tres títulos representativos de dinero, la ley le confiere dos atributos especiales: la solidaridad de todos los que firman un título valor; y la abstracción, esto es, al crearse un título valor se independiza de la relación fundamental que fue su causa, de tal forma que el obligado cuando es requerido su pago, no puede exceptuarse con relaciones que tengan que ver con ese negocio fundamental.

2 Olivera García, Ricardo, "Evolución reciente de la normativa en materia de títulos valores"; Anuario de Derecho Comercial Nº 8, p. 60 y ss.

3 En el mismo sentido Rippe, Siegbert, "Evaluación de la aplicación de la ley de títulos valores en materia de letras de cambio, vales, pagarés y conformes"; Anuario de Derecho Comercial Nº 8, p. 47.

4 Art. 1205 y siguientes del Código de Comercio.

Rippe <sup>5</sup> considera que el tema del pagaré, del conforme y del vale, ha quedado particularmente relegado en la parte de su reglamentación, siendo sin embargo un documento de particular importancia en los ámbitos locales.

La ley destina el capítulo II del título segundo, con cinco artículos, a los vales, pagarés y conformes, definiendo dicho concepto en el art. 120, con respecto a los artículos 121, 122 y 123, han sido derogados por la ley de Mercado de Valores N° 16.749 de 30 de mayo de 1996, y por ley N° 16.788 de 4 de noviembre de 1996, ésta última deroga el art. 123 de la ley 14.701 y amplía el 125.

En la LTV aparece formulada una clasificación de título valor, en relación a su forma de circulación, que divide a tales documentos en título valor al portador y título valor con legitimación nominal, sub-clasificándose éstos últimos en títulos a la orden y nominativos, se prevé una forma de transmisión de los títulos valores: el endoso, no está definido en la ley pero se regulan sus requisitos y modalidades en función de los derechos que transmiten, se prevé que el endoso puede hacerse en propiedad, en procuración o en garantía.<sup>6</sup>

La Ley 16.060 introduce normas en materia de título valores a las que cabe brevemente referir, se prevé la facultad de los administradores de sociedades para formar títulos valores, el art. 76 establece que lo sociedad queda obligada por las obligaciones contraídas mediante el título valor, aún cuando los representantes hayan actuado en infracción a la organización plural, la ley de sociedades prevé tres especies de títulos valores: las acciones, que solo pueden estar representadas en títulos negociables las de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, atento a que de acuerdo al art. 210 de la Ley 16.060 no pueden ser representadas en títulos negociables las participaciones en sociedades personales; los bonos o partes beneficiarias y las obligaciones, art. 420 y ss., éstos últimos pueden ser nominativos o al portador. La ley de sociedades expresamente establece que a las acciones de sociedades anónimas se les aplica las normas de los títulos valores.

Como se indicó, en la ley, los vales se reglamentaban en los artículos 120 a 125, alguno de ellos ha sido derogado y otro modificado, la ley 16.759 deroga los artículos 121, 122; la ley 16.788 deroga el art. 123 y sustituye el 125 al cual da una nueva redacción, se establecen modificaciones especiales términos de vencimiento, propio para los vales, se admiten vencimientos sucesivos, la exclusión de la taxatividad en las estipulaciones de los vales.<sup>7</sup>

Por último con relación a la ley 17.228, la remisión que se hace al art. 1° de la ley 14.701, se la entiende en cuanto a su sentido llena de razón y fin sólo en cuanto se concrete en la remisión en el art. 10 de aquella ley en la nueva redacción que le diera la ley 16.906, en el que se hace referencia a la prenda sin desplazamiento. La ley 16.906 en su art. 3 agregó al art. 10 de la ley 14.701, reglas respecto a transferencia de derechos emergentes de las garantías reales o personales que acceden a un título valor.

## Legitimación

El presente trabajo, que refiere al endoso en garantía en el marco de la ley de títulos valores, necesariamente debe analizar al endoso en general y su función legitimativa en la circulación de los títulos de crédito. No cabe duda que la dinámica de la circulación se realiza mediante la legitimación, que es, en cuanto exterioridad, la investidura que debe mostrar el tenedor para poder ejercitar los derechos cambiarios.

Es de tal relevancia la nota del título de crédito de servir a la circulación, que Bolaffio<sup>8</sup> ha propuesto la denominación de títulos de circulación para sustituir a la de títulos de crédito, expresión ésta última que no se ajusta en su significación etimológica a los diversos derechos que circulan mediante ellos. En el mismo sentido Barbieri<sup>9</sup>, ya que los califica como títulos circulatorios.

Bugallo<sup>10</sup> considera que para analizar las diversas cuestiones relacionadas con la legitimación ha de considerarse el tema general de la circulación de los títulos valores y los efectos de su transmisión.

5 Rippe, Siegbert, ob. cit., p. 47 y ss.

6 Bugallo, Beatriz, "Títulos Valores"; Ediciones Del Foro S.R.L. Montevideo, 1998, p. 227 y ss.

7 Rodríguez Olivera, Nury, "Evaluación de la aplicación de la Ley de Títulos Valores"; Anuario de Derecho Comercial N° 8, p. 16 y ss.

8 Bolaffio, León, "Derecho Comercial", Tomo 3°, p. 509, citado por Bruno Quijano, Ismael, cit., p. 13

9 Barbieri, Pablo C. "Manual de Títulos Circulatorios"; Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994. El autor señala que en la definición de los títulos de crédito la doctrina clásica ha dejado de lado aspectos esenciales que a su juicio merecen ser resaltados, ya que en tales definiciones (ej. Vivante), no se contempla un carácter esencial de tales instrumentos: su posibilidad de circular. Entiende como más correcta la definición emitida por Winizky, quién manifiesta que "son documentos creados para circular, necesarios para ejecutar el derecho autónomo y literal que aparece en el mismo".

10 Bugallo, Beatriz, "Títulos valores", p. 227, Edic. Del Foro, 1998.

La legitimación cambiaria puede definirse siguiendo a Barbieri, como la facultad que acuerda el título de crédito a quien lo posea, según la ley de su circulación, para exigir del suscriptor o emisor el pago de la prestación consignada en el documento, autorizando, asimismo, al deudor de la obligación cambiaria a cumplir válidamente con ella a quien le exhibe el título en las condiciones antedichas.

El objetivo básico de la figura es favorecer la circulación del crédito, uno de los propósitos fundamentales perseguidos por la teoría general de los títulos circulatorios. Ello se cumple, en forma fiel, mediante el apartamiento, por parte de los componentes de la relación cambiaria, de la investigación sobre la pertenencia del derecho de crédito, teniendo por legitimado al presentante del mismo, que pasa a ser el sujeto admitido jurídicamente para ejercer los derechos cartulares.

En materia cambiaria la legitimación alude a la relación entre el tenedor del título y el documento, es el estado en virtud del cual una persona puede ejercer o disponer de un derecho <sup>11</sup>. En este sentido Gómez Leo <sup>12</sup> sostiene que la promesa de pago contenida en la promesa de pago está referida en principio al tomador; pero dado que ella es un título a la orden, en rigor, tal promesa comprende también a quién al tiempo del vencimiento de la letra la presente y acredite ser su portador legitimado, esto es, acredite una serie ininterrumpida y regular de endosos, aunque el último esté en blanco.

Por tanto, como sostiene Barbieri <sup>13</sup>, la legitimación implica el poder de ejercicio de los derechos cartulares, pudiendo distinguirse así de la titularidad que acarrea la pertenencia del derecho, por ende, puede ser legitimado a ejercer los derechos derivados del título una persona que no sea titular de dichos derechos, como ocurre por ejemplo con el endosatario en procuración.

Puede estar legitimado el propietario del título valor o quién no lo sea, siempre que lo posea de acuerdo a la ley de su circulación.

Quién pretenda ejercitar un derecho, debe comenzar por probar que el mismo le corresponde. Este tema tuvo su planteamiento originariamente en el derecho procesal, pasando a todo el derecho, en la multiplicidad de negocios jurídicos es posible apreciar que no siempre quién concurre a realizar un acto jurídico, es destinatario directo de los efectos que es capaz de irradiar el acto.

La legitimación juntamente con la capacidad y la idoneidad del objeto del negocio, constituyen los presupuestos de validez del negocio jurídico.

La capacidad de obrar no es otra cosa, que la capacidad jurídica genérica del sujeto, referida a la relación específica que tendrá como contenido el acto, la idoneidad del objeto es la correspondencia que él debe tener con la relación jurídica que lo reglamenta.

Debe recordarse que puede escindirse el sujeto del acto, del sujeto de los intereses que el acto reglamenta, esto es, el legitimado para el ejercicio del derecho y el titular de ese derecho, pudiéndose citar como ejemplo el ya visto de la representación como fenómeno de legitimación, de acuerdo con la diferente posición del titular del derecho respecto al legitimado.

La disciplina cambiaria, ha dotado a los conceptos del derecho común, de características especiales a este tipo de legitimación extraordinaria<sup>14</sup>, convirtiendo al título de crédito en el medio instrumental por excelencia para que opere la circulación del título.

La legitimación a la par de servir para otorgar a una persona la calidad de legitimado, es un medio de constituir la titularidad del crédito, aún en contra de los derechos que pueda tener un anterior propietario; es el caso del tercero portador de buena fe, frente a un propietario a quién fraudulentamente se lo ha desposeído del título.

Carnelutti <sup>15</sup> explica el fenómeno de la legitimación y da razón de su mecanismo, en efecto, en la combinación de relaciones jurídicas halla, este autor, la raíz del hilo discursivo hacia la legitimación, y mediante el conocimiento de la trabazón de relaciones alcanza la comprensión de la esencia del fenómeno y precisa una definición de la noción. En la proyección dinámica del entrecruzamiento de relaciones percibe dos formas de combinaciones: cuando varias relaciones jurídicas sufren por efecto de un hecho jurídico las mismas vicisitudes, y cuando una relación constituye el presupuesto de otra relación. En el primer caso se está ante un *status jurídico*, comprensible de todas las relaciones afectadas por ese hecho jurídico, que despliega sobre las mismas, sus efectos constitutivos, modificativos o extintivos. En el segundo caso, se está ante la *cualificación jurídica*, concepto éste que interesa en el tema en estudio.

En cuanto a la relación jurídica cuya existencia y eficacia depende de otra relación jurídica que le sirve de presupuesto, cabe distinguir diferentes situaciones y matices, que darán lugar a diversas clasificaciones de acuerdo con el tipo de influencia que ejerce la relación que sirve de presupuesto. La relación anterior que des-

11 Yadarola, Mauricio, "Títulos de Crédito", p. 44.

12 Gómez Leo, Osvaldo R., "Manual de Derecho Cambiario"; Ediciones Desalma. Buenos Aires, 1990, p. 58.

13 Barbieri, Pablo C., ob. cit., p. 68.

14 Bruno Quijano, ob. cit., p. 19.

15 Carnelutti, Francisco, "Teoría General del Derecho", p. 225 y ss., citado por Bruno Quijano, Ismael, ob. cit. p. 23

pliega influencia se llama relación cualificante, y la otra, que recibe la influencia y que se encuentra conformada por aquella se llamada relación cualificada, la cual puede ser activa o pasiva, en tanto y en cuanto el poder o el deber que ella contenga esté atribuido por la relación cualificante. Trasladando los conceptos al endoso de un vale, conforme o letra de cambio, puede apreciarse que su contenido se ajusta a la realidad del fenómeno, el tenedor legitimado del título, se encuentra respecto al título, en una relación posesoria cualificada por el endoso, en efecto, agrega a la simple posesión del documento, el elemento cualificante del endoso, que comprueba la calidad de su posesión, o al menos, le certifica la pertenencia de la posesión que de hecho posee y que le fue atribuida por su endosante de acuerdo con el texto del endoso. Este tenedor legitimado, endosatario en el último endoso, se encuentra frente al sujeto a quien va a endosar el título, ostentado la posesión cualificada del documento que indica, (aparentemente a través de la situación material que ello representa), ser sujeto de la relación cualificada que establecerá con el sujeto a quien transmitirá el título en el acto del endoso, que convertirá a éste último en nuevo endosatario y a aquél en endosante. De este modo, el título ha pasado del antiguo legitimado al actual, nuevo endosatario del documento y así sucesivamente en la medida de la circulación del título, se irá delineando la serie ininterrumpida de endosos, que servirá al último tenedor para legitimarle frente al deudor y exigirle la prestación conforme con el derecho cambiario expresado en el título.

Para conocer los efectos de la legitimación es necesario saber la naturaleza de la posibilidad del legitimado de ejercer los derechos cambiarios, la doctrina está dividida, hay quienes creen que la legitimación importa una posesión del derecho que otorga a su poseedor una posibilidad reconocida o aprobada legalmente para ejercer el derecho que se posee, para otros se trata de una simple posición del sujeto respecto al objeto del negocio y, también se dice que es sólo una posibilidad de hecho que tiene el poseedor de colocar en el título los elementos de hecho que la ley, con el concurso de la buena fe del endosatario o del *solvens*, reconoce la adquisición del primero o la liberación del segundo.

Le legitimación prescinde de la titularidad del derecho cambiario y quien se encuentra legitimado, conforme con la ley de circulación del título, puede ejercer plenamente el derecho al extremo de crear la titularidad del derecho cuando transfiere el título a un poseedor de buena fe, y esto porque el legitimado es el que está investido formalmente del derecho que aparece erga omnes como titular. Tal posibilidad de ejercer el derecho, con la señalada extensión, importa reconocer en el legitimado un verdadero poder jurídico mediante el cual, éste puede por acto propio influir en la esfera jurídica de un extraño, como es el titular del derecho cambiario que no se encuentra legitimado, este poder jurídico le está atribuido al legitimado, según la tesis de Carnelutti, por la relación cualificante.

Rodríguez Olivera <sup>16</sup> señala que puede estar legitimado el propietario del título valor o quien no lo sea, siempre que lo posea de acuerdo a la ley de su circulación, si bien en la mayoría de los casos el legitimado será el dueño, no es necesaria la coincidencia de las dos condiciones en una sola persona, el dueño está legitimado y el no dueño también puede estarlo, bastará si se trata de un título valor al portador con que lo posea, después de una cadena regular de endosos; si se trata de título valor nominativo será necesaria la posesión, la regularidad de endosos hasta el poseedor y el registro.

La disciplina reguladora de la legitimación difunde sus efectos simétricamente de modo tal, que los derechos reconocidos al acreedor tienen su correspondencia en los derechos del deudor.

Si hace referencia al deudor del título valor se dirá que debe pagar al legitimado, sin entrar a analizar si es dueño o no.

Al conjunto de derechos atribuidos al legitimado, se los denomina legitimación activa, correlativamente, los efectos de la legitimación pasiva tienen la eficacia de liberar al deudor que de buena fe ha cumplido con su obligación frente al sujeto activamente legitimado, aunque éste no sea el titular del derecho.

De acuerdo con el elemento real o escriturario que contribuya a determinar acentuadamente la legitimación, se distingue la legitimación real de la nominal. En los títulos al portador, en donde la posesión del título sirve para legitimar al tenedor, se da la legitimación real, en los títulos a la orden y nominativos, que además de la posesión requieren un acto de escritura, la legitimación se denomina nominal, por la designación expresa o presunta del legitimado.

Es Muñoz <sup>17</sup> quien se refiere a la tutela de la legitimación y enseña que en materia de títulos de valor, la tutela de la legitimación es una tutela sui generis de una relación de derecho, Asquini habla de posesión ligada con determinadas formas de investidura o apoderamiento, y por su parte Messineo, dice que se trata de posesión cualificada ad legitimationem. La legitimación persigue otorgar al investido el poder de ejercitar los derechos representados por el título, independientemente de la titularidad. Asquini habla de titularidad en el sentido de pertenencia sustancial del derecho cartular a un determinado sujeto, y para él la legitimación es el poder de

16 Rodríguez Olivera, Nury, "Títulos Valores", pág. 63.

17 Muñoz, Luis, "Derecho Comercial Títulos - Valores", p. 146.

ejercicio del mismo derecho ligado a una situación formal dada (investidura, prescindiendo de la pertenencia del derecho). Normalmente la titularidad y la legitimación circulan ligadas, la tutela de la legitimación sirve para tutelar la titularidad, añade el jurista italiano que titularidad y legitimación pueden separarse.

Yadarola<sup>18</sup> utiliza la noción de investidura, opone los conceptos de investidura y legitimación, señala el autor, que la investidura se agota normalmente, en el momento mismo en que se produce el hecho que determina la posesión del derecho, la legitimación en cambio, es ese estado de hecho continuado, que produce el efecto jurídico de atribuir a quién aparece o figura como investido, la disponibilidad del derecho. La investidura es el hecho jurídico en virtud del cual una persona adquiere la posesión de un derecho. Los dos conceptos se vinculan, la legitimación se adquiere por una investidura y la investidura produce sus efectos porque confiere el estado. Se puede estar investido pero no legitimado, por ejemplo quien adquiere el título valor y luego lo pierde. La investidura se cumple en un título valor al portador con la entrega; en un título valor a la orden se cumple con dos hechos: endoso y entrega.<sup>19</sup>

Para Bruno Quijano<sup>20</sup> la investidura que otorga la legitimación requiere el concurso de ciertos extremos determinados por la ley de circulación que rige el título, de acuerdo con la ley de circulación será necesario que se den determinadas circunstancias para considerar al tenedor como legitimado, de ahí que cada ley de circulación determina un tipo de legitimación.

Normalmente, enseña Barbieri<sup>21</sup> la legitimación se demuestra mediante una serie de formalidades que reúne el sujeto legitimado, que en materia procesal se denomina investidura formal, desde el punto de vista del legitimado activo, la solución depende de la clase de título de que se trate, y de la forma de circulación adoptada. Para este autor en todos los casos –sin interesar la clase de título de que se trate o su forma de transmisión– considera indispensable la posesión del título, salvo cuando el fenómeno de la desmaterialización de los títulos permite la presentación de certificados provisorios de tenencia, o la remisión a las constancias del ente emisor (v. gr., acciones escriturales).

La transmisión de los derechos de crédito y los derechos que ellos contienen entre los distintos poseedores, y la consecuente movilización del crédito que ello implica, es para Barbieri un aptitud natural de esta clase de documentos, a la que considera como esencial e irremplazable, pero juntamente con la transferencia del título y sus derechos, la circulación, dice, produce el traspaso a distintas manos de la legitimación cambiaria activa, lo que implica que la transmisión del título conlleva que se legitima al accipiens para ejercer todos los derechos emergentes del documento, y también para volver a transferirlo. Esta legitimación puede hacerse por cualesquiera de los modos utilizados para la transmisión, de acuerdo a la ley de circulación del título.

## Circulación del título valor

La exigencia económica que satisfacen los títulos valores es, fundamentalmente, la de servir de circulación de ciertos derechos susceptibles de ser representados por documentos cambiarios, con la garantía de certeza, seguridad jurídica y rapidez en el tráfico.

En la enunciación de los caracteres de los títulos de crédito, habitualmente, en opinión de Barbieri<sup>22</sup> no se dio la suficiente importancia a la posibilidad de que estos documentos circulen en el comercio, transfiriéndose entre los diversos sujetos, produciendo en consecuencia la movilización de la riqueza.

Cabe concluir con Bruno Quijano<sup>23</sup> que sin la presencia de los títulos de crédito en el mundo de los negocios, contemplándolos como medio instrumental de realizar operaciones, seguramente no se hubiera alcanzado el grado actual de intensificación y celeridad que demuestran las transacciones comerciales.

Por tanto, era necesario dotar a tales documentos de suficiente certeza en cuanto a su existencia, como seguridad en cuanto a su realización, así lo sostiene acertadamente Ascarelli, y en tales condiciones fueron creados los títulos de crédito. Estos mediante la armónica correspondencia de los principios de autonomía, literalidad y necesidad que a modo de trípode sirven de sustento al sistema cambiario, hace al acreedor inmune a los riesgos propios de la cesión, otorgando a su derecho cambiario las garantías de certeza y seguridad.

18 Yadarola, "Títulos de Crédito", párrafo 45.

19 Rodríguez Olivera, Nury, "Títulos Valores", p. 63.

20 Bruno Quijano, Ismael E. ob., cit., p. 28.

21 Barbieri, Pablo C., ob.cit., p. 72.

22 Barbieri, Pablo C. "Manual de Títulos Circulatorios", Edit. Universidad. Buenos Aires, 1994, p. 57.

23 Bruno Quijano, Ismael E. "El Endoso", p. 11 y ss.

En el mismo sentido Barbieri <sup>24</sup> señala que si bien los análisis doctrinarios se centraron en la estructura de la obligación cambiaria, la necesidad de la posesión del documento, la vinculación entre los derechos cartulares y su causa de creación, etc., elementos de suma importancia, hoy en día entiende no terminan de ser definitorios en el estudio de la materia, concluye que, la aptitud de los títulos para representar una relación cartular, y por tanto, poder transferirse de un sujeto a otro –a lo que denomina principio de circulatoriedad–, es junto a la autonomía y literalidad cambiarias, una tríada básica sobre la que debe asentarse la teoría general de los títulos de crédito.

Por el principio de la autonomía del derecho cartular, quién posee el título conforme a su ley de circulación adquiere el derecho expresado en el documento en forma originaria, tal derecho originario nacido en cabeza de cada poseedor, está delimitado por su expresión escrituraria en el título, nada puede invocarse ni por parte del deudor o del acreedor que no encuentre su regulación a tenor de la expresión literal que conste en el documento, se le llama principio de literalidad que viene a ser la medida formal de la autonomía del derecho cartular. El título de crédito otorga a su tenedor un derecho autónomo y regulado por su expresión literal, requiere ser presentado tantas veces como sea necesario para ejercitar el derecho, esta exigencia de presentación se llama principio de necesidad, y caracteriza al título como documento dispositivo.

La conjunción de esos tres principios, extraídos por Vivante <sup>25</sup> del examen de gran número de documentos, sirve para caracterizar el título de crédito en sus datos esenciales y lo define como el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo.

El art. 1º de la Ley de Títulos Valores 14.701, adopta la definición de Vivante: “Los títulos valores son los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna”.

Interesaba al legislador que el crédito como valor en sí mismo entrara en circulación como un bien, por mérito a lo cual documentando el mismo le atribuyó las características de una cosa corporal.

Cámara alude a la transferencia de la letra de cambio, como un dogma indiscutido en el derecho universal por tratarse de una cosa que se puede enajenar, por tal motivo tiene una vocación innata para incorporarse a la dinámica de la vida negocial, circulando el derecho instrumentado en el documento como las cosas muebles. <sup>26</sup>

La letra de cambio, y los demás títulos valores no requieren la cesión de créditos para su traspaso, bastando solo el endoso.

El emisor de un título valor se obliga no solo frente al beneficiario sino también ante cualquier otra persona que éste indique, naciendo al mundo económico bajo el signo consagrado por todas las legislaciones desde antiguo aunque variando las formas de transmisión, Cámara <sup>27</sup> señala que dichos documentos, a los cuales califica de *vehículos de crédito, palancas que movilizan la riqueza presente y futura*, no presentarían tal altos servicios si no contaran con una regulación especial inspirada en el fundamental propósito de proteger la circulación desde el punto de vista de la seguridad y rapidez.

El desarrollo de la actividad mercantil impuso modificar la forma de transmisión de los documentos <sup>28</sup>, (los cuales en un principio se transmitían por cesión de créditos), en aras de su mejor agilidad, surgiendo el endoso, declaración cambiaria singular. Se trata de una innovación trascendental, y la más importante de su historia, revolucionó el título de crédito: con una fórmula breve aún la sola firma del titular transmite su propiedad, dejando de lado las formalidades anteriores, en especial en cuanto a los efectos, otorgando confianza y certeza al portador.

El endoso combinado con la ley de derecho común sobre circulación de las cosas muebles y disposiciones especiales sobre transmisión de títulos a la orden, convirtió a la letra de cambio y demás títulos valores en sucedáneo de la moneda, gravitando en el comercio,

En este sentido Uría <sup>29</sup> estudiando la letra de cambio, en conceptos trasladables al presente estudio, afirma que, la letra de cambio es un título esencialmente circulante, nacida como un mero instrumento del contrato de cambio, pronto se convirtió en un medio de pago susceptible de indefinidas transmisiones. En el terreno de la circulación destaca el aspecto *real* de la letra sobre el *obligacional*, la letra es idónea *res nova* (incorporante de derechos), para pasar de un patrimonio a otro, circulando, bien con arreglo a un sistema de transmisión especial

24 Barbieri, Pablo C. ob., cit. p. 57.

25 Vivante, César, “Tratado de derecho mercantil”, citado por Bruno Quijano en su obra “El Endoso”, p. 13

26 Cámara, Héctor, “Letra de Cambio y Vale o Pagaré”, p. 495.

27 Cámara, Héctor, cit., p. 496.

28 Al principio la cambial se transmitía mediante contrato de cesión de créditos, al igual que cualquier otro derecho. Cámara, Héctor, cit.p. 496.

29 Uría, Rodrigo, “Derecho Mercantil”, Madrid 1976, p. 739.

adaptado a su peculiar fisonomía y a las exigencias del tráfico cambiario (circulación en sentido propio), bien conforme a las reglas o principios del Derecho Civil (circulación en sentido impropio).

La circulación que el autor califica como “en sentido propio”, está fundada sobre la naturaleza de la letra de cambio como título de crédito perfecto, en el que se da plenamente la incorporación del derecho al título, y es la única que hace surgir en el nuevo titular derechos autónomos que determinan la inoponibilidad de excepciones personales válidas contra los anteriores titulares. Esta circulación se realiza normalmente a través de un negocio traslativo (endoso) que se expresa en la letra misma por medio de una especial declaración cambiaria (cláusula de endoso); puede adquirirse asimismo la letra con independencia de cualquier negocio traslativo, por virtud de la ley (transmisión *ope legis*), en aquellos supuestos en que, realizado el pago de la letra al tenedor legítimo, el pagador queda investido legalmente de los derechos cambiarios para repetir lo pagado contra las demás personas anteriormente obligadas por virtud del título valor.

Cabe concluir con Barbieri<sup>30</sup> que la circulatoriedad es innata a la estructura y características de los títulos de crédito, esto es así ya que desde su misma creación estos instrumentos son concebidos para circular en el comercio, para transmitirse entre distintos sujetos o agentes económicos y producir la movilización del crédito que la economía de mercado exige. La relativa simplicidad y la consecuente seguridad que impone a esta transferencia la figura del endoso, completada con los efectos derivados de la autonomía cambiaria, implican que esta posibilidad de circular se vea favorecida y facilitada por las legislaciones que regulan cada figura en particular. Carácter éste que se encuentra íntimamente ligado con las formas que pueden utilizarse para transferir los títulos circulatorios.

El uso del endoso, muy frecuente en la práctica, que constituye la verdadera figura típica de la transmisión, con muy pocas exigencias formales, confiere plena legitimación al destinatario del mismo, agregando al endosante como otro obligado cambiario, permitiendo que el traspaso de los derechos cartulares adquiera gran difusión.

Respecto a las exigencias formales Bugallo<sup>31</sup>, que analiza la legitimación y su incidencia en la circulación de los títulos de crédito, señala que la función de la legitimación del título está subordinada, por voluntad del emisor o por disposición de la ley, a determinados presupuestos, que son diferentes según las distintas categorías de títulos de crédito. La circulación del documento está por lo tanto subordinada a que se verifiquen los presupuestos de la legitimación a favor de una persona diferente, de tal forma se caracteriza la ley de circulación.

Sin perjuicio de la reglamentación particular de la LTV según su régimen circulatorio, el art. 12 dispone que el tenedor de un título valor no puede cambiar su forma de circulación sin consentimiento del creador del título. Los medios de circulación aplicables a los títulos valores para su circulación dependen de la variedad de título valor de que se trate.<sup>32</sup>

En cuanto a los derechos que se transmiten, además del principal incorporado en el título valor, de acuerdo al art. 10 LTV la transmisión implica también la de los derechos accesorios, existe discrepancia en la doctrina acerca de la interpretación del término “derechos accesorios, para un sector el texto refiere solamente a los intereses que vayan generando, otro sector de la doctrina estima que como “accesorios” deben ser consideradas las garantías que acceden al derecho, y no solo las de naturaleza cambiaria como el aval, sino también las comunes a todas las obligaciones como las hipotecas o las prendas que puedan haberse constituido,

## Clasificación de los títulos valores de acuerdo a su régimen de circulación o transmisión

La ley formula una clasificación de títulos de crédito, de acuerdo a su forma de circulación y los divide en títulos valores al portador y título valor con legitimación nominal: títulos a la orden o nominativos.

Para que el tenedor de un título al portador sea considerado legitimado debe detentar la posesión del título, los títulos al portador son aquellos títulos valores que no se expiden a favor de una persona determinada y se transmiten por mera entrega. La circulación de la legitimación se efectúa en virtud del ingreso, generalmente, por efecto de un negocio traslativo y tradición del documento, de una persona distinta en la posesión del título.

30 Barbieri, Pablo, ob., cit. p. 58.

31 Bugallo, Beatriz, ob. cit. p. 229.

32 Bugallo, Beatriz, p. 230.

El art. 52 de la LTV define los títulos al portador: “Son títulos al portador los que no se expidan a favor de persona determinada, aunque contengan la cláusula “al portador” y su transmisión se producirá por la simple tradición”.

En los títulos de legitimación nominal, la posesión del título a los efectos de la circulación, es condición necesaria pero no suficiente, ya que la posesión del adquirente debe ser calificada, es necesario una certificación documental del ingreso en la posesión la cual es diversa según se trate de título a la orden o de un título nominativo.<sup>33</sup>

Bruno Quijano<sup>34</sup> señala que en los títulos de crédito de circulación a la orden se agrega al elemento posesorio, (exigencia constante en todos los títulos de crédito, el elemento escriturario representado por el endoso que, como *marca* de legitimación<sup>35</sup> sirve de principalísimo factor para cualificar, con el agregado de otros elementos, como legitimado al poseedor. Por tanto el endoso es un elemento necesario pero no suficiente de legitimación para el tenedor del título a la orden.

Gómez Leo<sup>36</sup>, que distingue el endoso con efectos plenos del endoso con efectos restringidos, concluye que el endoso con efectos plenos cuenta con efectos legitimantes, traslativo y vinculante.

Califica como esencial la legitimación, por la propia función técnico jurídica específica del endoso, que es la de legitimar al endosatario que recibe la letra, habilitándolo para el ejercicio de todos los derechos resultantes del título aún cuando no sea su propietario. Tal legitimación surge de la posesión del título y de la documentación de las sucesivas transmisiones, mediante una serie ininterrumpida y regular de endosos (art. 67 LTV).

Para que al tenedor del título se lo pueda considerar legitimado necesita se sumen determinadas circunstancias: la posesión (entendida como simple detención material) y la exhibición del título, ésta es una consecuencia de la posesión y de la necesidad de presentar el título para el ejercicio del derecho; además la posesión del título debe ser calificada por el endoso, caracterizando el endoso, enseña Bugallo que es una orden escrita sobre el título, de cumplir la prestación con la persona a favor de la cual el endoso está hecho; la indicación al endosatario contenida en el endoso, que como se señaló cualifica la posesión del documento, necesita estar precedida de una serie ininterrumpida de endosos de tal modo que, el actual endosatario haya recibido de su autor e inmediato endosante, y así encadenadamente hasta llegar al librador o emisor: principio de continuidad de los endosos, la serie continua de endosos debe ser valorada en su aspecto extrínseco, por tanto al deudor no le está permitido indagar más allá de lo necesario para comprobar su regularidad exterior.

En nuestro derecho tratándose de títulos nominativos, la certificación documental de la toma de posesión se efectúa través de la llamada traslación (transert) que consiste en una doble anotación: en el título y en el registro, para la transmisión en este caso se exige endoso, entrega y registro.

El sujeto que cuenta con esa investidura formal es considerado portador legitimado, y en el ámbito de las relaciones cambiarias puede disponer del título y ejercer todas las potestades que éste concede, en tanto representativo del derecho cambiario que se le ha incorporado, sin necesidad de tener que acreditar si es el verdadero titular del derecho y propietario del documento, pues a los efectos de transmitir, ejecutar, cobrar y aún exigir la cambial no es necesario demostrar estas dos últimas condiciones jurídicas, pues con la legitimación activa demostrada del modo formal y extrínseco visto, basta.

En lo referente al endoso con efectos restringidos, endoso pleno con cláusulas limitativas, que puede ser la cláusula en procuración<sup>37</sup>, ésta suprime el efecto traslativo, porque el endosante sigue siendo el dueño de la letra, no tiene efecto vinculante pues al transmitir el título al solo fin de un mandato para conservación y el cobro del derecho cambiario que aquél tiene incorporado, produce una limitación en el efecto legitimante del endoso, pues el mandatario solo puede volver a endosar el título en mandato. Con respecto a la cláusula “en prenda” (art. 43 y 46 LTV), esta cláusula suprime el efecto traslativo, pues la propiedad de la letra es retenida por el endosante “en prenda”, que es y sigue siendo su dueño. Produce efecto vinculante, pues el endosante, aunque es dueño del título, como lo ha dado en prenda, es garante de la aceptación y el pago del título. En su condición de vinculado directo en el nexa cambiario, en opinión de Gómez Leo<sup>38</sup> podrá invocar las defensas causales derivadas de la relación subyacente por la cual endosó el título; en el caso, el contrato de garantía por el cual cauciona la letra. Y produce una limitación el efecto legitimante, puesto que el endosatario en prenda, si bien adquiere un derecho autónomo respecto de los anteriores firmantes del endoso en prenda, quienes no pueden oponerle las excepciones que pudieran tener contra el endosante en prenda, si desea endosar la letra prendada solo podrá hacerlo a título de mandato, es decir, para la conservación y el cobro de los derechos resultantes de la cambial.

33 Bugallo, Beatriz, ob. cit., p. 231.

34 Bruno Quijano, Ismael, ob. cit. p. 29.

35 Ferrara, citado por Bruno Quijano, ob. cit.

36 Gómez Leo, Osvaldo R. “Manual de Derecho Cambiario”, p. 177.

37 Ver pág. 20.

38 Gómez Leo, Osvaldo R. “Manual de Derecho Cambiario”, p. 180/181.

## Endoso

Los títulos de crédito, tal como ha quedado relevado en el presente trabajo, tienen una función esencial, la de transmitir y hacer circular los derechos crediticios entre distintos sujetos. La letra de cambio, vales y pagarés no se apartan de estas consideraciones, teniendo una forma típica de transmisión: el endoso.<sup>39</sup>

Con referencia a las letras de cambio Vázquez Bonome<sup>40</sup> señala que ésta es un título de crédito que desde el momento de su creación, ya está predestinado, normalmente, a pasar por una serie de transmisiones, al utilizarse como medio de pago, necesita de un procedimiento que facilite su circulación, de una forma sencilla y ágil.

No existe definición legal de endoso, si bien la Ley 14.701 indica las enunciaciones del mismo.

Recurriendo a la doctrina se perfila el concepto, tratándose los títulos valores del gran factor de comercio internacional, se explica la introducción de una cláusula que acuerda al dueño del instrumento, la facultad de transmitir a otra persona la propiedad del documento, conjuntamente con la de los derechos que representa, y conferirle, pues, derecho para exigir el pago, por medio de una fórmula breve, lacónica, exenta de formalidades capaces de restringir la necesaria agilidad del documento; fórmula que no solo llena los mismos fines que la cesión de crédito ordinaria, sino que además lleva aparejados efectos más enérgicos.

Esta fórmula llamada endoso (“escrito en el dorso”, “in dorso”), es el medio por el cual entra en acción la cláusula “a la orden”. Una crea la estructura; la otra realiza la función.<sup>41</sup>

Messineo<sup>42</sup> expresa que el endoso es un “negocio jurídico cartular unilateral y abstracto que contiene una orden de pago del primer tomador del título o de un precedente endosatario, de carácter accesorio” por cuanto presupone un título a la orden ya creado y circulante.

Muñoz<sup>43</sup> lo califica también como un negocio jurídico unilateral cambiario, incondicional y total, integral e irrevocable, pleno y menos pleno, necesario para la circulación de los títulos crediticios, consiste en una declaración de voluntad de contenido volitivo, vinculante y recepticia dirigida a persona incierta, que debe constar en el título valor, o en su prolongación, y además es probatorio, constitutivo, dispositivo, literal, aunque no se exija forma sacramental, autónomo, abstracto y con poder de legitimación, en virtud del cual el endosante, como parte y el acreedor cambiario mediante la cláusula a la orden y la tradición o entrega del título al endosatario o nuevo tenedor, hace circular la letra de cambio, u otro documento cartular, para que cumpla sus funciones, bien entendido que si se tratase de un endoso en garantía el endosante debe ser titular dominial ya que no es legítimo gravar bienes ajenos, y el endosante en procuración solamente confiere poder al endosatario.

Barbieri<sup>44</sup> por su parte, afirma que el endoso es un acto jurídico unilateral, mediante el cual un sujeto, llamado endosante, transfiere a otro, denominado endosatario, la propiedad de la letra de cambio, la titularidad de los derechos que ella confiere, y la legitimación para ejercer todas las potestades cartulares, convirtiéndose, a su vez, en garante de la aceptación y del pago de la cambial. Los efectos que normalmente produce la transmisión de una letra de cambio por el endoso son tres: transferencia de la propiedad, legitimación y garantía.

Hemos visto que Gómez Leo<sup>45</sup>, distingue *el endoso con efectos plenos*, que habilita a quién recibe el título a ejercer todos los derechos resultantes del documento, transmitiendo la propiedad del mismo y con ella la titularidad del derecho cartáceo que en él se documenta y que pueden ser sub-clasificados en: endoso nominal, endoso al portador y endoso en blanco, *del endoso con efectos restringidos* en los que se incluyen algunas cláusulas previstas y permitidas por la ley, que limitan o en su caso, suprimen los efectos plenos antes referidos, tales cláusulas pueden ser: sin garantía, en procuración, en prenda.<sup>46</sup>

Desarrolla el concepto de endoso (normal o con efectos plenos) clasificándolo como un acto jurídico cambiario, unilateral, completo, formalmente accesorio y sustancialmente autónomo del libramiento de la letra, que se comporta como un negocio abstracto mediante el cual se transmite la propiedad del documento y, con ello, la titularidad del derecho emergente de él, habilitando al endosatario para ejercer todos los derechos resultantes del título, a la vez que el endosante asume la obligación de garantía, de aceptación y pago de la letra. En sentido lato, estima que el endoso es el medio propio y suficiente para documentar la transmisión de la letra de cambio, en tanto título de crédito a la orden por excelencia; de ahí su naturaleza eminentemente cambiaria. Es unilateral

39 Barbieri, Pablo C. ob. cit., p. 159.

40 Vázquez Bonome, Antonino, “Tratado de Derecho Cambiario, Letra, Pagaré y Cheque”, Dykibson SRL, Madrid, 1990, p. 133.

41 Rebora, Juan Carlos, “Letras de Cambio”, p. 185/186.

42 Messineo, Manual ... T. VI, p. 261, citado por Villegas, Carlos Gilberto; “Manual de Títulos Valores”, p. 52/53.

43 Muñoz, Luis, “Derecho Comercial Títulos-Valores”, p. 307/308.

44 Barbieri, Pablo C., ob., cit. 159.

45 Gómez Leo, Osvaldo R, “Manual de Derecho Cambiario”, ver supra p. 19.

46 En el mismo sentido puede verse Barbieri, ob., cit., p. 164.

como todos los actos cambiarios razón por la cual cuenta con las características propias de ese tipo de declaración de voluntad, v. gr., no recepticia, incondicionada e irrevocable.

Estos principios dogmáticos que informan el endoso como acto cambiario, han sido adoptados por la ley 14.701. El art. 65 establece que: “El endoso transmite todos los derechos resultantes de a letra de cambio...”, el art. 64 prescribe que el endoso debe constar en la letra o en una hoja de prolongación, debiendo ser firmado por el endosante, pudiendo no designar beneficiario consistiendo en la firma del endosante (endoso en blanco) en este último caso para que el endoso sea válido deberá ser escrito alo dorso de la letra o en hoja de prolongación.

El endoso al que Gómez Leo<sup>47</sup> denomina “con efectos plenos” o “normal”<sup>48</sup> (sin cláusula limitativa), cumple una función esencial: la legitimación del endosatario, habilitándolo para ejercer todos los derechos resultantes del título. Es una función, o efecto esencial, pues en tanto el endoso opere como acto cambiario puede limitárselo en sus efectos, pero no se lo puede suprimir totalmente: un endoso que no transmite el derecho de exigir el cobro no será verdaderamente un endoso. El endoso normal, sin limitaciones, produce además un efecto vinculante, el endosatario que recibe una letra endosada sin limitaciones, recibe la propiedad del documento y la titularidad del derecho, de ahí el efecto traslativo. En cuanto al efecto vinculante hace alusión a la función de garantía que produce el endoso, ya que el endosante, a partir de haber firmado la letra, endosándola, responde por su aceptación o pago (art. 66 LTV<sup>49</sup>); es decir que se incorpora al nexo cambiario, siendo responsable, ante el portador legitimado en forma solidaria junto a los demás firmantes de la cambial.

Se trata para Vincent Chuliá de un negocio típico de transmisión cambiaria, es un “contrato de entrega” integrado por una declaración cambiaria - basta la firma del endosante - y la transmisión del título.<sup>50</sup>

Es el modo de transferir la propiedad del título valor, siempre que se realice conforme a la índole del documento, de acuerdo a derecho y a los fines habitualmente perseguidos en su circulación.

De la letra de cambio, el endoso se extendió a otros valores documentales, constituyéndose en el modo habitual de transmisión o negociación de todos los títulos cuya fácil circulación interesaba a las relaciones mercantiles.

Garriguez lo define como una cláusula accesoria e inseparable de la letra, por virtud de la cual el acreedor cambiario pone a otro acreedor en su lugar, sea con carácter ilimitado o limitado.

Siguiendo la clasificación de Gómez Leo, el endoso con efectos plenos (nominal, al portador y en blanco) cuenta con efectos cambiarios plenos: efecto legitimante; efecto traslativo y efecto vinculante, que corresponden a las análogas funciones técnico-jurídicas específicas que puede desempeñar la letra de cambio, en tanto papel de comercio.

La letra de cambio u otros títulos de crédito pueden ser transferidos con un objeto diferente al de transmitir la propiedad (endoso con efectos plenos en la terminología de Gómez Leo): el de constituir una prenda o el de entregar el título únicamente por vía de autorización para cobrar su importe, conservando la propiedad el endosante, endoso con efectos restringidos.

Con la agregación de ciertas cláusulas o aditamentos se produce algún tipo de limitación o restricción de las consecuencias normales de esta forma de transmisión de la letra de cambio y demás títulos circulatorios, éstas son: las “cláusulas limitativas” y según de la que se trate, generarán la falta de transmisión de la propiedad, de la legitimación o del efecto vinculante –garantía – o de alguno de ellos. Estas cláusulas no se presumen, deben estar consignadas expresamente al dorso del título, junto al cual afectan, son facultativas del endosante, dependiendo de su sola voluntad la inclusión en el documento, las más empleadas son el “endoso en procuración” y el endosos en prenda”.

## Endoso en procuración

Es posible, en la práctica, que un sujeto portador legitimado de una letra de cambio no pueda, o no quiera, intentar el cobro del título en forma personal, pero tampoco desee desprenderse de la propiedad del documento y de los derechos de él derivados, por lo tanto las legislaciones prevén la posibilidad de que el portador endose el título “en procuración”, con lo que confiere al endosatario un verdadero mandato para que presente la letra a la aceptación y al pago, levante el protesto e incluso inicie acciones judiciales y extrajudiciales para intentar el cobro de su monto.

47 Gómez Leo, Osvaldo, R. ob., cit., p 165.

48 En el mismo sentido Barbieri, Pablo C., ob., cit., p. 165.

49 “Salvo cláusula en contrario, el endosante garantiza la aceptación y el pago”.

50 Vincent Chuliá, ob. cit. p. 66

Barbieri <sup>51</sup> destaca como particularidad de esta cláusula que la propiedad de los derechos emergentes del título sigue residiendo en el endosante en procuración, trasmitiéndose solamente la legitimación para perseguir el cobro judicial y extrajudicial de la letra.

Villegas <sup>52</sup> señala que el agregado de la leyenda “en procuración” u otra similar significa el otorgamiento de un “mandato al portador del título” para que realice las gestiones propias de su cobro.

En cuanto a las formalidades, Bugallo <sup>53</sup> concluye que este endoso no tiene solemnidades especiales, más que la explícita mención por medio de alguna expresión de su efecto particular, no exigiendo la ley ni siquiera la incorporación del nombre del procurador que ejercerá la representación que se atribuye. En cuanto a su finalidad la autora expresa que es la de constituir una relación de apoderamiento entre endosante y endosatario que autoriza a éste a ejercitar en nombre del endosante los derechos derivados de la letra.

Como lo disponen los arts. 43 y 45 de la LTV el endoso puede hacerse en procuración mediante las cláusulas “en procuración”, “por poder”, “al cobro” u otra equivalente.

Se trata de una cláusula de limitación que opera sobre el efecto legitimante, en tanto el endosatario “en procuración”, si bien puede ejercer los derechos inherentes a la cambial (v. gr. Cobrarla, pretestarla, demandar su cobro judicial), solo puede endosarla “en procuración”.

En efecto, el art. 45 dispone: *“Este endoso conferirá al endosatario las facultades de un apoderado, para cobrar el título judicial o extrajudicialmente y para endosarlo en procuración”*.

La cláusula, suprime el efecto traslativo del endoso, pues el endosatario en procuración actúa como un mandatario, en nombre propio y por cuenta del endosante, en quién reconoce la titularidad del derecho cambiario; es decir que el endoso con la cláusula “en procuración”, “valor al cobro” u otra equivalente que implique un mandato, no trasmite la propiedad del título al endosatario. Surte los efectos de un mandato, pues el endosatario está obligado hacia el endosante, su mandante, a presentar la letra a la aceptación y pago, para que ésta no se perjudique, a rendir cuentas de su gestión, este mandato es de naturaleza comercial, aunque no se extingue por la muerte o incapacidad del mandante o endosante y solo puede hacérselo cesar en sus efectos, en la propia letra. El inciso 3º del art. 45 LTV edicta: *“El mandato que confiere este endoso no terminará con la muerte o incapacidad del endosante y su revocación no producirá efectos frente a terceros sino desde el momento en que se anote su cancelación en el título o se tenga por revocado el mandato judicialmente”*.

Si el endosatario intenta el cobro judicial de la letra, se le podrán oponer válidamente todas las excepciones que el accionado poseía contra el endosante en procuración, quién en definitiva sigue siendo el titular de los derechos cartulares.

El art. 50 LTV es una norma específica para bancos, señala Rodríguez Olivera <sup>54</sup> que cuando un banco recibe títulos para acreditar en la cuenta del tenedor, pueden presentarlos al cobro aún cuando esos títulos no hayan sido endosados a su favor. De modo que los Bancos aún cuando no aparezcan como endosatarios, podrán percibir el importe de los títulos valores y el deudor que paga a un banco paga bien. La ley impone una sola formalidad: que los bancos firmen en el propio título o en una hoja adherida a él, que han recibido el importe y la calidad en que actúan, esto es, por cuenta de quién efectúan la cobranza.

## Endoso en Garantía

Dada las características de los títulos valores de concebirlos como cosa, que incorpora un derecho, sirven para garantizar cualquier obligación del portador o de un tercero, sin requerirse formalidades especiales, bastando el endoso. <sup>55</sup>

Retrata de un acto formal escriturario, siguiendo la costumbre tradicional, va en el reverso del documento, no requiriendo la ley el empleo de determinadas palabras para el endoso: basta con que se exprese claramente la intención del endosante de transmitir la letra al endosatario.

De acuerdo al texto legal, en cuanto a la forma es necesario una mención que haga visible la constitución de este derecho real (“valor en garantía”, “valor en prenda” o cualquier otra que implique una garantía). <sup>56</sup>

51 Barbieri Pablo C., ob. cit., p. 164.

52 Villegas, Carlos Gilberto, o.b. cit., p. 55.

53 Bugallo, Beatriz, ob., cit., p. 236/237.

54 Rodríguez Olivera, Nury, ob., cit., p. 71.

55 Cámara, Héctor, “Letras de Cambio y Vale o Pagaré”; Ediar. Buenos Aires. 1986, p. 4602.

56 Garriguez, “Curso de Derecho Mercantil”; T III, p. 217.

Cabe concluir que no se exigen términos sacramentales, pudiendo utilizarse cualquier otra expresión equivalente.<sup>57</sup>

Se atempera el requisito de solemnidad recogido por el art. 2º de la ley 14.701, dicha norma establece que los documentos y actos a que refiere la ley solo producirán sus efectos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la misma ley señala.

Esto es así ya que el endoso es un acto posterior a la creación del documento, en materia de títulos valores lo principal es el documento, siempre se menciona el documento en primer lugar y los actos en segundo lugar. La ley impone que todos los documentos y los actos relativos al título valor deben celebrarse con ciertos requisitos exigidos bajo sanción de nulidad.

La faz interna entre endosante y endosatario se rige por el contrato de prenda, el endoso no convierte al endosante en deudor del endosatario, no hay responsabilidad cambiaria para el endosante, ya que limitado el endoso a conceder al endosatario el derecho de cobro de la letra, la responsabilidad cambiaria del endosante excedería esa finalidad concreta.

En la faz interna de la relación el endosatario puede ejercitar todos los derechos que se deriven del título. No ejerce los mismos derechos que tenía el endosante, sino un derecho propio con fines de garantía, por tanto no pueden oponerse al endosatario las excepciones personales oponibles a tenedores anteriores.

El art. 46 de la Ley 14.701 prevé el endoso en garantía, mediante tal endoso se concede al endosatario un derecho de prenda cambiario sobre el crédito incorporado a la letra.<sup>58</sup>

Literalmente el artículo dispone: *“El endoso en garantía se otorgará con las cláusulas en garantía o “en prenda” u otra equivalente. Constituirá un derecho prendario sobre el título y conferirá al endosatario además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración”*.

*“No podrán oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que se hubieran podido oponer a tenedores anteriores”*.

Conforme Garriguez, el efecto del endoso en garantía es constituir un derecho prendario sobre el título y conferir al endosatario además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración.

Por medio de este endoso, el dueño del título valor garantiza al acreedor una obligación ajena al título, puede constituirse el derecho real de prenda por considerarse al título como una cosa muebles, el endoso como negocio jurídico unilateral y la entrega del documento con fines de garantía real al endosatario acreedor prendario desmembra el dominio, la plena in re potestas que sobre la cosa tiene el dador, la causa de la prenda sin embargo, su función no es el título valor, sino en darlo en garantía de un crédito. La fuente –causa en sentido jurídico- por donde se aprecia el negocio subyacente, la llamada relación fundamental, no puede ser la causa función, la causa en sentido técnico jurídico de los títulos valores.

El endosatario “en prenda” es acreedor del endosante “en prenda”, y éste le entrega el título valor para garantizar una deuda, a fin de que si ésta no es atendida, el acreedor pueda hacer efectivo su crédito sobre la cosa prendada. El endoso en prenda legitima al endosatario solo para ejercer los derechos emergentes del título, pero reteniendo la propiedad del documento prendado y la titularidad del derecho en cabeza del endosante, es decir que la cláusula suprime el efecto traslativo del endoso pleno.

Limita el efecto legitimante del endoso pleno, dado que el endosatario en prenda no puede volver a endosar el título valor sino a título de mandato, entonces, bien está legitimado por éste para ejercer el derecho cambiario que surge del título, no puede transmitir su titularidad, que es retenida por el endosante “en prenda”: su dueño y ni siquiera lo puede volver a endosar en prenda. Siendo legitimado activo, el endosatario en prenda, ejercerá, cuando venza la letra, los derechos emergentes de ésta en interés propio, a pesar de reconocerse la propiedad del título en su endosante, tiene el privilegio prendario para cobrarse, de la suma que obtenga la correspondiente al crédito garantizado, y luego rendir cuentas al endosante, propietario de la letra y deudor del crédito afianzado, quién, luego de deducidos los gastos en que se incurrió, recibirá el remanente a su favor.<sup>59</sup>

De acuerdo al art. 46 LTV el endoso en garantía confiere al endosatario además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración. Muñoz<sup>60</sup> señala que tanto el endosatario en prenda como el endosatario en procuración, tenedores legitimados del título valor con atribuciones características, habida cuenta de los endosos impropios que los invistieron, y la entrega, pueden y deben comportarse en consonancia con la necesidad de que el derecho incorporado no se perjudique, por tanto pueden y deben pre-

57 Olivera García, Nury, ob., cit., p. 71.

58 Bugallo, Beatriz, “Títulos Valores”, p. 240.

59 En el mismo sentido Barberi, Pablo C. ob., cit., p. 167.

60 Muñoz, Luis, “Derecho Comercial. Títulos valores”, p. 343.

sentar el título a la aceptación y al pago, cobrar, ejercer las acciones cambiarias, etc. Pero la circulación cambial queda restringida, hasta que no vuelva al endosante no podrá cumplir su función característica.

La diferencia esencial con la situación del endosatario "en procuración" para Gómez Leo<sup>61</sup>, que prima facie puede parecer similar, radica en que si bien éste también debe rendir cuentas, actúa en interés de su endosante-mandante, en tanto que el endosatario "en prenda" actúa en interés propio, pues el endoso "en prenda" en su favor hace que adquiera un derecho autónomo, esto es, inmune a las excepciones personales de los endosantes que lo preceden en el nexo cambiario, incluido quien endosó "en prenda".<sup>62</sup>

González Bianchi<sup>63</sup>, señala que si bien las facultades (aspecto activo) de uno y otro endosatario (en procuración y en garantía) han sido similares en las distintas leyes que sirvieron de antecedentes al texto legal patrio, ello no implica que su posición jurídica sea la misma. No sólo ambos tipos de endoso han sido objeto de regulación separada en articulados distintos, sino que también, a partir de la ley mexicana<sup>64</sup> se va calificando cada vez más la posición de cada endosatario.

En la ley mexicana, el endosatario en procuración tiene los derechos y obligaciones de un mandatario y el endosatario en garantía tiene los derechos y obligaciones de un acreedor prendario; en el proyecto INTAL y en la LTV se insiste sobre esa idea asimilando al primero con un apoderado y confiriéndose al segunda la calidad de acreedor prendario con derecho real sobre el título.

La diferente posición jurídica de cada endosatario se aprecia mejor en el aspecto pasivo de la relación cartular, en cuyo aspecto siempre se consagraron principios inversos en uno y otro tipo de endoso: oponibilidad de excepciones personales en el endoso en procuración; inoponibilidad en el endoso en garantía. Constante que para González Bianchi no puede ser obviada.

Sin perjuicio de que nuestra LTV y en alguno de sus antecedentes se le confieran al endosatario en garantía, por remisión, además de sus facultades como acreedor prendario las que confiere el endoso en procuración, no puede de ninguna manera llevar a la asimilación de dos situaciones jurídicas diversas que la legislación vigente y sus antecedentes se han ocupado en separar, sin perjuicio de hacer coincidir en muchos aspectos las facultades que se otorgan en uno y otro caso.

Cita al autor mexicano Esteva Ruiz<sup>65</sup>, quién al comentar su texto legal dice que: aunque la ley, en este caso, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario ...comprendiendo las facultades que confiere el endoso en procuración es de entender que lo hace así brevitatis causa, para evitar la repetición de tales facultades, sin que por ello equipare las dos categorías de endoso.

En cuanto a las formalidades de este tipo de endoso, debe hacerse en el título o en hoja de prolongación y deberá contener la cláusula "en garantía", "en prenda" u otra equivalente, algunos autores opinan que el endoso en garantía puede hacerse en blanco.<sup>66</sup>

La finalidad que persigue este endoso es dar la letra como garantía pignoratícia de un crédito, la relación de garantía se expresa en el endoso por medio de cláusulas especiales, como "valor en garantía", "valor en prenda" o cualesquiera otras que expresen claramente el propósito del endoso. El endosatario adquiere así un derecho de prenda sobre la letra, quedando legitimado para el ejercicio de los derechos cambiarios como acreedor pignoratício.

Concluye Uría<sup>67</sup> que podrán oponerse al mismo excepciones (por ejemplo: la extinción del crédito principal), pero no las oponibles al endosante, porque el endosatario, aunque sea con fines de garantía, ejercita derechos cambiarios propios y no los derechos del endosante. Es este un tema de debate jurisprudencial en el ámbito nacional que se analizará mas adelante.<sup>68</sup>

61 Gómez Leo, Osvaldo R., ob., cit., p. 189.

62 En el mismo sentido Villegas, Carlos Gilberto, ob., cit., p. 56.

63 González Bianchi, Pablo, "Endoso en Garantía", Anuario de Derecho Comercial N° 3, p. 357.

64 La Ley general de Títulos y Operaciones de crédito de México (1932) en su art. 35 dispone: "El endoso que contenga las cláusulas "en procuración", "al cobro", u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero da la facultad al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo en su caso. El endosario tendrá todos los derechos y obligaciones de un mandatario. El mandato contenido en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, y su revocación no surte efectos respecto de terceros sino desde que el endoso se cancela conforme al art. 41. En el caso de este artículo, los obligados sólo podrán oponer al tenedor del título las excepciones que tendrían contra el endosante". El art. 36 edicta: "El endoso con las cláusulas "en garantía", "en prenda", u otra equivalente, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y los derechos a él inherentes, comprendiendo las facultades que confiere el endoso en procuración. En el caso de este artículo, los obligados no podrán oponer al endosario las excepciones personales que tengan contra el endosante. Cuando la prenda se realice en los términos de la sección 6ª del capítulo IV, título II de esta ley, el corredor o los comerciantes que intervengan en la venta y llenado ese requisito, el acreedor endosará en propiedad el título, pudiendo insertar la cláusula "sin mi responsabilidad". González Bianchi, Pablo, ob., cit., p. 356.

65 Esteva Ruiz, Roberto A. "Los títulos de crédito en el derecho mexicano", p. 243, citado por González Bianchi, ob., cit., p. 358.

66 Pérez Fontana, Sagunto, "Títulos Valores Obligaciones Cartulares, p. 196.

67 Uría, Rodrigo, "Derecho Mercantil", Madrid, 1976, p. 744.

68 Página 37.

El título valor es considerado por la Ley 14.701 como una cosa corporal, por tanto puede ser objeto de un derecho de prenda sobre el mismo, quién endosa en garantía está dando el título en prenda bajo el régimen de la prenda común regulada por el Código de Comercio.

Pérez Fontana<sup>69</sup> enseña que ya el Código de Comercio preveía la prenda constituida sobre papeles endosables mediante endoso en garantía, fue uno de los primeros en legislar sobre la prenda constituida sobre títulos valores, y la LTV refiere al endoso en prenda o en garantía en el art. 46, citando a Angeloni señala que éste considera que se trata de un endoso impropio.

Se impone destacar el trabajo de Antonio Vázquez Bonome<sup>70</sup> sobre la modificación trascendental que introduce en el Derecho Español la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, en lo que refiere a las letras de cambio, pagarés y cheques, como consecuencia de la adopción por el legislador español del Derecho Cambiario Uniforme, que rige en la mayoría de los países que integran la Comunidad Económico Europea.

Ha señalado el autor que la adaptación del ordenamiento sobre la letra de cambio, el cheque y el pagaré a la llamada legislación uniforme de Ginebra, supone dar un paso decisivo encaminado a la renovación del Derecho Mercantil español.

En lo que refiere al endoso en garantía que el Código de Comercio español no regulaba (aunque tampoco lo prohibía) era una construcción científica mercantilista que se consagra en la nueva regulación, con rango legal, en efecto, la ley 19/85 (ley Cambiaria y del Cheque), en su art. 22<sup>71</sup> prevé el endoso en garantía o endoso pignoraticio, el mismo establece: “Cuando un endoso contenga la mención “valor en garantía”, “valor en prenda”, o cualquier otra que implique una garantía, el tenedor podrá ejercer todos los derechos que derivan de la letra de cambio, pero el endoso hecho por él, sólo valdrá como comisión de cobranza. Las personas obligadas no podrán invocar contra el tenedor de una letra recibida en prenda o en garantía las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante que las transmitió en garantía, a menos que el tenedor, al recibir la letra, hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor”.

Este tipo de endoso, enseña Vázquez Bonome, se utilizaba para dar la letra al endosatario como garantía pignoratícia de un crédito incorporado a la letra, expresándose en el endoso esta relación de garantía, por medio de las palabras “valor en prenda”, “valor en garantía” u otra equivalente. Entiende el autor que de acuerdo al texto legal los derechos que puede ejercer el tenedor son aquéllos que le correspondan como acreedor prendario, los cuales puede ejercer en su totalidad con fines de garantía solamente. Señala que en este endoso, a diferencia del de apoderamiento, el endosatario no actúa como mandatario del endosante, sino que ejercita un derecho propio, aunque solo a los efectos de la garantía, por lo cual no puede endosar nuevamente la letra, salvo en comisión de cobranza. Por esta razón tampoco son oponibles frente al endosatario las excepciones que puedan alegarse frente al endosante, salvo que el endosatario hubiera adquirido la letra a sabiendas del perjuicio del deudor, lo cual se diferencia del endoso en procuración.

El endosatario podrá presentar la letra a la aceptación y pago, cobrar el importe o levantar el protesto en su caso y ejercitar las acciones cambiarias, judicialmente como en el endoso de apoderamiento; pero en el de garantía el endosatario está facultado para actuar en nombre propio, a diferencia de aquél, que solo lo hace como mandatario del endosante.

En relación a las excepciones oponibles al endosatario en garantía la doctrina se encuentra dividida, lo que se ha plasmado en Uruguay a través de disímiles opiniones doctrinarias, situación a la que no ha permanecido ajena la jurisprudencia nacional.

## Excepciones oponibles al endosatario en garantía

González Bianchi analiza los antecedentes de la LTV: ley Uniforme de Ginebra, ley Mexicana sobre Títulos y Operaciones de Crédito, Código de Comercio de Honduras, proyecto INTAL y leyes que lo siguieron como la peruana y el Código de Comercio de Colombia. Asimismo se tuvo en cuenta la legislación italiana y algunas disposiciones del C. de Comercio que recogían muchos de los principios contenidos en la ley alemana de 1848, fuente inspiradora de La Haya y Ley Uniforme de Ginebra.

Señala el autor que antes de la sanción del derecho uniforme el tema de las excepciones oponibles al endosatario en garantía originó vivas disputas en Italia. Vivante sostuvo que el contrato de prenda de un título a la orden que reviste la forma cambiaria mediante el endoso en garantía no deja por ello de ser un contrato de

69 Pérez Fontana, Sagunto, ob., cit., p. 196.

70 Vázquez Bonome, Antonino. “Tratado de Derecho Cambiario, Letra, Pagaré y Cheque”. Dykinson S.L. Madrid 1990.

71 Vázquez Bonome, Antonino, ob., cit., p. 152.

prenda y por ende la propiedad del título y del crédito queda en poder del endosante mientras el endosatario adquiere solamente el derecho de detentar del título hasta satisfacer su derecho, si la propiedad continúa en el endosante el título girado en garantía continúa sujeto a las excepciones que recaen sobre su patrimonio. Si bien la satisfacción del crédito es exigida por el endosatario, también es cierto que éste lo exige en nombre del endosante, que es siempre el propietario formal y material del título. Ascarelli sostuvo la posición contraria, estimando que no podía verse en el endosatario en garantía un simple representante del endosante, si bien, ni el endosatario en procuración, ni el endosatario en garantía son titulares del derecho cartular, mientras el primero exige su satisfacción en nombre y por cuenta ajena, el segundo lo hace a nombre propio y en función de su derecho de prenda. Por lo que, si bien las excepciones personales (o extracartulares) que se tienen contra el endosante, son oponibles al endosatario en procuración porque éste representa al endosante, no son oponibles al endosatario en garantía que no es un representante del endosante y que tiene sobre el título y sobre el derecho de éste, un derecho propio (de prenda).

El tema del endoso en garantía asimismo originó discusiones en la Conferencia de Ginebra de 1930 (lo cual ya había sucedido en las conferencias de La Haya de 1910 y 1912), señala González Bianchi que Lecot y Roblot justifican la solución adoptada en Ginebra por consideraciones prácticas evidentes; la garantía conferida al acreedor sería ilusoria si su derecho pudiera ser destruido por excepciones oponibles al portador precedente, y por lo menos, la economía de tiempo resultante de la simplificación de las formas de la prenda desaparecería si el beneficiario debiera librarse a complicadas investigaciones para evitar toda sorpresa.

Existen limitaciones a la posición autónoma del endosatario en garantía: la *exceptio doli*; la prohibición de endosar en propiedad; la autonomía tiene la medida del interés del endosatario.

Con respecto a la *exceptio doli* consagrada en los arts. 17 y 19 de la ley uniforme, dispone que las personas accionadas en virtud de una letra de cambio no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o portadores anteriores, a menos que el portador al adquirir la letra haya obrado a sabiendas en detrimento del deudor, el inc. 2º del art. 19 referido al endoso en garantía dispone que los obligados no pueden invocar contra el portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante, a menos que el portador, al recibir la letra haya obrado a sabiendas en detrimento del deudor. Se consagraba la *exceptio doli* como reacción contra la malicia o dolo y en la necesidad de reprimir el uso ilícito o abuso de derecho, no basta el simple conocimiento de las excepciones oponibles al endosante, sino que es necesario una intención de dañar por parte del endosatario, el dolo debe existir tanto en el endosante como en el endosatario, siendo necesario una inicial maquinación del endosante en la cual coopera con su acuerdo el endosatario. Ferrara criticaba la consagración de la *exceptio doli* ya que estimaba que se hacía depender de elementos éticos y subjetivos una modificación de los efectos jurídicos del endoso, la indagación de la intención dolosa y la prueba contradecían en su opinión las exigencias de rapidez en el procedimiento cambiario, por lo que opinaba que la *exceptio doli* debía eliminarse como inevitable sacrificio que debía hacerse a la seguridad del riguroso comercio cambiario.

La *exceptio doli* no aparece en la ley mexicana, ni en el proyecto INTAL, ni tampoco en la LTV uruguaya.

Otro límite a la posición del endosatario en garantía lo significa la imposibilidad de éste de realizar un endoso en propiedad, puede solamente en procuración, limitación que ha sido recogida en el proyecto INTAL y en nuestra LTV que remite en cuanto a las facultades del endosatario en garantía a las facultades del endoso en procuración, el endosatario en procuración solo puede endosar a su vez en procuración, resulta por remisión que éste es el único endoso que puede efectuar el acreedor prendario endosatario en garantía.

Cámara<sup>72</sup> al respecto enseña que el endosatario no siendo propietario de la letra de cambio sólo puede transmitirla en mandato (esta mandatario, que a su vez puede transmitir la cambial siempre en apoderamiento, obrará en nombre del endosatario en prenda, siéndole oponibles las defensas correspondientes a éste), al igual que en el endoso en apoderamiento, cortando la circulación del título valor que resta estancado.

Bruno Quijano<sup>73</sup> concluye que como el acreedor prendario no goza de poder de disposición que solo lo da la plena legitimación, como consecuencia de ello no puede transmitir la letra por endoso pleno o en blanco. El derecho pignoraticio cambiario se cierra en la persona del acreedor, por efecto de la falta de poder de disposición y de las particularidades de la mecánica cambiaria; esta limitación impone que el acreedor pignoraticio no pueda constituir una nueva prenda. La limitación que pesa sobre el acreedor pignoraticio de no poder endosar la letra con efectos plenos de legitimación ni de constituir una nueva prenda, no alcanza a su facultad de poder endosar la letra con exclusivos efectos procuratorios, pues en este caso, el endosatario obra en nombre y representación de su endosante (acreedor pignoraticio) y las facultades del endosatario-mandatario serán las determinadas para el endoso en procuración.

72 Cámara, Héctor, "Letra de Cambio y Vales o Pagaré", T. I, p. 610.

73 Bruno Quijano, Ismael, ob., cit., p. 135.

Para González Bianchi ésta disposición es razonable, ya que de lo contrario al no detenerse la circulación cambiaría en el endosatario en garantía, se suprimiría la diferencia entre endoso en propiedad y en garantía y el deudor propietario del título quedaría inerte contra una indebida apropiación del mismo por parte del endosatario en garantía, éste podría hacer circular el documento contra la voluntad lícita del deudor endosante en garantía, por ejemplo en el caso que la obligación principal hubiese sido satisfecha, y los terceros endosarios de buena fe estarían adquiriendo un derecho perfecto. Esta situación de apoderamiento y disposición de la cosa prendada por parte del acreedor prendario, está vedada en nuestra legislación por los arts. 749 del C. de Comercio y 2301 del C. Civil.

Destaca González Bianchi <sup>74</sup> que si el crédito principal garantido por la prenda del documento, vence antes que el crédito cartular, ello no impide que el acreedor prendario realice la prenda por los medios del derecho común (no cambiario) previstos en el C. Civil y en el C. de Comercio, por ejemplo mediante embargo y ulterior venta judicial del documento, en cuyo caso el adquirente no adquiere un derecho autónomo (arts. 37 y 38 LTV), tratándose de un tema extracambiario.

Otra limitación a la regla de la inoponibilidad de excepciones personales es la sostenida por Lescot y Roblot, cuando dicen que el endosatario (acreedor prendario) no está justificado sino en la medida en que su interés lo exige, esto es hasta la concurrencia del monto del crédito garantido. Si la suma indicada en el título valor es superior a ese monto es admisible sostener que el endosatario en garantía en cuanto al excedente no hace más que actuar por cuenta de su endosante y que los deudores cambiarios pueden invocar contra él los medios de defensa que tenían contra el endosante, posición seguida por Mossa.

Vincent Chuliá <sup>75</sup> señala analizando el art. 22 LC que cuando el endoso contenga la mención “valor en garantía”, “valor en prenda”, o cualquier otra que implique una garantía (dada por el endosante a favor del endosatario acreedor suyo, en garantía de cualquier deuda) las personas obligadas no podrán oponer las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante-garante a menos que el tenedor, al recibir la letra hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor, el acreedor pignoraticio mediante el endoso de garantía puede adquirir el derecho real de prenda a non domino, es decir de quien no era titular de la letra, está protegido frente a las excepciones oponibles al endosante. Pero este efecto se produce solo en la medida que el endosatario tiene un interés propio sobre la letra, es decir, en la cuantía del crédito extracambiario garantizado con la letra, por el exceso, el endosatario actúa en interés del endosante y como en el endoso de apoderamiento, se le pueden oponer las excepciones que el deudor cambiario tenga contra aquél. Se reconoce al endosatario un interés propio sobre el crédito cambiario, salvo que el obligado pruebe que se trata de una simple interposición de persona, con el único fin de perjudicarlo, impidiéndole oponer excepciones que ostenta contra el endosante (exceptio doli, que destruye en ese caso el principio de inoponibilidad de excepciones frente al tercero de buena fe).

Anido Bonilla <sup>76</sup> en reciente publicación, señala que los autores fundamentan la tesis de la inmunidad del acreedor pignoraticio (Lescot – Roblot, Mossa, Van Ryn y Paz Ares), frente a las excepciones oponibles a su endosante sobre la base de que aquél que exige un crédito ajeno, pero en interés propio, se ven abocados a admitir las lógicas consecuencias que derivan de ella. Así, se afirma que el reconocimiento de un derecho propio del acreedor pignoraticio no se justifica mas que en la medida en que su interés lo exige, es decir, hasta la concurrencia del crédito garantizado; en consecuencia, si la suma indicada en la letra es superior a este montante debe admitirse que el endosatario, en cuanto al exceso, no hace mas que proceder por cuenta de su endosante y que, por tanto, los deudores cambiarios pueden invocar contra él los medios de defensa que pudieran oponer contra el que constituyó la garantía prendaria.

Señala que Viguera Rubio <sup>77</sup> indica como inadmisibles esas conclusiones, fundamentalmente porque la prenda es indivisible. Otros autores como Paz-Ares rechazan el argumento basado en la indivisibilidad de la prenda, aduciendo que la indivisibilidad vale mientras el crédito garantizado no sea íntegramente satisfecho, pero una vez que éste ha sido debidamente cumplimentado, la prenda se vuelve divisible. Para Viguera Rubio conviene tener presente que, si el crédito garantizado se satisface íntegramente por el deudor, el acreedor pignoraticio deberá devolver la letra recibida en prenda el endosante pignorante y no tendrá objeto que aquél ejercitara el pago de la cambial. Por otro lado, el supuesto ahora contemplado es el que se refiere a la situación de exigibilidad de la obligación garantizada, Y en definitiva establecer una distinta posición jurídica del endosatario pignoraticio, (para unos casos autónomo e inmune a las excepciones personales ex capite indossantis y para otros casos “sen-

<sup>74</sup> González Bianchi, Pablo, ob., cit., p. 361.

<sup>75</sup> Vincent Chuliá, Francisco, “Compendio Crítico de Derecho Mercantil”, p. 673.

<sup>76</sup> Anido Bonilla, Raúl, “De la Prenda de Créditos”, Mdeo. 2001, p. 353.

<sup>77</sup> Viguera Rubio, “La Prenda Cambiaria: el endoso en garantía, en Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, p.121.

sible” a estas mismas excepciones personales), carece de fundamento legal. La ley a estos efectos no distingue, pero para el autor podría oponerse la exceptio doli.

En el derecho uruguayo está expresamente prevista la indivisiibilidad en el art. 2317 del C. Civil, que dispone que la prenda es indivisible, aunque la deuda se divida entre los herederos del deudor o del acreedor, el heredero del deudor que ha pagado su parte de la deuda no puede reclamar la restitución de la prenda, mientras la deuda no esté completamente pagada; y recíprocamente el heredero del acreedor que ha recibido parte de la deuda, no puede entregar en todo o en parte, con perjuicio de los herederos que no han sido pagados. En materia hipotecaria se sienta la misma regla el art. 2336 del C. Civil establece que la hipoteca es indivisible, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas, son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella, por tanto concluye que la indivisiibilidad se ha vuelto una regla en materia de garantías reales.

Señala Anido Bonilla<sup>78</sup> que en nuestro derecho la indivisiibilidad está expresamente admitida en el art. 2317 C. Civil para la prenda, sentándose la misma regla en materia hipotecaria, por lo que concluye que la indivisiibilidad es una regla en materia de garantías reales.

Citando a Pothier resalta que éste señaló que siendo la obligación indivisible la obligación de una cosa o de un hecho que no es susceptible de partes reales o intelectuales, es consecuencia necesaria que cuando dos o más personas han contraído una deuda de esa especie, cada una de ellas es deudora del total de la cosa del hecho que hace el objeto de la obligación, y en eso la indivisiibilidad de la obligación conviene con la solidaridad.

Concluye el autor patrio, que la indivisiibilidad se caracteriza porque se centra en la prestación misma, y su objeto, el que no es susceptible de ser dividido en partes, por ello los deudores de una obligación indivisible responden in totum; teniendo por finalidad la de proteger la unidad de la prestación, asegurándose que el cumplimiento tenga lugar por un acto único, la solución ha sido adoptada legalmente; estando ello plasmado en un estatuto de los derechos reales, lo que hace que no se pueda variar, a su entender, por acuerdo de partes. Por lo cual aún cuando la razón de la indivisiibilidad es que el programa prestacional permanezca incólume, aquí el programa prestacional se ha de referir necesariamente al que determinare la relación dador pignorante- acreedor pignoraticio. Aún cuando la razón y fin de la norma no se refleje íntegramente en la clara solución legal, entiende Anido Bonilla<sup>79</sup> que se debe atender a la solución legal de la indivisiibilidad y su protección a la unidad de la prestación a la unidad de la prestación; lo que le hace compartir la postura Viguera Rubio, más aún concluye, si entiende que el “endosatario en garantía” es un poseedor del título valor; no creyendo que pueda ser una parte poseedor y en parte mandatario, por lo cual la solución ha de ser la íntegra inmunidad a las excepciones que pueda oponer el deudor cambiario, al haberse vuelto indivisible el crédito cartular prendario.

Para Viguera Rubio el legislador al establecer la invulnerabilidad del endosatario pignoraticio a las excepciones personales de su endosante, se inspiró en razones eminentemente prácticas, en las exigencias mismas del tráfico jurídico que aconsejaban reforzar de forma extraordinaria su posición cambiaria, asimilándola a la del propietario de la letra y titular del crédito incorporado en ella. Ni del examen de los Actos y Documentos de las dos Conferencias de la Haya de 1910 y 1912, ni de los Documentos de Ginebra se manifiestan las razones teórico – jurídicas que introdujeron a los delegados a sancionar el párrafo segundo del art. 19 de la ley Uniforme la inmunidad del acreedor pignoraticio. Solo cabe pensar que por una intervención excepcional del legislador se atribuye al endosatario pignoraticio el ejercicio del crédito certáceo en una posición autónoma, y, a estos efectos, desvinculada de la de su dante causa, probablemente se tuvo en cuenta el id quod accidit: el hecho de que, por lo general, los tenedores de este tipo de endoso suelen ser entidades de crédito.

## Derecho autónomo del acreedor prendario

En opinión de Bruno Quijano, el derecho del acreedor prendario, siempre que esté consignado en el título la dación en garantía, goza de ciertos atributos del derecho cambiario, no de todos, porque no tiene el goce del poder de disposición que confiere la legitimación plena, sin embargo, la naturaleza de su derecho que surge de la prenda cambiaria es *autónomo* a igual que el derecho cambiario, por eso está inmune a las excepciones que el deudor cambiario tuviese contra el endosante deudor pignoraticio, y en cuanto al ejercicio de su derecho de crédito pignoraticio, tiene también la acción regresiva. Puede demandar judicial o extrajudicialmente el cobro del importe del título y esto es así porque, a diferencia del endoso *per procura*, el acreedor pignoraticio ejerce un derecho propio, no derivado, que surge de su especial calidad y no del derecho cambiario que tiene su

78 Anido Bonilla, Raúl, ob., cit., p. 354.

79 Anido Bonilla, Raúl, Ob. cit., p. 356.

endosante-deudor. Entiende que el acreedor prendario no goza de poder de disposición, que solo lo da la plena legitimación, y como consecuencia de ello no puede transmitir la letra por endoso pleno o en blanco. El derecho pignoraticio cambiario se cierra en la persona del acreedor por efecto de la falta del poder de disposición y de las particularidades de la mecánica cambiaria; esta limitación impone que el acreedor pignoraticio no pueda constituir una nueva prenda.<sup>80</sup>

Para Bruno Quijano<sup>81</sup>, la limitación que pesa sobre el acreedor pignoraticio de no poder endosar la letra con efectos plenos de legitimación ni constituir una nueva prenda, no alcanza a su facultad de poder endosar la letra con exclusivos efectos procuratorios, en este caso el endosatario obra en nombre y representación de su endosante (acreedor pignoraticio) y las facultades del endosatario-mandatario serán las que determina la ley para el endoso en procuración.

Señala el autor que cuando el crédito cambiario es de vencimiento anterior a la garantía pignoraticia, el importe de la letra sustituye a la letra misma, quedando el importe depositado en garantía en manos del acreedor. La letra en cambio también puede ser dada en prenda por acto separado sin que conste en la letra esa circunstancia, es decir, para la expresión literal del título el contrato de prenda es desconocido, en este caso, la prenda y sus consiguientes efectos se rigen por las disposiciones del derecho común. Concluye el autor en estudio que en cuanto a la naturaleza intrínseca de ambas situaciones –prenda cambiaria y prenda común del título– no existen diferencias sustanciales, en el fondo se trata del mismo derecho real de garantía, si bien en la prenda cambiaria el acento predominante está dado por las características peculiares del ejercicio del derecho de garantía reconocido a quien figura en la letra como acreedor pignoraticio y por el carácter autónomo de ese derecho en la relación cambiaria; en cambio en la prenda común el derecho del acreedor no reviste estas características: Con el fin de marcar diferencias entre ambas situaciones se ha dicho que el objeto de la prenda común es el título considerado como res, y en la prenda cambiaria, el objeto dado en prenda es el derecho cambiario, criterio este último que conduce a la posesión de un derecho, o como también se ha explicado a la concurrencia de derechos<sup>82</sup>. Lo cierto es, que en una y otra situación, ya sea considerado el título como res o como simple medio instrumental de la posesión de un derecho, en ambas situaciones el derecho cambiario aflora como finalidad última sobre la cual se posa la garantía.

Muñoz<sup>83</sup> enseña que por medio del endoso el dueño del título valor garantiza al acreedor una obligación ajena al título, como cosa mueble la da en garantía, el endoso como negocio jurídico unilateral y la entrega de la cambial con fines de garantía real al endosatario desmembra el dominio. Si no se endosa el título valor y no se entrega dejaría de cumplir su función –causa en sentido jurídico– por lo que emerge la causa-función, causa en sentido técnico jurídico no está en el título valor. El autor señala que aunque el endosante en garantía entregue la cambial en prenda continúa siendo el titular del derecho incorporado y puede hablarse de propietario, pero no de dueño si se admite la desmembración del derecho dominial y se distingue como correcto entre dominio, propiedad, posesión, tenencia y detentación, lo que no se hace en ocasiones por economía de lenguaje.

El derecho del acreedor prendario no se confunde con el derecho cartular, el titular del derecho cartular es el endosante; el acreedor prendario no hace más que ejercer ese derecho ajeno en virtud de que él, a su vez, tiene un derecho propio, que no es otro que el derecho de prenda.

Respecto a si el derecho de prenda recae sobre el documento o sobre el derecho en él incorporado, algunos autores sostienen que ese derecho de prenda recae sobre el crédito cartear, en efecto, Bracco dice que el endosatario en garantía tiene la titularidad del derecho cartular a título de prenda y que posee ese derecho en nombre propio; Ilardi afirma que es el poseedor a título de prenda, del derecho de prenda incorporado en el título. Rolla considera al endosatario en garantía como propietario formal del crédito, pero González Bianchi<sup>84</sup> entiende que la solución depende del derecho positivo. En la evolución y comparación entre la ley uniforme de Ginebra, la ley mexicana, el proyecto INTAL y nuestra LTV, emerge una evolución paulatina en la que se va determinando al documento como objeto de prenda. La LTV establece que el endoso en garantía constituye un derecho prendario sobre el título, con lo cual el derecho real de prenda tiene como referencia inmediata al documento como cosa mueble corporal, se otorga relevancia al documento, el acreedor prendario que respecto de la posesión del documento es un mero tenedor, posee la cosa a título de su derecho real menor. Es poseedor de la cosa en cuanto a su derecho real de prenda, poseedor iure propio y no nomine alieno, lo que habilita al acreedor prendario a disponer por cuenta propia del derecho cartular y hacer efectivo su crédito con la realización de

80 Zaeffere Sica, Oscar, "Letra de Cambio", T. I, p. 305: entiende que puede constituirse una subprenda.

81 Bruno Quijano, Ismael E. ob., cit., p. 136/137.

82 Garrigues, Joaquín, "Tratado de Derecho Mercantil", tomo 2º, p. 366, nota 48.

83 Muñoz, Luis, ob., cit., p. 342.

84 González Bianchi, Pablo, ob., cit., p. 363.

ese derecho. Ese derecho y la correlativa posesión sobre el título, serían aptos para dar fundamento teórico a la autonomía del derecho del acreedor prendario.

Rodríguez Mascardi<sup>85</sup> concluye que nuestra ley de títulos valores establece claramente que el endoso en garantía constituye un derecho prendario, sobre el título, con lo cual, se pronuncia en forma clara en cuanto al objeto del derecho real de prenda es el documento como cosa mueble corporal, descartando la discutible categoría de los derechos sobre derechos. Opina que, ya sea considerado el título como res o como simple instrumental de la posesión de un derecho, en ambas hipótesis el derecho cambiario afluye como finalidad última sobre la cual se posa la garantía. En consecuencia, el acreedor prendario si bien, respecto al documento objeto de derecho de propiedad es un mero tenedor, es poseedor en definitiva *iure proprio*.

Lescot y Roblot, citados por González Bianchi<sup>86</sup> sostienen que del punto de vista teórico, el principio de la inoponibilidad de las excepciones personales no está ligado a la atribución de propiedad del título: éste principio beneficia a todo tenedor que puede invocar un derecho propio nacido del título en virtud de la protección debida a la confianza legítima: en tal sentido el acreedor que acepta un efecto de comercio en garantía merece protección al mismo título que aquel que lo adquiere en propiedad y el derecho que nace del título en beneficio suyo está lógicamente purgado de las excepciones que eran oponibles al endosante.

Ascarelli encuentra su fundamento para justificar la posición autónoma del endosatario en garantía partiendo de los conceptos de que el derecho recae sobre el título y de que el acreedor prendario es un poseedor. La ley italiana al igual que nuestra LTV en su art. 67, sienta el principio que el tenedor de una letra de cambio es considerado portador legítimo si justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos, aún cuando el último fuese en blanco, si una persona, dice el art. 67 LTV inciso 2º, es desposeída de la letra por cualquier causa, el portador que justifique su derecho en la forma establecida en el inciso anterior no está obligado a desprenderse de la letra sino cuando la hubiera adquirido de mala fe o con culpa grave. Principio que se relaciona con el peculiar de las cosas muebles en general, el adquirente poseedor de buena fe es propietario y prevalece sobre el propietario anterior, en el caso de los títulos extraviados o hurtados quien los adquiera de buena fe o sin culpa grave y justifique su derecho con una serie ininterrumpida de endosos adquiere la propiedad del título aunque quien se lo haya transmitido no sea el titular del derecho. Por lo que concluye que la titularidad del derecho deriva de la posesión del título aunque no deriva del derecho del titular anterior sino de la propiedad del título. Por eso el derecho puede subsistir aunque no exista el derecho del que los trasmite; es necesario y suficiente con que exista atan solo la propiedad (adquirida a domino o a non domino pero con buena fe) del título. La propiedad se regula por las reglas de la circulación de las cosas muebles y por eso subsiste aún en el caso en que quién trasmite el título no haya sido el propietario. La adquisición de la titularidad del derecho lo es a título originario una vez que encuentra su justificación en la propiedad del título y no en el derecho del titular anterior. Cuando la adquisición se refiere directamente al derecho, siendo entonces la adquisición del título consecuencia y no premisa de la adquisición del derecho (v. gr. cesión de créditos) el adquirente no podrá gozar de una posición autónoma. De la regla aplicable en materia de propiedad, Ascarelli deduce iguales conclusiones para quien es titular del derecho de prenda sobre el título, el poseedor de buena fe a título pignoraticio es titular del derecho de prenda, aunque la prenda se haya constituido por quien de esa manera no tenga facultad de disposición de la cosa, de donde afirma que los derechos del poseedor pignoraticio siempre derivan, en forma autónoma, de la posesión pignoratícia del título.

Pérez Fontana<sup>87</sup> al analizar la titularidad del derecho cartular, (señala Anido Bonilla), cita la teoría de la posesión, para la cual el suscriptor del título no se obliga frente al propietario sino solamente frente al que lo exhibe y esto en base a su declaración de voluntad, al tenor de lo escrito, por lo que es indiferente que la persona que lo presenta para el pago sea o no su propietario. El exhibidor tiene derecho de exigir la prestación con independencia de la calidad de propietario. Para que el pago sea jurídicamente obligatorio solamente es indispensable la posesión del título, esta y nada más es suficiente para que el suscriptor se encuentre obligado a pagar aunque pueda pretender que el poseedor pruebe el derecho por el que el título se encuentra en sus manos. Entiende Pérez Fontana que esa es la posición adoptada por nuestra ley, el art. 84 LTV obliga al tenedor de la letra a presentarla para el pago el día de su vencimiento o en uno de los dos días sucesivos, el que pagare al vencimiento quedaría válidamente liberado a no ser que hubiese de su parte dolo o culpa grave. Estará obligado a comprobar la regularidad de la serie de endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes (art. 86 LTV). La misma LTV no exige que el exhibidor del título sea propietario, basta con que sea el tenedor, así resulta de lo dispuesto en los arts. 67, 72, 73, 74, 76, 77, 83, 85, 86, 89, 99, 100, 103, 104, 105, 106, 109, 110 y 113,

85 Rodríguez Mascardi, Teresita, "Títulos Valores Problemática Vigente", p. 68.

86 González Bianchi, Pablo, ob. cit., p. 364.

87 Pérez Fontana, Sagunto, ob., cit., Tomo 1, p. 178.

que refieren al tenedor o al portador y excepcionalmente al poseedor pero nunca al propietario, por lo que Pérez Fontana concluye que el legislador utilizó los vocablos tenedor y portador como sinónimos.

Anido Bonilla<sup>88</sup>, entiende que el acreedor preñar (endosatario en garantía), es portador y tenedor del título, habiendo de cobrar el respectivo crédito cartular por sí y no a nombre de nadie. Por lo que el endosante es en relación a él un tenedor anterior, de esta forma considera que se le confiere a la expresión un sentido propio; la otra opción es encontrar en ella una expresión “superflua, ya que la mentada inoponibilidad surge de la propia dinámica cartular” como señalara Rodríguez Mascardi.

González Blánchi entiende que por lo menos en lo referente a la letra de cambio, a tenor de lo dispuesto por el art. 67 de la LTV podría ser aplicable la posición de Ascarelli y sostenerse que los derechos del poseedor pignoraticio (endosatario en garantía) derivan, en forma autónoma, de la posesión pignoratícia del título. Se debería examinar si esta solución se puede extender a otros títulos valores en nuestro derecho positivo.

En definitiva, establece Rodríguez Mascardi, el punto controvertido es si la prenda cambiarla constituye un derecho autónomo frente a todos conforme a nuestro texto legal, la respuesta a este cuestionamiento señala, es de medular importancia en cuanto a la suerte de las excepciones a oponerse en un juicio cambiario.

Señala la autora en estudio<sup>89</sup> que el texto de nuestro art. 46 idéntico al proyecto INTAL, difiere en su terminología con los antecedentes en cuanto declara inoponibles al endosatario en garantía las excepciones personales que se hubieren podido oponer a tenedores anteriores. No se habla de excepciones personales al endosatario sino a anteriores tenedores. El endosatario en garantía reúne acumulativamente respecto de la misma cosa, la doble calidad de tenedor y poseedor, vale decir poseedor de la cosa respecto a su derecho real de prenda y mero tenedor en cuanto al objeto de derecho de propiedad. Considera que el legislador se apartó deliberadamente del texto ginebrino que consagró indubitablemente la autonomía del derecho del endosante en garantía. Nuestro legislador mutó la expresión gramatical “excepciones oponibles al endosante” por la expresión “excepciones oponibles a anteriores tenedores”; a juicio de la doctrinaria, cuando la ley habla de “anteriores tenedores” no puede referirse al que endosa el título en garantía puesto que éste no inviste tal calidad sino que es titular de un derecho actual, tal expresión resulta en definitiva superflua, ya que la mentada inoponibilidad, señala, surge de la propia dinámica cartular. Utilizando un criterio hermeneúutico y contextual opina que son inadmisibles las excepciones personales que se hubieran podido oponer a los tenedores anteriores al endosante en cuya representación se dedujo la pretensión ejecutiva, pero caben las defensas oponibles al endosante que continúa siendo el titular del derecho cartular, el endoso en garantía sólo transfiere la legitimación para el ejercicio del derecho.

Considera Rodríguez Mascardi que a efectos de evitar situaciones de injusticia sería aconsejable la reforma del art. 46, consagrándose la autonomía del derecho del acreedor prendario en el ámbito cartular, pero hasta tanto ello no suceda estima que tal interpretación es incompatible con la redacción dada al referido artículo por nuestro legislador.

Recientemente Raúl Anido Bonilla<sup>90</sup> analizando el art. 46 LTV señala la existencia de una polémica doctrinaria, por un lado se ha entendido que el objeto del derecho real de prenda sobre la letra de cambio lo constituye el título, la res, y no verdaderamente el crédito cambiario, quienes fundamentan su opinión sobre la base del Derecho positivo, posición que en nuestra doctrina ha adoptado Rodríguez Mascardi.

Quiénes sostienen que la prenda sobre letra de cambio tiene por objeto el crédito incorporado, y, por tanto cabe asimilarla a la prenda de créditos, centran su atención en la intención que guía a las partes a la hora de celebrar un contrato de prenda de esta naturaleza, de tal modo que las partes en el momento de la constitución de una prenda sobre una cambial tienen la mira puesta, más que en la materialidad del documento al que se incorpora el crédito, en el crédito mismo, cuyos atributos se precisan literalmente por el tenor del título, como res, pero sólo con la finalidad procedimental de la más rápida y segura realización del derecho de prenda.

Anido Bonilla citando a Viguera Rubio, señala que éste autor termina por concluir que el derecho de prenda recae también sobre el crédito incorporado al título, por tal circunstancia el derecho real de prenda que recae sobre una letra de cambio queda sometido a un régimen mixto, en parte propio de las cosas muebles, en parte propio de los derechos sobre derechos.

El título valor se integra mediante dos elementos: uno de índole material, real, el corpus que es el documento; y otro de índole inmaterial, que es la declaración cartular que da origen a una obligación y a su correspondiente derecho cartular. Pérez Fontana<sup>91</sup> enseña que la sustancia jurídica y económica del título está precisamente en el vínculo originario y permanente entre el documento considerado como cosa, como res, que da vida

88 Anido Bonilla, Raúl, ob., cit., p. 350.

89 Rodríguez Mascardi, Teresita, ob. cit., p. 71.

90 Anido Bonilla, Raúl, “De la prenda de créditos”. 2001. p. 343

91 Pérez Fontana, Sagunto, “Títulos Valores”, T. 1, Ed. FCU, Mdeo. 1980, p. 47.

a una relación de carácter real (elemento real) y la declaración cartular (elemento obligacional) que da vida a una obligación y a un derecho correspondiente (derecho cartular).

## Jurisprudencia nacional

Como señala Rodríguez Mascardi<sup>92</sup> el tema de discusión doctrinaria y jurisprudencial se centra en la interpretación del art. 46 de la ley 14.701, en el inciso que establece: “no podrán oponerse al endosatario en garantía, las excepciones personales que se hubieran podido oponer a los tenedores anteriores”.

Apunta la autora, que la jurisprudencia se encuentra dividida entre quienes se afilian a la posición de Pérez Fontana haciendo oponibles al endosatario en garantía las excepciones personales relativas al endosante del documento (Juzgado Letrado Civil de 14º Turno, sentencias 87/85; 372/85; y homólogo de 15º Turno sentencia 667/84) y quienes acogen la tesis opuesta, TAC de 3er. Turno, sentencia 390/85, en el caso el deudor opuso al endosatario en garantía una excepción personal relativa al endosante del documento: la espera derivada de la moratoria concedida en una gestión concordataria, la Sede de primera instancia como el Tribunal rechazaron la excepción de espera por no estar homologado el concordato en el momento de su interpretación, existió discrepancia en el punto de las excepciones oponibles al endosatario en garantía.

Veamos ambos fallos:

A). Primera Instancia Sentencia del 22 de abril de 1985<sup>93</sup>, compareció la parte actora (Banco), promoviendo juicio ejecutivo, alegando que el Banco es titular en calidad de endosatario en prenda de la documentación que acompaña, que se encuentra vencida e impaga.

B). El demandado opone excepciones de espera de conformidad con el art. 108 de la ley 14.701 ya que promovió concordato judicial, en el que se denunciaron los vales en ejecución, habiéndosele concedido una espera de 24 meses para el pago. La moratoria provisional fue aprobada y tiene los efectos que señalan los arts. 1546 y 1547 del C. de Comercio suspendiendo la vía de apremio.

C). Evacuando el traslado del excepcionamiento, el ejecutante sostuvo ser titular del crédito consignado en los documentos que se ejecutan en virtud de la autonomía y literalidad del título valor, por ende, no corresponde considerar en los procedimientos una eventual espera al ejecutado, en virtud de lo establecido en el art. 46 in fine de la Ley 14.701. La moratoria provisional no obsta a la prosecución de la vía ejecutiva según art. 1547 C. de Comercio.

El Juzgado Letrado de primera Instancia en lo Civil de 5to. Turno se expidió en los siguientes términos:

“El ejecutante sostiene que dicha defensa no le es oponible en virtud de que el art. 46 in fine de la ley 14.701 establece que no podrán oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que se hubieren podido oponer a tenedores anteriores”.

2. “La Sede entiende, con Pérez Fontana (Títulos Valores, t. II, p. 197), que la disposición referida carece de fundamento jurídico y es contradictoria con lo que dispone el mismo artículo que atribuye al endosatario en garantía las facultades que confiere el endoso en procuración, es decir la considera como un mandatario del endosante. Y en la ejecución iniciada por un endosatario en procuración es procedente la oposición de las excepciones personales que el deudor tiene contra el endosante”.

“A juicio del sentenciante, la norma de marras sólo puede interpretarse, utilizando un criterio hermeneúutico racional, contextual y sistemático, en el sentido de que son admisibles las excepciones personales que se hubieran podido oponer a los tenedores anteriores al endosante en cuya representación se dedujo la pretensión ejecutiva, pero pueden interponerse las defensas oponibles al endosante - mandante que continúa siendo el titular del derecho cartular”.

3. “En cambio, la defensa premencionada debe rechazarse porque el demandado no ha acreditado que el concordato privado en que se habría concedido la espera hubiera sido homologado con anterioridad a la deducción de la pretensión ejecutiva (art. 108 inc. 1º ley 14.701)”.

“Como sostiene Pérez Fontana (op., cit., T. III, p. 244), para que proceda la excepción es necesario que el concordato haya sido homologado y aunque la ley no lo diga expresamente, la sentencia que homologó el concordato debe, haber pasado en autoridad de cosa juzgada (art. 1702 y 1559 del C. de Comercio)”...

92 Rodríguez Mascardi, Teresita, “Títulos Valores, problemática vigente”, p. 67

93 L.J.U. c. 10.762

En segunda instancia se expide el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno <sup>94</sup> en estos términos:

“El Tribunal considera infundados los agravios formulados por el recurrente, por lo que confirmará la bien fundada decisión de primera instancia”.

“En primer término, cabe señalar que la Sala no comparte la interpretación que hace el Sr. Juez a quo avalada por la opinión del Dr. Pérez Fontana del art. 46 inc. 2º del decreto-Ley 14.701, estimándose, por el contrario, y atendiendo a su redacción, que impone la conclusión de que no pueden oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que hubieran podido oponerse a tenedores anteriores. Y de ahí, por tanto, que se torne irrelevante que D.S.A. hubiera aceptado el concordato privado, puesto que del mismo no resulta la aceptación del endosatario en garantía, ejecutante en autos”.

“La interpretación contraria desconoce el claro texto legal, y de admitirse, podría llevar a situaciones de irritante injusticia, por cuanto el endosatario en garantía quedaría desprotegido en sus intereses y dependería de la mala o buena fe de su endosante.”

“Pero aún de no compartirse la posición de la Sala, y tal como se sostiene en la decisión recurrida, a la época del excepcionamiento el concordato no había sido homologado, extremo éste que exige el art. 108 del decreto-ley 14.701 para que pueda ser de recibo la excepción de espera “ ...”

De acuerdo a la transcripción que antecede se advierten diferencias en ambos pronunciamientos jurisprudenciales en torno al tema de este trabajo, esto es si se pueden oponer excepciones personales que se hubieran podido oponer al endosante en garantía, mientras el sentenciante de primer grado

Dr. Leslie Van Rompaey (actual presidente de la Suprema Corte de Justicia) apoyándose en la opinión doctrinaria de Pérez Fontana entiende que el art. 46 de la Ley 14.701 carece de fundamento jurídico y es contradictoria con lo que dispone el mismo artículo que atribuye al endosatario en garantía las facultades que confiere el endoso en procuración, al no estar ejerciendo por tanto el endosatario un derecho propio, autónomo, sino el mismo derecho que tiene el endosante, le son oponibles las excepciones personales que el deudor tiene contra éste último.

Por su parte el Tribunal integrado por Rodríguez de Vecchi (red), Echeverría y Pessano, basándose en la disposición legal no compartió ese razonamiento entendiendo que el endosatario en garantía quedaría desprotegido en sus intereses, dependiente de la buena o mala fe del endosante.

## Reflexiones finales

Luego de la exposición doctrinaria y jurisprudencial que antecede, a modo de conclusión se debe reflexionar sobre el instituto en estudio, ya que surge de dicho relevamiento que el tema que divide a la misma se centra en la inoponibilidad de excepciones personales al endosatario en garantía, que en las legislaciones de diferentes países se consagra aunque con variantes, y se continúa consagrando, basta ver la ley española Cambiaria y del Cheque N° 15/85 <sup>95</sup>, que en artículo 22 prevé el endoso en garantía, disponiendo la inoponibilidad de excepciones fundadas en relaciones personales con el endosante al endosatario.

Si bien las diferentes legislaciones recogen el instituto, previendo la inoponibilidad de excepciones personales al endosatario en garantía, limitan dicha posibilidad disponiendo que se pueda oponer en los casos en que se haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor, por ejemplo, art. 20 del D. Ley 5965/63 argentino y 22 de la citada ley española.

Nuestra LTV siguiendo el proyecto INTAL no prevé esta posibilidad y dispone en el inc. 2º del art. 46 que: *“No podrán oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que se hubieran podido oponer a tenedores anteriores”*.

Para una mejor intelección del problema conviene desmembrar el instituto del endoso en garantía en sus dos aspectos: activo y pasivo de la relación

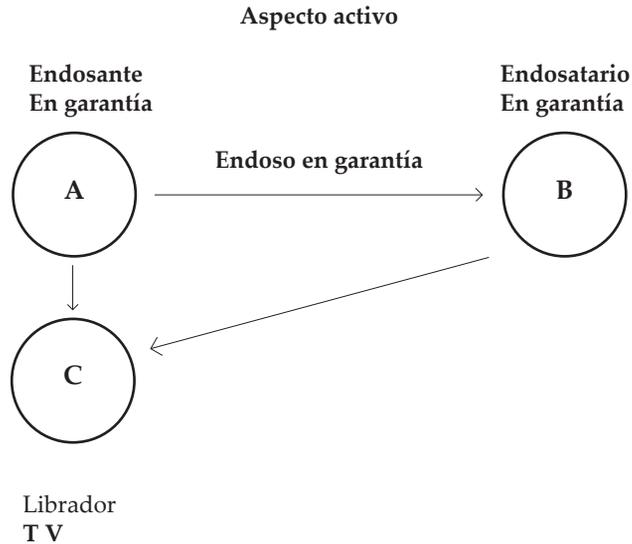
Es así que tendremos por un lado las relaciones entre endosante y endosatario anteriores y posteriores al endoso; y por otro lado las relaciones entre endosatario en garantía y el librador del título valor.

Veámoslas esquemáticamente.

<sup>94</sup> L. J. U. c. 10.762.

<sup>95</sup> Ver supra p. 35/36.

El endoso en garantía opera cuando quién posee un título valor decide endosarlo en garantía de un crédito que un acreedor (endosatario) tiene en su contra (endosante), a efectos de concederle el cobro del documento a su vencimiento, si no se hubiere pagado la deuda por parte del endosante. A tales efectos entrega el documento con fines de garantía.



Del lado activo la situación se ve como en el cuadro; **A** tiene una deuda frente a **B**, que es su acreedor, éste acepta en garantía de la deuda, el título del que **A** es titular legitimado, por medio de un endoso en garantía del referido documento. Por lo que **B** se transforma en un acreedor prendario, con todos los derechos de acreedor prendario y con derecho real sobre el título, conforme al art. 46 en endoso en garantía “constituirá un derecho prendario sobre el título”. **C**, el librador del título valor es ajeno a esta figura, de este lado de la relación lo que importa es **A** y **B**.

**A** endosa en garantía a **B** y le entrega el documento, para garantizar el pago de “su” deuda.

La LTV dispone que esta entrega legitima al endosatario en garantía (**B**) a los efectos del cobro de la suma indicada en el mismo.

Puede que **A** le pague su deuda a **B**, en cuyo caso éste deberá restituirle el título valor, pero en caso de que éste no pague, operado el vencimiento del título valor, **B** puede hacer efectivo su crédito, sobre la cosa prendada: el título valor.

Para que pueda **B** cobrarse el importe de la deuda, la ley dispone que tiene iguales facultades que el endoso en procuración.

**B** está legitimado para ejercer los derechos emergentes del título, en tanto acreedor prendario de **A**, pero carece de poder de disposición y no puede por ejemplo endosar el título en garantía, de lo contrario se suprimiría la diferencia del endoso en propiedad y en garantía.

¿Qué clase de legitimación posee?

En las páginas precedentes se sentó el concepto del endoso y cómo éste cuando es con efectos plenos, transmite la propiedad del mismo, legitimando al endosatario, habilitándolo para ejercer todos los derechos resultantes del título, recibe además el efecto vinculante ya que el endosatario que recibe el documento endosado sin limitaciones, recibe la propiedad del documento y la titularidad del derecho cartular con su función de garantía, ya que el endosante a partir del endoso responde por su aceptación o pago.

Se trata de efectos de tanta importancia que se los puede limitar pero no suprimir totalmente ya que un endoso que no trasmite el derecho de exigir el cobro no será verdaderamente un endoso.

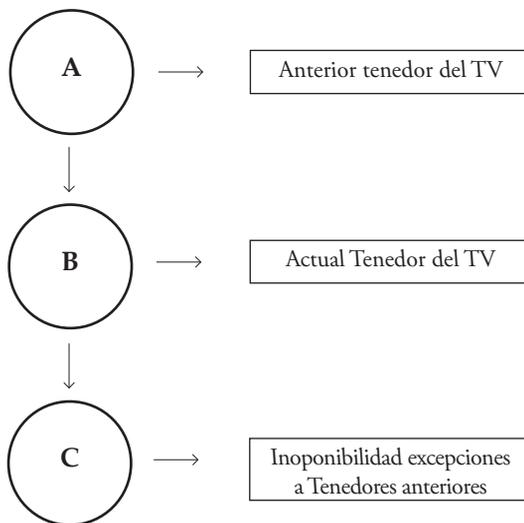
No sucede lo mismo en el endoso en garantía, cuando el endoso es con efectos restringidos, en los cuales se insertó una cláusula limitativa (en el caso endoso en garantía), se limitan o suprimen los efectos plenos del endoso, con ello se genera la falta de transmisión de la propiedad, (de la legitimación o del efecto vinculante).

Quiere decir que a los efectos de la figura del endoso en garantía y mirada la relación del lado activo, emerge con claridad que la titularidad del derecho cartular sigue en cabeza del endosante y esto porque el derecho del acreedor prendario no se confunde con el derecho cartular, el titular del derecho cartular es el endosante.

Ya se adhiera a la teoría del derecho propio del endosatario en garantía o a la teoría de que es tenedor del documento en el que el endosatario posee la cosa a título de su derecho real menor, el resultado es el mismo, es indudable que mirado desde el lado activo, los derechos de cada uno son diferentes,

El endosante utiliza el endoso en garantía en mérito a que no quiere desprenderse del derecho cartular que ostenta, sino solamente entregarlo en prenda por su deuda con el endosatario.

### Aspecto pasivo



Del lado pasivo la situación se ve como en el cuadro; **B** es tenedor del título valor que **A** le endosó (en garantía), **B** es actual poseedor (autónomo o tenedor) frente a **C**.

El endosatario en garantía posee un interés propio en el cobro del título, pues con su producido va a cobrarse su crédito, por tanto se encuentra legitimado para el cobro, ya que tiene un privilegio prendario para cobrarse de la suma que obtenga y luego rendir cuentas al propietario.

Para desenvolver esa facultad el legislador le acuerda facultades de endosatario en procuración, (y no podría ser de otra manera ya que de lo contrario lo transformaría en propietario del título) pero dichas facultades se prevén hacia el lado activo, del lado pasivo, esto es del lado de las relaciones entre **C** y el tenedor del documento (**B**) no interesan las facultades de endoso en procuración ya que **B** no va a actuar en representación de **A**.

Cuando intente el cobro judicial o extrajudicial del título, lo hará como titular de un derecho autónomo para quienes sostienen dicha posición o como tenedor del documento para la segunda posición, pero como para ninguna de las dos posiciones, la figura del endosatario en garantía es asimilable a la del propietario el título, se te acuerdan facultades de endosatario en procuración a los efectos del cobro del título, previniendo el legislador que **C** no le podrá oponer excepciones personales que posea contra los anteriores tenedores.

Esto es porque, mirado del punto de vista de **C**, **B** es el actual tenedor, y **A** es un tenedor anterior a **B**.

Producido el vencimiento el título, sin que la deuda con **B** sea abonada, nace para **B** el derecho, en tanto endosatario en garantía de accionar contra el librador del título valor para el cobro de su crédito con **A**.

Esto lo puede hacer a pesar de ser un endoso limitado, por medio de la facultad que el legislador le otorga en el art. 46 que dispone: el endoso en garantía conferirá al endosatario... "las facultades que confiere el endoso en procuración".

Se impone verificar que facultades se acuerdan por la LTV al endosatario en procuración: el art. 45 dispone: "Este endoso conferirá al endosatario las facultades de un apoderado, para cobrar el título judicial o extrajudicialmente y para endosarlo en procuración".

Queda claro que la figura del endosatario en procuración es diversa del endosatario en garantía, ya que a aquél solo se le confiere la legitimación para perseguir el cobro del documento constituyendo una relación de apoderamiento, por la cual el endosatario actúa por cuenta ajena.

Tomando en cuenta esas diversas situaciones jurídicas, el legislador creó figuras jurídicas diversas para uno y otro caso, en uno se pueden oponer excepciones al endosatario (en procuración) y en otro obtura dicha posibilidad en función de las características del título valor de necesidad y autonomía.

Son perfectamente deslindables las figuras del endosatario en procuración del endosatario en garantía: uno actúa por cuenta y en interés ajeno y otro por cuenta y en interés propio y como consecuencia de ello no le son oponibles las excepciones personales que se hubieran podido oponer a tenedores anteriores.

El endosatario en garantía no necesita el concurso del endosante para su cobro judicial, basta con el endoso, ya que la ley le acuerda las mismas facultades que un endoso en procuración, el endoso en garantía lleva ínsitas estas facultades, por lo que podrá perseguir el cobro judicial o extrajudicial del título, con independencia del endosante.

Pero, estas facultades otorgadas por ley, no transforman al endosatario en garantía en endosatario en "garantía y en procuración", se trata de una figura independiente, tanto es así que el propio legislador se encargó de sentar la regla que termina de perfilar el instituto, cuando a

renglón seguido dispone: "*No podrán oponerse al endosatario en garantía las excepciones que se hubieran podido oponer a tenedores anteriores*".

En cuanto a la referencia a "tenedores anteriores", que Rodríguez Mascardi considera un apartamiento de los antecedentes que prescribía "excepciones oponibles al endosante", es perfectamente explicable en tanto nuestra LTV, para que el pago sea jurídicamente obligatorio, requiere que éste se verifique en la persona de quién posea el título, con independencia de la calidad de propietario, por tanto el endosatario en garantía es portador y tenedor del título frente a C, y está facultado legalmente a proceder a cobrar el crédito que emerge del documento, por sí y no en nombre del endosante, en ese sentido el endosante es con relación a él (endosatario) un anterior tenedor.

El texto legal es claro, el juzgador no puede apartarse del tenor literal de la ley, que se compadece con la propia naturaleza del instituto del endoso en garantía, el legislador tomando en consideración razones prácticas, basadas en las exigencias comerciales refuerza la situación del endosatario en garantía, haciéndolo invulnerable a las excepciones personales de su endosante, en función del propio instituto.

## BIBLIOGRAFIA

1. ANIDO BONILLA, Raúl. "De la prenda de créditos". AEU. 200 1.
2. BARBIERI, Pablo C. "Manual de Títulos Circulatorios". Editorial Universidad. Buenos Aires. 1994.
3. BRUNO QUIJANO, Ismael. "El Endoso". Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 1958.
4. BUGALLO, Beatriz. "Títulos Valores". Ediciones Del Foro. 1998.
5. CAMARA, Héctor. "Letra de Cambio y Vale o Pagaré". Ediar. Buenos Aires. 1986. Tomos 1, 11 y 111.
6. CHULIA, Francisco Vicent. "Compendio Critico de Derecho Mercantil".
7. GARRIGUEZ, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Madrid. 1959.
8. GOMEZ LEO, Osvaldo R. "Manual de Derecho Cambiario". Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1990.
9. GONZALEZ BIANCHI, Pablo. "Excepciones oponibles al endosatano en garantía", en Anuario de Derecho Comercial N° 3.
10. MUÑOZ, Luis. "Títulos - Valores". Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1973.

- 
11. OLIVERA GARCIA, Ricardo. "Evolución reciente de la normativa en materia de títulos valores", en Anuario de Derecho Comercial N° 8. FCU. Montevideo. 1999.
  12. PEREZ FONTANA, Sagunto. "Títulos Valores" T. 11.
  13. REBORA, Juan Carlos. "Letras de Cambio". Y Edición corregida. París. Imprimerie Victor Allard, Chantelard et Cie. 111, Rue du MontCemis, 1928.
  14. RIPPE, Siegbert. "Evaluación de la aplicación de la ley de títulos valores en materia de letras de cambio, vales, pagarés y conformes", en Anuario de Derecho Comercial N° 8. FCU. Montevideo. 1999.
  15. RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita, "Excepciones oponibles al endosatario en garantía". Títulos Valores. Problemática vigente. FCU, Montevideo, 1994.
  16. RODRIGUEZ OLIVERA, Nury. "Evaluación de la Aplicación de la ley de títulos valores", en Anuario de Derecho Comercial N° 8. FCU. Montevideo. 1999.
  17. RODRIGUEZ OLIVERA, Nury. "Títulos Valores. Ley 14.701", 4ª Edición. Editorial Universidad Ltda.
  18. URIA, Rodrigo. "Derecho Mercantil". Madrid 1976.
  19. VAZQUEZ BONOME, Antorifflo. "Tratado de Derecho Cambiario. Letra, Pagaré y Cheque. Dykmíson, S.L. Madrid. 1990.
  20. VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Manual de Títulos Valores. Abeledo Perrot. Buenos Aires.





## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

*SANTO, Nicolás*

*"Los principios generales del Derecho Ambiental y la industrialización"*



# LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL Y LA INDUSTRIALIZACIÓN

*Nicolás Santo*

## INTRODUCCIÓN

“...El rasgo más novedoso del Derecho Ambiental es el cambio de sujeto. Los ordenamientos contemporáneos giran en torno al individuo físico, titular de derechos, al que se garantiza constitucionalmente el disfrute de los inherentes a su condición de persona socialmente contratante. Pero los protagonistas del Derecho Ambiental aún no han nacido y puede ser que no tengan probabilidad de hacerlo nunca si alteramos sustancialmente la biosfera...”

RAMÓN MARTÍN MATEO<sup>1</sup>

Entrado el Siglo XXI, la era de la globalización se encuentra en pleno apogeo. El mundo desarrollado se consolida, la tecnología avanza a un ritmo vertiginoso y las economías de los grandes países en vías de desarrollo, como China o India, continúan creciendo a un paso arrollador. Esto último, encuentra una de sus causas en el colosal aumento de la producción industrial de estos estados. En la misma línea, es claro que todas estas circunstancias, acarrearán importantes consecuencias que se ven reflejadas en diversas áreas de la actividad humana. Y el Medio Ambiente no es la excepción a esta regla. Por el contrario, son cada vez más frecuentes los desastres naturales o los accidentes provocados por no haberse tomado las medidas adecuadas en el momento adecuado. El resultado: surgimiento de voces que comienzan a cuestionarse hasta dónde y hasta cuándo resistirá el planeta los constantes embates que recibe.

Dentro de ese contexto mundial, nuestro país, paulatinamente ha comenzado a posicionarse como un polo de desarrollo celulósico-forestal regional, circunstancia ésta, que traerá consigo una cantidad inconmensurable de cambios de la más diversa índole. Cambios que ya pueden observarse, a través de diferentes hechos que los revelan. El litigio en la Corte Internacional de Justicia de La Haya entre Uruguay y Argentina, la instalación en nuestro territorio de enormes compañías madereras, el crecimiento del sector transporte o el aumento del Producto Bruto Interno del país, son algunas pruebas de ello.

Con estas realidades como marco, la tarea del jurista no se limitará al estudio de los remedios previstos por el Derecho Positivo para los posibles conflictos que se puedan suscitar, sino que también consistirá en proponer soluciones innovadoras para ellos. En los últimos años, hemos asistido a un proceso de robustecimiento y vigorización del Derecho del Medio Ambiente, situación que encuentra su explicación en las necesidades surgidas de la vida práctica. Y nuestro país no es ajeno a ello.

El propósito de este trabajo no es llover sobre mojado. No es analizar el concepto de desarrollo sostenible desde una óptica puramente teórica, sino que, por el contrario, consiste en determinar cómo puede aplicarse este principio a la coyuntura económico-jurídica actual del Uruguay. Sin embargo, nuestro régimen legal no puede ser considerado aisladamente, por lo que intentaremos proyectarlo a la luz de las más recientes normas dictadas en el marco del proceso de integración del que formamos parte: el MERCOSUR. Y avanzando aún un paso más, el análisis transitará también por novedosas disposiciones dictadas por la Comunidad Europea, para determinar la viabilidad de una eventual aplicación de las soluciones por ellas instauradas, en nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque pueda parecer innecesario recordarlo, la protección del medio ambiente, la prevención de riesgos y la tutela jurídica de los recursos naturales, nos involucran a todos. Y nuestra tarea como actuales estudiantes de

<sup>1</sup> Martín Mateo, Ramón, “La Revolución Ambiental Pendiente”, Universidad de Alicante, 1º Edición Online, 1999, Pág. 19

Derecho y futuros operadores jurídicos, consiste en contribuir al perfeccionamiento de los mecanismos actuales de ecoauditoría y ecogestión, sin dejar de contemplar las necesidades económicas de nuestros conciudadanos. En pos de ese objetivo, he realizado este trabajo...

## LEGISLACIÓN AMBIENTAL VIGENTE

Antes que nada, y siguiendo a Enrique Alonso García y a Blanca Lozano Cutanda, debemos precisar que desde el punto de vista de la regulación sustancial, el Derecho Ambiental moderno engloba todos los ámbitos de la actuación humana, en cuanto “*susceptibles de incidir en el entorno*”<sup>2</sup>. Es desde esta perspectiva que debemos aproximarnos a esta rama del Derecho. Acercándonos un poco más al ámbito nacional, consideramos relevante reseñar la legislación ambiental vigente, a los efectos de lograr una sistematización de la misma, como punto de partida de este trabajo. Y si nos abocamos a tratar este tema, debemos comenzar por nuestra *lex magna*. En su art. 47, consagra que la protección del medio ambiente es de interés general, y que las personas deberán abstenerse de cualquier acto que deprede, destruya o contamine, de modo grave, al medio ambiente. Como bien señala Marcelo J. Cousillas, hasta la década de 1990, solamente se encontraban regulados algunos sectores, y las competencias orgánicas en materia ambiental eran poco claras. Durante el siguiente decenio, comienza un proceso de creciente desarrollo de la legislación ambiental, que se inicia con la ley 16.112, la cual crea el **Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente** (de aquí en adelante, MVOTMA)<sup>3</sup>. Los numerales séptimo y octavo del art. 3 de dicha ley, regulan, de modo general, las competencias del MVOTMA en lo que al Medio Ambiente concierne. Asimismo, el art. 43 de la ley 16.134 crea la Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA). Más adelante, en Enero de 1994, llegó la ley 16.466; ley de **Evaluación de Impacto Ambiental** que representa uno de los mayores pasos dados por el legislador en lo que a tutela del medio ambiente se refiere. A los pocos meses de que esa norma entró en vigencia, se dictó el Decreto 435/94, en el cual se constituyó el *Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental*, el cual fue modificado por Decreto 270/003 y recientemente actualizado por Decreto 349/2005. En el año 1999 se sanciona la ley 17.720, la cual regula el tráfico de desechos peligrosos, y en el año 2000 la 17.234, la cual establece el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. En ese mismo año, se aprueba la ley 17.283, que puede considerarse como la norma que define la política ambiental nacional. Dada su relevancia y su carácter de norma marco (art. 5°), nos acompañará durante todo este estudio. A título meramente informativo, señalamos también que la ley 17.712 internaliza el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR<sup>4</sup>, y la 17.732 el Convenio de Estocolmo. En el año 2004, se dicta la ley 17.849, la cual regula el uso de envases no retornables. Dada la importancia que tiene esta norma desde el punto de vista económico-comercial, podemos afirmar que es una de las que mayores consecuencias prácticas tuvo (imagínemos solamente la enorme cantidad de envases plásticos, por ejemplo de bebidas, que se utilizan diariamente; y la cifra dineraria que ello representa). Por último, y aunque no se trate de una ley de contenido estrictamente ambiental, debemos mencionar a la ley 15.939, más conocida como **Ley Forestal**.

### CONFERENCIAS INTERNACIONALES DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO. VALOR JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA.<sup>5</sup>

Consideramos relevante mencionar algunas de las diferentes Conferencias Internacionales de Medio Ambiente y Desarrollo que han tenido lugar, ya que en ellas se trazan las direcciones y prioridades de los Estados participantes. En el mismo sentido, el Derecho Internacional es una de las ramas que mayor preponderancia le

2 Alonso García, Enrique, Lozano Cutanda, Blanca, “*Diccionario de Derecho Ambiental*”, Iustel, 1° Edición, 2006, Madrid pág. 17

3 Cousillas, Marcelo J., “*La Institucionalidad Ambiental*”. Presentación realizada en el marco del curso “*Bases para la crítica de la Educación Ambiental en el Uruguay*”, dictado durante los días 25 a 29 de Febrero de 2007 y auspiciado por la Red Nacional de Educación Ambiental para el Desarrollo Humano Sustentable. El material se encuentra disponible en el siguiente sitio web: [http://www.edu.mec.gub.uy/materiales%20curso%20red%20ambiental/2\\_Presentaciones%20Clase/Institucionalidad%20ambiental%20\\_Cousillas,%20M\\_27\\_02\\_2008.pdf](http://www.edu.mec.gub.uy/materiales%20curso%20red%20ambiental/2_Presentaciones%20Clase/Institucionalidad%20ambiental%20_Cousillas,%20M_27_02_2008.pdf)

4 Aprobado por Decisión del Consejo Mercado Común N° 02/01

5 Quedan fuera de este análisis conferencias y documentos como el Informe Brundtland, el Foro de Siena de 1990 sobre Derecho Internacional Ambiental, el Simposio de Beijing, el Protocolo de Kioto, el Convenio sobre Cambio Climático o el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad del Convenio sobre Biodiversidad, entre otros.

han otorgado a las cuestiones relacionadas con el medio ambiente. Y la primera expresión de esta preocupación la encontramos en la *Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano* celebrada en Estocolmo en 1972, cuyo resultado institucional directo fue el establecimiento del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Diez años más tarde, la *Carta Mundial de la Naturaleza*, continuaría afinando los conceptos tratados en Estocolmo. En el año 1992, tiene lugar la *Declaración de Río de Janeiro*. Este documento es una excelente guía para todo aquel que esté interesado en consultar los principios generales del medio ambiente propiamente dichos. Por razones de espacio y por el espíritu pragmático de este estudio, no nos extenderemos en la consideración expresa de cada uno de ellos. Algunos años más tarde surge la denominada *Agenda 21*, la cual refleja un "...consenso mundial y un compromiso político al nivel más alto hacia la puesta en práctica de estrategias nacionales, planes, políticas y procesos que deben ser apoyados y complementados por la cooperación internacional..."<sup>6</sup>. Y llegamos así a la última gran conferencia global en relación con el Medio Ambiente: *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo* (2002). No obstante lo rimbombante de la denominación del encuentro, algunos autores consideran que esta cumbre fue "un paso atrás", y que su contenido fue "escaso" en cuanto a acciones concretas a llevar a cabo<sup>7</sup>. Lo más destacable de la Declaración de Johannesburgo es que se concentraron compromisos ambientales en torno a pocas áreas temáticas, que conforman la denominada WEHAB<sup>8</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es el valor jurídico que tienen los principios que emanan de estas conferencias? La doctrina mayoritaria, entiende que simplemente se trata de *soft law*, o lo que es lo mismo, su valor es sólo de "derecho suave". Sin embargo, debe aclararse que su valor no se considera "suave" automáticamente por encontrarse en declaraciones. Más aún, como es sabido, en materia de Derecho Internacional los principios son fuente subsidiaria. Pero el hecho concreto es que la mayoría de las veces los Estados incorporan estas declaraciones a su derecho interno. Por lo tanto, toda vez que lo hagan, las mismas pasaran a tener el carácter de derecho "fuerte" (por utilizar la terminología empleada por los autores) y serán ciento por ciento aplicables en los territorios nacionales<sup>9</sup>. Independientemente de todo esto, los principios deben *siempre* ser tomados como mandatos de optimización, y como criterios hermenéuticos fundamentales.

En otro orden, no resulta reiterativo recordar la gran importancia del Derecho Comunitario Europeo en relación a los grandes temas que rigen las principales líneas de acción de los Estados, entre ellos la protección del medio ambiente. Es por ello que, brevemente, daremos una mirada a la metodología de trabajo utilizada por la Unión Europea. Se hace entonces necesario distinguir entre: a) los principios generales y abstractos que pueden encontrarse en el Tratado de la CE (arts. 2, 6 y 174); b) los Programas de Acción Ambiental (en adelante PAA). Estos últimos son los que plasman en la práctica lo que los principios consagran en la teoría. Existe, como se observa, una complementación de carácter cuasi-absoluto, ya que, en palabras de Ortega Álvarez, "... los PAA definen para períodos determinados los pasos a dar, mediante acciones concretas, para lograr una efectiva aplicación de los principios que surgen de la normativa ambiental comunitaria..."<sup>10</sup>. En la actualidad, se está desarrollando el Sexto Programa de Acción Ambiental, el cual fue establecido por la Decisión 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Uno de los objetivos que se plantea es lograr una mayor eficiencia en la gestión de recursos naturales y residuos para asegurar modelos de producción y consumo más sostenibles. Esto se alcanzará a través de los siguientes medios: a) desarrollando una nueva legislación comunitaria y modificando la legislación comunitaria existente cuando proceda; b) fomentando la aplicación y cumplimiento más efectivos de la legislación comunitaria en materia de medio ambiente; c) integrando las exigencias de protección del medio ambiente en la preparación, definición, y aplicación de las distintas políticas y actividades comunitarias; d) fomentando modelos sostenibles de producción y consumo, mejorando, por un lado, el comportamiento medioambiental de las empresas a través de diversos medios, a modo de ejemplo, alentando una mayor asimilación del sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales; y por el otro contribuyendo a una mejor información a los consumidores particulares, empresas y organismos públicos en su papel de compradores a través de diversos medios, como ser el fomento de *etiquetas ecológicas*.

6 Lago Candeira, Alejandro, "Conferencias de Medio Ambiente y Desarrollo: Estocolmo, Río y Johannesburgo", en "Diccionario de Derecho Ambiental", Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, pág. 350.

7 Lago Candeira, Ob. Cit. Pág. 352.

8 Esta sigla sigue las iniciales en inglés para agua, energía, salud, atmósfera y biodiversidad.

9 Lago Candeira, "Principios Generales del Derecho Ambiental", en "Diccionario de Derecho Ambiental", Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, pág. 985.

10 Ortega Álvarez, Luis, "Comunidad Europea: Los Programas de Acción Ambiental. El Sexto Programa Vigente", en "Diccionario de Derecho Ambiental", Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, págs. 305 a 316. El autor es Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

## AUTORIZACIONES AMBIENTALES INTEGRADAS. ECOAUDITORÍA Y ECOGESTIÓN. NORMALIZACIÓN, CERTIFICACIÓN Y MARCAS DE CONFORMIDAD. EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA DE PLANES Y PROGRAMAS. ESTÁNDAR AMBIENTAL MERCOSUR. PROTECCIÓN DE MONTES. UNA MIRADA A LA EXPERIENCIA EUROPEA

En los últimos tiempos se han desarrollado, tanto en Europa como en Estados Unidos<sup>11</sup>, nuevos conceptos en relación al principio-concepto de desarrollo sostenible. La doctrina coincide pacíficamente en que no es posible considerar como objetivo principal y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales ni el aumento de la producción a toda costa. Por el contrario, debe armonizarse la utilización racional de los recursos, trabajando en base a un modelo de ecodesarrollo. Partiendo de este punto, el Tribunal Constitucional Español reconoce un “*modelo de desarrollo cualitativo*” (y no solamente cuantitativo), tendiente a salvaguardar dos valores constitucionales elementales: la libertad de industria y la protección del entorno<sup>12</sup>. En nuestro país, la ley 17.283, en su art. 4º, define al desarrollo sostenible como *aquél que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades*<sup>13</sup>. Como vemos, el legislador nacional confundió el principio de desarrollo sostenible con el principio de equidad intergeneracional. Este último consiste en la necesidad de conservar opciones sobre el futuro uso de los recursos, lo que debe realizarse tomando en cuenta su calidad y la del medio ambiente en general.

A los efectos de este estudio, resulta útil e interesante desglosar dos conceptos que se han ido desarrollando por etapas: la ecogestión y la ecoauditoría. En el ordenamiento jurídico español, los mismos ya se encuentran plenamente arraigados; esto se debe, en gran medida, a que gran parte del Derecho Ambiental de la madre patria, es la aplicación en España del Derecho Comunitario Europeo. Esto se refleja a través de la puesta en marcha de medidas concretas, como ser la implementación de la denominada *Autorización Ambiental Integrada*. La misma parte de la base del denominado “*enfoque integrado de la contaminación*” en las autorizaciones ambientales, el cual fue adoptado por la Comunidad Europea. Se trata de un control *global*, “*integrado*”, de todos los posibles agentes contaminantes que produce la actividad autorizada. Como vemos, se ha ido abandonando, progresivamente, el enfoque sectorial de los proyectos. Lozano Cutanda la define como “...*una técnica horizontal o transversal que permite en una sola operación comprobar la aplicación de toda la legislación ambiental, sectorial y general...*”<sup>14</sup>. En el mismo sentido, la aparición de la *Autorización Ambiental Integrada* tiene un fundamento fáctico: el objeto del derecho ambiental se ha ido ampliando, e ingresan en él actividades económicas que, aunque en sí mismas no son contaminantes ni producen daños al medio ambiente, inexorablemente los producirán posteriormente a medida que otros agentes completen el ciclo de esa actividad económica. El ejemplo de lo que sucede con los envases, es ideal para ilustrar esta situación. Concluimos así que el concepto de ecoauditoría determina que las conductas deben regularse no solamente a partir del momento de impacto ambiental, sino también de manera previa. Y todo esto tomando como base el *principio de prevención*, ya que en cuestiones ambientales, los daños causados son irreparables en especie.

En estrecha vinculación con el tema que venimos tratando, se encuentra el instituto de la *Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas* (en adelante EAE). Según Razquín Lizarraga, “... *se trata de una herramienta fundamental para integrar las consideraciones ambientales en la elaboración de legislación, políticas, planes y programas que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, asegurando que se tendrán en cuenta esos efectos en el proceso de toma de decisiones antes de su aprobación...*”<sup>15</sup>. Se trata de una figura jurídica cuyo carácter es independiente de la *Evaluación de Impacto Ambiental* (en adelante EIA). Debe acotarse, que la EAE se implanta después de la EIA, y la complementa. En la Comunidad Europea, la Directiva 2001/42 (“*Directiva sobre Evaluación Ambiental Estratégica*”) la regula. Su relevancia está en que, si bien sigue la lógica y metodología de la EIA, se extiende hacia arriba, valorando los efectos de las decisiones finales. En nuestro país, existe una ley de EIA, pero no de EAE. Por los anteriores fundamentos y por las circunstancias socioeconómicas del país, creo que debería for-

11 En este país, la protección ambiental tiene su origen sistemático en la *National Environmental Protection Act* (NEPA).

12 Jordano Fraga, Jesús, “*Desarrollo Sostenible: equilibrio entre dos valores constitucionales (Medio Ambiente y Economía) en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” en “*Diccionario de Derecho Ambiental*”, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Págs. 504 y 505.

13 La definición parece haber sido tomada del Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo “*Nuestro Futuro Común*”, más conocido como Informe Brundtland.

14 Lozano Cutanda, Blanca, “*Autorización Ambiental Integrada*” en “*Diccionario de Derecho Ambiental*”, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Pág.11

15 Razquín Lizarraga, José Antonio, “*Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas*”, en “*Diccionario de Derecho Ambiental*”, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Pág. 640.

marse una comisión legislativa que analice la creación de una ley de EAE, para contribuir a gestionar los riesgos ambientales de modo más adecuado.

Tanto el concepto de ecogestión como el de ecoauditoría, requieren la creación de sistemas de *Normalización, Certificación y de Marcas de Conformidad*. Es así que en el viejo continente ha tenido lugar la creación de un sistema de gestión ecológica para el sector industrial, conocido como “EMAS”. Lamentablemente, por razones de espacio, postergaremos su análisis para otro trabajo; simplemente nos limitamos a informar que el mismo fue establecido por el Reglamento 761/2001 de la CE. Volviendo al punto anterior, resulta conveniente citar las expresiones de Lozano Cutanda y Álvarez García, dada su pulcritud conceptual, para comprender las funciones de estos institutos: “... mediante la normalización se determinan las características o especificaciones técnicas (“las normas”) que debe reunir un determinado producto o servicio, o las empresas que los producen o prestan... Asimismo, la certificación es un complemento indispensable de la normalización, que permite verificar la aplicación por los sectores industriales, de los estándares técnicos... Ella consiste en acreditar, normalmente por medio de un certificado expedido por un organismo autorizado, que un determinado producto, servicio o empresa cumplen con los requisitos o exigencias definidas por una norma o especificación técnica elaborada por el correspondiente organismo privado de normalización, o, en su caso, por los poderes públicos...”<sup>16</sup>. En nuestro Derecho, ese organismo es el Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU). Sin embargo, considero que, ahora más que nunca, resulta necesaria la labor conjunta de todos los países del MERCOSUR, para avanzar en la creación de una entidad de certificación que sea la encargada de otorgar las certificaciones ambientales a nivel regional. En la misma línea, en la Comunidad Europea, el respeto por parte de los productos, servicios o empresas de los criterios ecológicos, les confiere la posibilidad de solicitar la concesión de una marca o logotipo de conformidad ambiental, que acredite la “calidad verde” del producto, servicio o empresa en cuestión<sup>17</sup>. Un caso interesante es el del sistema de identificación de productos ecológicos provenientes de la madera. Caso que nos detendremos a analizar en virtud de que, reiteramos, nuestra región parece comenzar a convertirse en un polo de desarrollo celulósico-forestal.

El progreso experimentado por la industria celulósica-forestal, es sorprendente y tremendamente positivo para el país. Para que el lector pueda comprender lo que significa este fenómeno, vale la pena realizar la siguiente lista, en la que se destacan algunas de las gigantescas empresas que se encuentran operando hoy en el Uruguay en el sector forestal: Botnia, Ence, Stora Enso, Weyerhaeuser, Urupanel, RMK Timberland Group, Centro Forestal Chileno, Foresur, entre otras. Se trata de un negocio que involucra a 9019 plantas a lo largo del mundo<sup>18</sup>. Tal es la revolución generada, que renombrados estudios jurídicos han inaugurado sucursales en departamentos del interior, como Tacuarembó, para atender las necesidades de estas compañías. La oportunidad para el país es única, es cierto. Ahora bien, debemos estar preparados jurídicamente, para enfrentar esta nueva realidad que ya es inminente y que acarrea riesgos ambientales. Y estar jurídicamente preparados, significa no improvisar. Y no improvisar implica que el dictado de leyes y reglamentos concretos que regulen la actividad, estén impregnados, estén “empapados” de principios generales del medio ambiente y de conocimientos técnicos específicos. De cualquier modo, nunca está demás aclarar que esto debe realizarse sin generar falsas alarmas y sin hacer lugar a sospechas infundadas, porque mediante la aplicación de las Mejores Tecnologías Disponibles (MTD), los proyectos son absolutamente viables. En la Unión Europea, organismos como el Consejo de Administración Forestal (*Forestal Stewardship Council, FSC*), o el Consejo Paneuropeo de Certificación Forestal, son organizaciones certificadoras de productos forestales. Sus acreditaciones garantizan a los consumidores que los productos forestales que se producen dentro de la Unión proceden de bosques o industrias gestionadas de manera sostenible. Más aún, la Estrategia Forestal Europea señala a texto expreso que debe darse prioridad a la mejora de la opinión de los consumidores acerca del sector forestal y de los productos provenientes del mismo, brindando garantías de que las industrias cumplen con las máximas exigencias jurídicas. En el marco de nuestro proceso de integración, el fundamento de una certificación forestal mercosuriana que autorice, entre otras cosas, la instalación de industrias celulósicas, podría ser triple: a) contribuiría a unificar los sistemas de gestión ecológica de riesgos en toda la región; b) contribuiría a evitar conflictos jurídicos como el surgido entre Uruguay y Argentina; c) brindaría mayor seguridad jurídica a los inversores nacionales y extranjeros, lo que redundaría en un mayor crecimiento económico. Y si a la certificación forestal le agregásemos un Estándar Ambiental MERCOSUR de carácter general, la situación sería más provechosa aún.

Por último, no podemos perder de vista que la protección jurídica de los montes es fundamental, ya que, en definitiva, ellos son los que posibilitan el desarrollo comentado en las líneas de arriba. En consecuencia, sería conveniente el dictado de una norma marco, en la que se consagren los principios específicos de la silvicultura,

16 Lozano Cutanda, Blanca, Álvarez García, Vicente, “Normalización, Certificación, Marcas de Conformidad y Medio Ambiente”, en “Diccionario de Derecho Ambiental”, Iustel, 1° Edición, 2006, Madrid, Pág.858

17 A modo de ejemplo, en Francia se creó la marca “NF Medioambiental”, en Alemania la marca “Ángel Azul” y en EEUU “The Green Seal”.

18 Diario El País, “Botnia. Un aporte al desarrollo del país”. Suplemento Especial, Montevideo, 2007.

que complemente a la ley 15.939. Principios como el de *pervivencia de las masas forestales, el de multifuncionalidad de los montes y el de conservación de la biodiversidad*.<sup>19</sup> En definitiva, los principios consagrados por la Resolución H1 de la II Conferencia Ministerial de Protección de Bosques, celebrada en Helsinki (Finlandia) en 1993. A esto, añadimos que la ley española 43/2003, más conocida como ley de montes, podría ser un buen ejemplo a seguir por el legislador uruguayo para dotar de mayor protección jurídica a una de nuestras principales fuentes de riqueza.

En conclusión, señalamos que el Derecho Ambiental se ha inmiscuido en casi todas las otras ramas del Derecho. Es así que tendremos delitos ecológicos, tributos ambientales o ecotasas, el principio de *"quien contamina paga"* (relacionado con el Derecho de la Competencia), y una infinidad de figuras más que no podremos analizar. Sin embargo, nos detendremos en un punto que, en un futuro, eventualmente podría generar alguna situación problemática.

## EL DERECHO PROCESAL Y LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE. EN BUSCA DE MODOS EFECTIVOS DE CRISTALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL

Siempre se ha dicho que el Derecho está conformado por un conjunto de áreas vinculadas entre sí. Y si bien esto no es ninguna novedad, vale la pena traerlo a colación en función del análisis que realizaremos a continuación. El mismo ligará aspectos del Derecho Ambiental con el Derecho Procesal, más precisamente con los procesos en defensa de intereses difusos, previstos por el art. 42 del C.G.P. Esto en función de que, generalmente, es a través de ellos que se canalizan pretensiones que tienen como trasfondo la defensa del medio ambiente. ¿Dónde radica la importancia de la consideración de este punto? En dos factores fundamentales:

a) en virtud de las actuales circunstancias, marcadas por la instalación de algunas plantas de celulosa, la posible llegada de otras y diversos aspectos relacionados con el abastecimiento de semejantes industrias, los riesgos ambientales aumentan. Y es probable que ese aumento de riesgos se refleje en una mayor cantidad de litigios sobre cuestiones ambientales. Es por ello que, no solamente las partes, sino también el Estado, estarán interesados en que, en caso de incoarse una acción, exista la posibilidad de que pueda entender en la misma siempre que se interpongan los recursos correspondientes, claro está- el máximo órgano jurisdiccional de nuestro país: la Suprema Corte de Justicia

b) en cuestiones ambientales, es probable que el operador jurídico se enfrente a un buen número de dificultades probatorias, ya que, en caso de que se produzcan daños, deberá demostrarse *científicamente* que los mismos están ligados a la conducta de la parte demandada, lo que no siempre resulta tan sencillo. En función de esto, sería posible que la sentencia definitiva del tribunal de segunda instancia, absolviera a la demandada -en el proceso en defensa de intereses difusos- por ausencia de pruebas en su contra. En caso de que se dé esa hipótesis, el art. 220 del C.G.P. autoriza a otro legitimado a volver a plantear la cuestión en otro proceso.

Ahora bien, la pregunta que nos hacemos es la siguiente: *¿es procedente la interposición del recurso de casación contra la sentencia definitiva de segunda instancia que absuelve al demandado por falta de pruebas en un proceso en defensa de intereses difusos?* Como señaláramos, el art. 220 prevé que en ese caso, **otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso**. Y el art. 269 numeral 2 del C.G.P., en sede de Recurso de Casación, establece que el mismo **no procede contra las sentencias recaídas en asuntos que admiten un proceso posterior sobre la misma cuestión**. Como vemos, el tema no es tan claro ni se resuelve tan fácilmente. Durante mi curso de Derecho Procesal II, le planteé esta duda a uno de mis profesores, el Dr. Santiago Pereira Campos, quien, además de ser un excelente procesalista, es uno de los autores nacionales que más ha estudiado el tema de los intereses difusos. Su opinión primera fue que, en este caso, la clave estaría en analizar qué quiso decir el legislador con la expresión *"la misma cuestión"*. Y en función de que esto se relaciona, en sede de Cosa Juzgada, con la triple identidad (sujeto, objeto, causa), se entendería que lo que quiso expresar fue que no procede la Casación en los procesos que admitan un proceso posterior entre los *mismos sujetos, por el mismo objeto, y fundándose en la misma causa* (p. ej.: juicio ejecutivo, art. 361). Por lo tanto, en los procesos en defensa de intereses difusos en los que la sentencia definitiva de segunda instancia fuere absolutoria por ausencia de prueba, procedería la interposición del recurso de Casación, porque el proceso que puede iniciarse posteriormente, no versará sobre la misma cuestión, en virtud de que será otro sujeto (otro legitimado) el que lo plantee. De cualquier manera, el Dr. Pereira

19 Calvo Sánchez, Luis, *"Montes y Bosques, Protección Ambiental"*, en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Pág.846.

Campos reconoció que el tema era lo suficientemente opinable como para sentarse a escribir sobre él. Y bien, sus expresiones me motivaron a intentar desentrañar esta intríngulis jurídica, y consideré que este trabajo era una buena oportunidad para hacerlo, dada su temática. En fin, la duda queda planteada, y aguardamos con expectativa pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia ya que, sin duda alguna, podrán brindar soluciones más acertadas que las que puede brindar un estudiante...

## CONCLUSIONES GENERALES

En la actualidad, los países en vías de desarrollo le dan prioridad al problema más importante que tienen: salir de la pobreza. "...Nuestra contaminación-decía un hombre de Estado africano antes de la Conferencia de Estocolmo- es la miseria..."<sup>20</sup> Y no podemos dejar de reconocer que este hombre, tiene una cuota de razón. Sin embargo, la tensión medio ambiente-desarrollo económico es virtual, ya que el desarrollo, para ser tal, tiene que ser a la vez económico, social y ambiental. Debemos resaltar también que en nuestra legislación, la cuestión ambiental ha sido abordada con singular interés, particularmente a partir de las leyes de Evaluación de Impacto Ambiental y de Protección General del Medio Ambiente. No obstante, dada la dinámica de la vida económica actual, es menester proseguir afinando conceptos para lograr una protección más efectiva. Y esto no sólo a nivel nacional, sino también en el ámbito mercosuriano, donde se torna imprescindible la coordinación de las políticas macroambientales, dado que, geográficamente, el medio ambiente es indivisible.

Desearía finalizar este trabajo con un aporte gráfico y genial del francés Alexandre Charles Kiss: "... No hay duda de que en la mayoría de los nuevos campos que el Derecho ha descubierto, o se ha anexionado, los juristas no son capaces, por sí solos, de elaborar una reglamentación... Con mayor razón, la colaboración interdisciplinaria se hace absolutamente necesaria cuando se trata de la protección del medio ambiente. Habrá de formarse una verdadera cadena cuyo fin será el nacimiento de la regla de derecho y en la que los juristas solamente ocuparán el último eslabón, ya que las investigaciones básicas sobre la contaminación y sus efectos corresponderán a biólogos... Éstos, a su vez, tendrán que ser secundados por representantes de otras ciencias...y por numerosos técnicos que habrán de encargarse de buscar los medios para combatir y evitar la contaminación... Tras los estudios realizados por los científicos, el problema habrá de ser examinado por los economistas y probablemente también por los sociólogos y urbanistas... Únicamente en una tercera fase intervendrá la función jurídica traduciendo en reglas de derecho las opciones a tomar una vez estudiados y comparados los diversos factores... Es posible que consideraciones de tipo político intervengan en el proceso de decisión final de la cadena y, en ese caso, no es seguro que sean los juristas quienes tomen las decisiones. Sin embargo, lo que sí es seguro es que los juristas serán quienes redacten los textos y, en este sentido, tendrán siempre la posibilidad de decir síno la palabra decisiva sí la última..."<sup>21</sup>.

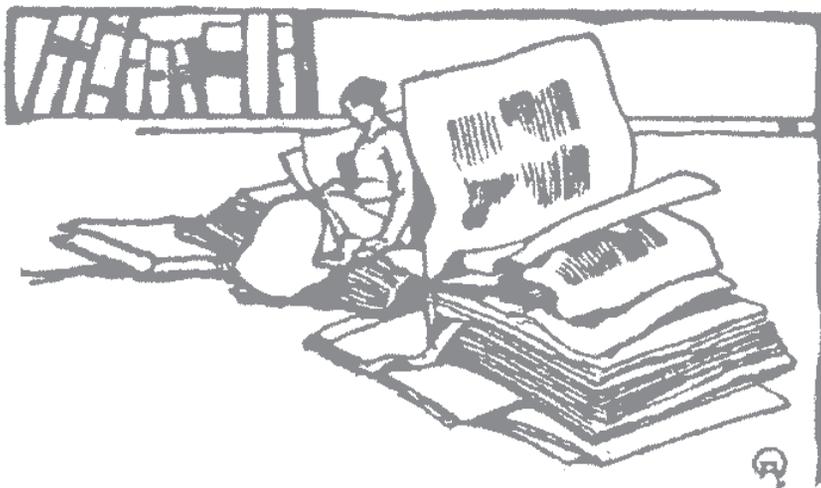
Nuestra legislación está bien encaminada, pero aún queda mucho por hacer. La base del Derecho Ambiental es evolutiva y cambiante, por lo que si este estudio contribuye un ápice en dar a algún lector una visión más amplia de lo que está ocurriendo en nuestro derecho positivo y en el derecho comparado, me doy por satisfecho. Y si ello es fuente de perfeccionamiento para nuestro sistema jurídico, más todavía. El tiempo dirá...

20 Kiss, Alexandre Charles, "Los Principios Generales del Derecho del Medio Ambiente", Universidad de Valladolid, 1º Edición, 1975, Valladolid, Pág. 14.

21 Ídem, Págs. 19-20

## Bibliografía

- Alonso García, Enrique, Lozano Cutanda, Blanca, *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid.
- Martín Mateo, Ramón, *"La Revolución Ambiental Pendiente"*, Universidad de Alicante, 1º Edición Online, 1999.
- Román Ortega, Francisco, *"Diccionario de Medio Ambiente y materias afines"*, Fundación Confemetal, 1º Edición, 2006, Madrid.
- Cousillas, Marcelo J., *"Evaluación de Impacto Ambiental. Análisis de la ley 16.466 del 19 de Enero de 1994"*, IEEM, 1º Edición, 1994, Montevideo.
- Kiss, Alexandre Charles, *"Los Principios Generales del Derecho del Medio Ambiente"*, Universidad de Valladolid, 1º Edición, 1975, Valladolid.
- Arbuét-Vignali, Heber, Barrios, Luis, *"Chimeneas en Fray Bentos. De un ámbito local a una proyección globalizada"*, Ed. Arca, 1º Edición, 2006, Montevideo.
- Arbuét-Vignali, Heber, Barrios, Luis, *"Papeleras en la Región ¿Qué hacemos con los riesgos?"*, Ed. Carlos Álvarez, 1º Edición, 2008, Montevideo.
- Dirección General XI de la Comisión Europea, *"Legislación Comunitaria relativa al medio ambiente. Política General"*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, T.1, 1º Edición, 1996, Bruselas.
- Guida Lansot, Gustavo, *"Agenda Forestal 2007 Uruguay"*, Ed. Siglo, 1º Edición, 2007, Montevideo.
- Magariños de Mello, Mateo J., *"Medio Ambiente y Sociedad. Fundamentos de Política y Derecho Ambientales. Teoría General y Praxis."*, FCU, 1º Edición, 2005, Montevideo.
- Azqueta, Diego, *"Introducción a la Economía Ambiental"*, Mc Graw-Hill, 2º Edición, 2007, Madrid.
- Percival, Schroeder, Miller, Leape, *"Environmental Regulation. Law, Science, and Policy"*, Ed. Aspen, 5º Edición, 2006, New York.
- Lozano Cutanda, Blanca, *"Comunidad Europea: Financiación de la Política Comunitaria Ambiental; el Programa Life"*, en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Págs. 279 a 288. La autora es Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco.
- Lozano Cutanda, Blanca, *"Autorización Ambiental Integrada"* en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Págs.114 a 132.
- Lago Candeira, Alejandro, *"Conferencias de Medio Ambiente y Desarrollo: Estocolmo, Río y Johannesburgo"*, en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, pág. 342 a 354. El autor es colaborador de investigación y docencia de la Cátedra UNESCO de Territorio y Medio Ambiente de la Universidad Rey Juan Carlos.
- Jordano Fraga, Jesús, *"Desarrollo Sostenible: equilibrio entre dos valores constitucionales (Medio Ambiente y Economía) en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional"* en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Págs.502 a 512. El autor es Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla.
- Arana García, Estanislao, *"Industria y Medio Ambiente"*, en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Págs. 708 a 716. El autor es Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.
- Razquín Lizarraga, José Antonio, *"Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas"*, en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Pág. 640. El autor es Director del Servicio de Asesoría Jurídica del Gobierno de Navarra, y Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra.
- Lozano Cutanda, Blanca, Álvarez García, Vicente, *"Normalización, Certificación, Marcas de Conformidad y Medio Ambiente"*, en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Pág.857 a 880. El autor es Letrado del Tribunal Constitucional y Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia.
- Calvo Sánchez, Luis, *"Montes y Bosques, Protección Ambiental"*, en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, Págs. 844 a 856.
- Lago Candeira, *"Principios Generales del Derecho Ambiental"*, en *"Diccionario de Derecho Ambiental"*, Iustel, 1º Edición, 2006, Madrid, pág. 985.
- Cousillas, Marcelo J., *"La Institucionalidad Ambiental"*. Presentación realizada en el marco del curso *"Bases para la crítica de la Educación Ambiental en el Uruguay"*, dictado durante los días 25 a 29 de Febrero de 2007 y auspiciado por la Red Nacional de Educación Ambiental para el Desarrollo Humano Sustentable.
- Diario El País, *"Botnia. Un aporte al desarrollo del país"*. Suplemento Especial, Montevideo, 2007.
- Diario El País, *"Día Mundial del Medio Ambiente. Uruguay ofrece garantías para el desarrollo sustentable"*.



## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

*"Desequilibrio en los contratos (privados y públicos)",*  
de Gustavo Ordoqui  
(por Gabriel Delpiazzo)

*"Derecho de la Persona", volumen 1,*  
de Walter Howard (por Mercedes Otegui)

*"Estudios de Derecho Penal Económico"*  
(por Pedro Montano)

*"Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito",*  
obra coordinada por Carlos E. Delpiazzo  
(por Natalia Veloso)

*"Sobre Derecho Administrativo" (2 tomos),*  
de Juan Pablo Cajarville Peluffo  
(por Gabriel Delpiazzo)



# DESEQUILIBRIO EN LOS CONTRATOS (PRIVADOS Y PÚBLICOS)

Gustavo Ordoqui Castilla  
Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, 2008, 692 págs.

En palabras del autor, “es una realidad incuestionable que los paradigmas clásicos del Derecho Contractual (que presupuso lo que no era, al entender que todos somos iguales, todos somos libres) están en un proceso de cambio o replanteo como resultado del cual, las fronteras y el alcance del contrato requieren, ineludiblemente y en forma urgente, un replanteo tanto desde el punto de vista privado como público”.

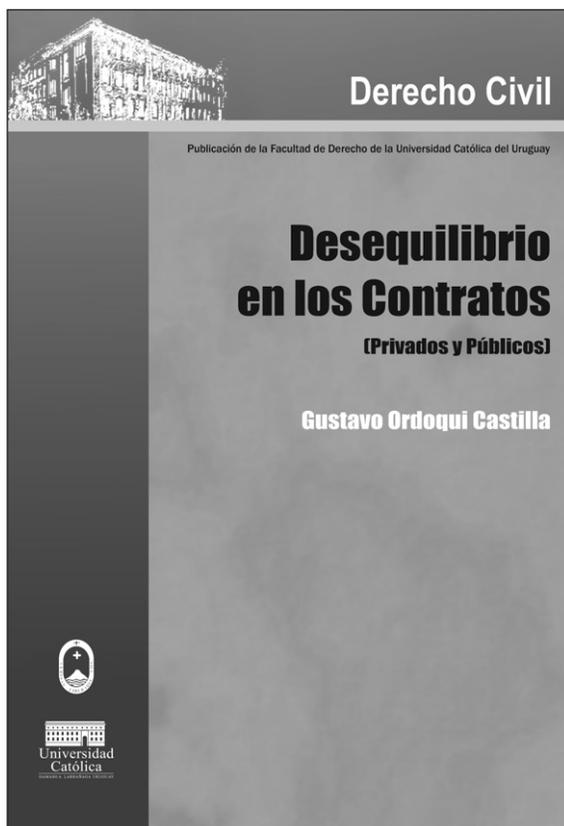
En efecto, la presencia cada vez más frecuente de contratos de adhesión, cláusulas abusivas, prácticas contractuales fraudulentas o anticompetitivas y, en definitiva, de situaciones de abuso del más fuerte, exigen un cambio en el modo de entender los contratos orientado a la necesidad impostergable de proteger al más débil.

A partir de su docencia y aportes doctrinarios, el Profesor Gustavo Ordoqui Castilla se ha convertido en uno de los principales promotores de dicho cambio en nuestro medio.

Ya en el año 2001, se preocupó por estudiar la situación de desequilibrio en la que se encuentra el consumidor frente a la nueva realidad del mercado, pautada por la presencia de grandes empresas cuyo poder las ubica en posiciones de preeminencia, generando situaciones claramente abusivas. Su obra titulada “*Derecho del consumo*” constituye así una herramienta de consulta ineludible para la defensa de los derechos del consumidor.

Además de diversos artículos publicados en la materia, cabe enmarcar en dicha labor doctrinaria de este reconocido civilista su estudio sobre la “*Buena fe contractual*”, publicado en el año 2005. En esta obra, el autor propone una adecuación de este principio general de derecho a la nueva realidad contractual, como instrumento fundamental para la construcción de un Derecho de los Contratos que atenúe los desequilibrios existentes.

En este contexto, aparece esta obra publicada por la Universidad Católica del Uruguay, que facilita una comprensión sistemática y actual del “*Desequilibrio en los contratos (privados y públicos)*” y actualiza viejos dogmas en busca de un mayor equilibrio contractual y una mayor protección al débil.



La Parte I de la obra comienza con la conceptualización del equilibrio contractual como la columna vertebral de todo el derecho contractual moderno (*Sección I*), enfatizando en la necesidad de su análisis desde los principios generales de derecho y, en particular, desde los de la contratación (*Sección II*).

A tales efectos, el autor propone una revalorización de estos principios generales y su necesaria adecuación a la realidad actual. En primer lugar, precisa el alcance y fundamento del principio de autonomía privada negociada ante las nuevas formas de contratar -estandarización de los contratos, contratos en masa, contratos tipo, contratos de adhesión- que determinan el debilitamiento de la figura de la voluntad (*Sección III*). En dicho contexto, plantea seguidamente la necesaria revisión de otros principios propios de la contratación, como ser el del consensualismo (*Sección IV*), el de la fuerza vinculante del contrato (*Sección V*), el del relativismo (*Sección VI*) y el de la autorresponsabilidad (*Sección VII*).

Finalmente, analiza el principio general de buena fe como eje central de su propuesta doctrinaria y, más aún, de la readecuación del Derecho contractual moderno. Según se expone en la obra, los principios que derivan de la buena fe contractual (*Sección VIII*) y las funciones que dicho principio cumple en el orde-

namiento jurídico (*Sección IX*) permiten combatir los desequilibrios que se pueden causar con la autonomía privada. En tal sentido, el autor propone un camino a seguir en el que coexistan armónicamente la autonomía privada negocial y la justicia contractual, tuteladas por el deber de actuar de buena fe.

A la luz de lo desarrollado en dicha primera parte de la obra, la Parte II estudia las principales formas de desequilibrio contractual, procurando soluciones a partir de un enfoque desde los principios generales de derecho.

Así, se exponen y analizan los desequilibrios causados por la excesiva onerosidad sobreviniente (*Sección I*) y por la desvalorización monetaria (*Sección II*), así como aquéllos que resultan del ejercicio del poder negociador, como ser la lesión (*Sección III*), las cláusulas abusivas (*Sección IV*) y el abuso de la posición dominante (*Sección V*).

Como reflexión final a dicho análisis, el autor vuelve a recalcar la relevancia de la buena fe como instrumento sustancial con el que cuenta el juzgador para evitar, con sus diferentes manifestaciones, desequilibrios injustificados en el ámbito del contrato (*Sección VI*).

La Parte III de la obra se dedica al estudio del desequilibrio contractual en el ámbito público. El interés general que debe presidir todo el obrar administrativo y las prerrogativas exorbitantes de poder atribuidas a la Administración determinan la necesidad de un estudio particular de esta problemática en los contratos administrativos.

Siguiendo el mismo orden expositivo utilizado en las partes anteriores del libro, el autor comienza este estudio con un encuadramiento conceptual de la contratación administrativa (*Sección I*), para luego identificar los principios generales que rigen en dicha materia (*Secciones II, III y IV*) y proponer un nuevo enfoque, a la luz de los mismos, de los desequilibrios causados en tales contratos (*Sección V*).

En tal sentido, la *Sección II* ofrece una enumeración y análisis de los principios generales de la contratación administrativa, destacando su relevancia como "reglas de Derecho". En particular, la *Sección III* analiza el principio de fuerza vinculante de los contratos de la Administración y su especial incidencia en las prerrogativas de poder con las que ésta cuenta para modificar y rescindir unilateralmente dichos contratos, mientras que la *Sección IV* vuelve a destacar la importancia del principio de buena fe -en este caso, administrativa- como instrumento fundamental para instaurar un equilibrio en estos contratos que se caracterizan por hacer coexistir los intereses del fuerte (Estado) con los del débil (el particular).

A partir de los postulados de estos principios generales y reconociendo la importancia de la labor jurisprudencial en su aplicación práctica, el autor analiza

los desequilibrios causados en la contratación administrativa (*Sección V*), considerando como un principio el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato; manifestación del necesario equilibrio que debe existir entre las prerrogativas de poder de la Administración y las correlativas garantías del administrado. Como reflexión final, destaca la importancia de la buena fe para alcanzar dicho equilibrio (*Sección VI*).

En suma, este nuevo hito de la fecunda labor del Profesor Gustavo Ordoqui Castilla constituye un sano aporte doctrinario al estudio del Derecho de los Contratos en el umbral del siglo XXI, cuyas nuevas fronteras van más allá de la voluntad de las partes, al priorizar otros valores como la justicia contractual, la confianza legítima y, precisamente, el equilibrio de las prestaciones, que se erige en un nuevo principio general de la contratación derivado de la buena fe.

Dr. Gabriel Delpiazzo Antón

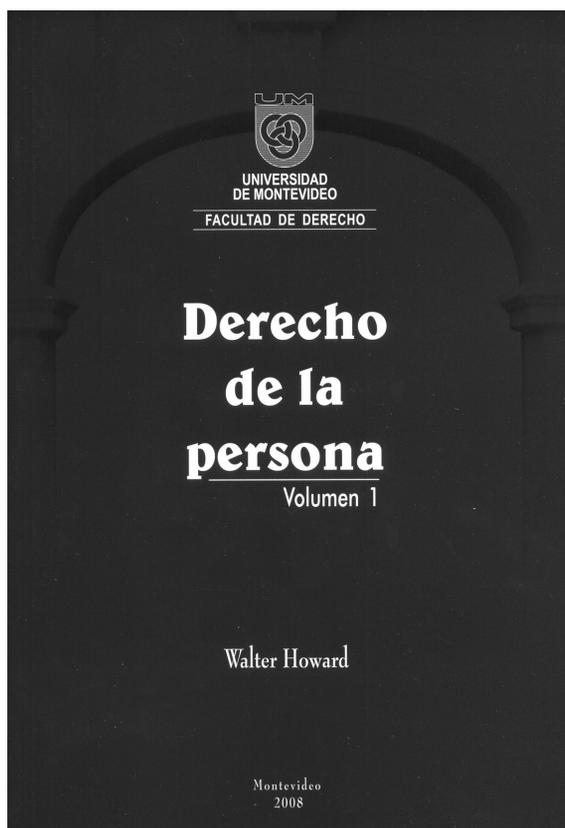
# “DERECHO DE LA PERSONA”, VOLUMEN 1

Walter Howard  
Universidad de Montevideo, 2008

En el título de su nueva obra el Prof. Walter Howard nos advierte que la misma continuará (volumen 1) y finalizando el prólogo lo confirma y adelanta la temática del próximo ejemplar.

Al decir del autor en el prólogo la investigación tiene por objeto el estudio de la situación de las personas frente al ordenamiento jurídico. El factor de principal trascendencia en la elección del tema lo describe también en la introducción de la obra y es el protagonismo de las personas físicas o jurídicas en las relaciones jurídicas. Asimismo señala que en los últimos tiempos *se ha transitado desde una noción en exceso patrimonialista, en la cual la persona era protegida en tanto era vulnerado su patrimonio, a una concepción más humana en que la salvaguarda se posa directamente en el individuo como tal, con prescindencia de sus connotaciones económicas.* Esta idea la desarrolla profundamente dedicándole un tercio del total del libro al estudio de los derechos de la personalidad y casi la mitad de la misma se detiene sobre estos derechos de índole moral.

Siguiendo el contenido de los programas que estudian el Derecho civil en las facultades de Derecho de nuestro medio, en este volumen de nueve capítulos el Prof. Howard incluye: en los primeros tres apartados el concepto de persona, comienzo y extinción de la personalidad. El cuarto capítulo es el más extenso y trata los derechos de la personalidad en tres secciones. El quinto versa sobre el nombre y sus elementos, el sexto apartado sobre el domicilio su función y diversos tipos. En el séptimo capítulo trata el estado civil de las personas y el octavo sobre el instituto de ausencia. El noveno capítulo es una contribución de Carlos Loaiza Keel quién fuera uno de sus mejores alumnos de la Universidad de Montevideo, que presenta las personas jurídicas.



Queda en evidencia para nuestra fortuna que al Prof. Howard le queda mucho conocimiento, estudio y experiencia por compartir en materia de Derecho Civil. Como suele decir a sus alumnos, “solo el fútbol le gusta más que el derecho”. Sus años de docencia se ponen de manifiesto en la claridad de sus exposiciones. Su formación de investigador en la presentación lineal, analítica e innovadora de los temas, los introduce en el prólogo y los desarrolla en los nueve capítulos que completan el trabajo. Su generosidad e inquietud por perfeccionar su estudio en la invitación a Carlos Loaiza Keel para abordar el último tema referente a las Personas jurídicas.

El aporte más importante del Prof. Walter Howard en este trabajo es lograr actualizar los institutos tradicionales del Derecho civil, con una visión innovadora y práctica que solamente un sólido estudioso de la asignatura puede hacer con tal éxito.

Dra. Mercedes Otegui



## “ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO”

Jorge Barrera, Raúl Cervini,  
Miguel Langón, Martín Pecoy  
Universidad de Montevideo, 2008.

Tuve el privilegio no sólo de leer el libro íntegramente –es breve- para esta presentación, sino por haber asistido –en su mayoría- cuando fueran hechas las exposiciones por sus autores en esta Universidad, el año pasado. Ya en aquel entonces demostraron su interés para quienes pretenden cultivar esta incipiente disciplina en el Uruguay.

Si bien tenemos legislación específica muy anterior, los acontecimientos derivados sobre todo de la crisis del 2002 han puesto de manifiesto su insuficiencia, tanto con respecto a quienes fueron sus víctimas, como a los agentes que deben perseguir el crimen y hacer Justicia, como con respecto a sus imputados o autores, por la falta de garantías en procesos de duración eterna. A nadie conforma el sistema vigente, ni desde el punto de vista de los institutos del Derecho Penal sustantivo, ni desde el del ordenamiento procesal.

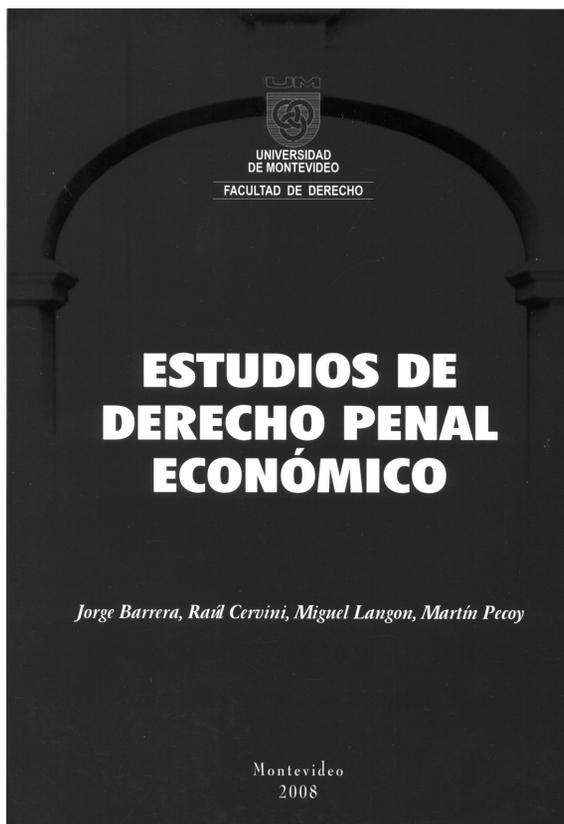
Por lo tanto, todo lo que se diga o escriba en la materia será fermental para el desarrollo de una herramienta que –a esta altura- es esencial.

Y es precisamente lo que sucede con esta obra.

El Prof. Cervini trata el tema “*Tribulaciones del Secreto Bancario Uruguayo*”. Muy bien elegido el título al referir a “tribulaciones” porque en realidad se nota un menoscabo, un padecimiento. Si bien no debe ser absoluto –puesto que su titular, el ser humano, no lo es- tampoco debe ser desvalorado en relación a otros elementos de presión que surgen al golpe de nuevas formas de delincuencia organizada.

Los sistemas de control impuestos por la legislación antilavado o por razones fiscales, responden precisamente a ese título: “tribulaciones”. El erudito trabajo no se queda en ello: llega a contactar con la base antropológica que debe presidir todo razonamiento penal, en la medida en que la persona es su razón de ser, su objeto y su sentido.

El Prof. Langón hace dos aportes en esta obra. Uno, sobre la *persona jurídica* y otro sobre la legislación antilavado. El primero versa sobre una cuestión polémica en la legislación y doctrina comparadas. ¿Puede ser la empresa sujeto activo de delitos? ¿Puede padecer una pena? Esto que –de acuerdo a un Derecho Penal tradicional- parecería un absurdo, hoy marca –a mi modo de ver, y aunque no me guste- un camino sin retorno.



Desde 1929, primera vez en que la Asociación Internacional de Derecho Penal hiciera referencia a la conveniencia de responsabilizar a las personas jurídicas, el derecho sajón se hizo eco de inmediato y ya llega a legislaciones más próximas a nuestra cultura, como lo es el Código Penal francés, que data de 1994. Las normativas supranacionales también parecen imponer un nuevo derecho (¿penal?) que contemple a las personas colectivas. ¿Se descartó al Derecho Administrativo como mecanismo de control, y lo que debería ser de *ultima ratio*, pasa a ser un instrumento de principio o de regla?

Y al escuchar al Prof. Langón exponer sobre la *legislación antilavado*, sentí una sensación de alivio enorme, de respirar aire fresco, cuando comunicaba con su autorizada opinión, que los profesionales universitarios no estábamos obligados necesariamente a actuar de “policías” o “denunciantes” de nuestros propios clientes, por el temor de incumplir los duros preceptos que surgen de los arts. 55 y 56 de la L. 17.835.

Ley difícil de interpretar, poco garantista para el ciudadano, necesaria quizás desde el punto de vista de la política criminal –no lo sé- y que otorga unos poderes inauditos a instituciones y procedimientos novedosos. Obedece, sin duda también, a compromisos asumidos internacionalmente por nuestro país y a nuevas formas de criminalidad organizada.

El Dr. Martín Pecoy, por su parte, trata un tema que nos alcanza prácticamente a todos: "*Internet, derecho de autor y derecho penal*". La irrupción de la *red de redes* ha revolucionado nuestra manera de vivir. Y junto con los aspectos positivos, también trae elementos nocivos desde el punto de vista criminológico. En este caso el Dr. Pecoy se dedica al problema del derecho de autor.

La copia y la reproducción ilícitas campean en Internet, y mientras hay quienes sostienen que eso hace incrementar las ventas de publicaciones, música y videos, otros hablan de verdaderas apropiaciones indebidas y de la extinción apocalíptica de la cultura.

¿Nuestra vieja ley de 1946 puede ser eficaz ante estos novedosos embates? Y si lo fuera, ¿cómo lograr su efectividad cuando quien hace la copia ilícita o tiene el servidor se encuentran en el extranjero? Es todo un desafío. En Europa funcionan las llamadas "jurisdicciones volantes", pero en nuestro país, la respuesta en las sedes judiciales cuando se hacen denuncias, es que nada se puede hacer.

Y por último, el Dr. Barrera, hace un prolijo y exhaustivo análisis del *delito de insolvencia fraudulenta*, incorporando el estudio del Derecho Penal comparado significativo, así como de la más prestigiosa doctrina nacional y extranjera, haciendo una crítica constructiva del mismo.

Así propone revisar las condiciones de procedibilidad insertas en el tipo penal: la querrela de parte, y la realización de actos infructuosos de ejecución en vía civil. En el primer caso, porque no estamos en presencia de protección exclusivamente de un bien personal disponible, y en el segundo, para evitar la instrumentalización del Derecho Penal como forma de presión o extorsiva, para obtener lo que no se logró en la vía civil.

Como se ve, no todo lo contenido en esta obra es de *lege ferenda*, sino que se buscan dar respuestas acordes a nuestros tiempos, desde el punto de vista práctico. Esto es –además– lo que justifica su detenida lectura por académicos y aplicadores del Derecho, a la vez.

Dr. Pedro Montano

# ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROF. MARIANO R. BRITO

Coordinador Dr. Carlos E. Delpiazzo  
Fundación de Cultura Universitaria,  
Montevideo, 1181 págs.

En el año 2004, el Profesor Mariano Brito cesó en su cargo de Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de la República en virtud del reglamento sobre límite de edad para los cargos docentes. A raíz de ello, el Instituto de Derecho Administrativo resolvió promover una publicación de estudios escritos en su homenaje.

Es de esta forma, que bajo la coordinación del Dr. Carlos E. Delpiazzo, se publica este volumen en el cual destacados profesores de Latinoamérica y España presentan sus estudios en homenaje al Prof. Mariano Brito.

Homenaje que para quienes lo conocemos y hemos tenido el placer de ser sus alumnos, no sólo es justo, sino que además se impone como una necesidad de manifestar nuestro agradecimiento.

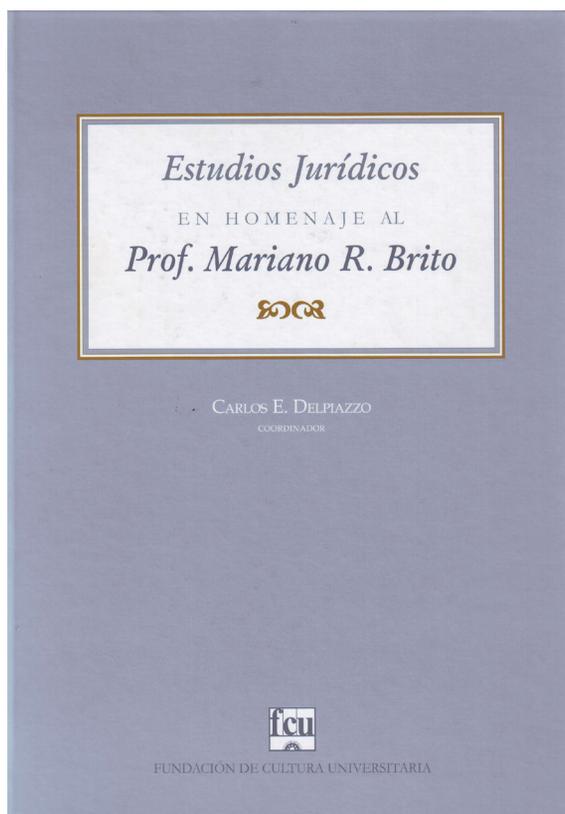
Agradecimiento por sus cuarenta años de docencia ininterrumpida, por sus más de sesenta publicaciones, por su aporte invaluable al Derecho Administrativo y principalmente por la entrega, la generosidad y la alegría con la que ha vivido y vive su vocación de docente.

Es por ello, que no ha de extrañarnos que en este volumen en que se celebra su trayectoria, hayan participado cincuenta profesores de Latinoamérica y España, tratando un amplio abanico de temas de Derecho Público. En efecto, la obra, que cuenta con más de mil páginas, se divide en seis capítulos.

El primero de ellos, está destinado a enmarcar el "Sentido de la Obra". Dentro de dicho capítulo figura una Presentación del volumen a cargo del Prof. Juan Pablo Cajarville, una descripción de la Semblanza del Profesor Mariano Brito y una reseña de la obra del mismo a cargo del Prof. Carlos E. Delpiazzo.

Sin lugar a dudas, la lectura de esta primera parte pone aún más de manifiesto la calidad humana y profesional del Dr. Mariano Brito y la justicia de este homenaje, haciendo una reseña de la vida y de la obra del Profesor que dejan en evidencia su dedicación al estudio y a la enseñanza del Derecho Administrativo.

El segundo capítulo de la obra está dedicado a la "Persona Humana y Familia". En el mismo se presentan trabajos de los Dres. Rodolfo C. Barra, Sergio Raúl Castaño, Miriam Mabel Ivanega, Luciano Parejo Alfonso, Juan A. Pisano Rodríguez Cubiló, Jaime Ro-



dríguez Arana Muñoz, Felipe Rotondo Tornaría y Mariela Saettone Montero.

En esta sección se hace hincapié en el estudio de un tema que el Prof. Brito ha mirado siempre con especial preocupación: la protección de los derechos fundamentales del individuo. Concretamente, se estudia el derecho a la vida como presupuesto fundamental de todos los demás derechos, el contenido y los límites de los derechos sociales, el derecho a la intimidad y el deber de secreto, la libertad, la educación y la democratización de la Administración Pública.

El tercer capítulo se titula "Estado y Sociedad" y presenta trabajos de los Dres. Celso Antonio Bandeira de Mello, José Aníbal Cagnoni, Carlos Labaure Aliseris, Armando Rodríguez Gracia, Lorenzo Sánchez Carnelli, Enrique Silva Cimma, Eduardo Sotto Kloss y Cristina Vázquez.

Como aspecto destacable de este capítulo debe prestarse especial atención a la mirada crítica que los autores realizan respecto a la evolución del papel del Estado en la vida política, económica y social y al rol del Derecho Administrativo como garantía esencial del Estado de Derecho. Asimismo, también se analizan temas de importante actualidad tales como las perspectivas de la ciudadanía y de la soberanía estatal en un mundo cada vez más globalizado.

El cuarto capítulo está dedicado a uno de los temas que más ha despertado el interés del Prof. Brito: los **"Fundamentos del Derecho Administrativo"**, materia respecto a la cual dicta un curso del Máster de Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo.

En esta oportunidad aportan sus estudios los Dres. Edgardo Amoza Antúnez de Olivera, Pedro José Jorge Coviello, José Fernández Ruiz, Carlos E. Guariglia, Daniel Hugo Martins, Alvaro Richino, Libardo Rodríguez Rodríguez y Jaime Vidal Perdomo.

En este capítulo, se analizan principios tales como la actualidad de la justicia administrativa y el debido proceso, la razonabilidad y la legitimidad en distintas realidades latinoamericanas y los actos de gobierno.

En el quinto capítulo se estudia la **"Actividad Administrativa"** a través de los trabajos de los Dres. Francisco de Salles Almeida Maffra Filho, Romeu Felipe Bacellar Filho, Allan R. Brewer-Carías, Juan Carlos Cassagne, Jorge Danós Ordóñez, Augusto Durán Martínez, Agustín Gordillo, Víctor Rafael Hernández Mendible, José Luis Meilán Gil, Silvana Nessar y grupo de investigación y estudio en Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo, Javier Robalino Orellana y José Mario Serrate Paz.

En esta sección de la obra se analiza a la Administración en su aspecto dinámico. Concretamente se atiende a la Administración en su rol de contratante, de prestadora de servicios, en el ejercicio de sus poderes normativo y sancionatorio y el desarrollo de los procesos administrativos.

El sexto capítulo está dedicado a la **"Responsabilidad y Control"**. En esta última sección se presentan los trabajos de los Dres. Adilson Abreu Dallari, Julio Isidro Altamira Gigena, Pascual Caiella, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Héctor M. Delpiano, Carlos E. Delpiazzo, Raquel Fata, Antonio Fernández de Buján, Rogerio Gesta Leal, Tomás Hutchinson, Susana Lorenzo de Viega Jaime, Graciela Rouco, Lucía Valle Figueiredo y Weida Zancaner.

Dentro de esta última parte de la obra se incluyen análisis relativos a la Responsabilidad de la Administración y al Control de la misma. Respecto al control, se hace referencia principalmente al control del desvío de poder, a los fundamentos del control, al recurso de revisión en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entre otros abordajes. Asimismo, respecto a la responsabilidad, se trata concretamente la responsabilidad estatal por incumplimiento de sentencias, la responsabilidad del concesionario del servicio público privatizado, la tutela jurisdiccional efectiva, la responsabilidad estatal por acto legislativo y la responsabilidad estatal por la prestación de un servicio público, entre otros.

En síntesis, la riqueza de esta publicación, no sólo está dada por la calidad de la investigación de los pro-

fesores que han colaborado en la misma, sino también por la diversidad de temas y realidades que esta refleja. Es por ello que se convierte en una fotografía de los temas de actualidad del Derecho Público y de las posturas doctrinarias sobre los mismos más recientes en toda Latinoamérica y España.

En definitiva, el agradecimiento hacia el Profesor Brito no podía ser reflejado de mejor forma que mediante la publicación de trabajos jurídicos. En efecto, el estudio y la publicación de trabajos jurídicos lleva aparejado de por sí el ejercicio necesario de dos virtudes que han sido siempre predicadas con el ejemplo por el Dr. Mariano Brito: la primera, la búsqueda incansable de la verdad y la segunda, la generosidad de compartir las conclusiones alcanzadas con alumnos y colegas. Me animo a afirmar que si alguna de estas virtudes ha prendido en nosotros, entonces seguramente nuestro querido profesor se sienta realmente homenajeado.

Dra. Natalia Veloso Giribaldi

# SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMOS I Y II

Juan Pablo Cajarville Peluffo  
Fundación de Cultura Universitaria,  
Montevideo, 2007  
Tomo I (657 págs.) y Tomo II (750 págs.).

Innecesario sería presentar al **autor de esta obra** cuando se trata de uno de los máximos exponentes del Derecho Administrativo que ha tenido y tiene nuestro país y de uno de los principales referentes en la materia también a nivel regional.

Igualmente inútil sería reseñar todos sus méritos logrados durante casi cincuenta años de labor académica y profesional, tanto al servicio de la Administración Pública como en el ejercicio libre de la profesión.

En cambio, la oportunidad sí resulta propicia para destacar -y, de alguna manera, agradecer- la permanente entrega y dedicación del Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo hacia los estudiantes.

En primer lugar, porque quienes tuvimos la suerte de aprender a disfrutar del estudio de la materia a través de sus clases, podemos agregar a los méritos por todos conocidos, el compromiso con el que desempeña su vocación docente, la brillantez y el rigor lógico de sus razonamientos.

En segundo lugar, porque esta obra no es más -ni menos- que el fruto de ese compromiso y dedicación hacia los estudiantes y, en particular, hacia sus alumnos.

En efecto, en "Sobre Derecho Administrativo" el autor recopila sus principales trabajos y publicaciones, revisando, actualizando y profundizando sus contenidos. Además, incluye nuevos estudios, hasta ahora inéditos. Todo ello, sistematizado y estructurado en las principales unidades temáticas de la materia, facilitando así al estudiante una obra que ofrece un análisis global y a la vez profundo de la misma.

El **tomo I** comienza con lo que suele considerarse *introducción a la materia*, precisando el concepto de Derecho Administrativo como derecho y como ciencia, y destacando su evolución en ambos ámbitos.

En dicha parte introductoria, el autor incluye también un estudio "Sobre Política y Derecho Administrativo", en el que ofrece una versión actualizada de su multicitado trabajo sobre "El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya".

Seguidamente, el autor se aboca al estudio de las *funciones y cometidos del Estado*, destacando que no se

## Sobre Derecho Administrativo

JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO

Tomo I



FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

trata de dos cosas diferentes, sino de dos puntos de vista para categorizar una misma realidad: la actividad que compete a las entidades estatales. Su distinción resulta científicamente útil para el estudio de la función administrativa, por ser ésta la función del Estado que se encuentra sometida a diversos regímenes jurídicos y, la que, por ende, se puede categorizar en diversos cometidos.

El estudio de dicha unidad temática, resulta enriquecido en la obra por el análisis particular de tres cuestiones relacionadas con la misma: la Ley de Empresas Públicas, la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado y la acción estatal frente al pluralismo religioso.

Siguiendo el orden en que los temas se desarrollan en la enseñanza de la materia, el autor incluye, en tercer lugar, el estudio de la *teoría de las fuentes del Derecho Administrativo*, destacándose la incorporación actualizada de su particular análisis sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya, que ya fuera publicado en diversas oportunidades, tanto en obras nacionales como en revistas científicas de otros países de Iberoamérica.

En cuarto lugar, desarrolla la *teoría de la organización administrativa*, aspecto que constituye -me animo a decir- el principal aporte de este libro de cabecera,

por tratarse de un análisis sistemático y profundo de uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Derecho Administrativo y porque viene a subsanar la carencia hasta ahora existente en nuestro país de un estudio general y actualizado sobre el mismo. Más aún, tratándose de un tema cuya singular regulación nacional torna imposible su explicación a través de doctrinas extranjeras.

Junto a su célebre trabajo sobre "Delegación de atribuciones", referencia doctrinaria obligada a pesar de haber sido escrito cuando el Profesor Cajarville era todavía estudiante, el autor ofrece un examen de la descentralización administrativa, en el que fundamenta sus diferencias con la concepción de Aparicio Méndez, explica su régimen constitucional y la posibilidad de su regulación legal, y presenta el sistema de contralor a cargo del Poder Ejecutivo u otros órganos administrativos que la ley determine.

Culmina el estudio de la organización administrativa -y con ello el tomo I- con un análisis particular de la Comisión Administrativa del Poder Legislativo, de las empresas privadas con participación estatal y de las personas públicas no estatales.

Las siguientes unidades temáticas de la materia aparecen desarrolladas en el **tomo II** de la obra, comenzando por la que corresponde al otro de los pilares fundamentales del Derecho Administrativo: la *teoría de la actividad administrativa*.

Como primer aspecto de su análisis, el autor ingresa al estudio del acto administrativo. Ya en sus clases de Derecho Administrativo dictadas en la carrera de grado, el Profesor Cajarville destacaba la relevancia de este aspecto en el estudio de la materia, calificando como "la clase más importante del año" a aquella en la que enseñaba la teoría de los actos administrativos. El desarrollo del tema que realiza en la obra, cuenta con una profundidad y seriedad que refleja la importancia asignada.

Como segundo aspecto de la teoría de la actividad administrativa, el autor analiza el procedimiento administrativo, ofreciendo un estudio aún más completo que el brindado en su libro publicado en el año 1991, a propósito del Decreto N° 500/991 regulatorio de dicho procedimiento. Se destaca, entre los diversos agregados que incorpora, un apartado sobre los principios y garantías constitucionales del procedimiento administrativo del Mercosur.

Completa el tratamiento de la actividad administrativa, el estudio de los contratos de la Administración, oportunidad que aprovecha el autor para reivindicar la necesaria vigencia de los principios propios del Derecho público como criterios rectores en la materia, frente a la tendencia a "huir" del Derecho Administrativo hacia formas y procedimientos de contratación propios del Derecho privado.

La siguiente unidad temática tratada en la obra es la *teoría de los medios de la Administración*, tanto personales como materiales. Respecto a los primeros, el autor expone sintéticamente el régimen jurídico de los funcionarios públicos a través del análisis de sus principales derechos y deberes. En cuanto a los medios materiales o bienes de la Administración, la obra ofrece un análisis del instituto de la expropiación, que profundiza en su régimen de caducidad y desistimiento tácito cuando se trata de bienes inmuebles y en sus particularidades cuando se trata de expropiar para obras binacionales.

Finalmente, el autor explica la *teoría del control de la Administración*, y, en particular, del control jurisdiccional contencioso administrativo en sus diversas modalidades: la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la acción de reparación, de amparo y otras acciones contencioso administrativas ante los órganos del Poder Judicial (posesorias, reivindicatorias, declarativas, de condena).

En dicho análisis, el Profesor Cajarville vuelve a advertir -ya lo ha hecho en diversas oportunidades y ámbitos- que "el contencioso administrativo uruguayo padece una profunda crisis" debido a sus abrumadores defectos y a la indiferencia política frente a los mismos. Sin perjuicio de ello, propone alternativas y soluciones que exigen la revisión de viejos dogmas, a partir de una interpretación que procure un equilibrio entre las prerrogativas procesales y sustanciales del poder público y las garantías de los administrados.

**En suma**, se trata de una obra que, además de ser un valioso aporte doctrinario y una herramienta de consulta ineludible para todos aquellos que hacemos del Derecho Administrativo nuestra profesión habitual, se convierte, por sobre todas las cosas, en el nuevo libro de curso para los estudiantes de la materia, a través del cual el autor les permite acceder, en una sola obra, a su profusa enseñanza de muchos años.

La generosidad del Profesor Cajarville no se agota en dicho aporte. "Esta es mi manera y mi medida de contribuir a legarles un país, una sociedad y una vida mejores". Con estas palabras, el autor dedica esta magnífica obra a su familia, reflejando esa actitud generosa respecto de la cual todos, como beneficiarios adicionales de semejante contribución, debemos estar profundamente agradecidos.

Dr. Gabriel Delpiazzi Antón





Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Tradinco S.A.  
Minas 1367 - Montevideo - Uruguay - Tel. 409 44 63. Diciembre de 2008  
D.L. 346-938/08. Edición amparada en el decreto 218/996 (Comisión del Papel)