



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de

DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Décimo aniversario de la revista en el año del Bicentenario

DOCTRINA

BORREA BRUSAIN, Pedro Ignacio

Conflictos jurídicos aparentes: la ley de promoción y defensa de la competencia N° 18.159 frente a la potestad de la Asociación de Escribanos del Uruguay respecto del Arancel Oficial

COUTINHO, María Eugenia

Offshore financial centers y la competencia fiscal "perjudicial" entre naciones. Particularidades de la situación de Uruguay dentro de éste contexto.

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

La cumbre de San Juan ¿un nuevo impulso del Mercosur?

GALAIN PALERMO, Pablo

Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces

MATA Y MARTÍN, Ricardo M.

El principio de legalidad en el ámbito penitenciario

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime

La sociedad del conocimiento y la Administración Pública

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 154/007 de 17 de setiembre de 2007

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de ejecución de sentencias extranjeras de condena

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

FERNÁNDEZ PERRONE, Ma. Jimena

Regularidad constitucional de la actual contribución inmobiliaria urbana de Montevideo (Decreto N° 32.265 de la Junta Departamental de Montevideo)

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

URIARTE, María Elena; LAVISTA, Cecilia; LANZA, Sofía

Principios generales de la deontología jurídica

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

La Ronda Doha. Evolución de las negociaciones y eventuales impactos para Uruguay

(de Ignacio Bartesagni y Sebastián Pérez por Carlos Loaiza Keel)

Derecho Penal Económico. Ponencias del curso de posgrado 2009.

(Universidad de Montevideo por Jorge Barrera)

Fuentes del Derecho Administrativo

(de Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Miguel Ángel Sendín García, Alejandro Pérez Hualde, Ismael Farrando y Julio Pablo Comadira por Carlos E. Delpiazzo)

El nuevo proceso laboral. Ley N° 18.572. Enfoque Interdisciplinario

(Universidad Montevideo, por Alejandro Castello)



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Décimo aniversario de la revista en el año del Bicentenario

DOCTRINA

BORREA BRUSAIN, Pedro Ignacio

Conflictos jurídicos aparentes: la ley de promoción y defensa de la competencia N° 18.159 frente a la potestad de la Asociación de Escribanos del Uruguay respecto del Arancel Oficial

COUTINHO, María Eugenia

Offshore financial centers y la competencia fiscal "perjudicial" entre naciones. Particularidades de la situación de Uruguay dentro de éste contexto.

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

La cumbre de San Juan ¿un nuevo impulso del Mercosur?

GALAIN PALERMO, Pablo

Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces

MATA Y MARTÍN, Ricardo M.

El principio de legalidad en el ámbito penitenciario

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime

La sociedad del conocimiento y la Administración Pública

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 154/007 de 17 de setiembre de 2007

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de ejecución de sentencias extranjeras de condena

INFORMACIONES

Carreras de grado
Maestrías
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

FERNÁNDEZ PERRONE, Ma. Jimena

Regularidad constitucional de la actual contribución inmobiliaria urbana de Montevideo (Decreto N° 32.265 de la Junta Departamental de Montevideo)

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

URIARTE, María Elena; LAVISTA, Cecilia; LANZA, Sofía

Principios generales de la deontología jurídica

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

La Ronda Doha. Evolución de las negociaciones y eventuales impactos para Uruguay

(de Ignacio Bartesagni y Sebastián Pérez por Carlos Loaiza Keel)

Derecho Penal Económico.

Ponencias del curso de posgrado 2009.

(Universidad de Montevideo por Jorge Barrera)

Fuentes del Derecho Administrativo

(de Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Miguel Angel Sendín García, Alejandro Pérez Hualde, Ismael Farrando y Julio Pablo Comadira por Carlos E. Delpiazzo)

El nuevo proceso laboral. Ley N° 18.572. Enfoque Interdisciplinario

(Universidad Montevideo, por Alejandro Castello)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Décimo aniversario de la revista
en el año del Bicentenario 7

DOCTRINA

BORREA BRUSAIN, Pedro Ignacio

Conflictos jurídicos aparentes: la ley de
promoción y defensa de la competencia
Nº 18.159 frente a la potestad de la
Asociación de Escribanos del Uruguay
respecto del Arancel Oficial 11

COUTINHO, María Eugenia

Offshore financial centers y la competencia fiscal
"perjudicial" entre naciones. Particularidades de la
situación de Uruguay dentro de éste contexto..... 21

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

La cumbre de San Juan
¿un nuevo impulso del Mercosur?..... 31

GALAIN PALERMO, Pablo

Mediación penal como forma alternativa de
resolución de conflictos: la construcción de
un sistema penal sin jueces 35

MATA Y MARTÍN, Ricardo M.

El principio de legalidad en el ámbito
penitenciario 55

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime

La sociedad del conocimiento y la Administración
Pública 85

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia
Nº 154/007 de 17 de setiembre de 2007 95

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia
en materia de ejecución de sentencias extranjeras
de condena 95

INFORMACIONES

Carreras de grado 117
Maestrías..... 117
Otras noticias de interés 118

TESINAS DE MASTERS

FERNÁNDEZ PERRONE, Ma. Jimena

Regularidad constitucional de la actual
contribución inmobiliaria urbana de
Montevideo (Decreto Nº 32.265 de la Junta
Departamental de Montevideo) 121

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

URIARTE, María Elena; LAVISTA, Cecilia; LANZA, Sofía

Principios generales de la deontología jurídica..... 151

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

La Ronda Doha. Evolución de las negociaciones y eventuales impactos para Uruguay 163

(de Ignacio Bartesagni y Sebastián Pérez por Carlos
Loaiza Keel)

Derecho Penal Económico. Ponencias

del curso de posgrado 2009. 165
(Universidad de Montevideo por Jorge Barrera)

Fuentes del Derecho Administrativo 167

(de Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Miguel Angel
Sendín García, Alejandro Pérez Hualde, Ismael
Farrando y Julio Pablo Comadira por Carlos E. Del-
piazzo)

El nuevo proceso laboral. Ley Nº 18.572.

Enfoque Interdisciplinario..... 170
(Universidad Montevideo, por Alejandro Castello)

MENSAJE DEL DIRECTOR

Décimo aniversario de la Revista en el año del Bicentenario

Las personas, las instituciones y los más diversos colectivos sociales necesitamos destacar fechas en las que recordar y, a la vez, proyectarnos hacia adelante. Por eso, los individuos festejamos nuestro cumpleaños, los matrimonios el aniversario de bodas, las empresas el día de su fundación o de la instalación de la piedra fundamental de su sede, etc.

En el caso de las sociedades nacionales ocurre lo mismo y, por eso, se establecen días feriados que destacan determinados hitos fundamentales de la historia patria.

En este año 2011, la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo cumple sus diez primeros años, los cuales coinciden con el Bicentenario del inicio del proceso revolucionario oriental.

Es que, en el caso de nuestro país, más allá de fechas claves, como la batalla de Las Piedras, la declaratoria de la Independencia o la jura de la primera Constitución patria -ya que antes se juraron y estuvieron vigentes otras, como la de Cádiz, cuyo bicentenario se cumplirá el año que viene- lo cierto es que la independencia de los territorios que constituían la llamada Banda Oriental del Uruguay se produjo a través de un largo proceso iniciado en 1811.

En el inicio de ese movimiento, primero autonomista y luego independentista, puede considerarse al 28 de febrero de 1811 como el punto de partida. Ese día, luego del frustrado levantamiento del 11 de febrero en Casa Blanca (cerca de Paysandú) -encabezado por los sacerdotes Martínez y Mestres- Venancio Benavides y Pedro Viera (conocido como "Perico el Bailarín") encabezaron un pronunciamiento a orillas del arroyo Asencio (en Soriano) que desencadenó la toma de Mercedes y, en los días siguientes, sublevaciones en Durazno, Tacuarembó, Arroyo Grande, Casupá, Florida, Minas y muchos otros sitios, en los cuales caudillos locales levantaron a la gente en base a una relación básicamente personal.

Faltaba alguien que integrara esa dispersión, y ese alguien fue José Artigas, quien pocos días después ingresó por Paysandú al territorio de la Banda y avanzó sobre Montevideo, logrando el memorable éxito de Las Piedras el 18 de mayo.

Fue el mismo Artigas el que calificó al episodio de Asencio como "admirable alarma" y luego, el 11 de abril, desde Mercedes lanzó una encendida proclama, convocando a "defender la patria, y a morir antes con honor que vivir con ignominia en afrentoso cautiverio".

El transcurso de 200 años de aquellos hechos nos invita a reflexionar acerca de cómo defendemos a nuestra patria, cada uno desde su lugar, haciendo lo debido para la procura del bien común.



Revista de **DERECHO**

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

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

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

Comisión de Publicaciones

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

Secretaría Técnica

Dra. Natalia Veloso

*

Redacción y suscripciones

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

Impresión

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

Deposito Legal 356.288 / 11
Edición amparada en el decreto
218/996 (Comisión del Papel)

ISSN: 1510-5172

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

Año X (2011), Nº 19

El patriotismo es una virtud que se traduce en la capacidad de aplicarse, y aún de sacrificarse, a la comunidad a la que uno está ligado por la historia, el nacimiento, el idioma y la cultura. Trasmitirlo de generación en generación no es sólo obligación de los maestros y profesores sino también de los padres y otras instituciones sociales.

Según la enseñanza aristotélica, las virtudes son hábitos operativos buenos, por lo que nadie nace virtuoso sino que las virtudes se van alcanzando mediante esfuerzo, lucha y educación. Precisamente, la madurez humana a nivel natural es consecuencia del desarrollo armónico de las virtudes humanas y, en el ámbito colectivo, son necesarias la generosidad, la fortaleza, el optimismo, la perseverancia, el orden, el respeto, la sinceridad, la lealtad, la laboriosidad, la paciencia, la justicia, la obediencia, la humildad y el patriotismo.

El reverso de la moneda de cada una de esas virtudes es un defecto, y es necesario no acostumbrarse a esos vicios sino luchar personal y colectivamente contra ellos; el tolerar la deshonestidad, la debilidad, el pesimismo, la falta de fijeza, el desorden, la falsedad, la deslealtad, la pereza, la injusticia, la desobediencia, la soberbia y la viveza criolla desembocan en la corrupción. Corrupción significa echar a perder o pudrir; una sociedad y un país que se acostumbra a estas prácticas y actitudes y las toma como normales, es una sociedad y un país que terminan pudriéndose. No hay duda entonces que para evitar este tipo de acostumbramientos hay que desarrollar virtudes y tener ideas y principios claros en la cabeza. Ello implica formar la conciencia primero y no engañarla después.

En ese contexto, quiero asociar los 10 años de la Revista a los 200 años de la patria para insertar nuestra publicación en la mejor tradición del servicio de la Universidad a la sociedad -expresión de patriotismo- y agradecer a todos los que han colaborado generosamente en el esfuerzo de sacarla adelante.

Dr. Carlos E. Delpiazzo
Director



DOCTRINA

BORREA BRUSAIN, Pedro Ignacio

Conflictos jurídicos aparentes: la ley de promoción y defensa de la competencia 18.159 frente a la potestad de la Asociación de Escribanos del Uruguay

COUTINHO, María Eugenia

Offshore Financial Centers y la competencia fiscal "perjudicial" entre naciones. Particularidades de la situación de Uruguay dentro de éste contexto.

FERNÁNDEZ REYES, Jorge

La Cumbre de San Juan ¿un nuevo impulso del Mercosur?

GALAIN PALERMO, Pablo

Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces

MATA Y MARTÍN, Ricardo M.

El principio de legalidad en el ámbito penitenciario

CONFLICTOS JURÍDICOS APARENTES: LA LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA Nº 18.159 FRENTE A LA POTESTAD DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY RESPECTO DEL ARANCEL OFICIAL

PEDRO IGNACIO BORREA BRUSAIN

1.- INTRODUCCIÓN.-

Recientemente ha entrado en vigencia la Ley denominada como *“Promoción y Defensa de la Competencia”* Número 18.159 del 20 de julio de 2007, y hasta el momento sólo he encontrado una publicación al respecto, realizada por el Dr. Camilo Martínez Blanco, cuyo título es: *“Manual Básico de Derecho de la Competencia”* F.C.U. 1º edición, noviembre de 2007, Montevideo, Uruguay.-

En dicha norma, el artículo 4º relativo a *“Prácticas prohibidas”* se enumeran una serie de actividades vedadas (que luego serán estudiadas detenidamente) y en su último literal se establece: *“J) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos”*.

La normativa relativa a la potestad de la Asociación de Escribanos del Uruguay de fijar el arancel para sus asociados se remonta a su fundación (1920), siendo la normativa aplicable, el artículo 18 la ley 10.062, modificativas y concordantes, el Decreto Reglamentario del 3 de noviembre de 1941, el Decreto – Ley 10.397 del 13 de febrero de 1943, los artículos 29 y 83 de la Ley 17.437 del 20 de diciembre de 2001, y otras normas que desarrollaremos en el transcurso del presente trabajo.-

2.- BREVE COMENTARIO GENERAL SOBRE LA LEY Nº 18.159.-

La regulación de la competencia, desde el enfoque favorable hacia el consumidor, es de relativa cercanía en el tiempo en nuestro país. En efecto, es recién en la ley 17.243 del 29 de junio de 2000, a través de sus artículos 13, 14 y 15, que se trata el tema; luego complementados por los artículos 157 y 158 de la Ley 17.296 del 21 de febrero de 2001, y ambas leyes reglamentadas por el Decreto 86/001.-

En virtud de considerarse insuficiente en varios aspectos la referida normativa, y a instancia de algunos diputados, durante la legislatura 2000 – 2005 se crea una Comisión especial referente a la libertad de comercio, resolviendo solicitar a los Doctores Siegbert Rippe y Daniel Hargain, un anteproyecto de ley. Dicho anteproyecto es concluido y presentado a los integrantes de la citada Comisión en agosto de 2002. Luego de pasar por un largo periplo y una serie de modificaciones, se llega a su aprobación y entrada en vigencia como ley, el 29 de octubre de 2007.-

A los efectos del presente trabajo, me referiré exclusivamente a los cuatro primeros artículos de la ley, que son los pertinentes en cuanto al tema en cuestión.-

En el artículo 1º de la Ley se define claramente su objeto: *“Art. 1º (Objeto) La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso a empresas y productos a los mercados.”* -

La claridad de los conceptos establecidos dicho artículo facilita y abrevia su comentario. En primer término reiterar el concepto de “orden público” conocido por todos los operadores del Derecho, que establece que las disposiciones de una ley de tal naturaleza no pueden ser dejadas sin efecto por la voluntad de las partes, por ser imperativas e irrenunciables.–

El objeto central de la ley “...fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios...” proviene de teorías económicas basadas en principios liberales y productos de la experiencia en distintas latitudes que indican básicamente que en una sociedad donde se defiende y promueve la sana competencia entre los distintos agentes económicos, se producen reducciones de precios, aumenta la calidad y variedad de la oferta, y se tiende hacia la permanente innovación tecnológica y al aumento de la eficiencia, siendo natural consecuencia de todo ello la ampliación del ámbito de libertad (poder de elección) de los consumidores.–

La parte final del artículo referida a la “...promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados” tiene como finalidad asegurar el “objeto legis” relacionado precedentemente, o sea, el bienestar permanente y sostenido de los consumidores. –

El artículo segundo es transcrito parcialmente a los efectos de concentrar la atención en la temática planteada: “Artículo 2º. (Principio General) Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por la ley, por razones de interés general.

Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante... El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante.”

Este artículo reafirma lo establecido precedentemente en relación con el artículo segundo, y tiene sustento constitucional a través de los artículos 7, 10 y 36 de la Carta Magna referidos a la libertad de comercio, industria y trabajo. En cuanto a las excepciones, nos referiremos a ellas en otro capítulo.–

El artículo tercero establece: “Artículo 3.- (Ámbito Subjetivo) Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, estarán obligadas a regirse por los principios de la libre competencia.

Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo.” -

Queda bien claro, que la ley, a través de éste artículo, abarca las conductas de todos los agentes que desarrollan actividades económicas en el Uruguay, y aún en el extranjero, si tales actividades tienen efectos en territorio nacional.–

Camilo Martínez Blanco¹ en su reciente obra dice: “Con claridad meridiana queda laudado, que **no es necesario que los sujetos** – agente y paciente – **que incurrir en conductas anticompetitivas, sean empresarios, ni que la actividad que desarrollen sea comercial o industrial, ni incluso se exige que medie entre ellos concretas relaciones de competencia.** En consecuencia, **la Ley resulta aplicable a otros sectores no mercantiles de la economía: artesanía, agricultura, actividades estatales, fundaciones, profesiones liberales, gremios o asociaciones empresariales, etc., alcanzando con que ... “desarrollen actividades económicas, con o sin fines de lucro...”.** (los destacados pertenecen al autor).–

Para aclarar más el tema, que incluso hace directa referencia con el asunto tratado en el presente trabajo, el citado autor agrega: ² “Pero además están abarcadas por esta sujeción, no sólo las típicas actividades empresariales, sino también las decisiones de las asociaciones gremiales, empresariales o profesionales, en la medida que desarrollan “**actividades económicas ... en el territorio uruguayo**” (destacados del autor).–

Camilo Martínez, en la misma página, destaca: “En este tema no podemos soslayar lo relativo a las **profesiones liberales.** Es que los gremios de los profesionales liberales, deberían perseguir como objeto

1 Camilo Martínez Blanco, “Manual Básico de Derecho de la Competencia” FCU 2007. Montevideo, Uruguay, pág. 74

2 Camilo Martínez Blanco, op, cit. Pág. 75

principal la solidaridad de sus miembros, la mejora de la profesión y propender que los servicios prestados sean competentes y además que respondan a un código ético.-

Sin embargo, la experiencia demuestra, que algunas asociaciones y colegios profesionales con frecuencia operan limitando la competencia, obstaculizando el libre ejercicio profesional o fijando honorarios mínimos. Teniendo en cuenta que la mayoría de los servicios profesionales conllevan consecuencias considerables para el bienestar de los consumidores, la actuación de los gremios profesionales, cuya misión única debería ser garantizar un nivel mínimo de competencia y de servicio, será analizada en el **literal J del art. 4.- Suena lógica esa atención, si nos atenemos a lo que sucede en el derecho comparado, donde estas entidades corporativas son acusadas de incurrir en típicas conductas restrictivas de la competencia, tal cual comentaremos en el pre-aludido literal.** Por supuesto que quedan también sometidas a estas disposiciones las “*personas públicas*” en la medida en “... *que desarrollen actividades económicas*”, no sólo los “Entes Autónomos Industriales y Comerciales”, sino también todas aquellas personas públicas (estatales o no), que presenten esas características” (destacados del autor). Más adelante analizaré algunas de las afirmaciones del Dr. Martínez y realizaré los comentarios pertinentes.-

El artículo cuarto merece su transcripción total, pues es el núcleo del presente trabajo: *Artículo 4º. (Prácticas prohibidas) Las prácticas que se indican a continuación se declaran expresamente prohibidas, en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2º de la presente ley.*

La enumeración que se realiza es a título enunciativo.

- A) Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva.
- B) Limitar, restringir o concertar de modo injustificado la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico de bienes, servicios o factores productivos, en perjuicio de competidores o consumidores.
- C) Aplicar injustificadamente a terceros condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.
- D) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos.
- E) Coordinar la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios, públicos o privados.
- F) Impedir el acceso de competidores a infraestructuras que sean esenciales para la producción, distribución o comercialización de bienes, servicios o factores productivos.
- G) Obstaculizar injustificadamente el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo.
- H) Establecer injustificadamente zonas o actividades donde alguno o algunos de los agentes económicos operen en forma exclusiva, absteniéndose los restantes de operar en la misma.
- I) Rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios.
- J) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos.”-

Este último literal es el que, complementándolo con el literal A), aparentemente afectaría a la Asociación de Escribanos del Uruguay en cuanto a su potestad de fijar el Arancel Oficial que rige para el libre ejercicio de la profesión notarial.-

3.- ANÁLISIS DE LOS LITERALES A) Y J) DEL ARTÍCULO 3º DE LA LEY.

3.1.- En relación al literal A), el Dr. Martínez³ expone: “En este literal se describen, entre otras, al menos tres claras conductas anticompetitivas: **los pactos colusorios, la imposición de precios y el ejercicio del poder de compra (“buyer power”). Los pactos colusorios implican una coordinación de los procedimientos competitivos entre agentes económicos, que procuran fijar los precios de compra o de venta, u otras condiciones de transacción, y configuran comportamientos expresamente prohibidos.**” (destacados del autor).

3 Camilo Martínez Blanco, op. cit. Pág. 93

Y acto seguido, reitera el citado autor⁴: “Por lo que vimos en el artículo 3º, **las profesiones liberales también están abarcadas por esta prohibición de “concertar precios de venta”**, por lo que la fijación de aranceles mínimos es una clara práctica colusoria o de cartelización, que será analizada en detalle en el literal J de este artículo.” (destacados del autor).-

3.2.- Literal J) “Las mismas prácticas ya enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos”

En primera instancia no cabrían dudas en cuanto a que la Asociación de Escribanos del Uruguay es una especie dentro del género de asociaciones o gremiales de agentes económicos.-

He intentado encontrar alguna definición jurídica de “agente económico” en derecho nacional, pero mis esfuerzos han sido vanos. Sí he encontrado a través de la Internet, múltiples definiciones de orden económico. Las de concepciones más amplias establecen que: “agentes económicos somos todos, ya que todos somos protagonistas de la actividad económica”. Aceptando esta clase de definición, tampoco caben dudas en cuanto a que el Escribano Público es un agente económico.-

En relación a éste literal J) que estamos analizando, el Dr. Camilo Martínez⁵, reitera lo antes dicho: “Como ya indicamos al analizar el art.3 sobre el “*ámbito subjetivo*” de aplicación de esta ley, no quedan dudas acerca de que este tipo de “*asociaciones o gremiales de agentes económicos*” también “*están obligadas a regirse por los principios y las reglas de la libre competencia*” (destacados del autor).-

En un apartado especial denominado “*La actividad gremial y los aranceles profesionales*” el reiterado autor Dr. Camilo Martínez expresa⁶: “Un enfoque meramente economicista de la “industria” de los servicios profesionales, enseña que este mercado, posee dos características básicas: a) la prestación del servicio profesional es posible luego de haber asumido importantes inversiones en capital humano; y b) los servicios ofrecidos por distintos profesionales de una misma especialidad pueden ser percibidos por los consumidores como “diferentes” según su calidad. Es que también en este campo pesan mucho los “*modelos de diferenciación vertical*”. Estos se expresan porque los profesionales que compiten en el mercado, incurrir en altos costos de perfeccionamiento (maestrías, post – grados, especializaciones) o de incorporación de tecnología (equipos de detección o aplicación, tratamientos novedosos, softwares) con el claro fin de aumentar la disposición de los consumidores a pagar por los servicios que brindan y debilitar el grado de sustituibilidad con otros profesionales, competidores cercanos.” Y luego agrega: “Sean cuales sean las explicaciones económicas, sin considerar conceptos más arduos, lo cierto es que **es una práctica común que los estatutos de los colegios y asociaciones profesionales contengan cláusulas sobre el respeto de los aranceles mínimos de honorarios cobrados por los servicios profesionales. Generalmente es la asamblea de asociados de una entidad profesional, quien aprueba un Arancel que regula un precio mínimo de los servicios profesionales, nombrándose incluso en muchas oportunidades una Comisión “ad hoc” encargada del seguimiento reajuste del precio.** Queda claro que el arancelamiento de servicios es una típica práctica anticompetitiva, por lo que está prohibida, a menos que pueda probarse que el Arancel no es obligatorio para los afiliados, sino apenas una guía” (destacados del autor).-

En virtud de no haber encontrado en toda la obra del citado autor una sola mención de excepción a las asociaciones o gremiales de agentes económicos, y en base a lo expuesto precedentemente extraído del citado manual, cabe concluir, que desde el punto de vista del Dr. Camilo Martínez Blanco, la Asociación de Escribanos del Uruguay, al promover, defender y conminar a sus asociados a través de su Código de Ética, la aplicación estricta del Arancel Oficial de Escribanos, estaría realizando un acto ilícito, en virtud de estar expresamente prohibido por la Ley 18.159.-

4 Camilo Martínez Blanco, op. cit. Pág. 94

5 Idem, Pág. 165

6 Idem, pág. 168

4.- FUNDAMENTOS LEGALES DEL ARANCEL OFICIAL DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY.-

4.1.- CONCEPTO DE ARANCEL.-

El vocablo “arancel” de origen arábigo (alanzel) pero de etimología incierta, cuyo significado probable fue: “lista de cantidades recaudadas”⁷, denomina la tarifa oficial que establece las sumas a pagar⁸ por los servicios prestados por profesionales liberales. En la práctica estas sumas se suelen denominar “*honorarios*”, y el vocablo es definido por el Profesor Couture como “Estipendio, retribución, forma de pago de los servicios que prestan los profesionales universitarios o personas cuya actividad preferentemente intelectual, las hace acreedoras a especial distinción⁹. La frase “*Arancel Oficial*” (así es como es designado en toda la normativa respectiva, así como por la Doctrina y la Jurisprudencia) significa “que es de oficio, o sea que tiene autenticidad y emana de la autoridad derivada del Estado, y no particular o privado¹⁰”. La frase “arancel oficial” puede entenderse como subrayando que se trata de una *tarifa auténtica* – no particular, ni privada -, emitida por una autoridad derivada del Estado, en el caso: la Asociación de Escribanos del Uruguay.-

El arancel pierde el carácter de mera norma interna, cuando a un orden profesional organizado, la ley le atribuye una competencia normativa en la materia, tal como ocurre en Uruguay respecto de la Asociación de Escribanos¹¹.- En nuestro país el Arancel Oficial es de fuente legal principal y subsidiaria, y se encuentra dotado de valor y fuerza inderogable¹².-

A diferencia de lo que ocurre con otros profesionales – como por ejemplo los abogados¹³, *diversas normas legales remiten directa e incondicionalmente al arancel oficial emitido por la Asociación de Escribanos*.¹⁴ Al respecto, las normas más importantes son:

- a) Los **artículos 29 y 83 de la Ley N° 17.437** del 20 de diciembre de 2001, por cuanto establecen: “*Artículo 29. El monto imponible para las contribuciones de los sujetos pasivos está constituido por los honorarios íntegros devengados a la fecha de la actuación notarial, de conformidad con el Arancel Oficial de la Asociación de Escribanos del Uruguay vigente a la fecha de promulgación de la presente ley, o sus modificaciones que impliquen exclusivamente la inclusión de actuaciones no previstas en el mismo; ello con total prescindencia de la renuncia o reducción de los mismos que esté autorizado a hacer el escribano, los fictos complementarios, los sueldos o salarios reales o fictos; los subsidiarios servidos por esta Caja y las asignaciones de pasividad.*” A su vez, el artículo 83 de la citada norma, reza: “*Son asignaciones computables los honorarios nominales que correspondan a los efectos de la aportación*

7 Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana. Pág. 59

8 Las sumas a pagar pueden indicar cantidades fijas, mínimas, máximas o combinadas. Ver *Enciclopedia Jurídica Ameba*, voz: arancel: título I, pág. 757 – 758.-

9 Eduardo J. Couture. *Vocabulario Jurídico*, pág. 327 -328. El vocablo proviene del latín “*honos*” que indicaba el homenaje, consistente en un *domum*, ofrecido a una persona en señal de estima, y con prescindencia de una contraprestación.

10 Diccionario de la Real Academia Española.

11 Emilio Biasco Marino, en escrito de tercera coadyuvante promovida por la Asociación de Escribanos del Uruguay ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno, en autos caratulados “Porley Ruiz, Stella Patricia c/ Sindicato Médico del Uruguay – cobro de pesos” ficha 185/88

12 Emilio Biasco Marino, op. cit.

13 En efecto: a) el art. 118 inc. 1° de la Ley 12.802 del 30/11/1960 dispuso: “*Sustitúyase el artículo 230 del Código de Organización de los Tribunales Civiles y de Hacienda, por el siguiente: Artículo 230. Los abogados podrán concertar con la parte el honorario, la forma y modo de pagarlo. Si así no lo hicieren, podrán presentarse ante el Juez de la causa para que determine el que les corresponda, quien lo regulará teniendo presente la importancia de la causa, el trabajo realizado y la eficacia de los servicios profesionales cuyo pago se reclama, así como el arancel del Colegio de Abogados del Uruguay.*” b) Posteriormente, el art. 144 inc. 1° y 2° de la ley 15.750 del 24/6/1985, dispuso: *Los abogados podrán concertar con la parte, los honorarios y la forma de pagarlos. Dicho acuerdo deberá ser probado por escrito. Los honorarios generados en actividad judicial que no hayan sido concertados, serán regulados, a petición de cualquiera de los interesados en su cobro o en su pago, por el juez de la causa (art. 31) el que, a tales efectos, tendrá en cuenta la importancia económica del asunto de acuerdo con los valores de la fecha de demanda de regulación, su complejidad, el trabajo realizado, la eficacia de los servicios profesionales y, en cuanto corresponda, el arancel de la asociación profesional vigente en el momento de presentarse la demanda de regulación.*”

14 Emilio Biasco Marino. Op. cit.

conforme a lo dispuesto por el artículo 29 de la presente ley, los honorarios fictos correspondientes a complementos por aportes mínimos, los subsidios y los sueldos o salarios, reales o fictos.”

- b) El artículo 18 de la Ley N° 10.062, modificativas y concordantes, en cuanto dispone que el capital de la Caja Notarial se forma con el dieciocho con cinco por ciento (18,5%) de *los honorarios que devengue el Escribano por los trabajos profesionales, incluidos en el Arancel Oficial y sus ulteriores modificaciones.*-
- c) El Decreto Reglamentario del 3 de noviembre de 1941, en cuanto establece el poder – deber del Directorio de la Caja Notarial de *gestionar de la Asociación de Escribanos, la remisión del Arancel que deba aplicarse para la contribución de los afiliados a dicha institución.*-
- d) El Decreto – Ley N° 10.397 del 13/27/1943 en cuanto estableció como competencia de la Caja Notarial, **recabar de la Asociación de Escribanos, las aclaraciones e interpretaciones sobre aplicación del Arancel Oficial.**-

En los casos señalados – normas sobre la producción del derecho -, se produce lo que la doctrina especializada denomina la “*técnica del reenvío*” a una fuente y a sus posibles disposiciones (reenvío derivado y formal), de naturaleza no estatal, pero habilitada por el propio ordenamiento jurídico, que tiene como efecto transmitir a dicha fuente el carácter de *fuentes de ordenamiento estatal*, con un ámbito coincidente con el territorio del Estado – y sus eventuales extensiones -, y un ámbito de validez personal, comprensivo de los escribanos, sus clientes y los funcionarios y personas que deban aplicarlas ¹⁵.-

En su mérito *el arancel oficial de la AEU constituye fuente de derecho*, de rango secundario, con valor y fuerza de reglamentación y con efectos *erga omnes*; por lo que corresponde concluir, que en el ordenamiento jurídico uruguayo en virtud de normas legislativas sobre la producción del derecho:

- a) El establecimiento del arancel oficial de los escribanos, constituye una reserva reglamentaria; y
- b) que la emisión del acto respectivo, es competencia exclusiva de la AEU ¹⁶.-
- c) El art. 34 inc. 8 del Estatuto de la Asociación de Escribanos del Uruguay, en cuanto establece que la Comisión Directiva Nacional – entre otros cometidos – corresponde, interpretar las dudas que ofrezca la aplicación del arancel vigente, y fijar el honorario en los casos no previstos por dicho arancel.-

En definitiva, el arancel oficial de la AEU constituye la expresión de un poder reglamentario, ligado mediante leyes, a la autonomía colectiva de la institución, por lo que su aplicación resulta obligatoria para todos los operadores jurídicos, pues es inderogable por acuerdos privados ¹⁷.-

4.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL ARANCEL NOTARIAL.-

Desde el punto de vista jurídico, el arancel notarial, como *acto normativo* emanado de la autonomía asociativa – colectiva - *habilitada por mandato legal*, a diferencia de lo que sucede con los restantes aranceles profesionales, *no es una mera guía de cálculo, ni tampoco un precio de costumbre, sino un verdadero acto regla, obligatorio y coercitivo*, en tanto contiene normas generales, dictadas en aplicación de actos legislativos fundamentales, que regulan con gran detalle, las sumas que deben percibir los Escribanos, por todas y cada un de las diversas actividades realizadas en el ejercicio de su profesión, salvo en excepcionales casos expresamente establecidos. Aunque posea un evidente y profundo trasfondo *deontológico* – desarrollado y amparado por el denominado “Código de Ética”, se trata de un verdadero *acto jurídico*, en tanto y en cuanto es consecuencia directa de la remisión expresa efectuada por diversas normas legales al “Arancel Oficial” emitido por la Asociación de Escribanos del Uruguay; situación que no se da con los restantes aranceles profesionales que – por lo mismo -, no pueden calificarse como “*oficiales*” ¹⁸.

15 Emilio Biasco Marino. Op. Cit.

16 Alessandro Pizzorusso. *Fonti del diritto*. Pág. 325

17 Emilio Biasco Marino. Op. Cit.

18 Emilio Biasco Marino. Op. cit.

Continúa el Dr. Biasco Marino: “En efecto, las leyes señaladas – en especial la ley 10.062, modificativas y concordantes – son típicas normas *sustanciales* y - por lo mismo -, directamente aplicables por los destinatarios – incluidos los magistrados - ; pero se trata de leyes – en si mismas – *incompletas*, pues únicamente mediante la sanción de la *norma remitida* (el denominado “Arancel Oficial” de la AEU), se integra la totalidad orgánica de la respectiva regulación material. Por tanto el arancel oficial de escribanos es “oficial” por completar el ordenamiento positivo vigente, según lo reclaman las normas legales habilitantes ¹⁹.

La ley 17.437, en sus artículos 29 y 83, reafirman los conceptos vertidos por el Dr. Biasco, los cuales no los agregó a su escrito en virtud de que la citada ley es posterior al mismo.-

Concluye el Dr. Biasco Marino de la siguiente manera: “El arancel notarial:

- a) Es de aplicación preceptiva – y no facultativa – por todos los escribanos públicos, se encuentren o no afiliados a la AEU.-
- b) Suele contener cantidades *máximas*, cantidades *mínimas*, cantidades *máximas y mínimas*, *cantidades fijas* o *cantidades variables* de honorarios, determinadas – caso a caso – por el profesional actuante, y en su caso, por la Asociación profesional.-
- c) En algunas hipótesis, permite la *reducción de honorarios*.-
- d) En otros casos se faculta al escribano a *aumentar el honorario* resultante de la aplicación del arancel, o solicitar la *regulación de honorarios* a la Comisión Directiva.-
- e) Para los casos no previstos, se habilita a la Comisión Directiva a recurrir a la analogía y a los *usos notariales* en la materia.-
- f) Por último, en determinados casos, se autorizan *exoneraciones de honorarios* a determinadas personas y a instituciones.-

4.3.- NECESARIA RELACIÓN ENTRE HONORARIOS Y MONTEPIÓS.-

“Los aportes a la seguridad social de los escribanos, son contribuciones de seguridad social, y son denominadas “*ingresos parafiscales*”. Al respecto, el Código Tributario establece que sus disposiciones, son aplicables a las prestaciones legales de carácter pecuniario establecidas a favor de las personas de derecho público no estatales (art. 1° inc. 1°).-

El honorario es el estipendio o retribución de los servicios prestados por el profesional escribano; por lo que, una vez cumplido el servicio, se debe abonar el honorario respectivo, que es el resultante de la exacta aplicación del arancel oficial.-

En su versión originaria, la ley orgánica de la Caja Notarial del 15 de octubre de 1941 (art. 18), refería al *honorario percibido* por el escribano; mientras que el art. 112 de la Ley N° 12.802 del 30 de noviembre de 1960, refiere al *honorario devengado*. El cambio de frase, supone que la Caja Notarial posee un crédito contra el escribano, por el sólo hecho de devengarse un honorario, independientemente de si – en definitiva – el profesional demora en percibirlo del cliente; pero de ninguna manera autoriza a cobrar cantidades inferiores a las resultantes de la aplicación del arancel. Va de suyo que el arancel oficial se aplica, no sólo para determinar los aportes provisionales, sino *porque se presume que es esa suma y no otra la que en realidad percibe el profesional*; en caso contrario, el aporte provisional podría resultar confiscatorio del honorario ²⁰.-

5.- COTEJO ENTRE LA NORMATIVA QUE FUNDAMENTA EL ARANCEL OFICIAL NOTRIAL Y LA LEY N° 18.159.-

Prestando atención a determinadas palabras que se encuentran plasmadas en la ley 18.159, y de conformidad con lo establecido en las normas que regulan la potestad de la AEU (ley 17.437, ley 10.062, Decreto ley 10.397, y Decreto Reglamentario del 3/11/1941) se llega a las siguientes conclusiones.

¹⁹ La situación suele reiterarse en el Derecho comparado, en donde países como México, la ley establece el cobro obligatorio de los honorarios, de acuerdo con el arancel notarial, no admitiéndose el pacto en contrario, sancionándose al escribano que incumpla con el mismo. Ver Rafael Agilar de Medina: “El arancel notarial mexicano” México, Medina, 1994, pag. 1

²⁰ Emilio Biasco Marino op. cit. donde cita el fallo del Dr. Nelson Nicolliello, en Anuario de Derecho Civil, t I, pág. 12-13, N° 59

5.1.- Artículo 2°. (Principio General) *“Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general”* .-

Pues bien, como se estableció precedentemente, el arancel notarial posee valor y fuerza de acto regla emitido por la Asociación profesional habilitada, *en cumplimiento de la ley, y ello como consecuencia de la voluntad expresa y reiterada del legislador patrio*. Por tanto, el Arancel Oficial de la AEU constituye una limitación establecida por ley, por razones de interés general. Dicho interés general está consiste en que la actividad notarial es un servicio público (Decreto – Ley 1421, art. 1574 y siguientes del Código Civil) delegado a particulares que obtienen el título de **Escribano Público**. Asimismo la actividad notarial abarca una actividad registral de origen legal, que consiste en llevar durante todo el período activo el Registro de Protocolo (Decreto –Ley 1421, y art. 1574 y siguientes del Código Civil) y el de Protocolizaciones (Decreto – Ley 1421).-

5.2.- Artículo 2° in fine: *“El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante”* Todos los argumentos expresados en el numeral 5.1 son de recibo en relación a esta frase final del artículo 2, por lo cual los doy por reiterados.-

5.3.- Artículo 4° *“Las prácticas que se indican a continuación, se declaran expresamente prohibidas, en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2° de la presente ley.”*

Al quedar demostrado que la actividad de la AEU en todo lo relacionado al Arancel Oficial, no configura ninguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2 de la ley por tratarse de una facultad reconocida por ley, es irrelevante seguir adelante en el análisis de los literales A) y J) y algún otro literal.-

Pero de todos modos (siempre existen opiniones contrarias) se observa en la letra de los literales del art. 4°, lo siguiente:

5.4.- *“A) Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva.”*

En particular el Arancel de Escribanos de la AEU, podrá criticárselo por muchas cosas (es una obra humana y como tal, imperfecta) pero jamás de establecer pautas que marquen condiciones de honorarios en forma abusiva, sino todo lo contrario. En efecto, el Arancel, al ser obligatorio para todos los notarios del país, desplaza el interés que puedan tener los clientes en contratar a tal o cual escribano según “el precio”, para que los factores que definan la elección pasen a ser valores inmateriales e intangibles desde el punto de vista económico, tales como la probidad, la sagacidad, la diligencia, la discreción, el nivel académico, su capacidad de aconsejar sabiamente, la confianza que transmite, etc.-

5.5.- *“J) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos”.-*

Luego de todo lo expuesto, este literal podrá aplicarse a la inmensa mayoría de asociaciones o gremiales de profesionales, pero no tiene sentido en relación a la Asociación de Escribanos del Uruguay y su Arancel Oficial, en virtud de lo expuesto precedentemente.-

6.- CONCLUSIONES.-

De todo lo expuesto, surge claramente que la Ley 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia no afecta la potestad de origen legal que detenta la Asociación de Escribanos del Uruguay en lo relativo al Arancel Oficial.-

Pero asimismo, es de orden dejar en claro que la organización arancelaria notarial, que es de fuente legal, conjuntamente con el Código de Ética, y sumado a la estructura y forma del notariado uruguayo, provocan una más que evidente defensa de la libre competencia entre sus miembros, teniendo como consecuencia natural, el bienestar y la libre elección de los clientes (usuarios), por el notario que entiendan más apto.-

El único factor que el cliente (usuario) notarial no puede elegir, *y que según mi parecer, no debería elegir nunca*, es el relativo a los honorarios profesionales. Tal vez para los eruditos en materias económicas y/o comerciales resulte poco comprensible, o simplemente absurda tal afirmación.-

Trataré de explicarme:

Darle la facultad al cliente a que concentre su forma de optar entre tal o cual escribano según el monto de los honorarios, es desvirtuar por completo la profesión notarial, y sin duda alguna, herirla de muerte.-

En la medida en que la Asociación de Escribanos ejerza su función a través de sus Congresos Nacionales y Comisión Directiva, relativa a la sanción, promoción y vigilancia del Arancel Oficial, y que en éste se encuentren plasmados criterios de equidad y justicia, marcando como ya se expresó ²¹ todas las posibles variables respecto al cálculo de los honorarios, los usuarios no tienen por qué preocuparse en ese aspecto, y sí deben ejercer su libertad de opción entre los escribanos en base a los valores y virtudes ya citados no pasibles de ser medidos económicamente.-

La Asociación de Escribanos del Uruguay *no distorsiona ni limita la competencia* al ejercer su derecho (y obligación) de fuente legal, de sanción, defensa y vigilancia del Arancel Oficial, sino que establece un mecanismo fijo, uniforme y *justo* de honorarios al cual se deben atener *todos los Escribanos*, a los efectos de no bastardear la profesión.-

El cliente no puede ir en busca del *“Escribano más barato que encuentre”*, ni el Escribano puede establecer *en forma abusiva o injustificada* honorarios excesivos. El sistema está hecho de tal forma que el usuario concentre su elección distinguiendo las virtudes o defectos que perciba entre los escribanos.-

Con anterioridad nos referimos a las afirmaciones que realiza el Dr. Camilo Martínez Blanco en su publicación citada, en las que expresa que *“queda claro que el arancelamiento de servicios es una típica práctica anticompetitiva, por lo que está prohibida, a menos que pueda probarse que el Arancel no es obligatorio para los afiliados, sino apenas una guía”* ²². Con el mayor de los respetos, y en lo estrictamente relativo al Arancel Oficial de la AEU, dejo constancia de mi total desacuerdo con tales afirmaciones. No corresponde la generalización *“arancelamiento de servicios”* dejando de lado, en el caso que nos ocupa, las especialísimas características de, en este caso, la función notarial. En la citada afirmación, Martínez Blanco también deja de lado la posibilidad de que dicho *“arancelamiento de servicios”* constituya la expresión de un poder reglamentario, por remisión de mandato legal, como ya se explicó, siendo entonces una de las excepciones establecidas en el art. 2º de la Ley 18.159.-

El Dr. Camilo Martínez utiliza las expresiones *“industria de los servicios profesionales”* y hace referencia a dichas *“industrias”* como *“este mercado”*.-

Desconozco a cuales servicios profesionales se refiere el citado autor, pero mi intelecto se niega a admitir que se califique a la función notarial de *“industria”* o de *“mercado”*.-

“La profesión de escribano constituye una verdadera vocación moral con sentimiento de justicia, que lo convierte en protector de quienes acuden a su consejo y solicitan sus servicios profesionales” ²³. *“Es deber para el notario el poseer y poner en practica las exigencias más elevadas no sólo con respecto a sus cualidades jurídicas, sino también a las de orden ético y moral”* ²⁴. *Diligencia, veracidad y probidad son elementos esenciales en el quehacer notarial. Si al Notariado se le quitara ese sutil elemento moral, íntima pero profundamente adscrito a su servicio, quedaría reducido a una función cualquiera. Pero como institución habría perdido su sentido propio”* ²⁵.-

El Notariado Uruguayo es uno de los pocos en el mundo que está conformado por una *matrícula totalmente abierta*. Esto es, que cualquier persona, luego de aprobar todas las materias de la carrera notarial, y haberse

21 Ver numeral 4.2 Naturaleza Jurídica del Arancel

22 Camilo Martínez Blanco. Op. cit. pág. 169

23 Código de Ética. Proemio

24 Idem

25 Eduardo J. Couture

inscripto en la Suprema Corte de Justicia, puede ejercer libremente la profesión en cualquier parte del territorio nacional, sin limitación de especie alguna, siempre y cuando cumpla con los requisitos éticos, morales y legales que se le exigen a tal investidura. En el notariado uruguayo no se producen "cotos de caza" ni cabe la posibilidad de mantener clientes cautivos. A su vez, en la actualidad existen aproximadamente unos ocho mil Escribanos activos, lo que para un país de poco más de tres millones de habitantes (y más allá de los problemas que tal situación suscitan, pero que no son pertinentes comentar en el presente trabajo), está más que garantizada la libertad de elección por parte de los clientes.-

Por último, uno de los principios rectores de la función notarial es la imparcialidad. Esto quiere decir que, a diferencia de otras profesiones en las cuales el cliente posee el derecho de exigirle al profesional, que realice su trabajo o servicio, conforme al máximo de los intereses de aquél; en la profesión notarial, el cliente no puede realizar tal exigencia, y si lo hace, el notario debe negarse rotundamente a ello. En esta cuestión, también es relevante la uniformidad arancelaria, pues el cliente no va a poder presionar al notario a que realice su función favoreciéndolo, argumentando motivos económicos relativos a los honorarios.-

Espero que con el transcurso del tiempo, la Asociación de Escribanos del Uruguay, u otros escribanos más ilustres que el suscrito, emitan sus opiniones respecto de este asunto, a los efectos de que se despeje toda duda sobre si la AEU realiza actos ilícitos en lo que guarda relación con el Arancel Oficial.-

Por otra parte sería interesante que quienes opinan que la AEU estaría en falta a partir de la entrada en vigencia de la ley 18.159, realizaran las denuncias correspondientes ante el órgano de aplicación establecido en dicha ley.- Ello también sería bueno y saludable.

OFFSHORE FINANCIAL CENTERS Y LA COMPETENCIA FISCAL “PERJUDICIAL” ENTRE NACIONES. PARTICULARIDADES DE LA SITUACIÓN DE URUGUAY DENTRO DE ÉSTE CONTEXTO.

MARÍA EUGENIA COUTINHO

I - INTRODUCCIÓN

La OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), principal organismo internacional intergubernamental de regulación de asuntos económicos y fiscales, tendiente al desarrollo de las relaciones comerciales, fortalecimiento de las economías y potencialización de toda el área económica en que sus Estados miembros operan¹; reúne a las mejores economías del mundo.

A partir de 1990 y a consecuencia de la expansión del comercio internacional y de la globalización, la OCDE centró su atención en los Offshore Financial Centers (en adelante OFCs). De acuerdo con el Financial Stability Board (FSB), los OFCs no son fáciles de definir, pero pueden ser caracterizados como países o jurisdicciones que atraen un alto nivel de actividad financiera offshore (en español el término significa extranjera) para no-residentes².

Este trabajo, pretende fundamentalmente analizar la relación entre la OCDE y los OFCs y los esfuerzos desplegados por la primera en pro de regular la competencia fiscal internacional y así frenar el avance de éstos centros, como potenciales competidores en el mercado financiero internacional.

De acuerdo con la OCDE y el FSB, existen básicamente tres elementos para distinguir un OFC (Offshore Financial Center): 1º) La provisión de servicios financieros para no residentes; 2º) El ambiente regulatorio favorable (regímenes legales y de control flexibles, alto nivel de confidencialidad para el cliente, a través de la revelación mínima de información); y 3º) Disminución o ausencia de impuestos para los ingresos provenientes de negocios o inversiones de no-residentes.

Los OFCs han especializado sus economías en la exportación de servicios financieros, en pro de generar ingresos que usualmente constituyen una proporción crítica de sus rentas nacionales³.

De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, el índice neto de exportaciones de servicios financieros de un país o jurisdicción, podría constituir un indicador del status de Offshore Financial Center de ese país o jurisdicción⁴.

Este sector, se ha constituido en una industria creciente, capaz de proveer un crecimiento significativo para las economías en desarrollo y de generar grandes rentas sin necesidad de inversiones importantes en infraestructura.

A finales de la primera década de 1990, se registró un movimiento de preocupación por parte de la comunidad internacional y de distintos comités internacionales, respecto a los focos de lavado de dinero y evasión fiscal, que se propiciaban aún más en los escenarios de los OFCs.

1 Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid. 1984. Tomo II. Pág. 37.

2 De Wulf, Olivier. *A Critical Examination of the International Regulation of Offshore Financial Centres*. Disertación. Universidad de Aberdeen. 2008. Pág. 6.

3 Financial Stability Forum. *Report of the Working Group on Offshore Centres*. 2000. Pág. 9 y ss.

4 Zoromé, Ahmed. *Concept of Offshore Financial Centers: In Search of an Operational Definition*. International Monetary Fund Working Paper. 2007. Pág. 8.

Este movimiento, se intensificó a partir de los sucesos del 11 de Septiembre de 2001, como un intento oficial de identificar las fuentes del financiamiento terrorista.

Los dos organismos principales vinculados en el combate internacional del lavado de dinero y el financiamiento terrorista son, el ya mencionado Financial Stability Board (FSB), principal organismo interviniente en los mercados financieros para la estabilidad financiera⁵ y que hasta Abril de 2009 se denominó Financial Stability Forum, y la Financial Action Task Force (FATF). Ambos organismos, han establecido criterios para identificar los países o territorios que facilitan el lavado de dinero y han propuesto la imposición de sanciones al respecto.

A mediados del año 2000, tanto el FSB como la FATF, emitieron informes a propósito del lavado de dinero, centrándose en varios OFCs y utilizando diversos criterios para determinar el grado de "cooperación" de los mismos respecto a los estándares internacionales.

El primer informe de la FATF, de Junio de 2000, que evaluó a 26 países o territorios no miembros, utilizó los siguientes criterios para definir los países o territorios no cooperantes: 1º) Regulaciones financieras inadecuadas respecto a los estándares internacionales sobre lavado de dinero (existencia de lagunas jurídicas en materia financiera o regulaciones y/o control financiero inefectivo); 2º) Obstáculos para la identificación de entidades financieras y de sus beneficiarios económicos; 3º) Obstáculos para la cooperación internacional en la materia y 4º) Recursos inadecuados para prevenir y detectar el lavado de dinero (tanto en el sector público como en el privado).

Aplicando éstos criterios, de los 26 países o territorios inicialmente evaluados, 15 de ellos fueron declarados "no cooperantes" ("NCCT": Non Cooperative Countries and Territories). Cinco de ellos, fueron los siguientes de habla inglesa del Caribe: las Bahamas, Islas Caymán, Dominica, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines⁶.

A raíz de éstos informes, muchos países tomaron medidas para evitar la imposición de sanciones. Es entonces, que en Junio de 2001, la FATF revió su informe anual de 2000, ante el progreso hecho por los países o territorios identificados como no cooperantes y las Bahamas e Islas Caymán, fueron removidos de la lista, mientras que Dominica, St. Kitts and Nevis y St. Vincent and the Grenadines, así como Grenada, que fue agregada en Septiembre de 2001, continuaron siendo clasificados como no cooperantes hasta finales del año 2001.

Tanto las Bahamas como las Islas Caymán, introdujeron modificaciones significativas en la legislación existente, así como nueva normativa, para solucionar las deficiencias identificadas por la FATF. Por un lado, las Bahamas estableció una adecuada unidad de inteligencia financiera para supervisar al sector offshore y por otro lado, Islas Caymán comenzó un programa más ambicioso de control financiero, requiriendo la identificación de todas las cuentas pre-existentes para el 31 de Diciembre de 2002 y el requerimiento a todos los Bancos habilitados en éstas islas, de que mantengan una presencia física en ésta jurisdicción⁷.

II – ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Como veíamos al principio de éste trabajo, los países desarrollados, han promovido iniciativas regulatorias contra lo que ellos llaman la competencia fiscal "perjudicial" entre naciones, para frenar el impacto de los OFCs, a través no sólo de la OCDE, como organización intergubernamental, sino también de la Unión Europea, como organización supranacional⁸.

5 De Wulf, Olivier. Op. Cit. Pág. 15 y ss.

6 FAFT. *Financial Action Task Force on Money Laundering Report: 1999-2000*. Págs. 2-23 www.fatf-gafi.org

7 FAFT. *Financial Action Task Force on Money Laundering Report: 22 Junio 2001*. Págs. 3 y 8 www.fatf-gafi.org

8 Boise, Craig. *Regulating Tax Competition in Offshore Financial Centers*. Case Western Reserve University. 2008. Pág. 5.

Esto, ha dado lugar a la apertura de un debate internacional, pues los OFCs han objetado sistemáticamente éstas iniciativas, en el entendido de que abrogan por su soberanía estatal en asuntos fiscales. Sin embargo, a pesar de estas objeciones, los esfuerzos por regular la competencia internacional en materia fiscal, han tenido una influencia significativa en los OFCs y en sus políticas internas.

Los argumentos desplegados por la OCDE y la EU, para regular la competencia fiscal internacional “perjudicial” han sido los siguientes⁹:

1º-La competencia fiscal internacional es económicamente ineficiente (éste argumento sólo es convincente si partimos de la base de la eficiencia vista desde una perspectiva de bienestar global. Este concepto, denominado Óptimo de Pareto, es muy utilizado en el ámbito de la economía y finanzas públicas y constituye el estado de la sociedad, en la cual se alcanza el máximo bienestar posible¹⁰. No obstante, en un mundo de estados soberanos, con intereses nacionales a menudo divergentes, la eficiencia no siempre puede ser vista de ésta manera);

2º- Desvío de capitales e inversiones (desde las jurisdicciones de alta tributación a las de baja tributación)¹¹;

3º- Erosión de las bases imponibles (éste argumento, está íntimamente vinculado con el anterior. De acuerdo con la OCDE y la EU, la competencia fiscal internacional, desgasta las bases imponibles de los países de tributación alta, como consecuencia de la migración de capitales, que remueve ingresos de su base imponible, haciendo que el bienestar general de esa jurisdicción se vea reducido. La erosión de la base imponible, se puede producir legalmente, cuando una compañía u otra entidad, cambia su lugar de residencia por una jurisdicción OFC, a través de una inversión o una operación similar; pero también puede producirse ilegalmente, cuando las personas físicas residentes de una jurisdicción de alta tributación, usan las normas del secreto bancario de un OFC, para esconder la evasión fiscal del control internacional)¹²;

4º- Surgimiento del problema del “free rider” (en español “el aprovechado”). De acuerdo con ésta premisa, la competencia fiscal internacional, puede resultar en un problema de “free rider” entre las jurisdicciones de alta tributación y los OFCs. Este problema, muy estudiado en el ámbito de Law & Economics, refleja la tendencia de los individuos dentro de un grupo, de dejar que otros asuman o paguen por aquellos bienes o servicios que benefician al grupo entero, pero evitando pagar por ellos. Cuando el grupo afectado es pequeño, generalmente los miembros son más identificables y garantizar la cooperación de cada uno en la asunción del costo del beneficio es menos problemático.

Pero a medida que el grupo crece, cada miembro comienza a gozar de más anonimato. Si un miembro permite que otros incurran en los costos de los bienes o servicios que benefician al grupo entero, va a obtener una utilidad sin su correspondiente contribución. Éste fenómeno, se amplifica en el contexto de la prestación de bienes públicos. Los gobiernos imponen tributos para financiar bienes públicos, como la defensa nacional, educación y seguridad social. La competencia fiscal internacional, puede propiciar que algunos miembros de las jurisdicciones de alta imposición fiscal (generalmente aquellos miembros de más altos recursos) desvíen su riqueza hacia los OFCs, para minimizar o evitar la imposición fiscal y por consiguiente, desplazar su carga en el costo de los bienes públicos, hacia los demás. En la medida que éstos individuos, siguen siendo residentes de los países desarrollados, se benefician injustamente de los bienes públicos, sin efectuar sus correspondientes contribuciones;

5º- La reducción en la progresividad de los impuestos a la renta (éste argumento está fuertemente ligado al del free rider), debido a que un impuesto a los ingresos, es más progresivo que un impuesto que excluye los ingresos de capital, tal como un tributo al consumo. Si las sociedades comerciales

9 OECD. *Harmful tax competition. An emerging global issue*. Págs. 30-35. www.oecd.org

10 Shavell, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard University Press. 2004.

11 Townsend, Alexander Jr. *The Global Schoolyard Bully: The Organization for Economic Co-operation and Development's Coercive Efforts to Control Tax Competition*. *Fordham International Law Journal*. 2001. Pág. 234.

12 Op. Cit. Boise, Craig. Pág. 18-22

y los residentes pudientes de las jurisdicciones de alta imposición fiscal, desvían sus ingresos de capitales a los OFCs, una mayor porción de la carga tributaria es soportada por la clase media trabajadora y la progresividad se ve reducida);

- 6° Disminución en el cumplimiento tributario (éste argumento es un efecto secundario del argumento anterior), puesto que, si los contribuyentes perciben que dentro de la sociedad, existen algunos miembros que pueden, a razón de su riqueza, evitar o reducir significativamente su carga fiscal, es probable que el cumplimiento general de la legislación fiscal sea socavado;
- 7° Aumento de los costos administrativos y de control (como consecuencia de los anteriores argumentos, las jurisdicciones de alta tributación, se ven obligadas a aumentar considerablemente sus gastos, en controles administrativos y de cumplimiento, para reunir la misma cantidad de ingresos fiscales).

Todos estos argumentos desarrollados por la OCDE y la EU para sustentar las medidas adoptadas contra la competencia fiscal “perjudicial”, han sido siempre refutados por los OFCs, quienes han elaborado sus propios argumentos, para fundamentar su posición (naturalmente contraria a la regulación de la competencia fiscal internacional). Los argumentos desarrollados por los OFCs, son los que se detallan a continuación:

- 1° La violación de la soberanía nacional en materia fiscal (el entrometimiento en la soberanía fiscal de una nación, ha sido considerada por los OFCs como intolerable. Estos, han objetado sistemáticamente, la regulación de las tasas y de los tipos de tributos que imponen. Consideran la regulación de tales decisiones, como un entrometimiento en la soberanía impositiva interna y la insistencia de los países desarrollados en tal regulación, como una amenaza);
- 2° Resistencia a cooperar con los países desarrollados en la recaudación de sus impuestos (los OFCs generalmente resentien todos los intentos de los países desarrollados de levantar sus normativas sobre secreto bancario y argumentan que, el uso del mismo por parte de los evasores de impuestos, es un asunto para ser resuelto exclusivamente con la jurisdicción que pretende hacer cumplir su normativa fiscal sobre rentas. También, existe un resentimiento significativo por parte de los OFCs, en los casos concretos en que sus recursos deban ser utilizados para ayudar a los países desarrollados a penetrar en el secreto bancario)¹³;
- 3° Los OFCs, también objetan los argumentos de los países desarrollados respecto a que ellos atraen el capital desde éstos países mediante “la caza furtiva” de una base imponible que “les pertenece”. Los OFCs, no ven una base racional para que un país desarrollado les reclame, a priori, impuestos sobre un capital cuyos propietarios han elegido emplear en otros lugares;
- 4° El fomento a la competencia tributaria eficaz (ésta teoría, desarrollada por el economista Charles Tiebout, se sintetiza en que, las distintas jurisdicciones, ofrecen diferentes paquetes de bienes públicos y los consumidores eligen de entre esas jurisdicciones, las que más se adaptan a sus propias preferencias, emergiendo de ésta forma, la competencia entre jurisdicciones, creando así, un mercado que lleva a optimizar ingresos. La teoría de Tiebout, ha sido adaptada por numerosos economistas, para ser aplicada al tema de la competencia fiscal internacional, en el entendido de que, el capital de los consumidores migrará de los países desarrollados con alta imposición a la renta, hacia jurisdicciones como los OFCs con tasas impositivas más bajas. Esta migración, va a continuar, hasta que el nivel de los bienes públicos prestados por los OFCs no cumplan con las necesidades de los consumidores o el costo de los bienes públicos provistos por los países desarrollados, reflejados en sus tasas impositivas, sea reducido a un nivel más cercano al de los OFCs, produciendo de ésta forma resultados eficientes;
- 5° La no existencia de equidad o principio del “level-playing-field” (en español “nivel de campo de juego”). De acuerdo con lo sostenido por la OCDE, si los OFCs renuncian a sus ventajas fiscales para atraer capitales, entonces éstos y los países desarrollados, serán capaces de progresar, partiendo de una igualdad de condiciones. Ante ésta afirmación, los OFCs han sostenido sistemáticamente, que

13 Boise, Craig. Op. Cit. Págs. 23-26

compiten con los países desarrollados para atraer capitales, precisamente porque en términos de asignación de recursos, no se encuentran en pie de igualdad con éstos. En muchos casos, la única ventaja estratégica que poseen en la competencia internacional por el capital, es su soberanía fiscal, que deciden ejercitar mediante la renuncia a su derecho a gravar la renta, a fin de beneficiarse de los efectos de la afluencia de inversiones. Por lo tanto, ven a la competencia internacional, no como un obstáculo para el establecimiento de la igualdad de condiciones, sino como un elemento clave para lograrla.

III - LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA OCDE EN PRO DE EVITAR LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

Los orígenes de la OCDE, se encuentran en la histórica O.E.C.E. (Organización Europea de Cooperación Económica), que fue creada en la Europa de la post-guerra, con la idea de favorecer el desarrollo económico europeo. Su Tratado creador, se remonta al 16 de Abril de 1948.

Esta organización, tuvo una clara influencia norteamericana, ya que a la Europa destruida económicamente por la guerra, Estados Unidos le ofrece ayuda económica a través del Plan Marshall, bajo dos condiciones: 1º) la necesidad de realizar una programación de reconstrucción común a todas las naciones que iban a recibir su ayuda; 2º) mediante el compromiso de que ésta ayuda, habría de administrarse de forma que ofreciera garantías al Estado que iba a prestarla; ideas que fueron recogidas por los Estados firmantes de la Convención que instituyó este organismo¹⁴.

A finales de la década del '50, la O.E.C.E. había entrado en una profunda crisis, a raíz de la situación creada por la existencia de la Comunidad Económica Europea y por haber cumplido con la mayor parte de sus objetivos e incluso haberlos superado ampliamente. Se pone de manifiesto, entonces, que Europa ya no necesitaba más de la ayuda americana y que la Comunidad Económica Europea había llegado en la liberalización, aún más lejos, que la propia O.E.C.E.

Ante tal situación, se piensa en una nueva Organización, la OCDE, que surge de la Convención de París del 14 de Diciembre de 1960, dando entrada en ella como miembros de pleno derecho, a Estados Unidos y Canadá.

En el Tratado creador de ésta nueva entidad, se consagra la necesidad de una reforma de la anterior Organización y su sustitución por ésta nueva, en la que el adjetivo "europeo" desaparece y la idea de desarrollo, junto con la de cooperación, sobresale de forma clara y terminante.

Los objetivos que la nueva organización se propone promover son: la realización de la más fuerte expansión posible de la economía y del empleo; una mejora en el nivel de vida de los países miembros, procurando mantener la estabilidad financiera de los mismos y la contribución al desarrollo de la economía mundial; contribuir a una sana expansión económica de los países miembros y de los países no miembros en situación de infra-desarrollo económico; contribución a la expansión del comercio mundial sobre bases unilaterales y no discriminatorias, de conformidad con las obligaciones internacionales estipuladas.

La naturaleza jurídica de ésta Organización, es semejante a la de su antecesora, la O.E.C.E. Tiene el carácter de Organización intergubernamental y el hecho de que funcione la regla de la unanimidad como norma general en la adopción de acuerdos, muestra sus características de Organización que no ha abandonado de forma radical los arquetipos de las del tipo tradicional. No es necesario que estén reunidos todos sus componentes en el Consejo, para poder llegar a tomar una decisión válida, e igualmente si alguno de ellos se abstiene de votar, podrá adoptarse también una decisión válida por todos los demás miembros restantes, con la salvedad de que al abstenido, no lo obligan las decisiones o recomendaciones que no haya votado de forma afirmativa. Ésta prescripción, se halla contenida en el artículo 6 numeral 2 del Tratado y es de por sí muy significativa pues, demuestra que, nos encontramos ante una Organización intergubernamental strictu sensu.

14 Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid. 1984. Tomo II. Pág. 12.

Al hacerse, entonces, de la regla de la unanimidad, una pieza capital de ésta Organización, se cierra el paso para ulteriores desarrollos y para un mayor perfeccionamiento en la actuación de la misma. Además, el hecho de que Estados Unidos forme parte de ella, explica el que no haya habido cesiones de soberanía en beneficio de la Organización y que el cambio hacia la supranacionalidad esté previsiblemente cerrado.

La Organización, goza de personalidad internacional y en ella, se continúa la personalidad que tuvo la O.E.C.E., con la diferencia de que ésta nueva Organización ha saltado del campo europeo, al cual se limitaba su antecesora, al campo mundial. Según se estipula en el Protocolo adicional número 2, la OCDE goza de capacidad jurídica, solamente en el territorio de los Estados que forman parte de la misma.

Es por ello, que cuando la OCDE elabora, a través de sus distintos comités especializados, listas de paraísos fiscales y países “no cooperantes” alrededor del mundo (movimiento que como vimos, se ha intensificado en los últimos años, a propósito del ataque a la evasión fiscal internacional y al lavado de dinero), se cuestiona su autoridad para realizar tales acciones.

Actualmente, hay 59 países en la “lista blanca” de la OCDE, esto es, jurisdicciones en las que se han implementado estándares fiscales acordados internacionalmente, mientras que 22 países, aún permanecen en la “lista gris”, tras haberse comprometido a aplicar éstos estándares y no implementarlos por completo (entre los cuales se encuentra Uruguay).

En más de una oportunidad, miembros de la propia OCDE han expresado que, la elaboración de listas no es un proceso placentero pero si efectivo y la combinación de las listas junto con la amenaza de sanciones, siempre les ha dado buenos resultados.

Resulta muy interesante comentar la opinión de Daniel J. Mitchell, miembro destacado de la Heritage Foundation, organización no gubernamental muy influyente en los Estados Unidos, quien sostiene que la competencia fiscal internacional “debería ser celebrada, no perseguida, ya que obliga a los políticos a ser más responsables, empujando hacia abajo las tasas impositivas, permitiendo a las personas disfrutar más del dinero que ganan. La competencia fiscal internacional debería ser preservada. Es buena para los contribuyentes y buena para la economía global.” Asimismo, Mitchell sostiene que “las recomendaciones propuestas (por la OCDE) podrían interferir con el derecho de las naciones soberanas para determinar sus propias políticas fiscales”¹⁵.

De ésta forma, se amenaza la capacidad de los países soberanos, de regular sus propios asuntos fiscales. Las propuestas de la OCDE, tienden a crear un cartel, al eliminar o sustancialmente reducir su competencia (que básicamente son los OFCs).

Se puede decir, entonces, que la OCDE constituye un *cartel* compuesto por las naciones más ricas del mundo, las cuales son jurisdicciones con altos impuestos, y que las políticas de la misma están claramente destinadas a ayudar a sus países miembros, antes que al resto del mundo, aún cuando ello signifique lesionar a otros países, cuando las políticas de éstos van en detrimento de los miembros de la OCDE¹⁶.

Las ineficiencias que generan los carteles, han sido estudiadas también desde la perspectiva de “Law & Economics”. Así, mediante el llamado “dilema del prisionero”, se ilustra claramente la situación.

Una vez creado un cartel, sus miembros acuerdan reducir su producción y así poder aumentar el precio, generando un exceso de ganancias. Sin embargo, cada empresa tiene un incentivo para producir más de lo que fija el acuerdo y de ese modo obtener mayores beneficios. Pero, si cada uno de los miembros hace lo mismo, el acuerdo inmediatamente se vuelve competencia y por lo tanto, el precio disminuirá, lo que redundará en menores beneficios para cada uno de los miembros¹⁷.

15 Mitchell, Daniel J. *An OECD Proposal to Eliminate Tax Competition Would Mean Higher Taxes and Less Privacy*. Tax Notes. The Heritage Foundation. 2000. Pág. 1, 3. www.heritage.org

16 Langer, Marshall J. *Harmful Tax Competition: Who are the Real Tax Havens?*. 2000. Pág. 1.

17 Levenstein, Suslow, Oswald. “Internacional price-fixing cartels and developing countries: a discusión of effects and policy remedies”. *Nacional Bureau of Economic Research*. 2003. Págs. 4 y 5.

Como bien dice Veljanovski, la teoría de los carteles resulta simple de plantear en estos términos. Un grupo de firmas que proveen productos o servicios similares, entran en un acuerdo o entendimiento para fijar los precios y compartir el mercado, a los efectos de sobrecargar a los consumidores. Mientras que las firmas adhieren al acuerdo o entendimiento, aumentan sus precios sobre los niveles normales y generan grandes ingresos. Esto afecta a los consumidores, que ahora pagan más y consumen menos, porque los miembros del cartel aumentan sus precios pero reducen la producción¹⁸.

Al mismo tiempo, podemos vincular ésta teoría con la teoría de los monopolios. De acuerdo con el Prof. Gregory Mankiw, en los mercados competitivos (aquellos donde el precio es fijado únicamente por la oferta y la demanda), los compradores y los vendedores, dado que buscan su propio provecho, son conducidos inconscientemente por una mano invisible a promover el bienestar económico general. En cambio, como los monopolios no tienen el freno de la competencia, el resultado de un mercado en el que hay un monopolio, no suele ser el que más conviene a la sociedad.

Por lo tanto, los monopolios, a diferencia de los mercados competitivos, no asignan eficientemente los recursos. Producen una cantidad inferior a la socialmente deseable, por lo que cobran precios superiores al costo marginal.¹⁹

Dejando de lado las ineficiencias que generan los carteles y retomando el tema de la ilegitimidad de las medidas adoptadas por la OCDE en pro de evitar la competencia fiscal internacional, es de relevancia comentar una opinión legal emitida por el Centro de Asistencia Legal de la Organización Mundial de Comercio, a raíz de una consulta elevada por el Gobierno de Panamá a mediados del año 2002, sobre la legalidad de las medidas discriminatorias de ciertos países latinoamericanos y europeos, que afectan la competitividad de los servicios financieros panameños.

En ésta opinión, se entendió que tales prácticas constituían una abierta violación a las normas de comercio internacional. Así, las prácticas de dichos países, violan el principio comercial de “nación más favorecida”, contenido en el artículo 2 del Acuerdo General de Comercio de Servicios. Según dicho principio, un país miembro de la OMC, no podrá discriminar a otro otorgando un trato menos favorable respecto a terceros socios comerciales y en consecuencia, la discriminación a los servicios panameños, se convierte en una barrera comercial.

Esta opinión legal, puede ser utilizada como fundamento para iniciar acciones legales ante la OMC, contra las naciones que discriminan a Panamá, obligándolas a compensar al país por la afectación de sus exportaciones de servicios²⁰.

Es decir que, la elaboración de “listas negras” por parte de la OCDE y las medidas discriminatorias adoptadas contra los países incluidos en éstas listas, constituyen una práctica violatoria de las normas de comercio internacional y habilitan al Estado afectado a aplicar medidas de retaliación económica contra los países discriminadores.

No obstante y más allá de que la autoridad de la OCDE para presionar a los países e imponer sanciones sea muy discutible, es innegable la profunda influencia que ésta organización ejerce a nivel mundial y el impacto que tiene la inclusión de un país o jurisdicción en sus “listas negras”, lo cual afecta gravemente la imagen que de ese país o jurisdicción tiene la comunidad internacional.

18 Veljanovski, Cento. “The Economics of Cartels”. Finnish competition law year book. 2006. Pág.2.

19 Mankiw, N. Gregory. “Principles of Economics”. McGraw-Hill. 2002. Pág. 42 y 198.

20 Fábrega, Juan Pablo. *Panamá como centro bancario para la estructuración de financiamientos de transacciones internacionales extraterritoriales y su diferencia de los centros offshore*. Inter-American Bar Association. Law Review. Vol. 5. 2007.

IV - LA SITUACIÓN DE URUGUAY DENTRO DEL CONTEXTO ANALIZADO

Históricamente, Uruguay ha sido un país oferente de servicios internacionales, con una atractiva política de exoneración tributaria para no residentes y el secreto bancario para atraer inversiones. Esto le ha costado el haber sido señalado por otros países, en más de una oportunidad, como un “paraíso fiscal”, producto de una incorrecta interpretación de los criterios utilizados por la OCDE para efectuar dicha categorización. Como vimos, un criterio principal, es que exista muy baja o nula tributación sobre rentas para no residentes y los criterios subsidiarios son, la falta de intercambio efectivo de información y la falta de transparencia.

Ante las reiteradas críticas recibidas de parte de la comunidad internacional, en particular, en el contexto del proceso de lucha contra las prácticas fiscales nocivas y el temor a que el Proyecto de Prácticas Tributarias Dañinas de la OCDE alcanzara a Uruguay²¹, lo cual hubiera sido francamente perjudicial, el gobierno uruguayo sancionó la ley N° 18.083 de Reforma Tributaria, que entró en vigencia el 1° de Julio de 2007.

Esta ley introduce el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas y una serie de conceptos tales como, el de establecimiento permanente y el de precios de transferencia, que tienen su origen en recomendaciones y lineamientos elaborados por la OCDE²², siendo su elemento más destacable, la eliminación de las controvertidas SAFIs (Sociedades Financieras de Inversión) que daban cobertura legal a empresas offshore.

Las Sociedades Financieras de Inversión (en adelante SAFIs), también llamadas en el lenguaje comercial corriente “holding companies”, instituidas en Uruguay desde 1948 por la ley 11.073, se caracterizaban por tener como objeto, la realización en forma directa o indirecta, por cuenta propia o de terceros o para terceros, de inversiones en el extranjero en títulos, bonos, acciones, cédulas, debentures, letras, bienes mobiliarios e inmobiliarios²³.

A través de las SAFIs, se desarrollaban todo tipo de operaciones fuera de Uruguay (los activos que formaban sus inversiones, debían hallarse radicados en el exterior y éstas inversiones en el exterior, debían constituir su actividad principal), con agilidad y bajos costos en el país, permitiendo mantener a los titulares de la operación en un completo anonimato, puesto que, éstas sociedades gozaban de la protección del secreto bancario, fiscal y profesional, contemplados en la legislación uruguaya.

Según documenta el propio proyecto de ley de reforma, publicado en el mes de Marzo de 2006: *“Si bien en muchos casos tales críticas son infundadas, es indudable que éstas sociedades caracterizadas por un régimen tributario especial, constituyen un instrumento anacrónico, inadecuado a los estándares que impone la legislación comparada y las recomendaciones de los organismos multilaterales especializados en esta problemática. Es por ello que se propone la prohibición de la constitución de dichas sociedades especiales a partir de la entrada en vigencia de la reforma, así como la adecuación de las existentes al régimen de tributación de las sociedades en general no más allá del 31 de Diciembre de 2010”*²⁴.

En efecto, con la entrada en vigencia de la reforma tributaria, queda prohibida la constitución de nuevas Sociedades Financieras de Inversión en Uruguay y la obligatoriedad de la adecuación de las existentes, al régimen general de Sociedades Anónimas, con plazo para reformar sus estatutos y realizar los trámites correspondientes para adaptar su forma jurídica al régimen general ante la Auditoría Interna de la Nación, Registro Nacional de Comercio, DGI, BPS, MTSS, BSE, así como las publicaciones en el Diario Oficial y otro de circulación local, la emisión de nuevas acciones y libros de comercio, hasta el 31 de Diciembre de 2010²⁵.

21 Proyecto de Ley de Reforma Tributaria. 16-03-2006.

22 Aisenberg, Luis. *La OCDE y la Reforma Fiscal*. Nuevo Sistema Tributario. Recopilación de artículos elaborados por el Departamento de Asesoramiento Tributario y Legal de KPMG. 2008. Pág. 121

23 . Olivera García, Ricardo. *Las Sociedades Financieras de Inversión en el Derecho Uruguayo*. Anuario de Derecho Comercial. Vol. 5 . Pág. 199.

24 *Proyecto de Ley de Reforma Tributaria*. 16-03-2006.

25 González Freire, Gabriela. *Fin de las SAFIs en el Uruguay*. Fundación de Investigación y Estudios Fiscales y Económicos Regionales. www.iefer.org.ar/trabajos/finsafi

A pesar de la reforma tributaria introducida y de los avances que supone respecto al modelo OCDE, en el mes de Abril del año pasado, se generó una confusa situación, a consecuencia de un error de varias agencias de prensa internacionales y varios medios de comunicación europeos, que informaron que la OCDE había incluido a Uruguay en su lista de paraísos fiscales.

Ante ésta situación, el gobierno uruguayo, rechazó enfáticamente ésta calificación discriminatoria, manifestando que nunca constituyó un paraíso fiscal y menos aún después de aprobada la Reforma Tributaria, que constituye un avance hacia una mayor transparencia, ya que refuerza la tributación a los no residentes (lo que va en sentido opuesto al criterio principal utilizado por la OCDE para definir a un paraíso fiscal) y porque se eliminan las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión.

Como consecuencia de éste episodio, el entonces Ministro de Economía y Finanzas uruguayo Cr. Álvaro García, emite una misiva al Secretario General de la OCDE, informando a esa entidad, que Uruguay adopta formalmente los estándares de transparencia e intercambio de información fiscal, de acuerdo con lo que establece el Artículo 26 de la versión 2005 del Modelo de Convenio de Impuestos de la OCDE²⁶.

El 3 de Abril de 2009, la OCDE da la bienvenida a la decisión de la República Oriental del Uruguay, de adoptar formalmente su estándar para el intercambio de información fiscal y manifiesta su conformidad con que Uruguay “*se una al creciente número de países que desean cooperar para combatir la evasión fiscal y otros abusos fiscales*”²⁷.

En la misma fecha, la OCDE emite un informe, donde califica el grado de cumplimiento de los distintos países respecto de la normativa internacional para la seguridad del sistema financiero y fiscal.

En éste sentido, distingue cuatro grados de países: los que han implementado sustancialmente las reglamentaciones internacionales sobre información fiscal; los que son calificados como paraísos fiscales (de acuerdo con el ya citado Protocolo de 1998); otros centros financieros (que no califican como paraísos fiscales) y por último, los países que aún no cumplen con el intercambio de información tributaria y fiscal pero que se han comprometido a implementarlo. En este último grupo está ubicado Uruguay²⁸.

A pesar de los “avances” realizados por Uruguay en la materia, sigue quedando en el tapete el tema del secreto bancario, que continúa estando vigente en nuestro sistema jurídico, aunque flexibilizado por la Reforma Tributaria, que dotó a la Dirección General Impositiva de nuevas herramientas para controlar, fiscalizar y forzar el pago de tributos.

El secreto bancario, actualmente supone el principal punto de controversia con el standard OCDE, ya que ésta institución lo acusa de afectar los esfuerzos tendientes a combatir el lavado de dinero y el financiamiento terrorista y recalca la importancia de celebrar acuerdos para evitar la doble tributación con éste modelo, que precisamente, habilita al fisco de un país a que ante su solicitud al fisco de otro país, el Poder Ejecutivo, levante el secreto bancario, sin una orden judicial, para brindar información a los países con los que se firme acuerdos.

Si bien con la ley 18.083, se flexibiliza el secreto bancario tal como existía hasta el año 2007 en nuestro país y se instituyen las figuras del levantamiento del secreto bancario por denuncia fundada de la DGI ante la Sede Penal competente (que alcanza exclusivamente a las operaciones en cuenta corriente y caja de ahorro) y la traba de embargos de cuentas bancarias; lo cierto es que, ésta figura aún no se adapta a los estándares exigidos por la OCDE para la celebración de acuerdos²⁹.

26 Declaraciones del Ministro de Economía y Finanzas Cr. Álvaro García a La República y recogidas por varios medios de prensa. 3 de Abril de 2009.

27 http://www.oecd.org/document/25/0,3343,en_2649_201185_42509273_1_1_1_1,00.html

28 OCDE. *A progress report on the jurisdictions surveyed by the OECD Global Forum in implementing the internationally agreed tax standard*. 2009. Pág. única.

29 Sforza, María del Carmen. **Cambios en el secreto bancario**. Nuevo Sistema Tributario. Recopilación de artículos elaborados por el Departamento de Asesoramiento Tributario y Legal de KPMG. 2008. Pág. 103.

Por lo cual, el pasado 7 de Junio, el Poder Ejecutivo remitió a la Asamblea General, un Proyecto de ley, que de aprobarse con su actual redacción, introduciría ajustes al Nuevo Sistema Tributario.

En ese sentido, se gravarían con el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas e Impuesto al Patrimonio, los préstamos efectuados a no residentes y los depósitos, colocaciones y participaciones en el capital en entidades no residentes.

Por otro lado, a los efectos de posibilitar el control de las nuevas situaciones gravadas y avanzar en el control integral de la tributación, el proyecto propone la modificación del actual artículo 54 de la ley 18.083, ampliando la posibilidad de acceso a la información en poder de las Instituciones de Intermediación Financiera, por parte de la administración tributaria y en aplicación de convenios internacionales suscritos por Uruguay (siempre sometiendo el proceso a la tutela jurisdiccional).

Asimismo, el Proyecto de ley establece la necesidad de modificar el actual artículo 54 de la ley, porque, como vimos, limita la información a proporcionar, exclusivamente a las operaciones en cuenta corriente y cajas de ahorro, limitación que entienden no es compatible con los objetivos del proyecto.³⁰

V – CONCLUSIONES

Del análisis realizado en el presente trabajo, podemos concluir, en primer lugar, que aunque la OCDE no tiene poderes legislativos, el hecho de estar conformada por las economías más sólidas del mundo, le permite elaborar “listas negras” de países “no cooperantes” con un efectivo impacto en la comunidad internacional y sugerir la aplicación de sanciones, como pretexto del combate a la evasión fiscal internacional, buscando así, eliminar la competencia que puedan hacerle a sus miembros otros centros financieros y desviando, de ese modo, sus objetivos fundacionales.

En segundo lugar, es claro que, cada país o jurisdicción, tiene la facultad de establecer el sistema tributario que le resulte más conveniente, como una expresión medular de su soberanía y por lo tanto, esto debería ser respetado por todos los países desarrollados integrantes de la OCDE.

No obstante, en los hechos, ésta exige a los OFCs que modifiquen sus leyes tributarias y se adapten a sus estándares, con el objetivo de lograr la transparencia, aunque en nuestra opinión, esto se trate de un intento de imperialismo fiscal.

Finalmente y en lo que respecta a la situación nacional, vimos que Uruguay, ante las constantes presiones recibidas, introdujo modificaciones importantes en su sistema tributario, que lo alejan aún más de la categorización de “paraíso fiscal”. No obstante, al haberse comprometido oficialmente a adoptar el estándar OCDE, tiene que rever el tema del secreto bancario.

En esa dirección se encuentra nuestro país en éste momento, con la remisión a la Asamblea General, por parte del Poder Ejecutivo, del Proyecto de Ley de ajuste del Nuevo Sistema Tributario, que de aprobarse con su actual redacción, introducirá cambios importantes en materia de acceso a la información en poder de las Instituciones de Intermediación Financiera, por parte de la administración tributaria, también en aplicación de convenios de intercambio de información.

30 *Proyecto de Ley de Reforma del Nuevo Sistema Tributario. Poder Ejecutivo. 7 de Junio de 2010.*

LA CUMBRE DE SAN JUAN ¿UN NUEVO IMPULSO DEL MERCOSUR?

JORGE E. FERNÁNDEZ REYES ^{1(*)}

I- INTRODUCCION

Los días 2 y 3 de agosto de este año, y como consecuencia de la finalización de la Presidencia Pro Tempore de la República Argentina, se desarrolló en la ciudad de San Juan – Provincia de San Juan, la habitual “Cumbre del MERCOSUR” en el marco de la XXXIX Reunión del Consejo del Mercado Común (i.e. órgano superior del MERCOSUR).

En dicha oportunidad, se celebran en forma prácticamente simultánea, las reuniones ordinarias de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante CCM), del Grupo Mercado Común (en adelante GMC), y naturalmente del Consejo del Mercado Común (en adelante CMC), es decir de los órganos decisorios del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). ⁽²⁾

Asimismo, y como ya es tradicional en este esquema de integración, se produce la Reunión de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR (es decir la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay), con participación de algunos de los Estados Asociados del MERCOSUR e invitados especiales.⁽³⁾

Las “Cumbres del MERCOSUR”, no son una instancia orgánica institucional prevista en el Tratado de Asunción o en el Protocolo de Ouro Preto o en una norma mercosuriana expresa, se trata de “instancias de reunión participativa” (con dicha denominación), y representan – del punto de vista formal – la culminación de la Presidencia Pro Tempore de uno de los Estados Parte, con las últimas reuniones ordinarias de los tres órganos decisorios del MERCOSUR (conforme a lo previsto en el Protocolo de Ouro Preto y las normas que regulan su funcionamiento).

Sin embargo, a nuestro criterio, y del punto de vista conceptual y sustantivo, las “Cumbres del MERCOSUR” revisten suma importancia en el marco del esquema de integración y son adicionalmente representativas de:

- (i) una evaluación de los resultados obtenidos en el proceso de integración durante el semestre que ejerció la Presidencia Pro Tempore el país que entrega la Presidencia, y ello se desprende claramente del informe que presentan los Coordinadores Nacionales que ejercieron durante dicho semestre la Presidencia Pro Tempore en el ámbito de los respectivos órganos decisorios y que culmina con el informe final a los integrantes del órgano político del MERCOSUR, es decir al Consejo del Mercado Común por parte del Ministro de Relaciones Exteriores del país que ejerció la PPT en el semestre que culmina;
- (ii) una evaluación de los resultados obtenidos – a nivel normativo – durante el ejercicio de la Presidencia Pro Tempore, principalmente a través de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común;

1 ^(*) Director del Master en Integración y Comercio Internacional De la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Director de la Secretaría del MERCOSUR.

2 Los órganos con capacidad decisoria se encuentran definidos en el artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto, y su régimen de funcionamiento se regula por dicho Protocolo y el Reglamento Interno de cada uno de los órganos.

3 En esta Cumbre de Presidentes además de los Estados Partes (se incluye a la República Bolivariana de Venezuela), participaron los Presidentes de los Estados Asociados de Bolivia y Chile; y como invitados especiales la Secretaria de Relaciones Exteriores de México; el Ministro de Industria de Egipto; el Secretario General de la UNASUR; la Secretaria Ejecutiva de CEPAL; el Secretario General de la ALADI; el Presidente Ejecutivo de la Corporación Andina de Fomento y el Director de la Oficina de la Representación de la SEGIB.

- (iii) una evaluación del estado del MERCOSUR en tanto proceso de integración, en lo interno, en lo regional y en lo internacional, al más alto nivel político, por parte de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR, y que se puede visualizar en cuanto a su contenido en la Declaración de los Presidentes del MERCOSUR, y por último;
- (iv) una evaluación del estado del MERCOSUR, desde la óptica de los Estados Partes y los Estados Asociados, extremo que se puede observar – a su vez - en la Declaración de los Presidentes del MERCOSUR y los Estados Asociados.

Sobre estas bases conceptuales y metodológicas, nuestra intención es analizar en este documento, los resultados de la última Cumbre de Presidentes, celebrada en la ciudad de San Juan – República Argentina.

Este breve introducción, orienta al lector en el contenido del trabajo, ya que las lecturas sobre los resultados de la Cumbre del MERCOSUR, son variadas, y no siempre coincidentes.

En efecto, hemos tenido oportunidad en este escaso lapso transcurrido desde la finalización de la Cumbre, prestigiosos analistas del MERCOSUR, que han resaltado los resultados positivos de la Cumbre de San Juan, que permitiría pensar en que se ha abierto “una nueva etapa del MERCOSUR” (4), o que se trata de la “última oportunidad”; o por el contrario se trata de las consecuencias de otras negociaciones ajenas al MERCOSUR y que se derraman sobre el esquema de integración en forma inevitable.

II- ANALISIS DE LA CUMBRE DE SAN JUAN

Este artículo no pretende ser un análisis exhaustivo de los distintos resultados de la Cumbre de San Juan, sino que por el contrario pretende destacar aquellos extremos representativos de una realidad diferente a lo acontecido durante los últimos años, que a nuestro criterio se desprende de distintos elementos que se dieron en dicha Cumbre.

Inicialmente, a nivel interno, es decir, en el orden jurídico del MERCOSUR, y en el marco de una profundización del proceso de integración, por primera vez en un largo tiempo, se pueden apreciar, al menos, definiciones importantes sobre aspectos trascendentes en la línea de la conformación definitiva de la Unión Aduanera en el MERCOSUR.

En efecto, tres son las Decisiones que permiten realizar la afirmación precedente:

- (i) la Decisión CMC No. 27/10, que aprobó el Código Aduanero del MERCOSUR (CAM);
- (ii) la Decisión CMC No. 10/10, que reglamenta la eliminación del doble cobro del arancel externo y la distribución de la renta aduanera;
- (iii) la Decisión CMC No. 17/10, que crea el Documento Único Aduanero; y
- (iv) la Decisión CMC No. 16/10, que establece el Manual de Procedimientos de Control del valor en aduana.

Las Decisiones señaladas anteriormente, demuestran una clara voluntad política, al igual que de su contenido resulta una gran creatividad para dirimir y disimular posiciones encontradas de los Estados Partes.

La simple lectura de los títulos de las Decisiones referidas, si bien son altamente alentadores acerca del alcance de lo acordado en el esquema de integración, también nos obligan a adoptar una opinión prudente en cuanto a su aplicación en la realidad de los Estados Parte.

En efecto, no es ajeno a nuestra consideración, que el contenido de dichas Decisiones no es de aplicación inmediata y por lo tanto no tienen una implementación automática en la región integrada, esto es, que (i) es necesaria su incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados Partes para adquirir vigencia en cada uno de ellos (y consecuentemente la vigencia simultánea que preceptúa el POP); que (ii) es necesaria la reglamentación de algunos aspectos establecidos en las normas en cuestión; y que (iii) en las propias disposiciones se disponen plazos – en algunas situaciones - prolongados para su efectiva aplicación, a los efectos de que se produzcan los ajustes organizativos en cada uno de los países.

4 PEÑA, Félix – Negociaciones comerciales de la Argentina – <http://felixpena.com.ar> – visita octubre 2010.

En suma, ahora corresponde que los compromisos asumidos sean cumplidos en toda su dimensión y realmente tenga la aplicación práctica y real que se proyectó en su aprobación en el ámbito del MERCOSUR, esto es, que tengan vigencia, eficacia y eficiencia en todos y cada uno de los Estados Partes del esquema de integración.⁵

No obstante ello, no menos cierto, es que se trata de señales auspiciosas en lo interno del proceso, en la medida que las negociaciones sobre aquellos aspectos esenciales para salir de la Unión Aduanera “imperfecta” o “incompleta” que se encuentra el MERCOSUR desde su ingreso a dicha condición en el año 1994, parecían no tener resultado alguno.

En segundo lugar, y también en lo que respecta al ámbito interno del proceso de integración, es dable destacar la aprobación de una serie de Proyectos en el marco del Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM).

Dicho Fondo fue creado por los Estados Partes del MERCOSUR, con la finalidad de ir superando las asimetrías entre los países que forman parte del proceso de integración, y Programa de Convergencia Estructural, en base a aportes diferenciales de los Estados y asignaciones también diferenciales pero a la inversa de las aportaciones, con la finalidad de financiar Programas claramente definidos (Programa de Desarrollo de la Competitividad; Programa de Cohesión Social; Programa de Fortalecimiento de la Estructura Institucional y del Proceso de Integración) (6).

Se aprueban entonces 8 (ocho) Proyectos por un monto aproximado a los U\$S 800 millones de dólares que en forma resumida son: (i) Construcción de la línea de transmisión eléctrica 500 kv Itaipú- Villa Hayes, la Subestación Villa Hayes y la ampliación de la Subestación margen derecha de Itaipú; (ii) Interconexión Eléctrica de 500MW Uruguay-Brasil; (iii) Rehabilitación y pavimentación asfáltica del tramo Concepción Vallemí; (iv) Vínculo de Interconexión en 132 Kv ET Iberá – ET Paso de los Libres Norte; (v) Intervenciones integrales en los edificios de enseñanza obligatoria en los departamentos General Obligado, Vera, 9 de Julio, Garay y San Javier- Provincia de Santa Fe; (vi) Ampliación del sistema de saneamiento de Ponta Porã – MS; (vii) Calificación de Proveedores de la Cadena Productiva de Petróleo y Gas; (viii) Intensificación y Complementación Automotriz en el Ámbito del MERCOSUR y Pymes Exportadoras.(7)

En tercer lugar, nos parece muy importante, en el marco de las relaciones externas del MERCOSUR, la confirmación de la reanudación de las negociaciones con la Unión Europea, que se encontraban en suspenso desde hace 6 (seis) años.

Sin perjuicio de que es prematuro formular consideraciones sobre la apertura de nuevas instancias negociadoras entre estos dos bloques regionales, se puede afirmar que en la primera ronda formal (i.e. XVII Reunión del Comité de Negociaciones Birregionales) se han constatado interesantes avances.

Complementariamente, se concretó la firma del Tratado de Libre Comercio MERCOSUR – Egipto, la suscripción de Acuerdos en materia de cooperación técnica con la Corporación Andina de Fomento (CAF), la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS), y con la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

Del desarrollo realizado precedentemente, surgen señales sumamente positivas para la profundización del proceso de integración, aunque la voluntad política de los gobiernos de los Estados Partes, sigue siendo demasiado influyente en la marcha del MERCOSUR hacia los objetivos plasmados en el Tratado de Asunción hace prácticamente 20 años.

5 Esta visión auspiciosa del proceso de integración, no debe distraer la atención de los Gobiernos de los Estados Partes, y en sustancia de los Estados Partes, de dar cumplimiento a la incorporación de normas esenciales a la profundización del esquema de integración, como es el tratamiento de las inversiones (entre los Estados Partes y Terceros Países), dado que se trata de Protocolos que aún descansan en los estamentos gubernamentales de los países sin ser aprobados (a vía de ejemplo, Decisión CMC No. 11/93 - Protocolo de Colonia sobre Inversiones en el MERCOSUR y Decisión No. 11/94 - Protocolo de Buenos Aires, sobre Inversiones de Estados No Partes).

6 Decisión CMC No. 18/05, que refiere a la “Integración y funcionamiento del Fondo para la Convergencia Estructural y Fortalecimiento de las Instituciones del MERCOSUR”.

7 Decisiones CMC Nos. 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 11.

Lamentablemente, estas señales que nos permiten hoy ser más optimistas, responden principalmente a la superación de obstáculos que los propios países se habían impuesto entre sí, por distintas razones que notoriamente eran ajenas al propio proceso, y residualmente a un avance creativo y novedoso del MERCOSUR.

Esperemos que una vez superados los obstáculos mencionados, los negociadores pueden avanzar cualitativa y cuantitativamente en la implementación de un proceso que lo necesita más que nunca, so pena de profundizar cierto desánimo de la sociedad civil de todos y cada uno de los Estados Partes, respecto a la eficacia y eficiencia del MERCOSUR en cuanto al cumplimiento de sus objetivos básicos.

MEDIACIÓN PENAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA PENAL SIN JUECES ¹

PABLO GALAIN PALERMO²

A. INTRODUCCIÓN

1. Al igual que otros países ligados a la Unión Europea, Portugal debe cumplir con una serie de recomendaciones en materia de política criminal, que pretenden una armonización supranacional de las reacciones nacionales a la comisión de infracciones y/o delitos por medio del Derecho penal o la adopción de medios alternativos para la resolución de los conflictos.³ A estas exigencias, se puede decir que Portugal ha cumplido con regularidad, aún cuando la asunción de todas ellas pudiera significar un precio muy alto que pagar en materia de coherencia intrasistémica.⁴

El sistema penal portugués construido luego de la dictadura de Salazar es un sistema armónico y respetuoso de los principios democráticos exigidos en las naciones más civilizadas,⁵ que admite diversas y muy distintas reacciones frente al delito, todas ellas según principios político-criminales que combinan la proporcionalidad entre el acto y la dañosidad social, la subsidiariedad y la intervención penal como *ultima ratio*, la celeridad y efectividad de la administración de justicia, así como acepta en su seno las fórmulas de consenso entre los sujetos implicados por el delito.⁶

Todas estas opciones ya existían en el sistema penal portugués con la reforma del Código del Proceso Penal aprueba por el Decreto-ley n° 78/87, de 17 de Febrero de 1987.⁷ Este sistema penal, a diferencia de otros

1 Este artículo fue escrito para el libro Homenaje del Profesor Jorge de Figueiredo Dias, publicado en *Stvdia Ivridica* 100 ad Honorem 5, Universidade de Coimbra, Coimbra ed, 2010, pp. 821-858.

2 Doctor Europeo en Derecho. Investigador responsable de la Sección Portugal y colaborador científico de la Sección Latinoamérica del Instituto Max-Planck Freiburg i.B, Alemania.

3 Cfe. Resolución (77), 27 de la Convención Europea de 1983; Recomendación (83), 7, de 23.06.1983; Recomendación (85) 11 de 28.06.1985; Recomendación (87), 18 de 17.09.1987; todas del Consejo de Europa; Recomendación (99), 19, de 15.09.1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Sobre la política criminal a seguir, Documento con conclusiones del Consejo de Europa (Tampere 15-16.10.1999); Documento elaborado por los Ministros de Justicia de los Estados-miembro de la UE (Helsinsqui 07-08.04.2005).

4 Vide ALMEIDA COSTA, "Alguns princípios para um direito e processo penais europeus", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 4 fasc. 2, 1994, p. 199.

5 Vide FIGUEIREDO DIAS, "Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, abr-jun 2007, p. 194. Como se ha dicho: "Es bueno aprender del ejemplo portugués, que después de disponer de un nuevo Código Penal emprendió la tarea de reformar en su totalidad el Código de Proceso Penal, con el mayor de los consensos posibles, con el control previo de constitucionalidad del Proyecto de Código; una labor reformadora que no se dejó atrapar por las corrientes modernas de simplificación procesal a ultranza, a cualquier coste, incluso sacrificando derechos y garantías fundamentales". Vide RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ed. Universidad Salamanca, 1997, p. 296.

6 Vide MIRANDA PEREIRA "Sanções e medidas de execução na comunidade". A importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção", en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 8, fas. 3, Julho-Setembro 1998, p.449; GALAIN PALERMO, "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", *Revista do Ministério Público*, 106, Ab-Jun 2006, Lisboa, pp. 57 y ss.

7 Entre el 21-23 de marzo de 2007 se llevó a cabo en la Universidad do Minho un coloquio para discutir los 20 años de funcionamiento de este nuevo Código del proceso penal portugués. Dicho encuentro sirvió de homenaje al Prof. Dr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS y se denominó: «Que futuro para o direito processual penal?». Allí se pudo apreciar que la mayoría de los participantes no estaba de acuerdo con una nueva reforma del sistema procesal penal, pues la misma podría ser considerada como un elemento extraño dentro de la lógica que inspiraba a la reforma de 1987. En dicho evento se denunció la marcha sin pausa hacia un derecho penal de autor (para algunos incluso se trata de un derecho para luchar contra

sistemas penales de la Europa continental, conoce desde entonces variadas formas de resolución alternativa del conflicto: la suspensión condicional o provisoria del proceso (cfr. Arts. 281 y ss CPPP), el sobreseimiento en caso de dispensa de pena (cfr. Art. 280 CPP), el reproche de culpabilidad con dispensa de la ejecución de la pena (cfr. Art. 74 CPP) y formas abreviadas de tramitación del proceso penal: el proceso sumario (cfr. Arts. 381 y ss CPP), abreviado (cfr. Arts. 391.º-A y ss CPP) y sumarísimo (cfr. Art. 392 y ss CPP).

Estas figuras penales han ingresado al sistema jurídico portugués de un modo armónico según una política criminal coherente que se basa en la prevención de la lesión de bienes jurídicos y que diferencia dentro de una escala proporcional de reacciones frente al delito, sin renunciar a los criterios de justicia (vgr. principio de proporcionalidad) ante la búsqueda de eficacia y celeridad. Dentro de ese sistema coherente que legislativamente combina a las instancias de oportunidad y discernimiento del fiscal con las exigencias de la legalidad y oficialidad del ejercicio de la acción, también hay lugar para las soluciones de consenso que dan participación a la víctima u ofendido por el delito⁸ y le otorga beneficios procesales.⁹ Y todo ello, regulado de tal forma que puede ser considerado como un modelo a seguir.¹⁰

2. La condición de Estado-miembro de la UE “obliga” a la implementación de determinadas recomendaciones que provocan un reto demasiado grande para el legislador, que a veces no percibe con claridad que la ratio de las mismas ya se encuentra recogida en el seno del sistema.¹¹ Esto puede decirse en relación con las resultancias del TFUE (Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, 18-19.10.2007) que en el nivel de la cooperación judicial y policial entre las diversas administraciones de justicia nacionales, exigió la creación de mecanismos de diversion o de resolución alternativa de los conflictos sociales más graves (cfr. Art. 69-E.2, al. C, TFUE). Entre estos mecanismos, la UE insistió nuevamente¹² en la implantación de la mediación como forma alternativa de resolución del conflicto penal y ello derivó en la creación de la Ley 21/2007 de 12.06.2007, que permitió el ingreso de la mediación al interior del sistema procesal penal portugués. El legislador y la doctrina portuguesa coinciden que a través de esta norma se da ingreso al sistema penal nacional a lo que la doctrina penal y criminológica denominan “justicia restauradora”, un modelo que quiere romper con las decisiones verticales de los conflictos.¹³ Los defensores de la justicia restauradora pretenden una devolución

enemigos), que abrevia etapas procesales, que prescinde de la relación de causalidad entre acción y resultado, que se basa en meras omisiones de actuación, que permite negociaciones entre el fiscal y el presunto responsable a espaldas del juez, que exige la compensación del injusto sin probar la culpabilidad, entre otras características ajenas a un derecho penal liberal y garantista. Vide GALAIN PALERMO/MONTE FERREIRA/LOUREIRO, „Portugiesisch-deutsches Kolloquium: „Die Zukunft des Strafprozessrechts“, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 120, 2008, Heft 3, pp. 655 y ss.

8 Cfr. Título III. Do arguido e do seu defensor. Artículos. 57 a 67 CPPP

9 Cfr. Título IV. Do assistente. Artículos 68 a 84 CPPP.

10 Así lo he manifestado en “Formas de consenso”, cit, pp. 43 y ss.

11 En el sistema penal alemán, siguiendo la Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, la *Opferschutzgesetz* de 1986 intentó mejorar la situación procesal de la víctima, otorgando a ésta derechos procesales, aunque no se haya constituido como querellante, con el objetivo de facilitar la reparación del daño sufrido. Frente a dicha norma, una parte de la doctrina, desde un punto de vista más conservador y reticente a una supra-valoración del principio de igualdad de armas, trasladado a la relación entre *Täter* y *Opfer*, ha criticado el aumento de los derechos de la última, en el entendido que los mismos, podrían significar -como contrapartida- una disminución de las garantías del acusado. Vide SCHÜNEMANN, „Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflegen“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, p. 198. Luego, la Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleich vom 20.12.1999 (BGBl. 1999 I, 2491) implementó esta forma de mediación como una condición o instrucción para suspender condicionalmente el proceso (cfr. § 153a Abs. 1 StPO, sobreseimiento por allanamiento, según reciente terminología utilizada por ROXIN, vide “Acerca de la evolución del derecho penal alemán”, trad. Alejandro Kiss, ed. Hammurabi, Buenos Aires, en vías de publicación). La discusión sobre este punto continúa al día de hoy, vide JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung. Verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153a Abs. 1 StPO*, Dr. Kovac Verlag, Hamburg, 2008, pp. 119 y ss.

12 Cfe. nota de pie 3. También Recomendación R (2006) 8, nº 13 de 14.06.2006.

13 Vide DALY, “Restorative Justice. The real story”, en *Restorative Justice*, DECLAN ROCHE (ed), Ashgate, Dartmouth, London, 2003, pp. 57 y ss. En el mismo volumen ZEHR/MIKA, “Fundamental concepts of Restorative Justice”, pp. 54 y s. En España la doctrina tradicional niega cualquier posibilidad de justicia restauradora, vide por todos ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 445. Otros se refieren a la conciliación y la reparación como una posible tercera vía en el sistema penal, vide PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada 1999, pp. 268 y ss. Sin embargo, en trabajos recientes se comienza a hablar de la posibilidad de aceptar en el sistema penal la mediación en relación con la justicia restauradora, vide por todos GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 169 y ss. De todas formas, la doctrina penal sigue observando en forma crítica la relación entre la mediación con el sistema penal y una “justicia reparadora”, porque el ingreso de esta forma de componenda del conflicto penal puede significar una expansión del sistema penal, vide MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?”, GARCÍA VALDÉS ET ALL (coords), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 465 y ss, 496.

del conflicto a los actores sociales sin participación de los operadores tradicionales de la justicia penal, objetivo que no ha sido correctamente interpretado por el legislador portugués, que con la implementación de la mediación en el sistema penal, sólo ha prescindido de la figura el juez.

3. Mi contribución a este libro homenaje pretende reflexionar sobre las distintas propuestas que se consideran bajo el paraguas de la “justicia restauradora”, con el objetivo de determinar si las nuevas propuestas de consenso (mediación, reparación) son parte de un modelo **alternativo** de resolución de los conflictos distinto al proceso penal, o si en realidad se trata de figuras **complementarias** de lo punitivo que tienen que ubicarse dentro del sistema penal. La reflexión también pretende determinar la necesidad y oportunidad de adoptar en el sistema penal portugués la institución de la mediación, del modo en que fue implementada por la Ley 21/2007 de 12.06.2007.

B. DERECHO PENAL Y FORMAS DE CONSENSO: DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL CONTINENTAL Y EL COMMON LAW.

4. El desarrollo del derecho penal liberal en el sistema continental europeo, en particular de la teoría de la dañosidad social, basada en la lesión a bienes jurídicos y de la teoría de la pena, condujo a lo que los abolicionistas denominan: “la expropiación del conflicto”,¹⁴ porque el derecho penal no se puede abocar a la resolución de conflictos privados sino solamente de conflictos sociales.¹⁵ En este sentido, el fin de la pena, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, reside en la prevención por medio de la represión.¹⁶

El derecho penal liberal del sistema continental monopolizó en el Estado la potestad de administrar justicia, legitimando esa expropiación en el principio de igualdad y en la pretensión de eliminar todo vestigio de venganza privada. Para ello, las penas no podían ser negociadas entre las partes involucradas, ni se podía permitir ningún tipo de acuerdo sobre la naturaleza o monto del castigo. En esta concepción del derecho penal, las consecuencias jurídico-penales no pueden surgir del consenso, sino de un juicio de reproche proveniente de la decisión de un tercero imparcial, que procura cumplir con las expectativas generales.¹⁷ La sanción penal

14 Cuando interviene el Derecho penal el conflicto se politiza y burocratiza, pues el mismo resuelve los conflictos sociales como si de un problema técnico se tratara, privándolos de su real connotación política y social. Vide BARATTA, “Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, trad. Beatriz Lenzi, *Derecho Penal*, año 10, octubre-diciembre 1987, n° 40, p. 644. En opinión de CHRISTIE, “*lo que representa la más significativa pertenencia sustraída es el conflicto en sí mismo, y no los bienes originalmente arrebatados a la víctima, o a ella restituidos*”. Vide CHRISTIE, “Los conflictos como pertenencia” trad. de Bovino y Guariglia, en *De los delitos y de las víctimas*, Reimpresión, ad-hoc, Buenos Aires, 2001, p. 169.

15 El sistema penal no puede estar orientado hacia los individuos, y en ese sentido, AMELUNG diferencia entre el fin y la función de la norma, y considera que la función del derecho penal tiene que guardar relación con la protección y restitución del sistema lesionado y no con (la reparación) del individuo. Vide AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Atehnäum Verlag, Frankfurt, 1972, pp. 354 y ss. El daño social causado por el delito puede afectar a una persona en particular, la cual tiene la posibilidad de intervenir en el proceso penal en defensa de su interés o de sus derechos, pero también, es un daño que atenta contra la generalidad al lesionar el ordenamiento jurídico. Este daño que provoca el delito y que interesa al Derecho penal es aquel que atañe a la generalidad y que no puede ser solucionado de forma privada, por un simple acuerdo de restitución o de compensación entre el autor y la víctima. Ibidem, pp. 368 y ss.

16 Vide por todos, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Auf. § 3 Rn. 3; BverfGE 45, pp. 254 y s.

17 Así lo impone la Constitución, en el caso alemán el Art. 92 de la GG. El Derecho penal tiene que solucionar un conflicto social e intentar reducir la complejidad del sistema, y para ello, las expectativas deben ser comunes y no individuales (del autor o de la víctima), permanentes o válidas por largo tiempo y objetivas (que sirvan para distintas situaciones y personas). Vide LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp, Frankfurt, 1983, p. 42. El cuidado de las libertades de los individuos o la búsqueda de consenso social no forman parte de los objetivos del proceso judicial, que se encamina a la legitimación del *statu quo* y a la perpetuación de las relaciones de poder-comunicación que requieren de decisiones eficaces y funcionales, que no pueden surgir del consenso. Vide TERRADILLOS, “Criminalización”, REYES (Director), *Terminología científico-social*, PPU, Barcelona, 1988, p. 208. LUHMANN niega la racionalidad comunicativa como base del consenso, puesto que no hay comunicación fuera del sistema social, y los individuos se encuentran en el entorno. Vide LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, 2. Auflage, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005, p. 114. Sin embargo, si bien la comunicación en el proceso es una “comunicación dirigida y dominada unilateralmente”, donde no todos los participantes se sitúan en una posición similar, ello no tiene por qué impedir etapas comunicativas dentro del proceso penal de un sistema democrático de Derecho, que brinde mayores espacios de comunicación en un sentido dialogal

implica siempre un juicio de desvalor ético-social que es consecuencia de la búsqueda de la verdad.¹⁸ Las expectativas generales se contemplan con la imposición de una sanción cuya ejecución intentará satisfacer una finalidad preventiva general. Consecuencia directa de esta concepción del Derecho Penal, como otrora dijera BINDING, las expectativas individuales (y las soluciones de consenso, vgr. mediación, reparación del daño) son consideradas como una cuestión exclusiva del derecho civil.¹⁹

5. Esta concepción del sistema penal de la Europa continental, que separa tajantemente la compensación del daño a la víctima de las funciones del derecho penal no es pacífica, ni puede adquirir validez universal. En los sistemas penales del *common law* y de oriente medio,²⁰ así como en los sistemas consuetudinarios de sociedades tribales²¹ y de pueblos indígenas (incluso de Latinoamérica),²² la reparación y otras formas de compensación de la víctima por parte del autor del delito, siguen ocupando un lugar de privilegio en el sistema de sanciones.²³

Hoy en día, en los países pertenecientes al *common law*, a diferencia de lo que sucede con los países del sistema continental europeo, no se discute sobre la inclusión de formas consensuadas de solución del conflicto penal, ni sobre la consideración de la mediación y la reparación como instituciones penales, sino que el punto álgido se refiere a resolver sobre a qué modelo de justicia ellas pertenecen.²⁴ La discusión actual en el sistema del *common law* se centra en cuál es el mejor modelo de justicia para albergar a las distintas propuestas de reparación del daño.²⁵ La doctrina diferencia entonces un *modelo retributivo*, que llaman “Justicia Retributiva” (al que prefiero referirme como *modelo tradicional* o “Justicia Tradicional”) y un *modelo restaurador*, al que denominan como “Justicia Restauradora”.²⁶

antes que meramente impositivo. Vide HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 158 y s.

18 Vide HASSEMER, “Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”, trad. Valle Mariscal, GARCÍA VALDEZ ET ALL (COORDS.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, cit, p. 387.

19 Vide BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. Aufl., Leipzig, 1890, p. 288.

20 Las prácticas de resolución comunitaria y compensatoria de los conflictos no son propiedad exclusiva de los sistemas del *common law*, sino que son moneda corriente en los sistemas tradicionales de Medio Oriente, vide ALBRECHT/SIMON/REZAEI/ROHNE/KIZA (Hrsg.), *Conflicts and Conflicts Resolution in Middle Eastern Societies- Between Tradition and Modernity*, Duncker&Humblot Berlin, 2006.

21 Las primeras manifestaciones de la JR se basaban en las tradiciones de pueblos tribales de Nueva Zelanda, Australia, Canadá y EEUU, para la resolución de sus conflictos sociales. Vide RUDIN, “Aboriginal justice and restorative justice”, ELLIOTT/GORDON (ed) *New Directions in Restorative Justice. Issues, practice, evaluation*, Willan Publishing, 2005, pp. 89 ss.

22 Vide BORJA GIMÉNEZ, “Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis”, en FLORES GIMÉNEZ (Coord.), *Constitución y pluralismo jurídico*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 111 y ss; “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”, en BERRAONDO (Coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao, 2006, pp. 663 y ss; “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”. *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal*, 2006 (Lima y Friburgo –Suiza-, 2007); pp. 101 y ss; TIFFER SOTOMAYOR, *Die Wiedergutmachung im Strafrecht der Lateinamerikanischen Länder im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland*, Magisterarbeit, Rechtswissenschaft Fakultät Albert-Ludwig Universität Freiburg, 1989, VII.

23 En realidad, las formas de resolución de los conflictos son muy diversas, sin embargo, comparten los mismos fines reparadores e inclusivos, que no son ajenos a muchas sociedades modernas. ZEHR, “Evaluation and restorative justice principles”, ELLIOTT/GORDON, *New directions in restorative justice*, cit, p. 299.

24 ²⁴ La falta de uniformidad de los modelos restaurativos es de tal magnitud que ni siquiera se han puesto de acuerdo en una definición de *justicia restauradora* que sea válida para todos ellos. Todavía hoy parece que la definición más aceptada es la que brindara TONY MARSHALL en “*The evolution of restorative justice in Britain*”: **justicia restauradora es un proceso en el cual acaecido un delito, todas las partes que tengan un interés en el mismo, intentan de consuno una solución colectiva de cara a las implicaciones de futuro**. Vide DALY, “The real story”, cit, p. 58; ZEHR/MIKA, “Fundamental concepts of restorative justice”, cit, p. 80. En una posición crítica DIGNAN, *Understanding victims and restorative justice*, Open University Press, England, 2005, pp. 3 y ss.

25 Entretanto, há quem desconfie das vantagens dos meios alternativos (*diversion*) para a vítima, que, ainda que a permita obter uma rápida reparação, por outro lado, a priva do direito a um processo judicial. “Whether they favour the interest of victims is more difficult to say since diversion deprives victims of their day in court...”. Ver ASHWORTH/ZEDNER, “Defending the criminal law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, *Criminal Law and Philosophy* vol. 2, Number 1, January 2008, p. 26.

26 “La giustizia riparativa può essere definita in breve come una forma di risposta al reato che coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di soluzioni agli effetti del conflitto generato dal fatto delittuoso, allo scopo di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo”. Vide CERETTI/MAZZUCATO, “Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d’Europa e O.N.U.”, *Diritto Penale e Processo*, 6/2001, p. 772.

6. Esta discusión sobre dos modelos diferentes de hacer justicia no se ha trasladado a los países del sistema continental, sino que las distintas propuestas que exigen un papel de mayor relevancia al consenso (mediación) y a la reparación en el derecho penal, han ingresado directamente a través del proceso penal, bajo el manto de legitimación que les otorga una supuesta orientación político-criminal hacia los intereses de las víctimas.²⁷

Téngase en cuenta, no obstante, que el traslado de instituciones del sistema del *common law* al *continental law* requiere de una discusión previa, pues ambos sistemas parten de premisas muy disímiles. En los sistemas pertenecientes al *continental law* el liberalismo político logró construir una justicia penal respetuosa de determinadas garantías y principios irrenunciables de todos los justiciables, en lo que puede considerarse como una lucha por la legalidad.²⁸ Esta lucha por la legalidad en el derecho penal material se sustentaba -precisamente- en el principio de legalidad, principio de reserva, en la culpabilidad por el acto, en la proporcionalidad entre el injusto y la pena y en las reglas de medición de la pena; mientras que en lo formal, hay que mencionar a los principios de no retroactividad, *favor rei, in dubio pro reo, nemo tenetur*, entre otros, que pretendían proteger al individuo de las arbitrariedades del sistema.²⁹

Por su parte, en los sistemas del *common law* el interés no se centraba en determinar criterios de justicia material o formal, sino de economía procesal, en lo que puede denominarse una lucha por la obtención de mayor celeridad y eficacia.³⁰ Para ello, se requería de un sistema procedimental acusatorio puro, en el que existieran verdaderas partes enfrentadas procesalmente, con tal poder de disposición sobre la esencia del litigio y sobre las garantías y principios, que permitiera que las partes pudieran negociar la solución más conveniente disponiendo del objeto del proceso, aceptando la culpabilidad sin prueba en contrario, la recolección privada de pruebas, etc.³¹ Es decir, las diferencias entre ambos sistemas eran sustanciales, mientras uno se centraba en la legalidad el otro se fundaba sobre fórmulas menos rígidas (que permitieran soluciones del conflicto con mayor celeridad y costos más bajos).³²

Filosófica y políticamente, los sistemas del *continental law* se aferran a los principios rígidos del Estado de derecho³³ y en sus autoridades democráticamente electas (los portadores de la *vox communi*), mientras que los sistemas del *common law* depositan su confianza principalmente en los individuos y en las estructuras sociales (*la vox citoyenne*).³⁴ Esta distinta opción filosófico-política sirve para explicar por qué en los sistemas

27 Sobre el redescubrimiento de la víctima y la *überraschende Konvergenz* ("sorprendente convergencia") político-criminal de los partidarios de distintas corrientes penales y criminológicas, vide SCHÖCH, „Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 9, 1984, pp. 385 y s; SEELMANN, „Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht“, *Juristenzeitung*, 1989, p. 670.

28 Vide MAIER, "Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal", GARCÍA VALDÉS ET ALL (COORDS.) *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 2390.

29 Vide SEELMANN, „Paradoxien“, cit, pp. 670 y ss; ESER, „Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen“, en *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 1007. MAIER menciona también el principio de formalización del procedimiento, que determinaba las características básicas para condenar penalmente: "juicio público, oral, contradictorio y continuo; las máximas relativas al juez natural y a la imparcialidad de los jueces de mérito...la garantía del recurso para el condenado". Vide MAIER, "Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal", cit, p. 2390.

30 Vide FERRAJOLI, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, 3ª edición 1998, pp. 567, 570, 746, 752.

31 ³¹ Un sistema adversarial (entre partes) arrastra los mismos inconvenientes que los procesos privados en los que la parte con mayor poder adquisitivo obtendrá las mejores pruebas para sostener su posición. De este modo ante la inexistencia de una autoridad supra partes que dirija la investigación y la instrucción previa al inicio del proceso, la única consecuencia negativa de este sistema adversarial puede encontrarse en las enormes desigualdades que pueden darse en la práctica para determinar el objeto del proceso y la recolección de las pruebas. Vide BACHMAIER, "Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal", en BACHMAIER (COORD), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, pp. 32 y s.

32 No obstante este objetivo utilitario, en la doctrina anglosajona hay quienes opinan que dicho modelo es más formal, costoso e insume mucho más tiempo a la justicia que los modelos de la Europa continental. En opinión de ALSCHULER: "Como consecuencia, nuestro sistema, supuestamente acusatorio depende cada vez más de la prueba de la culpabilidad a través de la boca del propio imputado, que lo que sucede en cualquier sistema europeo inquisitorial". Vide ALSCHULER, "La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad. El «plea bargaining» y su historia", trad. Javier Mafuchi, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, n.º 12, 2001, p. 78.

33 Vide WERLE, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 33.

34 La noción de control social surge de los estudios sociológicos y criminológicos norteamericanos, (mientras que en Europa este concepto se desprendía del término "Estado") que han procurado "explicar la relación individuo-sociedad y

del *common law* tienen mayores posibilidades de éxito los modelos de *justicia restauradora* y las ideas de justicia comunitaria, vecinal o grupal.³⁵

Esta diferencia de base ayuda a explicar el éxito de la justicia restauradora en el mundo anglosajón, siempre dispuesto a encontrar la solución más económica y cercana a lo comunitario. Sin embargo, no se puede afirmar que los sistemas del *continental law* no hayan intentado adoptar similares principios restauradores, sino que como señala WALGRAVE, los sistemas del *continental law* siempre han pretendido desarrollar estos principios sin renunciar a las instancias formalizadas para administrar justicia.³⁶ Por ello, el legislador ha dado ingreso con singular éxito a una serie de instituciones que suponen alternativas a la pena (mediación, reparación del daño, trabajo en beneficio de la comunidad) dentro de un marco de “privatización del catálogo de sanciones”.³⁷

7. A pesar de las diferencias filosóficas y políticas advertidas existen similitudes político-criminales, puesto que ninguno de estos dos sistemas cuestiona que la prevención y el control social sean las metas del Derecho penal. El sistema penal se ha tornado esencialmente preventivo, no obstante, hay que tener en cuenta que la prevención puede ser una fuente de inspiración de la política criminal, pero ella no puede ser la meta del Derecho penal. Como dice HASSEMER, en el sistema penal la prevención no puede ser la meta a conseguir, porque ella sólo puede servir como respaldo de una reacción justa al delito.³⁸ Si la prevención fuera la meta del derecho penal, éste sólo alcanzaría el éxito destruyendo sus propios fundamentos.³⁹ Un derecho penal puramente preventivo que adelanta su intervención al campo previo al comienzo de ejecución de un determinado delito, por más grave que el delito sea o por más que peligroso que se pueda considerar a los potenciales autores, para no convertirse en un “derecho de policía”, tiene que respetar los principios constitucionales y caer dentro de las “fronteras del derecho penal” que reacciona frente a la comisión de un injusto culpable.⁴⁰ Una política criminal racional debería diseñarse según las necesidades de reacción frente al fenómeno del delito, respetando las características esenciales del sistema penal.⁴¹ En ese sentido, la búsqueda constante

legítimar el control social, concretamente, como reacción punitiva a la desviación. En dicha relación, primordialmente en el ámbito continental, tras la Revolución Francesa, se ha confundido la sociedad con el Estado”. Vide VARONA, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998, p. 446.

35 Vide WALGRAVE, “Restorative Justice in Comparison”, WINTERDYK/CAO (Ed), *Lessons From International/Comparative Criminology/Criminal Justice*, Sitter Publications, Ontario, 2004, p. 131. No debe extrañar que el trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal tuvo su primer desarrollo en los sistemas del *common law*, exigiendo el consentimiento del delincuente para su imposición. El “consentimiento” es un elemento de primer orden tanto en las distintas formas de mediación, conciliación, transacción como en el trabajo en beneficio de la comunidad, y es el primer requisito del trabajo en beneficio de la comunidad, que lo diferencia del trabajo forzado. Vide PRADEL, « Le consensualisme en droit pénal comparé », Coimbra, 1988, cit. p. 1. En el sistema portugués, el trabajo en beneficio de la comunidad es un sustituto de la pena de multa (cfr. Art. 48 CPPP), y consiste en una solución que permite sustituir a la reparación material, cuando por motivos económicos ésta no puede ser realizada. En estos casos el autor podría solicitar exponer dicha situación al magistrado para que se considere su voluntad de reparar y las circunstancias que impedirían su consecución en el plano material. La propuesta de realizar este tipo de trabajos en beneficio de la comunidad existe en el modelo italiano y en el de los países bajos. Vide PRADEL, « Travail d'intérêt général et médiation pénale. Aspects historiques et comparatifs », MARY PHILIPPE, (Dir), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 37.

36 Vide WALGRAVE, “Restorative Justice in Comparison”, cit. p. 128.

37 Vide KRAHL, „Privatisierung von Strafsanktionen“, SCHNEIDER et all (Hrsgs), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, De Gruyter Recht, Berlin, 2008, p. 498. En opinión de KRAHL, a este tipo de sanciones no les cabe ningún reparo desde el punto de vista jurídico.

38 Vide HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 277.

39 Ibidem, p. 279.

40 Vide SIEBER, „Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt. –Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, Heft 7, pp. 353 y ss.

41 También SCHÜNEMANN sostiene que con el remplazo del Derecho penal retributivo por el Derecho penal preventivo se desvirtúan las funciones de las instituciones penales. En ese sentido, en la actualidad se “refuerza la posición procesal de poder de las autoridades de prevención penal (Ministerio Fiscal y policía) a costa de la posición del inculpaado y su defensa, como también del juez, quien, si bien dicta la sentencia decisiva formalmente y hacia el exterior aún sobre la base del juicio oral, de facto actúa frecuentemente sólo como órgano de ejecución del Ministerio fiscal”. Vide SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, trad. Mariana Sacher, Dyckinson, 2005, p. 43.

de alternativas para enfrentar los fenómenos criminales y de alternativas a la privación de libertad, hoy se combina con la búsqueda de alternativas a la pena como consecuencia jurídica del delito.⁴²

Considérese que la inflación normativa, la naturaleza y el número de los delitos y la burocratización de los procesos de resolución que caracterizan a la modernidad tardía, han provocado un renacimiento de la posición de la víctima en el proceso penal y de los procesos de administración y gestión (negociación), y este sólo hecho, ha servido de legitimación a los medios alternativos de resolución del conflicto.⁴³ De este modo, la política criminal se ha orientado también a las necesidades del ofendido por el delito, procurando que con la intervención del sistema penal también se satisfagan los intereses de las víctimas directas (no sólo de las víctimas potenciales).⁴⁴ En ese contexto de redireccionamiento político criminal, son bienvenidos los mecanismos informales de resolución de los conflictos, que permitan una supuesta orientación a las necesidades de la víctima sin renunciar a la función de prevenir y controlar a la sociedad.⁴⁵ De este modo, tanto la mediación entre el autor y la víctima, como la reparación del daño se legitiman discursivamente⁴⁶ por tratarse de consecuencias jurídicas inclusivas,⁴⁷ auténticas instancias de participación y consenso de los “dueños del conflicto”, que parecen cumplir con una retracción del Estado y con la exigencia de “devolución del conflicto” a la sociedad.⁴⁸

8. La revalorización de la posición de la víctima y la posibilidad de encontrar consensos, dando participación para ello también al autor, han provocado cambios fundamentales en el proceso penal en países del

42 ⁴¹ Vide CARRANZA, *Alternativen zur Freiheits- und Geldstrafe unter besondere Berücksichtigung der Wiedergutmachung- eine Rechtsvergleich mit Südamerika und Vorschläge zum Ausbau des südamerikanischen Sanktionensystems*, Shaker, Aachen, 1996, pp. 125 y ss.

43 Vide CERETTI, “Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma”, *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia. Volume Terzo. Criminologia*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 727, 731, 733. CERETTI habla de la “perdita di centralità della visione “legicentrica” del diritto (che vuole, in base alla teoria classica della democrazia, la legge quale espressione della sovranità popolare e capace di assicurare il legame tra il ruolo del giudice e la democrazia)”... “In questa intricata matassa è senz’altro vero che il paradigma delle mediazioni preconizza una lógica di degiuridizzazione e di degiudiziarizzazione e una partecipazione attiva delle parti alla regolazione dei loro conflitti. Ed è altrettanto vero che con la mediazione si passa a risolvere i conflitti da un modello conflittuale (quello del proceso) ad uno più consensuale”. Ibidem, pp. 734, 739 y s.

44 Véase que la lógica de la política criminal actual, en cuanto atañe a las víctimas consiste en que la función del Derecho penal se limite a la prevención general para impedir que la víctima potencial se convierta en víctima actual. Vide SILVA SÁNCHEZ, “La posición de la víctima en el marco general de la función del Derecho Penal”, *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Tomo 2, Caracas, 1998, p. 403. Como consecuencia de esta nueva forma de intervención penal, la víctima directa había dejado de ser objeto de interés del *Derecho penal moderno*. Vide FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit, p. 259.

45 SCHÜNEMANN no encuentra utilidad es las alternativas de consenso a las que recurre el legislador alemán, porque con las conformidades o acuerdos procesales sólo se “reemplaza la investigación de la verdad material a realizar en el juicio oral como base de la sentencia, por el consenso del participante. En otras palabras, mediante la sumisión del inculpaado al marco de una sentencia acordada previamente, relativamente suave, o al menos presentada por el tribunal como relativamente suave”. Vide SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit, p. 44.

46 Vide CERETTI, “Mediazione penale e giustizia”, cit, pp. 720 y 741.

47 Un análisis histórico de los medios de mediación, consenso y compensación entre los individuos tras la comisión de un delito indica que ellos no han sido utilizados para obtener un acercamiento o (re) conciliación entre los individuos, sino para compensar y dar satisfacción del daño causado al clan (*Sippe*) o a la familia del ofendido. La reparación servía para compensar el prestigio perdido por el clan tras el delito y constituía una especie de recomposición del status quo. Esto demuestra que ellas no nacieron con la finalidad de incluir a las partes enfrentadas en la resolución del conflicto, sino directamente para poner fin al conflicto mediante una compensación. Vide STEFFEN, *Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Wiedergutmachung. Historische Bezüge und moderne Ausgestaltung*, Shaker Verlag, Aachen, 2005, p. 207.

48 Estas funciones de retracción del monopolio del Estado para la aplicación de la fuerza en la solución de los conflictos no se condice con una disminución de su función de control social, que a través de los medios informales o de “diversion” parece verse ampliada. Vide BUTTIG, *Die Wiedergutmachung der Folgen einer Straftat*, Sierke Verlag, Göttingen, 2006, pp. 243 y s..

sistema continental europeo como Alemania,⁴⁹ Italia,⁵⁰ Portugal, Holanda⁵¹ y algunos cambios en España,⁵² por citar a algunos países europeos, y también en países de Latinoamérica que pertenecen al mismo sistema jurídico, como en Argentina,⁵³ Brasil,⁵⁴ Costa Rica⁵⁵ o Chile.⁵⁶

No pueden caber dudas respecto a que asistimos a un “renacimiento” o “revalorización” de las formas de consenso cumpliendo funciones dentro del derecho penal; en algunos casos, inclusive constituyéndose en instituciones que por sí mismas permiten poner fin al conflicto penal. Sin embargo, este ingreso de las formas de consenso ha dividido a la doctrina entre los que defienden a las formas de consenso como figuras del derecho penal y quienes sostienen que ellas sólo pueden tener lugar como un proceso alternativo y distinto al procedimiento formalizado. A este proceso desformalizado lo denominan proceso de “desviación”, y en él poco importa si el conflicto se dirime por exclusiva voluntad de las partes, por resolución homologatoria del juez competente o peor aun, por exclusiva decisión del fiscal. De este modo, lo que en el sistema del *common law* puede estar en sintonía con sus aspectos filosóficos o políticos, en el sistema del *continental law* puede lesionar algunos principios básicos del derecho penal y del derecho constitucional.⁵⁷

9. Como exigía la doctrina,⁵⁸ las formas de consenso han ingresado a través del proceso penal sin una previa discusión teórica acerca de su compatibilidad con el derecho penal material. Hoy en día asistimos a un fenómeno muy peculiar, que puede catalogarse como un viraje del interés del legislador en relación a los fines y garantías que se imponen al procedimiento penal. El procedimiento penal se ha entendido tradicionalmente como una herramienta auxiliar y necesaria del derecho penal, como un medio de esclarecimiento de la verdad que sirve para demostrar la culpabilidad o inocencia de un individuo en relación a un delito. Sin embargo, en los últimos tiempos, las sucesivas reformas procesales han modificado sustancialmente la función del proceso penal, primero recortando sus etapas y luego desviando algunas de ellas a instancias informales, de un modo tal que se podría afirmar que la finalidad actual que persigue el legislador es que

49 Vide KILCHLING, “The meaning of Victim/Offender Mediation in Austria and Germany from the legal and criminological point of view”, *Council of Europe Seminar on Mediation, Tirana, Albania, December 11-12, 1996, Mediation as a method for conflict solving*, Demo-Droit CR (97) 2, Strasbourg, 2 March 1997; SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-) Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2006; TRÄNKLE, *Im Schatten des Strafrechts.*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

50 Vide PICOTTI, “Giudice “di pace” e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive”, PICOTTI/SPANGHER, *Verso una giustizia penale “Conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè ed, Milano, 2002, pp. 137 y ss. Con especial atención a los modelos de *patteggiamento*, vide DI DEDDA, “Il consenso delle parti nel processo penale. I riti alternativi al dibattimento dopo la legge 12.6.2003 N. 134”, Cedam, Milan, 2003; “Il consenso delle parti nel processo penale”, Cedam, Milan, 2002.

51 Vide LEEST, “Restorative Justice in the Netherlands”, *Newsletter of the European Forum for Victim-Offender-Mediation and Restorative Justice*, vol. 4, march 2003, pp. 3 y ss.

52 CABAÑAS GARCÍA, “El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2, 1991, pp. 233 y ss; ARMENTA DEU, “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, en *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, n° 58, 2000 (II), p. 283; NIETO, “Informe España sobre mediación penal y justicia alternativa”, *Revista Penal*, 15, enero 2005, p. 209

53 Vide HIGHTON/ÁLVAREZ/GREGORIO, *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 112 y ss. DEVOTO, “*Probation*” e institutos análogos, 2ª ed, actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 178 y ss.

54 En esa línea la figura de la transacción del Derecho Penal de Brasil, aunque en ésta la víctima no interviene en la búsqueda del consenso sino que lo hace el fiscal, y dicho acuerdo requiere necesariamente de la homologación del juez. Vide LEAL, “A súmula 696 do STFe a proposta de suspensão condicional do processo criminal”, *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim n° 139, junho 2004, p. 10. Una propuesta de lege ferenda, SICA, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 225 y ss.

55 Vide MADRIGAL, “Mediación penal y justicia alternativa”, *Revista Penal*, 15, enero 2005, La Ley, España, pp. 204 y ss.

56 Para el caso chileno, en cuanto a las soluciones de consenso se señalan lesiones al principio de defensa del imputado, derecho al juez natural y la presunción de inocencia. Vide DEL RÍO FERRETI, “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, *Revista Chilena de Derecho*, 35, 1, p. 160.

57 Esto ya era denunciado por FIGUEIREDO DIAS en “Para uma reforma global do processo Penal Português”, *Para Uma Nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 235 y ss.

58 Vide SCHÖCH, „Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat. Zur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren“, KAUFFMANN/MESTMÄCKER/ZACHER (Hrsg.), *Festschrift für Maihofer zum 70. Geburtstag*, Kostermann, Frankfurt a.M, 1988, p. 479.

justamente no haya proceso penal (aunque ello no impida algún otro modo de imputación o una renuncia a ejercer un control social).⁵⁹

C. JUSTICIA RESTAURADORA Y JUSTICIA TRADICIONAL: ¿MODELOS ALTERNATIVOS O COMPLEMENTARIOS?

10. En cuanto atañe a la justicia restauradora (JR), se trata de una corriente de pensamiento, que pretende cambiar nuestras costumbres al reaccionar frente al delito. Ella se divide en varias ramas tan diversas que es imposible englobarla en un solo concepto.⁶⁰ No obstante esta dificultad, todas ellas coinciden en la necesidad de “desburocratizar la administración de justicia” y habilitar instancias de mediación sin renunciar a la función de control social.⁶¹ Para ello se propone la figura del mediador en lugar del juez, pretendiendo de ese modo que la solución del conflicto sea “dirigida” por una tercera persona carente de autoridad, que no pretenda imponer una determinada solución. El recurso a procesos informales para la elaboración de los conflictos permitiría, además, que la elaboración de los conflictos se diera “in un clima che non enfatizza diritti e doveri”.⁶²

La JR motiva la participación de los miembros de la comunidad (parientes, amigos, vecinos, líderes vecinales, etc.) para la resolución comunitaria de un conflicto entre individuos. Todas las distintas posiciones sobre JR tienen una visión en común frente al delito: una **ofensa contra individuos** en lugar de una ofensa contra el orden jurídico.⁶³ Ella es algo más que una teoría sobre la justicia porque consiste también en una teoría social,⁶⁴ que indica en una particular concepción de la justicia que los miembros de la comunidad juegan un papel fundamental como apoyo y respaldo de los individuos enfrentados a causa del delito.⁶⁵

En los últimos años se ha producido un intenso debate sobre la naturaleza de la JR, que ha derivado en una división de sus partidarios en distintas fracciones teóricas.⁶⁶ Hoy en día, se pueden distinguir aquellos que centran la atención en el proceso de reacción al delito (participativo, inclusivo, negociado, mediado, etc),⁶⁷

59 Esta situación de abandono de la tradición liberal del sistema jurídico penal para adoptar una concepción económica del derecho penal o una cultura de “*managing crime*” (*diversion, plea bargaining, summary trials*, etc), derivada en parte de las orientaciones del Consejo Europeo hizo sonar una alerta incluso en la doctrina anglosajona, que considera que esta mudanza de perspectiva puede lesionar los principios fundamentales de la presunción de inocencia, o del derecho de no auto-incriminación, o del derecho a un proceso judicial. ASHWORTH/ZEDNER, “Defending the Criminal Law”, cit. pp. 25, 48. En sus palabras: “...managerialist techniques that sacrifice principle and values for effectiveness (where effectiveness is measured more by Speedy and economy than achieving justice)”. Ibidem, pp. 39 y s.

60 Hay quienes sostienen que ante la imposibilidad de definirla en un solo concepto, conviene identificar a la JR como oposición a la JT en lugar de lo que realmente ella es. Vide BRAITHWAITE, “Restorative Justice: assessing optimistic and pessimistic accounts”, in M. TONRY (ed), *Crime and Justice, a review of research Vol 25 1-17*. Chicago/London: University of Chicago Press, 1999.

61 Según JOHNSTONE/VAN NESS: “its broad goal is to transform the way contemporary societies view and respond to crime and related forms of troublesome behaviour. More specifically, it seeks to replace our existing highly professionalized systems of punitive justice and control (and their analogues in other settings) with community-based reparative justice and moralizing social control”. JOHNSTONE/VAN NESS, The meaning of restorative justice, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, USA-Canada, 2007, p. 5.

62 Ver CERETTI, “Mediazione penale e giustizia”, cit. p. 721.

63 Según ZEHR, “the justice requires, instead, that we ask questions such as these: who has been hurt? What do they need? Whose obligations and responsibilities are these? Who has a stake in this situation? What is the process that can involve the stakeholders in finding a solution? Restoration justice requires us to change not just our lenses but our questions”. Vide ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, USA, 2002, p. 63.

64 Vide SCHWEIGERT, “Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice”, PERRY (Ed) *Repairing communities through restorative justice*, American Correctional Association, Lanham, Maryland, 2002, p. 34; GIL, “Toward a “radical” paradigm of restorative justice”, SULLIVAN/TIFFT (Eds) *Handbook of Restorative Justice. A global perspective*, , Routledge, London/New York, 2006, p. 499.

65 Vide VAN NESS/STRONG, *Restoring Justice*, Cincinnati, OH Anderson, 1997, p. 8.

66 Vide ZERNOVA/WRIGHT, “Alternative visions of restorative justice”, in JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit. pp. 91 y ss.

67 ⁶⁶ Para los partidarios de la concepción dominante, conocida como **encounter conception**, las partes deben de tener la oportunidad de encontrarse y decidir la solución que más les satisfaga. “The restorative nature of that process is guided by values which constrain and guide the process and which help describe its desired results”. JOHNSTONE/VAN NESS “The

los que se concentran en el resultado de estos procesos (acuerdos de reparación a la víctima, reintegración del autor a la comunidad, paz social, etc)⁶⁸ y, por otra parte, autores radicales que pretenden una nueva forma de hacer justicia basada en valores⁶⁹ y principios sociales y filosóficos,⁷⁰ como un modelo social para solucionar conflictos (*peace-building process*).⁷¹ Como en todas las cuestiones de las ciencias sociales, generalmente la sabiduría se encuentra en el término medio, por ello quienes se encuentran en posiciones eclécticas consideran que la naturaleza de la JR requiere de la conjunción de procesos inclusivos de justicia (vgr. mediación, conciliación, transacción, etc) que procuren resultados de reparación y satisfacción social (vgr. reparación del daño, servicio a la comunidad, etc).⁷² En términos generales un proceso restaurador se basa en una serie de valores que deben estar presentes en la consecución del acuerdo: **diálogo, voluntariedad, reparación, reintegración, participación e inclusión.**

11. La JR tiene que romper con el paradigma de la justicia tradicional (JT) basada en la violencia y la coerción, pues su objetivo es la inclusión en lugar de la exclusión de los individuos.⁷³ Para algún autor la JT concentra su interés en el rito social del castigo de aquellos que provocan daños con el objetivo de evitar la venganza privada. Según SCHWEIGERT, la diferencia entre la JT y la JR reside en que mientras que en la primera la solución proviene de una decisión vertical de un tercero imparcial, en la segunda la solución es producto de una negociación o acuerdo entre las partes involucradas por el conflicto.⁷⁴

Sin embargo, de la praxis surge que la restitución o compensación del daño es el elemento básico de los acuerdos de JR, realizando una función similar a la que cumplen las condiciones (*injuções*) o instrucciones

meaning of restorative justice”, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 17. Según LUNA, la RJ es parte de un proceso holístico basado en la comunicación entre todas las partes para resolver las causas y efectos del delito. La **concepción holística** de la JR no excluye a los jueces y otros participantes de la JT en el proceso de hacer justicia. Como dice: “The procedural conception of restorative justice is only part of a comprehensive strategy for a more holistic approach to punishment. As mentioned above, lawmakers and judges must also contribute to this endeavour, with the former defining crime and setting broad boundaries of punishment and the latter reviewing each proposed sanctioning plan against the backdrop of other cases and relevant normative concerns”. See LUNA, “Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice”, *Utah Law Review*, 2003, 1, p. 301.

68 La denominada **concepción reparadora** “is that the response to crime must seek to repair the harms resulting from crime. The restorative nature of that reparation is guided by principles which constrain and guide justice processes and outcomes designed to bring healing”. Vide JOHNSTONE/VAN NESS, “The meaning of restorative justice”, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 17.

69 Vide BRAITHWAITE, “Principles of Restorative Justice”, VON HIRSCH/ROBERTS/BOTTOMS (Eds), *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2003, pp. 8 ss.

70 La **concepción transformadora** “is the restorative insight that fundamentally we are relational beings connected through intricate networks to others, to all humanity and to our environment. The restorative nature of those relationships is guided by a vision of transformation of people, structures and our very selves”. JOHNSTONE/VAN NESS The meaning of restorative justice, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 17. La JR es más amplia que un procedimiento criminal y puede ser considerada como un nuevo método para resolver distinto tipo de conflictos sociales. Vide GIL, “Toward a “radical” paradigm of restorative justice”, cit, p. 499.

71 Vide ZERNOVA/WRIGHT, “Alternative visions of restorative justice”, in JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 100. Estos autores argumentan que: “In restorative justice a conference could be compared with a small “truth and reconciliation commission”, where the background can be explored...As for the suggestion (above) that mediations or conferences could serve as “small truth and reconciliation commissions”, the findings of which could be reported to the “authorities responsible for social policy”, radical critics would be rather sceptical of the potential of such practices to bring about the changes which they consider necessary and desirable for the success of restorative justice”. Ibidem, pp. 102 y s.

72 Vide WALGRAVE, “Extending the Victim perspective towards a systemic restorative justice alternative”, CRADFORD/GOODEY Eds, *Integrating a victim perspective within criminal justice: International debates*, Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 253 y ss; “Restorative justice and the law: socio-ethical and juridical foundations for a systemic approach”, WALGRAVE (Ed), *Restorative Justice and the Law*, Willan Publishing, USA, 2002, p. 192.

73 Vide JOHNSTONE/VAN NESS, The meaning of restorative justice, JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p.7.

74 Vide SCHWEIGERT, Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice, en PERRY (Ed) *Repairing communities through restorative justice*, American Correctional Association, Lanham, Maryland, 2002, p. 32. Por su parte HASSEMER, sostiene que el consenso que la justicia tradicional acepta es el consenso con las normas, sus mandamientos y decisiones, pero no es un consenso dentro del procedimiento penal. El sistema penal tiende a la búsqueda de las decisiones más justas y las instancias de consenso no se conciben con su estructura, pues ellas sólo pretenden reducir las complejidades procesales sin renunciar a la imputación de un individuo como responsable. Vide HASSEMER, „Konsens im Strafprozeß”, MICHALKE et al, (Hrsg), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, De Gruyter, Berlin, 2008, p. 178.

(*reglas de conducta*) para suspender condicionalmente el proceso penal en los niveles medio y bajo de la criminalidad en los sistemas de JT.⁷⁵

Existe una opinión generalizada que la restitución o compensación del daño (*responsabilidad civil ex delicto*) es una institución diferente a la reparación en sentido penal;⁷⁶ no sólo porque es una obligación civil que proviene de una decisión judicial, sino porque no cumple con los mismos fines.⁷⁷ Pero lo que aquí realmente importa no es que los procesos de consenso deriven generalmente en acuerdos de reparación (civil) del daño (o en trabajos en beneficio de la comunidad), sino que cualquiera de ellos no sirve como variable explicativa para diferenciar un modelo de justicia del otro, pues cualquiera de estas dos consecuencias se pueden obtener dentro del modelo tradicional de hacer justicia.

12. La doctrina penal clásica considera que la reparación del daño social se lleva a cabo únicamente a través de la individualización y el cumplimiento de una pena, y la JR quiere romper con este paradigma de forma absoluta, para imponer en su lugar exclusivamente instancias de diálogo y acuerdos de reparación que pueden ir desde reparaciones materiales o simbólicas hasta trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, no haría falta escapar de la forma tradicional de hacer justicia hacia instancias desformalizadas, si los mismos objetivos que se pretenden obtener con la imposición y eventual ejecución de una pena pudieran lograrse por medio de algún *equivalente funcional* de la misma. Este equivalente funcional tiene que poner fin al conflicto sin resentimiento de los fines de la pena y de la función del Derecho penal, con el objetivo de obtener algo más que la negación del acto contrario al derecho, esto es, con el objetivo de obtener no sólo la *paz jurídica* sino también la *paz social*.⁷⁸ La obtención de la paz social exige la pacificación entre el autor y la víctima, pacificación que puede verse reflejada por la concreción de un acuerdo voluntario de reparación. Y este es un objetivo compartido entre esta forma de entendimiento de la JT y la JR.

Las formas de consenso como la mediación o la reparación no son un componente exclusivo de la JR, sino que pueden ser útiles para tender puentes entre los dos modelos de hacer justicia, el restaurador y el tradicional, cuando cualquiera de estas formas de consenso sirve para poner fin al conflicto sin resentir los fines del derecho penal. A pesar de los problemas que los partidarios de la JR tienen para diferenciar derecho y moral y para definir su concepto (esto es, en qué consiste y para qué clase de delitos ella es la mejor opción) ella no es (ni puede ser) un modelo contrapuesto de la JT. Esto porque comparte no sólo las definiciones normativas de la primera, sino que también se plantea el objetivo de determinar la responsabilidad del autor (aunque se trate de la asunción voluntaria de la culpabilidad)⁷⁹ y pretende las mismas finalidades de reinserción (prevención especial), de devolución de la confianza en el sistema⁸⁰ y reafirmación de la norma⁸¹ (prevención general positiva) y de protección futura de bienes jurídicos (prevención general negativa).

75 En Alemania el recurso a la mediación viene en constante aumento y cada vez se le otorga un significado mayor en la resolución del conflicto. SCHROTH, „Der Täter-Opfer-Ausgleich. Eine Zwischenbilanz“, MICHALKE et al, (Hrsg.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, De Gruyter, Berlin, 2008, pp. 684. y s.

76 Vide SCHWEIGERT, *Moral and Philosophical Foundations of Restorative Justice*, en PERRY (Ed) *Repairing communities*, cit, p. 21.

77 Vide JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung*, cit, p. 196.

78 Vide GALAIN PALERMO, „Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal“, *Revista Penal*, 20, julio 2007, La Ley, España, p. 72.

79 La JR utiliza otro concepto de presunción de inocencia, porque la aceptación voluntaria de la autoría de los hechos es la premisa fundamental para participar de un procedimiento de consenso y reparación de la víctima. O, como dicen los partidarios de la justicia restaurativa: “Partiendo de la premisa de que el/la delincuente no niega los hechos de los que se le acusa y está de acuerdo en participar en una conferencia de justicia restauradora...”. Vide CID MOLINÉ, “Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho penal”, HEREDIA (Ed), *Medios alternativos de solución de controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 11, Univ. Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, p. 162.

80 Así FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, 2a ed, Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 60; MÜLLER-DIETZ, „Integrationsprävention und Strafrecht“, T. VOGLER (Hrsg.) *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek*, Berlin, 1985, p. 823; HASSEMER, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, Inacipe, México, 2003, p. 25.

81 Según JAKOBS la pena no persigue fines preventivos, sino la confirmación del valor de la norma como pauta de conducta para todos los ciudadanos: “die Sanktion hat nicht einen Zweck, sondern ist selbst Zweckerreichung, sc. Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft“. Vide JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2 Auflage, Duncker & Humboldt, Berlin, 1999, p. 106.

13. Cuando se habla de la función del Derecho penal y de los criterios para imponer, medir y ejecutar penas, la doctrina mayoritaria entiende que la prevención del delito es el fin a perseguir con la imposición y ejecución del castigo; y a su vez, se dice que el Derecho penal sólo debería intervenir cuando el conflicto no pudiera resolverse por otro medio.⁸² En vista de ello, la función principal del Derecho penal se limitaría a la solución del conflicto del modo menos violento, cuando no existiera un medio más adecuado para ello.

De esta forma, dentro del sistema penal las formas de consenso (mediación, reparación) deberían reunir determinadas cualidades:

- en primer lugar, tendrían que servir a finalidades de naturaleza social, trascender del resarcimiento del daño de la víctima directa y contemplar a la víctima potencial;
- en segundo lugar, deberían cumplir con la misma función y finalidad que la pena;
- y por último, tendrían que consistir en un medio menos violento que la pena, que permita poner fin al conflicto.

Si ellas no cumplieran con estas funciones, no podrían convertirse en soluciones válidas para el sistema penal, o no podrían consistir en la única respuesta al delito.⁸³

14. Los dos modelos de justicia aquí referidos no son alternativos sino complementarios y en cualquiera de ellos se puede considerar a las formas de consenso como un derecho de las partes involucradas por el delito y como un medio eficaz para poner fin al conflicto.⁸⁴ En el caso de la víctima, su derecho se extiende no sólo a su participación en la resolución del conflicto⁸⁵ sino a la posibilidad de obtener un acuerdo de reparación que mejor satisfaga sus necesidades tras el delito;⁸⁶ mientras que el autor tiene también derecho a llevar a cabo un comportamiento positivo posterior que mejore su situación frente al sistema penal,⁸⁷ en cuanto pueda ser valorado según los fines de la pena como un acto personal de reconocimiento de la víctima y de la norma, que permita prescindir de la ejecución de una pena.

D. FORMAS DE CONSENSO EN EL CÓDIGO DEL PROCESO PENAL DE 1987: LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

15. El Código del Proceso Penal de 1987 significó un gran avance en la implementación de fórmulas de consenso, impregnando del espíritu de la JR al sistema penal portugués. En ese contexto los artículos 281 y siguientes del CPP deben considerarse como una solución de consenso que se orienta a las necesidades y expectativas del autor y de la víctima⁸⁸ y no exclusivamente hacia las necesidades de la administración de justicia.⁸⁹

82 Por todos, vide FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, 2a ed*, cit, pp. 80 y ss.

83 Vide GALAIN PALERMO, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, Universidad Católica del Uruguay/Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, pp. 285 e ss.

84 Partiendo de otra perspectiva, pero llegando a conclusiones semejantes, CID MOLINÉ: "En vez de concebir el paradigma proporcionalista como el principio básico para distribuir los castigos, parece una perspectiva más razonable plantear la rehabilitación del/a delincuente y los procedimientos de justicia restauradora como objetivos primarios y plantear la justicia penal proporcionalista como último recurso y como garantía en referencia a los anteriores sistemas". Ver CID MOLINÉ, "Medios alternativos", cit, p. 165.

85 No tenemos evidencias que la JR es la major solución para las víctimas, a veces, las víctimas consideran los programas de JR como una estrategia que pretende sólo la rehabilitación del delincuente. Ellas no creen que esos procesos puedan ser considerados un castigo. Facilitadores y mediadores generalmente evitan expresar una pública desaprobación o reproche por el mal comportamiento de los autores y se concentran casi en exclusiva sobre la personalidad de estos y su comportamiento futuro. "Further finding which puts into question the centrality of victims within this restorative project is that over half of all interviewees thought that the main -or even the only- beneficiaries of the conferences were offenders". Vide ZERNOVA, "Aspirations of restorative justice proponents and experiences of participants in family group conferences", *British Journal of Criminology*, 47, 2007, p. 498.

86 Vide SHARPE, "The idea of reparation", JOHNSTONE/VAN NESS (Eds), *Handbook of Restorative Justice*, cit, p. 29.

87 Vide DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León Secretaría de Publicaciones, 1985.

88 Vide RUI DO CARMO, "O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo)", en *Revista do Ministério Público*, n.º 81, Lisboa, 2000, p. 134.

89 Vide GALAIN PALERMO, "Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal", MONTE FERREIRA et. al (Orgs.) *Que Futuro para o Direito Processual penal? Simpósio em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, por*

La suspensión provisoria del proceso del artículo 281, en la que FIGUEIREDO DIAS y DA COSTA ANDRADE tuvieron mucho que ver,⁹⁰ no tiene parangón en el derecho comparado, pues ninguna otra admite tan amplia participación de los implicados en la formación del diálogo. Si bien esta norma puede tener como antecedente el § 153 a StPO, se diferencia del mismo en que permite la intervención de la víctima (*assistente*) para la obtención del consenso. Las normas que permiten la suspensión condicional del proceso y el sobreseimiento por allanamiento (ROXIN), parten de la idea de que se trata de una solución de consenso, que todo lo justifica y legitima, porque son aptas para alcanzar la paz jurídica.⁹¹ Sin embargo, este consenso es siempre relativo, pues el acuerdo de reparación que permite la discrecionalidad del fiscal o la exención de la punibilidad requieren de la aceptación del juez y del presunto autor (no así de la víctima, salvo en el sistema de Portugal), es decir, que en cualquiera de los dos casos se trata de una relativa solución de consenso. El sistema portugués se inspira en el fin último de la JR y acepta una solución de consenso sin renunciar a la intervención judicial, mientras que en el sistema inspirador del portugués (cfr. § 153a StPO), el consenso se limita a una “componenda” o “negociación” entre el fiscal y el presunto autor.⁹²

La suspensión condicional del proceso del sistema portugués es una solución muy próxima a la mediación o la conciliación, que atiende a los reclamos de la política criminal en relación a la criminalidad de mediana y leve entidad.⁹³ La figura legislada en los artículos 281 y siguientes se ve exonerada de todas las críticas que la doctrina alemana realiza al § 153 a StPO, porque no considera la situación de la víctima en cuanto a obtener una solución de consenso, ni para oponerse a la concesión de la suspensión provisoria del proceso, ni para poder recurrir dicha solución.⁹⁴

Cuando se pretende legitimar este tipo de alternativas al proceso penal para la resolución del conflicto debe enfatizarse la participación de la víctima, en una instancia procedimental que permita obtener una solución de consenso. El artículo 281 CPP ha llevado a la práctica lo que en otros sistemas sólo se discute en el plano de *lege ferenda*, pues aquí las partes no son alejadas de la solución del conflicto y se modera *la sustracción del conflicto* por parte de las autoridades jurisdiccionales. En cuanto al ofendido por el delito, esta solución se orienta a la satisfacción de los intereses de la víctima directa, pero también a los intereses de la

ocasião dos 20 Anos do Código de Processo penal, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 613 y ss.

90 Vide LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal. Anotado-Legislação Complementar*, 16ª ed, Almedina, Coimbra, 2007, p. 609.

91 Vide HASSEMER, „Konsens im Strafprozeß“, cit, pp. 182, 186, 188.

92 El § 153a StPO exige en general de la conformidad del juez, excepto cuando se trate de delitos (*Vergehen*) que no estén amenazados con una pena de alzada en el mínimo (por ejemplo, cuando se trata de un delito simple, según el § 38 StGB, aquellos que no superen un mes de pena como mínimo) o que sus consecuencias sean mínimas (por ejemplo, se pretende excluir la posibilidad del sobreseimiento puro o condicionado en aquellas ofensas patrimoniales que excedan un determinado monto (por ejemplo, en los estados de Schleswig-Holstein, Niedersachsen y Hessen). Por consiguiente, para que sea posible recurrir a los parágrafos 153 y 153a del StPO, el valor del daño ocasionado no puede superar los 25 Euros. Vide ELSNER/PETERS, “The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System”, en JEHL/WAIDE (Eds), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2006, pp. 220 y 222. Ese límite no se aplica a los casos de violencia doméstica en el Estado de Niedersachsen (Alemania), debido al interés público que existe en la persecución de este tipo de delitos. Ibidem, p. 221, nota 18. Todas estas decisiones de política criminal en la persecución de los delitos según la lógica del principio de oportunidad, corresponden a una decisión autónoma de cada uno de los Estados (*Länder*) que componen la República Federal Alemana, porque la norma procesal penal común a toda la Federación alemana, el § 153a StPO, no establece un límite preciso para la suspensión condicional del proceso. En anteriores trabajos he sostenido que la suspensión condicional a cambio de condiciones u obligaciones (*Auflagen*) o instrucciones (*Weisungen*) se aplica para delitos conminados con una pena abstracta de un año de privación de la libertad; sin embargo, la norma no establece este límite. El § 153a StPO solamente establece que la suspensión condicional se aplica a los delitos (*Vergehen*) y que los crímenes (*Verbrechen*) quedan excluidos de esta forma de resolución del conflicto. Como se ve, la norma no brinda un parámetro claro de delimitación de los delitos a los que se puede aplicar la suspensión condicional del proceso. La redacción de la norma es compleja e imprecisa y solo exige como condición para su aplicación, que ni la gravedad de la culpabilidad ni el interés público en la persecución se opongan al “archivo condicionado” del proceso. En la doctrina autores de la talla de ROXIN también sostienen que el “archivo condicionado” se aplica en delitos que no superan un año de pena privativa de la libertad. Vide ROXIN, “Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão”, FERREIRA MONTE ET ALL, “Que futuro para o direito processual penal?”, cit., p. 389.

93 Véase que es justamente en este tipo de delitos en los que se produce un enfrentamiento personal entre el autor y la víctima, que el sistema penal no ha sabido dar cabal satisfacción por medio de las penas.

94 Sobre la situación de la víctima, vide por todos RIESS, „Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren“, *Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag*, Beck’sche Verlag, München, 1984, pp. C 14 y ss; „Der Strafprozeß und der Verletzte –eine Zwischenbilanz“, *Jura*, 1987, Heft 5, pp. 281 y ss, 290 y s.

víctima potencial, pues su objetivo responde a dar satisfacción a los lineamientos de la prevención general positiva o integradora.⁹⁵

16. Otro hecho digno de destaque es la franja de delitos que pueden ser suspendidos, en vista que se permite la suspensión del proceso en delitos con penas de privación de libertad de hasta cinco años o que tengan una sanción distinta a la prisión. Es decir, el sistema portugués podría haber encontrado una solución de futuro para el colapsamiento de la justicia penal con delitos provenientes de la pequeña y mediana criminalidad,⁹⁶ al mismo tiempo que admite la mayoría de las penas sustitutivas de la privación de libertad.⁹⁷ Entre sus ventajas figura el hecho de que no se produce la estigmatización del autor que consiente la realización de determinadas *regras o injunções*⁹⁸ y entre las desventajas, cabe indicar que esta especie de *reconocimiento de la culpabilidad* y “tarea” compensatoria del injusto, se lleva a cabo bajo el amparo de la presunción de inocencia.

17. El sistema penal portugués no permite cualquier tipo de negociación procesal, pues a diferencia del *plea-bargaining* anglosajón que acepta la *guilty-plea* y una negociación que incluye desde beneficios formales hasta la disposición del propio objeto del proceso, los artículos 281 y siguientes no admiten ningún tipo de acuerdo entre el promotor y el arguido que no cuente con el beneplácito del juez competente.⁹⁹

18. En mi opinión, el único problema que resta por resolver en el caso portugués es el atinente a la naturaleza jurídica de las “regras e injunções” que pueden aplicarse al imputado que los consiente a cambio de la suspensión del proceso penal. En general, las normas procesales que buscan dotar al proceso penal de celeridad y consenso (cfr. Art. 281 CPP) o las que pretenden desviar el acuerdo del proceso penal (cfr. § 153a StPO), procuran el descongestionamiento de las Sedes Judiciales y la agilización de la Justicia. Estas son características propias de los procesos sumarios y sumarísimos, que generalmente se ocupan de la pequeña y mediana criminalidad y que tienen la pesada carga de compaginar los intereses de la celeridad sin descuidar la obtención del efecto de prevención general positiva o integradora. Y ésta parece ser la razón por la cual la jurisprudencia los relaciona con la imposición de “medidas” penales “aceptadas” por su destinatario, que tiendan a su consecución.¹⁰⁰ Sólo de esta forma puede interpretarse la compensación del injusto por medio de *regras e injunções* que admita la suspensión condicional del proceso y la posterior clausura definitiva del proceso. De este modo, en la práctica no se trataría de meras “regras o injunções” sino de “sanciones” **consentidas por su destinatario**.

19. En cuanto a la reparación como *regra o injunção*, ella aparece como la primera posibilidad que puede ser impuesta al presunto culpable en caso de ser aceptada la propuesta fiscal de suspensión provisional del proceso.¹⁰¹ En comparación con el sistema penal alemán, resulta difícil no asociar al artículo 281 CPP con

95 Vide COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)”, en *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 350. Así también lo entiende la jurisprudencia, vide caso 797/03.6 GBOAZ, Tribunal Judicial da Comarca de Oliveira de Azeméis, sentença 550/03, fojas 41.

96 De las estadísticas que se ofrecen hasta el año 1998, esta norma (existente desde 1995, con modificaciones) no había tenido mucha aplicación, por distintos motivos, entre ellos: desconocimiento de las autoridades, la costumbre del trabajo burocrático de los funcionarios del Ministerio Público, el cumplimiento de mayores formalidades que la simple deducción de acusación, la carencia de medios. Todas ellas refutadas por RUI DO CARMO en “O Ministério Público face à pequena e média criminalidade”, cit, pp. 138 y ss.

97 Vide MIRANDA RODRÍGUEZ, “Os processos sumário e sumaríssimo”, cit, p. 538.

98 El proceso penal portugués se encamina a un sistema de penas sustitutivas a la prisión para la pequeña y mediana criminalidad. Idem.

99 Así lo determinó en su oportunidad el Tribunal Constitucional en cuanto al necesario control judicial de cualquier tipo de acuerdo que ponga fin al proceso. Vide RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, cit, p. 283.

100 Dice la sentencia 550/03 del caso 797/03, “resulta do exposto que se mostram preenchidos todos os requisitos previstos no citado art. 281º do Código do Processo Penal para que se decida pela suspensão provisória do presente processo, sendo ainda certo que se trata, a nosso ver, de uma medida razoável e adequada ao caso”. Vide a fojas 42. En el caso 525/01 se indica: “Pelo que, entendendo que o cumprimento das injunções e regras de conduta que forem aplicadas ao arguido na suspensão do processo serão suficientes para satisfazer as necessidades de prevenção, que são neste caso escassas”. Vide a fojas 30.

101 Establece el Art. 281.2 CPP: “São opóntveis ao arguido as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia; d) Não exercer determinadas profissões; e) Não frequentar certos meios ou lugares; f) Não residir em certos lugares ou regiões; g) Não

el AE-WGM de 1992,¹⁰² porque ha ido más allá que la solución alemana del § 153a StPO, por una cuestión de la franja de delitos que acepta y por la posibilidad que deja abierta de llegar a una mediación o a una conciliación entre las partes.¹⁰³

El problema mayor que plantea esta decisión del legislador portugués a la doctrina penal, se relaciona con la presunción de inocencia del sujeto que acepta voluntariamente realizar determinadas tareas de reparación o cumplir con determinadas condiciones o reglas de conducta, sin una previa declaración de culpabilidad. Lamentablemente, por problemas de extensión este problema aquí sólo puede ser mencionado.¹⁰⁴

20. Debe elogiarse la propuesta del Código Procesal Portugués, en cuanto el artículo 281 permite al fiscal de acuerdo con el juez competente, proponer una solución reparatoria que debe contar con la aprobación del sospechado, y en la que puede opinar la víctima, que permita suspender el proceso hasta tanto se cumpla la condición pactada. De esta forma, no sólo el proceso penal sino también la pena, pueden ser sustituidos por una solución de consenso.

En definitiva, tal como han sido legislados en Portugal los artículos 281 y 282 CPP constituyen una solución procesal penal que bien podría denominarse como una *tercera vía* penal¹⁰⁵ y demuestra que no era necesario legislar una nueva instancia de consenso, para responder a las exigencias de la Unión Europea en relación a la implementación de formas alternativas de resolución del conflicto penal.

E. LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL PORTUGUES: LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA PENAL SIN JUECES.

21. Entre 2006 y 2007 la mediación se estableció en varias áreas del derecho portugués (vgr. Derecho de Familia, Derecho Laboral, Derecho Penal), lo que se puede considerar un indicador de que en el futuro ocupará un papel importante en todo el sistema jurídico de Portugal.¹⁰⁶ La mediación es un proceso informal y voluntario en el cual las partes enfrentadas por el delito intentan un acuerdo de reparación con la ayuda de un tercero imparcial que carece de la potestad para decidir el conflicto.¹⁰⁷ Este acuerdo informal instituido como una estrategia trilateral de control social puede ser de estilo compensatorio (cuando aspira a la reparación del daño) o conciliatorio (cuando además aspira a la recomposición de las relaciones interpersonales).¹⁰⁸

Esto indica que todos los procesos de mediación procuran fundamentalmente la concreción de un acuerdo de reparación que vaya más allá de la responsabilidad civil (cfr Art. 4.1).¹⁰⁹ Con la reparación se busca la reparación de la víctima y la resocialización del autor, por medio de un proceso con participación comunitaria, que de algún modo compromete e inmiscuye a distintos miembros de la sociedad no sólo en

acompanhar, alojar o receber certas pessoas; h) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime; i) Qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso".

102 Vide BAUMANN, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer*, Beck, München, 1992; SCHÖCH, „Der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung“, *Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis. Erfahrungen, neue Ansätze, Gesetzesvorschläge. Bericht über das Forum 1992 für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung vom 10. bis 12. April 1992 in Bonn*, 1993.

103 El mismo FIGUEIREDO DIAZ acepta que la norma portuguesa se inspiró en el § 153a StPO y en la inclusión del principio de oportunidad. Vide FIGUEIREDO DIAZ, “Para uma reforma global do processo penal português”, en *Para uma nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 189 y ss.

104 Vide GALAIN PALERMO, “Suspensión del proceso y tercera vía”, cit, p. 71; “Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?”, *Sistema Penal*, 2, abr-jun- 2008, Ubijus, México, p. 65; en extenso, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, cit, pp. 384 y ss, 411 y ss.

105 Por todos, vide ROXIN, „Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem“, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. BADURA/SCHOLZ (Hrsg), München, 1993, pp. 48 y ss.

106 Para algunos, este importante papel de la mediación comenzó con la Ley de los Juzgados de Paz, Nr. 78/2001, que delinó muchas de las características actuales de este tipo de solución de conflictos. Ver SCHMIDT, „Mediation in Portugal“, HOPT/STEFFEK (Hrsgs), *Mediation. Rechtsstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 833 y s.

107 Vide BREMMANN, „Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht“, *Juristische Rundschau*, Heft 6, 2003, p. 227. La mediación no es totalmente informal porque tiene sus propios principios, técnicas y estructuración en fases. Vide por todos, VARONA, *La mediación reparatoria*, cit, p. 179.

108 Ibidem, p. 445.

109 Vide GORDILLO SANTANA, *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, cit, p. 369.

la resolución del conflicto sino en la ejecución del acuerdo y el seguimiento de las relaciones interpersonales entre el autor y la víctima. La mediación no pretende resolver el conflicto sino elaborar el conflicto, y por ello utiliza a la ley como “punto de referencia” para aproximar a las personas, recurriendo a ella desde una dimensión metafórica.¹¹⁰ Esta consideración de la mediación (que no resuelve sino elabora el conflicto) sólo es compatible con el sistema penal en su dimensión simbólica, porque ella invierte el fin político criminal que tiene el Derecho penal formalizado, que se legitima únicamente en cuanto actúa en *ultima ratio* para la solución de los conflictos sociales más graves, y no como un medio para lograr en todos los casos y en *prima ratio* la paz social (cfr. Art. 4.1).

22. La Ley 17/2006 planteó la necesidad de crear en el sistema penal de Portugal nuevos caminos en dirección a una justicia de tipo restaurador, por medio de la figura de la mediación. Político-criminalmente la mediación debería tener prioridad frente a la pena como forma de resolver el conflicto penal (cfr. Art. 12.1.g) en las situaciones en que ella fuera admisible (cfr. Art. 11). Esta política criminal de tipo restaurador cristalizó en la Ley 21/2007 que instauró la mediación dentro del sistema penal para delitos perseguidos por acusación particular, delitos contra las personas o delitos contra el patrimonio (cfr. Art. 1); esto es, la franja de delitos que se pretendió abarcar con esta “nueva política criminal” es aun más limitada que la que ya admitía la suspensión condicional del proceso (delitos cuya pena no puede superar el límite de 5 años). La ley no explica en ninguno de sus artículos cuál es la finalidad de la mediación, más allá de la posibilidad de la concreción de un acuerdo de reparación entre el presunto autor y la víctima.

23. La mediación como instancia deformalizada o de desviación no se rige por los principios y garantías del proceso penal, y en ese sentido puede llegar a lesionar algunos principios básicos que informan al sistema jurídico de Portugal. En primer lugar, con todos los mecanismos procesales diversos a la tramitación del procedimiento con los que cuenta el sistema penal portugués para la resolución del conflicto, puede sostenerse que el principio de legalidad ya no es la regla que exige la Constitución,¹¹¹ sino que se puede llegar a convertir en la excepción si no se especifican aquellos criterios delimitadores para la utilización práctica de los mismos.¹¹² La doctrina también anuncia una posible lesión del principio de oficialidad.¹¹³ Véase que el fiscal puede suspender el trámite del proceso para enviarlo a un procedimiento de mediación y esta decisión no es susceptible de impugnación, ni de control por parte del juez de instrucción (que la ley literalmente hace desaparecer del proceso de resolución del conflicto). En todo caso, en un sistema procesal en el que el fiscal tiene la llave de la persecución o la discrecionalidad no es equivocada que también pueda hacer uso de la desviación de un proceso formal hacia uno informal (cfr. Art. 3.1). Pero lo que no se comprende es cómo también la ley le otorga al Ministerio Público (cfr. Art. 5.5) el señorío de poner fin a un conflicto penal (que previamente se ha desformalizado y devuelto a las partes), cuando es el juez el único funcionario de la administración de justicia que tiene la potestad de dictar una sentencia (así se trate de una disposición de homologar un acuerdo entre las partes enfrentadas por un delito) y cuando es el juez quien tiene la obligación de ponderar que cualquier consecuencia jurídico-penal cumpla con el principio de proporcionalidad y con los fines de la pena.

24. Pero además, el procedimiento que se “terminaría” con la homologación del acuerdo de mediación, luego puede ser “reabierto” en caso de incumplimiento de los términos del acuerdo por medio de una “renovação do direito de queixa” (cfr. Art. 5.4), circunstancia que no se condice con un punto final que extingue la punibilidad y causa incertidumbre jurídica (en todo caso la extinción de la punibilidad debería quedar en suspenso hasta el cumplimiento efectivo del acuerdo de mediación).

25. En lo que respecta a los delitos privados que no superen la pena de 5 años no habría mayores problemas en asumir que cuando se produce un acuerdo de mediación la víctima desiste de la acción y así se puede dar por terminado el conflicto (cfr. Art. 5.4). Sin embargo, queda la duda de cómo la desistencia de la acción privada puede interrumpir la oficialidad de la persecución en caso de delitos semi-públicos cometidos contra las personas o contra el patrimonio (cfr. Art. 2). Véase que el acuerdo entre las partes obliga al fiscal a la suspensión obligatoria del proceso penal hasta el cumplimiento del acuerdo, lo que significa que aun en caso de delitos semi-públicos (no privados) las partes (autor y víctima) tendrían la potestad de suspender

110 Vide CERETTI, “Mediazione penale e giustizia.”, cit, pp. 718 y ss.

111 Antes que el principio de legalidad tuviese rango constitucional (cfr. Art. 219) el Prof. FIGUEIREDO DIAZ lo consideraba como un derivado de los principios constitucionales que informan el Estado de Derecho. Vide FIGUEIREDO DIAZ, *Direito Processual Penal*, Coimbra ed, Coimbra, 1984, p. 128.

112 De similar opinión CONDE CORREIA, “O papel do Ministério Público”, cit, p. 60.

113 Vide SANTOS, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 16, 1, jan-mar 2006, p. 111.

el procedimiento penal. Y en definitiva, serían ellas las que tendrán el poder de decidir por sí mismas si el acuerdo alcanzado cumple con los fines de prevención que el derecho penal tiene asignados.¹¹⁴

26. En el proceso de mediación también podría verse en peligro el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, por ello se recomienda que el autor participe de la instancia de mediación asesorado por un abogado.¹¹⁵

27. La mediación lesiona el principio procesal de igual consideración de las partes procesales (*Gleichbehandlungsprinzip*) porque el autor y la víctima no llegan a las instancias de diálogo en condición de testigos o de alguna otra naturaleza que denote neutralidad, sino que ellos son derivados por decisión del Ministerio Público a una instancia de consenso bajo el rótulo de “autor” y “víctima”, lo que también podría resultar lesivo del principio de presunción de inocencia.¹¹⁶ Por otra parte, resulta de difícil entendimiento lógico, como alguien que tiene que ser en todo momento considerado inocente puede llegar a un acuerdo de reparación sobre la base de “asumir” la compensación de un delito que posiblemente no ha cometido. Esta situación no puede evitar la realización de acuerdos sobre falsas “confesiones” para eludir una posible pena,¹¹⁷ dejando sin argumento a quienes defienden a los procesos de mediación por constituir la mejor forma de lograr la paz social.

28. En caso que la mediación no llegue a concretarse, la ley exige que el proceso penal retome su curso con una prohibición de prueba de todo lo manifestado por el presunto autor en el fallido intento de conciliación con la víctima (cfr. Art. 4.5).

Los defensores de la mediación como medio alternativo de “elaboración” del conflicto sostienen que la mediación contempla la “confidencialidade das discussões ocorridas nas sessões de mediação, as quais só podem ser reveladas em juízo com a concordância do ofensor e da vítima, ante a possibilidade de viabilizar uma resposta penal mais benéfica”.¹¹⁸ Sin embargo, cuando la mediación no es exitosa y el juicio penal debe proseguir su marcha, la situación procesal del autor se ve notoriamente perjudicada, pues todo lo manifestado en la “instancia informal” podría ser trasladado al proceso directamente por la víctima en la audiencia oral.¹¹⁹

29. En la mediación que se ha propuesto en Portugal el juez no cumple con ninguna función¹²⁰ y sólo intervienen el Ministerio Público, el acusado y la víctima. Allí es el promotor quien impulsa el procedimiento y luego pone punto final al conflicto, en lo que puede constituir una grave lesión del principio constitucional de juez legal, porque es el fiscal (y no el juez)¹²¹ quien “*está no princípio e no fim da mediação penal*”.¹²²

30. Bajo el imperio de la legalidad el Tribunal es el destinatario natural de la política criminal, quien tiene la delicada tarea de “hacer justicia” aplicando al caso concreto aquello que el legislador ha plasmado en la

114 De similar opinión, SANTOS, “A mediação penal”, cit, p. 111. En el Art. 6.5 se establece que “a assinatura do acordo equivale a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido”, lo que se explica en casos de crimes particulares en sentido amplio, però no para los crimines públicos. De todas formas, frente al incumplimiento del acuerdo el ofendido debiera renovar la queixa y continuar con el proceso, lo que a juicio de esta autora parece una solución “excesivamente rebuscada e original sem que nada o justifique”. Ibidem, p. 112. En relación a problemas procesales por cambios de calificación de los delitos, por ejemplo, de una calificación inicial de semi-públicos a públicos y visversa, en relación a los plazos de caducidad, vide LAMAS LEITE, *Mediação Penal de Adultos. Um novo “Paradigma” de Justiça?. Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Ed, Coimbra, 2008, pp. 57 y ss.

115 Vide BUTTIG, *Die Wiedergutmachung der Folgen einer Straftat*, cit, pp. 295, 300 y ss.

116 Para evitar cualquier contradicción con el principio de inocencia, hay autores que incluso reclaman la necesaria intervención del juez penal para comprobar la culpabilidad del autor, cuando exista en el caso concreto una confesión por parte del autor, que requiere de un convencimiento y declaración de culpabilidad por parte del juez. Vide KONZIOLA, “Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldvermutung”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1989, pp. 187 y s. Vide también LAMPE, “Wiedergutmachung als “dritte Spur” des Strafrechts?”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 490 y ss.

117 Vide BEMMANN, “Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht”, cit, p. 229.

118 Vide SICA, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*, cit, p. 132.

119 De similar opinión BUTTIG, *Die Wiedergutmachung*, cit, p. 298.

120 El juez ni siquiera tiene la posibilidad de controlar si existió una libre disposición de voluntad de las partes en el momento del acuerdo y tampoco puede homologar el acuerdo entre las partes. Por esta razón, este acuerdo no puede ser considerado un título ejecutivo, como acontece en el Derecho Laboral. Vide SCHMIDT, “Mediation in Portugal”, cit, pp. 832 y s.

121 En un trabajo anterior me había pronunciado sobre la posibilidad de admitir la mediación dentro del proceso bajo la dirección del juez. Vide GALAIN PALERMO, “Formas de consenso”, cit, pp. 79 y s.

122 Vide CONDE CORREIA, “O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal”, *Revista do Ministério Público*, 11, Out-Dez 2007, p. 58.

norma. No obstante este desiderátum, las últimas reformas del sistema penal de Portugal indican que la actual política criminal prescinde de los fines tradicionales de la "justicia penal" para concentrarse en la "administración de lo penal". En ese sentido, se torna disfuncional no sólo cualquier finalidad de resocialización de los ciudadanos que han delinquido,¹²³ sino también cualquier función del juez en relación a satisfacer los fines del Derecho penal.¹²⁴ La nueva política criminal en Portugal indica que los fines del Derecho penal ahora son una cuestión que corresponde determinar al Ministerio Público, dentro de un sistema penal sin jueces que se orienta hacia la resolución más rápida y efectiva de determinados conflictos penales.¹²⁵

F. CONCLUSIÓN

31. La JR y la mediación no constituyen sistemas nuevos de administrar justicia penal, sino que guardan relación con el control social comunitario que ha guiado desde siempre el espíritu de los sistemas del *common law* y de sistemas consuetudinarios de justicia.

32. Con la mediación que pretende lograr un acuerdo de reparación se busca dar satisfacción a la víctima y la resocialización del autor, por medio de un proceso con participación comunitaria (mediador), que de algún modo compromete e inmiscuye a distintos miembros de la sociedad no sólo en la resolución del conflicto sino en la ejecución del acuerdo y el seguimiento de las relaciones interpersonales entre el autor y la víctima. De este modo, se invierte el fin político criminal que tiene el Derecho penal formalizado, que se legitima únicamente en cuanto actúa en *ultima ratio* y de modo fragmentario para la solución de los conflictos sociales más graves (no para obtener la paz social entre las partes enfrentadas por el delito).¹²⁶

33. Esta expansión informal del control social y de las tareas de resolución de conflicto y posterior vigilancia (que son propias del Estado y de sus instancias de control) significan un aumento injustificado del poder de disposición del objeto del procedimiento penal y una posible merma de los principios y garantías que protegen a todos los justiciables frente a las sospechas de comisión de un delito. Por ello, siempre es preferible la integración de las formas de consenso en el procedimiento tradicional de administrar justicia penal¹²⁷ y la vigencia del principio de intervención penal en *ultima ratio*.

34. En torno a las soluciones de consenso y a la mayor atención de las necesidades de la víctima dentro del sistema penal, el sistema penal portugués no necesitaba de la implementación de nuevas normas o instituciones,¹²⁸ sino que requiere de un cambio de mentalidad en los operadores del sistema de justicia penal.¹²⁹ Para ser efectivas, estas soluciones de consenso requieren de un cambio de mentalidad en los valores

123 Téngase en cuenta que la resocialización sigue siendo un fin esencial del "proceso" de mediación entre el autor y la víctima. Vide por todos BEMMANN, „Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht", cit, p. 228.

124 Se dice que: "A tentativa de separar as águas entre Tribunal e política criminal não pode, assim, deixar de suscitar perplexidade...A verdade é que a política criminal constitui uma irreductível categoria transcendental de toda a decisão do tribunal criminal. Ao decidir do se, do como e do quanto duma condenação penal, o Tribunal cumpre a lei, dando expressão aos desígnios de política criminal...em todos os preceitos legais convocados para a solução do caso". Vide DA COSTA ANDRADE, "Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Maio-Junho 2006, 3938, Coimbra Ed, p. 275.

125 *Ibidem*, pp. 266 y s. Este autor habla de "un proyecto de política criminal exclusivamente virado para a actuação do Ministério Público e das polícias criminais". *Ibidem*, p. 268.

126 La obtención de la paz social va más allá de los fines que actualmente se reconocen a las penas, pero si ella pudiera ser obtenida mediante acuerdos de reparación, entonces la reparación que sirva para cumplir con los fines del castigo sería preferible a la pena. Vide sobre este aspecto GALAIN PALERMO, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, cit, pp. 157 e ss, 322 e ss, 330 e ss.

127 Este tipo de propuestas es considerada como "híbrida", en la que los fines de la JR y la JT se aproximan y se ligan en un mismo sistema. Vide VAN NESS, "Creating restorative systems", WALGRAVE (Ed), *Restorative Justice and the Law*, Willan Publishing, USA, 2002, p. 145.

128 En mi opinión las soluciones de consenso deben ubicarse dentro del derecho penal según la siguiente propuesta: **no hace falta abandonar el modo tradicional de administrar justicia penal si dentro del proceso penal se puede brindar mayor participación a la víctima y al autor en la resolución del conflicto, y si se favorece dentro del procedimiento penal la posibilidad de hacer acuerdos de reparación, en los que también participe la víctima** (cfr. Art. 281 y ss CPP). Vide en extenso GALAIN PALERMO, *La reparación como equivalente funcional de la pena*, cit, pp. 268, 274 y s. 400 y ss.

129 En el caso alemán, a partir de la *Opferschutzgesetz* implementada en 1986 los esfuerzos se centraron en impulsar el *Adhäsionsprozess* (proceso adhesivo, cfr. §§ 403 406c StPO), para ofrecer mayores posibilidades de participación a la víctima en el proceso penal. Sin embargo, según la doctrina alemana ellos no tuvieron mayor éxito, por el mero hecho de estar tan arraigada en los operadores de la administración de justicia penal la histórica separación entre la sede penal y la civil para la *Entschädigung des Verletzten* o indemnización del daño. Vide SCHÜNEMANN „Zur Stellung", cit, p. 193 y ss; WEIGEND, „Das

comunes para lograr la paz social al momento de solucionar los conflictos, pero ello no es función del sistema penal. Al dar ingreso a la mediación en el sistema penal, el legislador portugués no ha pretendido modificar los valores sociales ni la función del derecho penal, sino lograr una gestión administrativa más rápida y eficaz, en manos del Ministerio Público y no de los jueces; y en ese sentido, la mediación se convertirá sólo en mera gestión porque ella “fracasa al no alterar la justicia tradicional”.¹³⁰

35. Esta nueva orientación político-criminal que prescinde de los jueces, exige más que nunca un compromiso social del Ministerio Público, que como reclama FIGUEIREDO DIAS, mientras su “magistratura” no sea totalmente independiente de “la política criminal definida pelos órgãos de soberania” estará cada vez más obligado a rendir cuentas a la comunidad en relación a la política criminal escogida.¹³¹

36. De una comparación entre los objetivos y funciones de la JR y la JT en relación a la posibilidad de acceder a instancias de consenso en la administración de la justicia penal se puede decir que:

- Hay consenso casi unánime en que la integración de la víctima al proceso de resolución del conflicto es un fin de la JR.
- También que a través de este proceso se debe obtener como resultado un acuerdo de reparación.
- A su vez, tampoco se discute que la resolución del conflicto debe ser de consenso, y por tanto, hay que integrar al autor en dicho proceso, y de esta forma, se procura una mejor prevención del delito.
- Del mismo modo, se exige que el autor asuma voluntariamente su responsabilidad por el hecho cometido.

Pues bien, todos estos son objetivos de la JR también pueden ser logrados en una JT como la que tiene Portugal a partir de su Código del Proceso Penal de 1987, sin necesidad de deformalizar las instancias procesales, ni prescindir de la sentencia de homologación judicial (ahora homologación del Ministerio Público). De este modo, la mediación (o la reparación) pueden ocupar un lugar como una consecuencia jurídico-penal,¹³² sin la necesidad de abandonar los fines, principios y garantías que el Derecho penal brinda, entre ellos, la participación necesaria del juez para resolver el conflicto de la forma más “justa”.¹³³

Opferschutzgesetz-kleine Schritte zu welchem Ziel?”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 1.170 y ss; RIEB/HILGER, „Das neue Strafverfahrensrecht-Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 145 y ss; BANNENBERG/UHLMANN, „Die Konzeption des Täter-Opfer-Ausgleichs in Wissenschaft und Kriminalpolitik”, en *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Bundesministerium der Justiz, Bonn, 1998, p. 27. El parágrafo 403 StPO otorga a la víctima la facultad de ejercicio en el proceso penal de la acción civil derivada del delito como forma de resolver determinadas pretensiones de corte civil en el juicio penal (fundadas en la normativa civil), en base al principio de economía procesal. Sin embargo, ocurre que el proceso adhesivo –prácticamente- no se utiliza en Alemania, habiéndose convertido en un concepto de pura teoría. Vide ROXIN, „Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem”, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, BADURA/SCHOLZ (Hrsg), München, 1993, p. 302; RIESS, „Der Strafprozeß und der Verletzte –eine Zwischenbilanz”, *Jura*, deGruyter, Berlin-New York, 1987, p. 283.

130 Vide VARONA, *La mediación reparadora*, cit, p. 455.

131 Vide FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade”, cit, pp. 193 y 199.

132 De las encuestas criminológicas se pueden deducir dos conclusiones de interés que deberían ser consideradas por el legislador al momento de plantearse la necesidad u oportunidad de introducir la mediación como una sanción penal o como alternativa al proceso penal y a la pena. En primer lugar, si coexistieran dentro del sistema penal la reparación y la mediación como consecuencias jurídicas autónomas, la reparación debería tener prioridad frente a la mediación. En segundo lugar, las víctimas encuestadas prefieren obtener como consecuencia penal la reparación del daño sin tener que confrontarse (nuevamente) para ello con el autor. Este dato es de suma importancia para entender la importancia de la reparación no sólo frente a la pena sino también frente a otro tipo de resolución alternativa de conflicto (vgr. mediación). La reparación se diferencia de la mediación en que aquella pretende formalizar lo informal, no informalizar lo formal. Vide HERTLE, *Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie. Eine dogmatisch-Empirische Untersuchung*, Lang, Frankfurt/Main, 1994, p. 250.

133 De similar opinión DA COSTA ANDRADE: “...no essencial se espera um aumento da eficácia da resposta à pequena criminalidade, alargando-se o recurso a figuras como a suspensão provisória do processo (artigo 281.º do Código de Processo Penal), o arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º do Código de Processo Penal), o processo sumaríssimo (artigos 392.º e segs. Do Código de Processo Penal), etc. Só que, mais uma vez, não se vê como possa alcançar-se o efeito almejado, tratando-se de figuras processuais cuja atualização depende sempre da intervenção necessária e decisiva do Tribunal, que a Lei-Quadro da Política Criminal apostou em deixar fora do regime das orientações”. Vide DA COSTA ANDRADE, “Lei-Quadro da política criminal”, cit, p. 277.

37. Si se pretendiera justificar la introducción de la mediación en el sistema penal de Portugal en las directivas o recomendaciones de la Unión Europea, estas reflexiones pueden servir para sostener que no había necesidad de introducir en Portugal el mecanismo alternativo de resolución de conflictos penales por medio de la mediación, cuando la exigencia de adaptación del sistema penal nacional respecto a los requerimientos de la Unión Europea ya estaba cubierta por los instrumentos contenidos el Código Procesal Penal de 1987. Este cuerpo normativo creó instituciones -como la *suspensión condicional del proceso*- que responden a todos los requisitos de las soluciones de consenso y al espíritu de la justicia restauradora, así como atañe a la misma franja de delitos que se pretende abarcar con la mediación. La creación de nuevas y más formas alternativas de resolución de conflictos sólo se duplicarán en sus cometidos¹³⁴ y harán más superfluas (cuando no confusas)¹³⁵ la aplicación de las medidas ya existentes.¹³⁶

38. Véase que ya la doctrina portuguesa asume que “na verdade, aquilo que o legislador previu como o regime da mediação, de um prisma material, se aproxima -e devia ainda aproximar-se em maior medida, ao que cremos- da suspensão provisória do processo”.¹³⁷ El sistema penal portugués no necesita agregar nuevas formas alternativas para la resolución de los conflictos penales, porque la normativa existente (vgr. suspensión condicional del proceso, sobreseimiento con dispensa de pena, etc) contempla la mayoría de los postulados de la JR, admite el principio de oportunidad y cumple con las exigencias normativas de la Unión Europea.

39. En realidad en Portugal el problema es otro, y reside en cómo compaginar y aplicar correctamente todos los medios alternativos existentes, que todavía no han sido eficazmente utilizados en la praxis.¹³⁸

40. En definitiva, entre otras cosas, en esta contribución al debate que tiene que tener lugar en la doctrina portuguesa, se ha pretendido destacar el acierto de la política criminal seguida por el Código Procesal Penal de 1987 en relación a las formas de consenso, que se ajustaba al espíritu de la JR en muchas disposiciones que reconocían la alternatividad en la resolución del conflicto. Vaya en esta defensa del sistema penal normativo y político criminal portugués instaurado en aquel cuerpo normativo (que mucho le debe al homenajeado con esta publicación) mi humilde tributo a su principal mentor: el Prof. Dr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, verdadero ejemplo de vocación universitaria para las generaciones actuales y futuras.

134 Vide SANTOS, „A mediação penal”, cit, p. 101, nota rodapé 24. Repárese que la suspensión de los plazos de prescripción del proceso penal van hasta la fecha fijada para el cumplimiento del acuerdo de reparación (cfr. Art. 7.2). Sólo el cumplimiento del acuerdo permite la resolución definitiva del conflicto, por lo que en los hechos la mediación es la “consagração de uma vera suspensão do processo”. Vide LAMAS LEITE, *Mediação Penal de Adultos*, cit, p. 98.

135 Téngase en cuenta que el acuerdo de reparación es la condición para desistir de la queixa, por lo que la reparación pasa a ser el elemento determinante de esta forma de resolver el conflicto, aproximándose esta “homologação da desistência” do instituto da suspensão provisória do processo. La mediación permite la desistencia de la queixa bajo la condición suspensiva del cumplimiento del acuerdo. Si este no fuera satisfecho queda abierta la posibilidad de desistir (renovação de queixa) por parte del ofendido, aproximando el instituto de la mediación a la suspensión provisoria del proceso (cfr. Art. 281 CPP). En sentido similar, LAMAS LEITE, *Ibidem*, pp. 96 y s.

136 La ley nada dice sobre el contenido del acuerdo de reparación, lo que ha llevado a la doctrina a suponer que el mismo no puede consistir “em algo diferente de deveres, obrigações, injunções ou regras de conduta...Contudo, seria farisaico negar a tais imposições -chamemos-lhe assim-um carácter restritivo, em maior ou menor medida, de direitos fundamentais...Tudo indica estarmos perante um meio de constrangimento do arguido orientado para o cumprimento de um acordo imposto por cláusulas que, na sua base, têm um conteúdo sancionatório e que, bem vistas as coisas, muito se aproxima das injunções e regras de conduta a que se refere o art. 281.º do CPP, também elas penhor de que o seu cumprimento levará ao arquivamento do processo (art. 282.º, n.º 3, do CPP)”. *Ibidem*, pp. 88 y s.

137 *Ibidem*, p. 89. Este autor luego es más contundente y expresa: “a “desistência” surge como o último passo de um processo negocial com intervenção de um terceiro imparcial; conduz à aplicação de obrigações, regras de conduta ou injunções sobre o arguido; só opera todos os seus efeitos em caso de cumprimento do acordo, estando assim sujeita a uma condição suspensiva... Destarte, estamos perante um mecanismo que, apesar do seu nomen iuris é, na prática, uma suspensão provisória do processo”. *Ibidem*, pp. 116 y s.

138 Vide FERREIRA MONTE, “Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da Possibilidade de Intensificação dos Espaços de Oportunidade”, *Revista do Ministério Público*, 101, 2005, pp. 71 y s; también LAMAS LEITE, *A Mediação Penal de Adultos*, cit, p. 36, nota 49.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO¹

RICARDO M. MATA Y MARTÍN²

RESUMEN

El principio de legalidad, como eje vertebrador de todo el sistema penal, despliega sus efectos también en el ámbito penitenciario. El genérico principio de legalidad en materia penal incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con la fase de ejecución de las condenas privativas de libertad impuestas a los autores de hechos delictivos. El trabajo que sigue pretende determinar de forma más precisa las consecuencias de la aplicación del principio de legalidad al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, así como pasar al análisis de algunas de ellas. En este sentido se quiere señalar los presupuestos del principio, su recogida normativa en el sistema jurídico español, las consecuencias fundamentales que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad trae el principio de legalidad, así como algunas particulares consideraciones respecto a su aplicación en el sistema penitenciario vigente.

I. SENTIDO GENÉRICO DE LA GARANTÍA EJECUTIVA

En el genérico principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con ejecución de las condenas impuestas a los autores de hechos delictivos, en especial para el presente trabajo en lo que concierne a la fase de realización de las penas privativas de libertad por la Administración Penitenciaria.

La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión en primer lugar excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad.

Pero además la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. Y no puede ser de otra manera pues, en realidad, la previa condena y aplicación posterior de la pena únicamente encuentra legitimidad y fundamento en el Ordenamiento Jurídico³. La vigencia del principio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está presidida por el respeto a las normas. Naturalmente la vida en prisión no se agota con lo previsto en la Ley, pero el respeto al sistema legal durante la ejecución de la privación de libertad implica que la misma no puede ser reconocible o comprensible sin su referencia a las disposiciones legales⁴.

1 El presente trabajo ha sido publicado en la Revista General de Derecho Penal 14 (2010). <http://www.iustel.com>.

2 Profesor Titular de Derecho Penal Universidad de Valladolid

3 BUENO ARUS, F. *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia 1967, p. 49. "Sólo en el Derecho y por el Derecho cobran sentido y justificación las limitaciones que se imponen a la libertad del condenado".

4 Por eso cuando BELTRAN NUÑEZ señala tajantemente que "Cualquier intento de explicar la vida en prisión a partir de las normas de la legislación penitenciaria es vano" inmediatamente debe matizarlo. "La ley y el reglamento penitenciarios establecen una serie de normas jurídicas que regulan la vida del preso. Pero si se pone el acento sólo en ellas, se pierde la perspectiva de la realidad sobre la que se proyectan". "El cumplimiento de la pena de prisión". En MOLINA BLAZQUEZ, M^a C (Coordinadora). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch 2005, p. 140. No es menos cierto que los reclusos y el propio sistema penitenciario en su conjunto crean sus normas no jurídicas, incluso contra legem, hasta el punto de decirse que "la práctica es la que hace la norma y no la norma la que hace la práctica". MANSUY, I. "Principe de légalité et d'exécution des peines en France et Allemagne, Droit = droits ? ", *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. II | 2005, mis en ligne le 13 novembre 2009, Consulté le 09 février 2010. URL: <http://champ-penal.revues.org/397>

Admitidas la exclusión de arbitrariedad y la necesidad de respeto a las normas, la dificultad estriba en determinar de forma más precisa las consecuencias de la aplicación del principio de legalidad al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. En este sentido el trabajo quiere señalar los presupuestos del principio, su recogida en el sistema jurídico español, las consecuencias fundamentales que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad trae el principio de legalidad, así como algunas particulares consideraciones respecto a su aplicación en el sistema penitenciario vigente.

La importancia del respeto al principio de legalidad resulta máxima, pues afecta a la legitimidad misma del sistema. FERRAJOLI⁵ pone de manifiesto la íntima vinculación entre la racionalidad atribuida al sistema penal y su legitimación. “Su fundamentación racional, aun en el variar de los criterios de racionalidad, ha sido invariablemente considerada equivalente a su justificación ético-política; mientras su irracionalidad ha sido siempre, por el contrario, equiparada al despotismo y al abuso de poder. Al mismo tiempo, su rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitación y de legitimación legal, se ha revelado como la principal garantía de la racionalidad y de la justificación del poder de castigar, de prohibir y de juzgar”. Como se puede apreciar del texto anterior la racionalidad del sistema penal tiene que ver en buena medida con sus límites y garantías. De ahí el papel fundamental de estas garantías en la legitimación del mismo sistema, con un espacio destacado para el principio de legalidad. En ese sentido podría afirmarse, como lo hace NAUCKE⁶, que el principio de legalidad es la Constitución, de contenido limitado, del derecho criminal. Con todo ello, y de acuerdo a lo que vamos a señalar a continuación, el principio de legalidad puede entenderse como limitador de facultades punitivas pero al mismo tiempo como fundamento del sistema penal.

II. FUNDAMENTO Y ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad penal y sus consecuencias forman parte indisoluble de la cultura jurídico-penal europea⁷, a pesar de todas las crisis y dificultades que se ciernen sobre el mismo⁸. En general se acepta que el

5 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 21-2. También NAUCKE relaciona racionalidad y principio de legalidad del sistema penal: “Sin principio de legalidad no hay en los tribunales ambiente alguno posible de racionalidad”. “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”. Traducción de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 545. DIEZ RIPOLLÉS parece restarle protagonismo al principio de legalidad al no admitir que proporcione todo el componente de validez del Derecho penal, como sucedería con la determinación del ámbito de tutela, de los criterios de responsabilidad o en la configuración de las sanciones (p. 135). De esta manera resulta excluido del conjunto de principios con los que el autor estructura su modelo de racionalidad penal. Pese a ello no deja de indicar que “constituye un componente de legitimación de las demandas formuladas al ciudadano para que acomode su comportamiento a la norma que está fuertemente arraigado en nuestra sociedad”, debido a la representatividad que encarna y las exigencias formales del procedimiento legislativo (p. 147), *La racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta 2003.

6 “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”. Traducción de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 546. El principio era considerado por JIMENEZ DE ASUA como la “Ciudadela inexpugnable, erigida para el bienestar de los hombres libres, piedra angular del Derecho penal liberal, en otras palabras, del Derecho del hombre civilizado”. “Nullum crimen, nulla poena sine lege”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 63 (1951), p. 197.

7 En este sentido NAUCKE, W. “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”. Traducción de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 545. También BERGALLI señala que “el principio de legalidad arraiga entonces en la propia historia del Estado moderno y constituye, junto a otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica”. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”. *Jueces para la Democracia* n° 32 (1998), p. 58. Autor que diferencia entre el principio de mera legalidad, como principio perteneciente al derecho público que establece las condiciones para la existencia de toda norma jurídica y, por otra parte, el principio de estricta legalidad, con el cual se condiciona la validez de las leyes a la taxatividad de sus contenidos. Este último constituye una garantía exclusiva del Derecho penal, que impone ciertas exigencias a la propia ley a los jueces en su aplicación. Las garantías del principio de legalidad del Derecho penal propio del Estado constitucional son las que establecen las diferencias con la omnipotencia del legislador penal en los Estados meramente legales (p. 59). Ahora bien este autor indica que junto a las razones que fundamentan el principio existirán otras razones de estado que permitirán su violación, cuando se ponen bajo cuestión los proyectos de dominación ensayados por el poder: “es entonces cuando la razón de Estado prima sobre las razones jurídicas, o sea sobre el derecho” (p. 59).

8 Respecto a estas situaciones de crisis y falta de efectividad teórica y práctica del principio de legalidad –para el aspecto concreto del mandato de determinación–, SÜSS señala que únicamente se comprende de forma más

principio de legalidad del sistema penal responde a una doble dimensión producto ambas de la evolución histórica europea. Por una parte se considera consecuencia de planteamiento jurídico-político de la organización social, en su sentido más amplio, y además posee una perspectiva jurídico-penal indudable⁹. Efectivamente el principio de legalidad constituye un punto de encuentro de distintas perspectivas, “aparece enclavado en el punto de acoplamiento estructural o interpenetración”¹⁰ del sistema político y el sistema jurídico.

II.1 Dimensión jurídico-política.

La dimensión política conecta, por una parte, con la formulación de las teorías convencionalistas, según las cuales para hacer posible la vida en sociedad el individuo hace cesión de parcelas de su soberanía, cuyos límites quedan fijados en la Ley como expresión de la voluntad general de la sociedad. “Sin el apoyo normativo del Derecho Natural, el hombre no tiene otro apoyo que él mismo. Y cuando se reúne con otros hombres formando un grupo, una sociedad o un Estado, todos quedan, al mismo tiempo, obligados entre sí, pues la soberanía y libertad de unos quedan limitados por la soberanía y libertad de otros. Es decir, deben reunirse pacíficamente y acordar los límites de su libertad, los límites hasta los que están dispuestos a renunciar a su soberanía. Estos límites deben ser trazados con precisión y ser estrictamente controlados, pues con el transcurso del tiempo se tiene que decidir sobre los límites de la libertad individual y puede darse un poder ilegítimo, autoritario. Estos límites los traza el Derecho y se reflejan en las leyes que, según el esquema ideal, se han dado todos y que, consecuentemente, todo el que las aplica queda estrictamente vinculado a ellas. Sólo esta vinculación garantiza que la convivencia humana no conduzca a infracciones jurídicas, pues hasta los límites de la libertad, trazados idealmente, y sólo hasta ellos, ha renunciado todo el mundo a su libertad en interés de la sociedad civil, que es su propio interés”¹¹. Las exigencias fundamentales del principio de legalidad entroncan con un postulado básico del liberalismo político, el de la vinculación del poder ejecutivo y del poder judicial a las leyes generales. Se trata de asegurar mediante la vinculación de los poderes a la ley abstracta la libertad del ciudadano ante posibles injerencias en la misma¹².

plena en el contexto de una desvalorización del principio que tiene distintas vertientes (p. 242). Además este autor efectúa un inventario crítico de las causas más sobresalientes de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación. En todo caso señala que la falta de vigencia lo es en la práctica en cuanto al reconocimiento y cumplimiento de sus exigencias pero no en su reconocimiento normativo (p. 225). “El trato actual del mandato de determinación”. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 232 y ss. BERGALLI señala que la vigencia del principio se encuentra fuertemente socavada por las transformaciones sufridas por el Estado y por las interpretaciones surgidas desde distintas tradiciones jurídicas, pese a lo que “sigue constituyendo un referente central para el control al abuso del poder ejercido tanto desde los sistemas políticos cuanto desde los sectores hegemónicos de la sociedad”. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad” *Jueces para la Democracia* n° 32 (1998), p. 62. FERRAJOLI apunta motivos epistemológicos y de falta de claridad en los fundamentos axiológicos en la crisis del modelo garantista de la ilustración. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 23. Pese a señalar la crisis de la ley en el sistema jurídico, DIEZ RIPOLLÉS afirma “la indiscutida vigencia del principio de legalidad penal” (p. 72). Indica como factores que influyen en la pérdida de centralidad de la ley en el sistema jurídico aspectos relativos a la reestructuración del Estado de Derecho moderno, otros vinculados a la transformación de las fuentes del Derecho y, finalmente, el control de constitucionalidad de las leyes que otorga a la jurisdicción un papel preponderante frente a la legislación (p. 67 y ss.). A pesar de esta dinámica, señala el autor, “el derecho penal se ha mantenido durante los dos últimos siglos firmemente anclado en los postulados básicos del Estado de Derecho liberal originario” (p. 71). *La racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta 2003. Puede consultarse también lo que ÁLVAREZ GARCÍA denomina la pérdida de autoridad del Código penal y de la misma idea de la Ley. *Sobre el principio de legalidad*. Tirant lo Blanch 2009, p. 119 y ss, 193 y ss.

9 El principio de legalidad tiene una significación jurídico-constitucional y otra jurídico-penal. Cfr. KARPEN, H-U. *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*. Walter de Gruyter, Berlin 1970, p. 201.

10 SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?”. *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. (ARROYO ZAPATERO/ NIETO MARTÍN, Directores), (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Coordinadora). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2007, p. 70.

11 HASSEMER, W. *Fundamentos de Derecho Penal*. Traducción de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Bosch 1984, p. 312.

12 Cfr. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 144-5.

En la dimensión política se integran no sólo las limitaciones a la imposición de sanciones, según el previo acuerdo social, sino que al tiempo manifiesta el origen legítimo del castigo. Desde esta perspectiva se produce un acuerdo de todos como miembros de la sociedad sobre los límites de la libertad y la pérdida de ésta para formar la comunidad¹³. En esa situación la Ley es expresión de la voluntad general que manifiesta tales límites. “el principio de legalidad es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal... como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general”¹⁴.

También desde el punto de vista jurídico-político existiría una manifestación del principio de división de poderes en el principio de legalidad, pues en definitiva la división de poderes no es sino consecuencia del principio liberal de imperio de la ley¹⁵. Aquel principio introduciría un refuerzo de la libertad frente al poder, estableciendo ámbitos propios para cada uno de ellos; frente al poder ejecutivo sólo los Juzgados y Tribunales pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ejecución que se deberá poner en práctica de acuerdo a lo previsto en la Ley¹⁶. “Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al Juez de la función de creación de Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de esa forma se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo”¹⁷.

De esta manera el fundamento político del principio de legalidad es correlato de la idea de libertad y del Estado de Derecho, del que se derivaría la exigencia de ley formal y de seguridad jurídica. En concreto se vincula, como se ha puesto de manifiesto a la idea del acuerdo social y de la división de poderes como presupuestos de la organización jurídico-política de la sociedad en el marco del liberalismo político: “Los antecedentes ideológicos que precedieron a la construcción del principio de legalidad se remontan a las teorías del contrato social de ROUSSEAU y a la división de poderes de MONTESQUIEU”¹⁸. La evolución del pensamiento penal de la Ilustración llevará a la afirmación del principio de legalidad como conjunto de garantías del ciudadano frente al ius puniendi estatal, concepciones que progresivamente serán introducidas en las Declaraciones de derechos, Códigos penales y Constituciones.

II.2 Dimensión jurídico-penal.

Pero también se ha indicado la existencia de una dimensión jurídico-penal específica de la que procede el principio de legalidad¹⁹. En este sentido el principio comentado sería expresión de la particular función de la norma y sanción penales. De acuerdo los fines de las normas jurídico-penales, para poder cumplir con sus funciones intimidatorias y motivadoras de la conducta de los ciudadanos, resulta necesario que la conducta prohibida y la pena establecida como castigo sean conocidos de forma previa para así poder servir de contramotivo frente a los impulsos delictivos. “la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida”²⁰. En definitiva la necesidad de que las prohibiciones penales se formulen previamente mediante una ley penal que las establezca y así puedan ser conocidas por los ciudadanos, conecta con la función preventivo general de

13 SCHÜNEMANN, B. *Nulla poena sine lege?*. De Gruyter 1978, p. 1.

14 Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 12-13. Fundamento denominado democrático representativo por este autor, p. 13.

15 Cfr. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 145.

16 ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 13.

17 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 145.

18 DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p.17.

19 Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 14.

20 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 146. También CID MOLINÉ, J. “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”. *Revista de Administración Pública* n° 140 (1996), p. 147: “la legalidad material es funcional a la prevención porque a mayor claridad en la determinación de los comportamientos sancionados, más nítidos llega el mensaje motivador al ciudadano”.

la ley penal²¹. Precisamente en conexión con su teoría de la coacción psicológica, que atiende a los efectos que produce en los ciudadanos la amenaza con sanciones de la ley penal, será FEUERBACH quien realice la conocida formulación latina del principio: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"²².

Pero también se señala al principio de culpabilidad como otro de los factores jurídico penales que sustentan el principio de legalidad. Como la culpabilidad se considera presupuesto y fundamento de la pena, será necesario para que concurra tal presupuesto que el sujeto conozca o hubiera podido conocer que su conducta estaba sancionada²³. Con todo ello se hace evidente la necesidad de ley anterior al hecho (irretroactividad de la ley penal) y de la precisión en la descripción de la conducta prohibida (mandato de determinación o certeza), como implicaciones derivadas del principio de legalidad.

II.3 Enunciación actual.

En la actualidad la evolución social y la mayor complejidad normativa llevan a una enunciación algo diferenciada o adaptada al contexto presente de los postulados de legalidad del sistema penal²⁴. En este sentido se habla de una primera dimensión democrática que transfiere legitimidad a la ley penal. En ella puede verse tanto lo que afecta al órgano representativo y deliberativo al que se atribuye la capacidad de aprobación de las leyes, como lo relativo al respeto de principios y derechos fundamentales. Otro de los aspectos de la legalidad en su momento actual tiene que ver con la pretensión de lograr un sistema penal con aplicaciones previsibles y estables. Se entiende que esta pretensión se logra mediante una interacción de los poderes legislativo y judicial basada en parámetros constitucionales y científicos que hagan de la interpretación y aplicación de la ley una actividad calculable y estable, en definitiva el mayor acercamiento a la certeza del sistema penal. Finalmente se encuentra la dimensión institucional que reclama el control de legalidad por parte de los Tribunales, en particular por un Tribunal Constitucional.

21 SCHÜNEMANN, B. *Nulla poena sine lege?*. De Gruyter 1978, p. 23.

22 Realizada en el año 1801 en la primera edición de su Lehrbuch. Cfr. SCHÜNEMANN, B. *Nulla poena sine lege?*. De Gruyter 1978, p. 2-3 y 9.

23 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA/DÍAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 146.

24 La breve exposición que sigue se hace sobre la base de lo señalado por SILVA SÁNCHEZ en "Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?". *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, Directores), (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Coordinadora). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2007, passim.

III. LAS FÓRMULAS NORMATIVAS DEL PRINCIPIO.

III.1 El art. 2 de la LOGP.

Lo que se considera generalmente la plasmación del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria del art. 2 de la LOGP²⁵, puede entenderse como la más representativa de sus manifestaciones legales al establecerse en la ley específicamente destinada a regular la ejecución de las penas privativas de libertad. El precepto indicado señala que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”. La fórmula tiene su antecedente en la reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones por RD 2273/1977 de 29 de julio y en trabajos doctrinales anteriores²⁶.

El fundamento del principio de legalidad apunta a la necesidad de una norma legal como sustento del funcionamiento del sistema penitenciario y nuestro sistema constitucional –como se verá– a la necesidad de una Ley Orgánica (y no otra clase de norma) para regular la materia penitenciaria. Sin embargo la fórmula empleada por el art. 2 de la LOGP hace referencia no sólo a la ley sino también a los reglamentos y sentencias judiciales.

La elección por el legislador de esta concreta redacción permite realizar algunas precisiones sobre el contenido real del precepto. Por una parte al hacer mención el art. 2 a factores determinantes de la actividad penitenciaria distintos de la ley, puede considerarse que se configura un principio legalidad de forma más amplia. Como las sentencias y, especialmente, los reglamentos quedan abarcados en la cláusula del segundo artículo de la Ley penitenciaria española, las garantías dimanantes del principio de legalidad deberían considerarse cumplidas con las previsiones reglamentarias y de la sentencia condenatoria. De esta manera se vería en la literalidad del art. 2 una fórmula no cerrada, no exclusivamente vinculada a la ley estricta que permitiría otras fuentes ajenas a la Ley como fundamentadas de la actividad penitenciaria. Algunas reflexiones sobre el principio de legalidad penitenciario parecen querer avalar esta tesis.

Especialmente en los momentos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución de 1978 y a la propia Ley Orgánica General Penitenciaria se admite que la constrictión normativa a la que debe someterse la actividad penitenciaria no se ciñe exclusivamente a la Ley, sino también al Reglamento²⁷. Este punto de partida llevará –con ayuda de las previsiones del art. 2 LOGP y de la teoría de las relaciones especiales de

25 Comúnmente se acepta que el art. 2 de la LOGP expresa específicamente la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad. Así BUENO ARUS, F. “Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española, -textos y materiales para su estudio-*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 11 y 31. GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la legislación penitenciaria española*. Civitas 1982, p. 34. MAPELLI/TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 1990, p. 139. GRACIA MARTIN, L (Coordinador). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Tirant lo Blanch 1996, p. 286. DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p.106.

26 La mencionada reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 mediante RD 2273/1977 de 29 de julio estableció en el art. 1.1 de la citada norma “Las instituciones penitenciarias que se regulan en este reglamento tienen como fin primordial realizar una labor reformadora y de reinserción social, además de la retención y custodia de los detenidos, presos y sentenciados, en orden a la ejecución de las penas y medidas correspondientes. Su actividad se desarrollara con las garantías y dentro de los límites establecidos por las leyes, reglamentos y resoluciones judiciales”. Con anterioridad en un estudio de BUENO ARUS, este autor había señalado que “El recluso tiene derecho a que la actividad de la Administración penitenciaria sobre él se desarrolle dentro de los límites establecidos por la Ley, los Reglamentos y la sentencia judicial” (“El sistema penitenciario español”. *Revista de Estudios Penitenciarios* num. 169-171, abril-diciembre 1965, p. 205). Téngase en cuenta que como señala el propio BUENO ARUS, “el contenido de ésta [por la Ley Orgánica General Penitenciaria] no era tan novedoso como pareció darse a entender en algunos casos, pues en gran parte la nueva normativa se limitó a legalizar, con algunos retoques, las normas incorporadas al Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre observación y tratamiento, y por el Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio, sobre derechos de los internos y régimen penitenciario” (“Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española, -textos y materiales para su estudio-*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 9-10).

27 Véase al respecto BUENO ARUS, F. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”. En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1º. Edersa 1986, p. 48 y ss.

sujeción- a estimar una reserva de ley en el ámbito penitenciario en sentido extenso que se corresponderá con el llamado bloque de legalidad. Claro que no debe confundirse que la compleja y total actividad penitenciaria pueda regularse también a través de reglamentos con que la reserva de ley comprenda a tales normas.

CERVELLÓ²⁸ acepta de forma explícita el ámbito ampliado del principio de legalidad al incluir no sólo la ley sino también el reglamento en lo que algunos denominan “bloque de legalidad penitenciaria”. El desarrollo por vía reglamentaria, una vez aceptado como parte de esa legalidad del sistema penitenciario, debe cumplir con tres requisitos: que se respete la reserva de ley para los aspectos vinculados al desarrollo de derechos fundamentales, que se trate únicamente de un reglamento propiamente ejecutivo o de desarrollo y que se cumpla con el principio de jerarquía normativa.

De forma diversa puede concebirse la redacción dada por el legislador de 1979 al art. 2 LOGP y sus implicaciones para el principio de legalidad en la ley penitenciaria. Puede pensarse en que el legislador lo que hace es delinear el marco general en el que se va a desenvolver lo que él mismo denomina la “actividad penitenciaria”. De esta forma lo que hace el art. 2 LOGP es enumerar sistemáticamente los distintos elementos de los que depende la ejecución penal: la sentencia de la cual procede la condena y se decide la pena en calidad y cantidad a ejecutar, la ley que proporciona de forma originaria el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad y los reglamentos que puedan resultar necesarios para la organización penitenciaria y aplicación material de la pena de prisión. En este segundo sentido el legislador no pretendería propiamente o exclusivamente la plasmación del principio de legalidad, sino la mención del marco general de la adscripción del penado a un centro penitenciario, con los distintos componentes necesarios para su efectiva incorporación y desarrollo del internamiento. Algún autor especialmente relevante en este ámbito y con participación activa en las tareas de elaboración de la normativa penitenciaria viene a reflejar este punto de vista en el que junto al principio de legalidad lo que realmente formalizaría el art. 2 es fijar el marco de la delimitación del ámbito del cumplimiento de las penas²⁹. Naturalmente que si se señalan los límites dentro de los cuales se debe poner en práctica la ejecución de las penas privativas de libertad, se hace necesariamente mención a la ley y al principio de legalidad, pero no ya como único fundamento de la concreta ejecución penal. En definitiva el art. 2 de la Ley General Penitenciaria no ha pretendido propiamente la declaración estricta del principio de legalidad, pero sí la necesidad del sometimiento a normas en ese contexto de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como la expresión de todos los sustentos jurídicos necesarios para la entrada y permanencia del concreto interno en un Centro Penitenciario, y en ese sentido la existencia de garantías jurídicas para el condenado.

En todo caso la Administración Penitenciaria llevará a cabo su misión de acuerdo a las previsiones constitucionales y de la ley penitenciaria que son las normas que fundamentan de manera originaria la misma, siendo posible la existencia de desarrollo reglamentario dentro de los límites que permita la exigencia de reserva de ley en esta materia. El poder ejecutivo, como si fuera consciente de las dificultades de la fórmula del art. 2 LOGP recoge el principio de legalidad de una manera mucho más adecuada, cuando dispone entre los principios que informan la actividad penitenciaria que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley” (art. 3.1 RP aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero).

III.2 El principio de legalidad en el texto constitucional de 1978.

Efectivamente la referencia al principio de legalidad de la ejecución penal se presenta en múltiples normas más allá de lo señalado por el art. 2 LOGP. Para empezar el propio texto constitucional de 1978 hace mención a la subsistencia de los derechos fundamentales para el recluso salvo los que se vean necesariamente afectados por la función penitenciaria. “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” (art. 25.2). Se trata de un contenido que no parece querer expresar el principio de legalidad de la actividad penitenciaria sino tan sólo el reconocimiento para los penados de los derechos que no sea preciso limitar bien como contenido de la propia sanción impuesta o bien como consecuencia necesaria de la organización del sistema penitenciario.

²⁸ *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28.

²⁹ BUENO ARUS, F. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”. En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1°. Edersa 1986, p. 54 y ss.

En realidad el art. 25.2 hace referencia también a otros aspectos como los fines de las penas y medidas de seguridad, así como a algunos derechos de los que necesariamente gozará el preso y que por tanto no pueden ser objeto de supresión.

El texto constitucional se refiere de forma más directa al principio de legalidad penal en el art. 25.1 al establecer que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento”. La doctrina considera que se trata en su literalidad de una referencia precaria al principio pues tan sólo incluye la irretroactividad de las normas sancionadoras que deberán encontrarse previamente en la “legislación” vigente, referencia a la legislación que también provoca dificultades interpretativas³⁰. Sin embargo, el escueto tenor literal ha sido desbordado por la interpretación del Tribunal Constitucional incorporando un abanico más amplio de contenidos, como los principios de proporcionalidad y non bis in idem³¹.

El texto del art. 25.2 a lo que sí hace referencia es a los distintos factores desde los que se producen limitaciones a los derechos fundamentales de los condenados. En primer lugar se hace mención al contenido del fallo condenatorio que constituye el título jurídico necesario para que alguien ingrese como penado en un establecimiento penitenciario. En el mismo debe constar de forma expresa el contenido fundamental de las privaciones a las que se va a ver sometido, esencialmente la libertad en el sentido más amplio del art. 17 de la Constitución y sus manifestaciones más concretas como la libertad de residencia o de circulación. El sentido de la pena como limitación de derechos tiene que ver con aquellas restricciones que va a sufrir el penado y que acarrea necesariamente la concepción del sistema de cumplimiento de las penas, lo cual puede ser entendido de diferentes maneras, bien como los límites impuestos por los fines que deben perseguir la ejecución de las penas, bien como las restricciones ocasionadas derivadamente de las privaciones principales o finalmente como las limitaciones producidas en los derechos que de no estar encarcelado el sujeto podría realizar libremente pues no se ha privado formalmente de ellos³². No resulta sencillo trazar las limitaciones propias del sentido de la pena diferenciándolas de las que sean consecuencia de la ley penitenciaria. Una interpretación sistemática, que permita una diferenciación, y teniendo en cuenta la propia expresión utilizada en la Constitución parece abonar que se trata de aquellas vinculadas con los fines asignados a las penas. Las últimas restricciones se conectan a las previstas en la ley penitenciaria. La Ley puede imponer restricciones, siempre que sean necesarias, en atención a necesidades de organización, regimentales y de seguridad, bien por las características del centro penitenciario o bien por la situación particular del penado³³.

III.3 Otras recepciones legislativas.

Además de las ya comentadas otras formulaciones del principio de legalidad en la ejecución son las del Código penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la del Reglamento Penitenciario. El art. 3 del Código penal dispone: “1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. En este precepto del Código penal se encuentra la más acertada y completa de las fórmulas empleadas en los textos legales para señalar

30 Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 10 y 25.

31 Sobre esta orientación de la jurisprudencia constitucional HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, pp.14-18.

32 Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 45.

33 En relación a este último grupo de limitaciones TELLEZ AGUILERA incluye las necesarias desde el punto de vista tratamental. Este punto de vista resulta de difícil acogida pues en nuestro sistema penitenciario el tratamiento no se concibe como un deber sino como un derecho. El art. 4.2 de la LOGP señala que “Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”. En el RP el art. 4.1.d lo reconoce como un auténtico derecho: Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo”. Pero es que además la propia Ley recuerda que el tratamiento no puede implicar otras restricciones pues se emplearán “todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades” (art. 60.2 LOGP).

la vigencia del principio de legalidad en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad, recogiendo las fórmulas tradicionales de los Códigos penales españoles sobre ejecución y cumplimiento de las penas.

Respecto al sometimiento de la privación de libertad a normas prefijadas el primero de nuestros Códigos, el de 1822, atiende sobre todo -como era propio de la época- a la llamada garantía penal con una marcada preocupación por evitar el arbitrio judicial en la imposición de las penas³⁴. Así el art. 3 disponía que: “A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración”. Como se ve al problema de la contención del arbitrio judicial en la determinación y aplicación de las penas se añade la exclusión de la retroactividad de las penas. También en el sentido de la sujeción del Juez a las penas establecidas en la ley el art. 28 del mismo cuerpo legal establece que: “A ningún delito, ni por ninguna circunstancia, excepto en los casos reservados en los fueros eclesiásticos y militar, se aplicará otras penas que las siguientes:..”, añadiendo el listado de las penas admitidas en el Código (Capítulo III “De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas”). El texto punitivo de 1848 establece claramente el principio de legalidad en su garantía criminal, la cual obliga a formular previamente la conducta sancionada. Su art. 2 señala que “No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas”. Para PACHECO³⁵ se consagra el principio de que lo que no está prohibido debe entenderse permitido, protegiéndose así la libertad del ciudadano, “La penalidad no puede aplicarse sin la previa conminación, y sin el desprecio o el quebrantamiento de esa previa conminación”. Pero aprecia también una regla lógica entre el antecedente legal necesario para la consecuencia aplicable: “Establécese en él la necesidad de la misma ley, como precepto, para arreglar á sus disposiciones, anteriormente conocidas, su imposición como pena”. Este mismo autor no deja de señalar la relación entre ley y libertad, siendo la primera la garantía de la segunda. “acaba de consagrar la garantía del derecho que tiene todo ciudadano a la justa libertad de sus acciones. Súbditos de la ley, nada tienen éstos que temer de caprichos posteriores, de intentos extraños á la misma. Ella les asegura que es lícito cuanto no está vedado; y que las prohibiciones no pueden nunca aplicarse á lo que ya pasó”³⁶.

En el mismo Código penal de 1848, ya en el terreno de la ejecución de las penas previstas, el art. 86 disponía que: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de pena ejecutoriada”, y el 87: “Tampoco puede ser ejecutada penal alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto”, contenidos dentro del Capítulo V “De la ejecución de las penas y de su cumplimiento” (Título III De las penas). En el primero de ellos se estima presente un principio procesal que obliga a entender no definida la culpabilidad del procesado sin finalización del proceso mismo³⁷. En el texto del art. 87 se viene a identificar la pena por sus características, de manera que si la forma de ponerla en práctica es distinta a la prevista en la ley, en realidad, se trata también de otra pena diversa. Parece que las variaciones prohibidas en la ejecución son las inmotivadas y las que introducen un mayor o menor rigor. Como el precepto en un segundo párrafo admite la colaboración de los reglamentos específicos en la forma de ejecución de las penas, se afirma que ante la imposibilidad de que la ley señale todo lo concerniente a la ejecución de las penas lo propio de las mismas consiste en establecer principios sobre los cuales se organizará el sistema penitenciario con el complemento de los reglamentos del poder ejecutivo³⁸. En este momento histórico se aprueba la primera Ley Penitenciaria de 1849, aunque con un contenido fundamentalmente orgánico y clasificatorio. Las mismas o parecidas fórmulas legales se repetirán a lo largo de la codificación y será con el Código vigente de 1995 cuando con ligeras variantes pase al art. 3 dentro del Título Preliminar denominado “De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”.

34 Arbitrio judicial que en muchas ocasiones procedía de la necesidad ante defectos legislativos o la dureza extrema de las normas. En la actualidad, aunque evidentemente con una dimensión distinta, también se aprecia semejante problema, lo que explicaría que “en algunas actuaciones judiciales los operadores jurídicos hayan tomado sobre sus hombros la tarea de remediar el pésimo estado de nuestra legislación”. ALVAREZ GARCÍA, F.J. “Principio de legalidad y resoluciones judiciales”. *Jueces para la Democracia* nº 8 (1989), p. 13.

35 *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D.Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 92.

36 *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D.Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 94.

37 “Hay todavía tinieblas, y falta la luz. Cuando ésta llegue, cuando la sentencia recaiga y quede firme, cuando exista la ejecutoria, entonces podrá y deberá aplicarse la pena. Mientras no, es un acto de barbarie, que la ley proscriba, y que condene la conciencia pública”, PACHECO *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 459

38 PACHECO *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I, Imprenta de D. Santiago Aunaque. Madrid 1848, p. 460-1.

Volviendo al derecho vigente, comienza el art. 3 del actual CP, en su número primero, señalando cómo la imposición y ejecución de una pena debe proceder de sentencia firme y, en el número segundo, cómo la ejecución debe responder fielmente a lo preceptuado en la legislación penitenciaria. Para algunos autores el número primero del mencionado precepto únicamente incluiría la garantía jurisdiccional³⁹. DE VICENTE entiende que del número primero del precepto se desprenden, al menos, tres consecuencias: “1) para ejecutarse una pena, debe haberse seguido un proceso legal, porque de ningún otro modo puede alcanzarse una sentencia; 2) para ejecutarse una pena, debe decidirlo un órgano judicial, único legitimado para dictar sentencias; 3) hasta que la sentencia no es firme, no puede ejecutarse la pena, esto es, la pena no empieza a cumplirse”. Sin embargo parece inherente también a la garantía en la ejecución que no puede ejecutarse una pena con anterioridad al proceso ante un Tribunal competente y de que la sentencia adquiera firmeza, así como que no pueda ejecutarse una pena distinta de la establecida por un Tribunal de acuerdo a un proceso en Derecho decidida en sentencia firme. Y ambos aspectos deben entenderse comprendidos en lo señalado por el art. 3.1. Pues como señalara PACHECO⁴⁰ en los comentarios al Código penal de 1848 una pena ejecutada de forma diferente a lo previsto en la ley resulta otra pena no coincidente con la legal.

Finaliza el precepto con la referencia a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria encargada del control de la ejecución de la pena de prisión, concibiéndose por tanto como un refuerzo de la legalidad de la ejecución. En el mismo sentido, aunque de forma más lacónica y refiriéndose a otras incidencias de la ejecución, al regular las penas privativas de libertad el Código penal establece: “Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código” (art. 36.1 párrafo segundo).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 990 señala que “Las penas se ejecutarán en la forma y el tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos”. El mencionado precepto debido a su origen histórico menciona como referencias de la ejecución al Código penal y a los reglamentos, en todo caso como expresión del sometimiento a normas de la ejecución penal. El contenido del precepto responde a una época de separación rígida entre la actividad judicial y la de la Administración Penitenciaria que se refleja en el mismo. El vigente Reglamento Penitenciario de 1996 indica que: “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley” (art. 3.1), mejorando con ello la redacción del Reglamento anterior que se limitaba a repetir el texto de la Ley. Además el texto reglamentario de 1996 como reverso y refuerzo del principio señala que: “Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las Leyes” (art. 3.2).

III.4 Perspectiva internacional.

Desde la dimensión supranacional resulta más compleja la declaración del principio de legalidad pues en general implican instrumentos dirigidos a sistemas jurídicos diversos. En general se trata de declaraciones que proscriben la aplicación retroactiva de delitos y penas conforme al sistema jurídico nacional. En ese sentido la Declaración Universal de Derechos del hombre de 1948, en su art. 11.2, prohíbe la aplicación de delitos o penas distintos a los previstos en el momento de comisión del hecho según el derecho nacional. El art. 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, reproduce el texto de la Declaración Universal: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”⁴¹. Se adopta pues un principio de juridicidad más amplio con la finalidad de hacer compatible la declaración con los distintos sistemas jurídicos pero que evidentemente le hace perder exigencia.

39 DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p. 105.

40 *El Código penal concordado y comentado*. Edisofer 2000, p. 432. También GROIZARD, al comentar el art. 99 y 100 del Código penal de 1870, señala que “De otro modo, si pudieran serlo con accidentes y circunstancias no especificadas en el Código, serían en realidad penas diversas a las admitidas por la ley”. *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, T. II. Madrid 1903, p. 542.

41 En el número segundo del precepto se añade una concesión al Derecho Internacional. “2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Las Reglas Penitenciarias Europeas también suponen un apoyo a la exigencia de ley para el ámbito penitenciario aunque, dado su carácter, de una forma menos precisa. Se puede vincular, aunque de forma tan sólo indirecta, el principio de legalidad en el ámbito penitenciario a la Regla 56.3 del Consejo de Europa al señalar que “el respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración Penitenciaria”⁴². En realidad con la mencionada regla se busca fundamentalmente el control externo de la legalidad que, sin embargo, ya debe ser observada en primer lugar por la propia Administración Penitenciaria.

Las últimas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa 2006 consagran una de ellas al respeto a los derechos de los penados no restringidos por una ley: “Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de penados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional” (Regla 2⁴³). Se establece sin duda una cláusula de protección de los derechos de los internos que obliga a la existencia de una regulación legal para los contenidos restrictivos de derechos del internamiento.

Respecto a estas últimas Reglas Penitenciarias Europeas MAPELLI⁴⁴ manifiesta la presencia en la disposición señalada del principio de legalidad, con consecuencias para el tipo de normas que deben contener los derechos de los penados y el control del sometimiento a la legalidad. “El principio de legalidad y el correspondiente control de legalidad que debe ejercer una autoridad independiente cierran este conjunto de principios fundamentales. Se establece una reserva absoluta de ley, de manera que ningún reglamento ni disposición de rango inferior puede restringir el ejercicio de los derechos de los condenados salvo que esté amparado por una norma de rango superior, que lo contemple (R 2 y 9)”.

IV. CONSECUENCIAS DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Las exigencias derivadas del principio de legalidad se aplican en lo que concierne a la conducta delictiva, a la pena a ella vinculada, a la necesidad de proceso y a la forma de ejecución de la pena. Son lo que se conoce, respectivamente, como garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Como es evidente las cuatro consecuencias señaladas para el principio de legalidad no se pueden cumplir si en la base de todas ellas no se encuentra una ley formal. La ley estricta, escrita, previa y cierta presuponen necesariamente la existencia de una ley que reúna todas estas características. Es la reserva de ley propia del derecho penal, pues solo ella se concibe en nuestro sistema jurídico-cultural como fuente creadora de delitos y de penas, así como norma determinadora de la función de ejecución de las penas privativas de libertad. Efectivamente la apreciación del principio, sus rasgos y coherencia debe contemplarse desde la perspectiva totalizadora del sistema penal. Ahí tienen cabida necesariamente las condiciones para el establecimiento del hecho infractor y su sanción, así como la declaración de responsabilidad por los Tribunales, pero igualmente se debe integrar coherentemente lo relativo a las normas e instituciones de ejecución: “sólo puede hablarse de un determinado sistema de legalidad penal cuando se conoce el sistema de enjuiciamiento y el sistema de ejecución de las sanciones penales”⁴⁵.

42 Esta referencia en GARCIA VALDES, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Civitas 1982, p. 243. Tal regla forma parte de los principios fundamentales de las Reglas Penitenciarias Europeas –nº5 de los mencionados principios- elaboradas en el marco del Consejo de Europa. En realidad, como puede apreciarse, no exige necesariamente para el control de la legalidad de la ejecución de penas la intervención de la autoridad judicial, sino una autoridad legalmente habilitada distinta de la Administración Penitenciaria. *Regles pénitentiaires européennes. Recommandation n° R(87) 3 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de L'Europe le 12 février 1987*. Strasbourg 1987, p. 7.

43 Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros.

44 “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-r1 (2006), p. 5

45 SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?”. *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, Directores), (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Coordinadora). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2007, p. 70.

Las consecuencias del principio de legalidad se dirigen a los distintos poderes, lo que redundará en garantía de la libertad del ciudadano, al evitarse el monopolio del poder desde una única instancia estableciéndose un sistema de contrapesos entre los poderes. Para lo que respecta a la aplicación del principio de legalidad en el ámbito penitenciario también se produce una implicación de los tres poderes de una forma peculiar debido a la intervención de la Administración Penitenciaria⁴⁶. Al poder legislativo le obliga a configurar, mediante la ley, unas penas y un sistema de cumplimiento de tales penas privativas de libertad cierto y conocido suficientemente. En el caso del poder Judicial conlleva la aplicación de un sistema basado en la Ley, sobre la que deberá adoptar sus decisiones de acuerdo a los criterios constitucionales aplicables, los parámetros jurídicos penales y penitenciarios y los métodos de interpretación consolidados, sin posible recurso a la analogía, retroactividad o normas no escritas. Para el ejecutivo, que mediante la Administración penitenciaria se encarga de la función de cumplimiento de la pena de prisión, le supone el respeto al sistema legal de ejecución de tales penas. La compleja naturaleza de la función penitenciaria hace que todos los aspectos relacionados con el principio de legalidad le sean aplicables en su puesta en práctica por la Administración Penitenciaria-Poder Ejecutivo. En la medida en la que dispone de un limitado poder de creación de normas, éstas, además de su carácter subordinado o a la ley, deben reunir las notas de normas escritas y determinadas, en cuanto poder al que se adscribe la ejecución penitenciaria con una aplicación no retroactiva, cierta y estable.

IV.1 Los contenidos del genérico principio de legalidad.

Dirigidos a los distintos poderes que intervienen en el sistema penal el principio de legalidad general presenta una serie de exigencias para la adecuada realización de la justicia penal. Como señala ROXIN⁴⁷ tradicionalmente se distinguen cuatro tipos de consecuencias derivadas del principio de legalidad que adoptan formas de prohibiciones, se entiende que dirigidas al legislador y a los Jueces y Tribunales. En primer término la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Desde este punto de vista no está permitida la aplicación de la ley penal a casos distintos de los específicamente previstos en la ley penal, ni siquiera a través del argumento de la semejanza de los casos propios de la analogía. La analogía constituye un medio habitual de interpretación de las normas jurídicas no sancionadoras pero que en el terreno penal está prohibida para proteger la seguridad y libertad de los ciudadanos. También se desprende del principio de legalidad la prohibición del empleo del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la responsabilidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Sólo la ley y la ley escrita pueden crear las conductas punibles y la sanción a ellas asociadas. Esto provoca inevitablemente que la costumbre, que en otros ámbitos actúa como fuente del Derecho, quede fuera de los mecanismos creadores o agravadores de la responsabilidad penal al no ser fuente escrita y no poder proporcionar los mismos niveles de seguridad y certeza.

También la prohibición de retroactividad rige en derecho penal consecuencia del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*). La necesidad de conocimiento previo de los hechos susceptibles de ocasionar responsabilidad penal obliga a excluir la aplicación retroactiva de las leyes penales⁴⁸. Únicamente de esta manera se dota de seguridad al ciudadano y se aplican las penas a sujetos responsables. El delito y su pena deben encontrarse determinados antes de la comisión del hecho que genere responsabilidad penal. En principio se entiende que la exclusión de retroactividad no afecta a las normas procesales conforme a las cuales se debe dirimir la existencia de responsabilidad penal. Ahora bien por las implicaciones directas en muchos casos de los presupuestos procesales de la penalidad se plantea si pueden existir casos en los que

46 Sobre esta cuestión de las implicaciones para los poderes constitucionales FERNANDEZ AREVALO indica que "la garantía ejecutiva del principio de legalidad incide no sólo en la ejecución de la sentencia penal a cargo de jueces y tribunales -art 3.1 CP- sino también en el régimen de cumplimiento de penas y medidas de seguridad por parte de los servicios administrativos de prisiones -art. 3.2- CP" En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, coordinador). Colex 2005, p. 30. Con ello este autor deja de indicar las consecuencias para el poder legislativo que es el que debe establecer el sistema de cumplimiento mediante unas normas de adecuado rango y con la suficiente certeza. De forma que en realidad el ámbito específico del poder legislativo en cumplimiento de los mandatos del principio de legalidad constituyen un presupuesto necesario para que el resto de poderes puedan realizar los mandatos del principio de legalidad que les incumben de forma específica.

47 *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción y notas LUZON PEÑA / DIAZ y GARCIA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Civitas 1999, p. 140 y ss. También DE VICENTE MARTINEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch 2004, p. 32 y ss.

48 Sobre la vinculación entre irretroactividad de la ley y principio de legalidad puede verse IGLESIAS RIO, M.A. "Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal". *Revista Jurídica de Castilla y León* n°6 (2005), p. 17 y ss.

tales presupuestos también queden sometidos a la prohibición de retroactividad⁴⁹. Se estima en ocasiones que si los presupuestos procesales que deben conducir a la penalidad resultan equivalentes a los presupuestos jurídico-penales (derecho penal material), será posible considerar su pertenencia al ámbito en el que está vetada la retroactividad de las normas.

Finalmente estaría la prohibición de leyes y sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Desde este punto de vista se excluyen el establecimiento de delitos y penas cuyas características no puedan ser suficientemente reconocibles en la ley. Esta prohibición obliga a la fijación de la conducta punible y de la pena asociada con la suficiente certeza, es el mandato de certeza o determinación propio de la ley penal. La necesaria combinación entre precisión y flexibilidad, para no abarcar los supuestos no queridos como delictivos y para incluir los casos no conocidos pero de semejante gravedad, obligan al empleo de una cuidadosa técnica al legislador y a que el intérprete no desvirtúe tal equilibrio⁵⁰. No deja de ser cierta, sin embargo la dificultad de fijar el grado de precisión necesario de la ley penal, de forma que resulta complejo alcanzar la formulación de criterios generales sobre tal determinabilidad, pudiendo decirse que el mismo principio o mandato de determinación de la ley penal resulta en si mismo un concepto jurídico indeterminado⁵¹. Pese a reconocerse las dificultades existentes para formular los hechos con exactitud y las posibles tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia del caso, “el logro de la máxima taxatividad posible y de la real vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho”⁵².

En la doctrina del Tribunal Constitucional⁵³ se ha establecido que “el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los tipos...penales, de tal forma que de ellos se desprenda, con la mayor claridad posible, cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada” (STC 159/1986) y que tal principio “exige una descripción de las conductas delictivas que cumpla las exigencias de la seguridad jurídica, lo que se opone a unos tipos penales formulados en forma tan abierta que su aplicación no dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los Tribunales” (SSTC 105/1988 y 34/1996). En todo caso las decisiones del intérprete del texto constitucional no impiden que en ciertos casos el legislador utilice conceptos jurídicos indeterminados en la construcción de tipos penales. Pero tal margen de indeterminación introducido en la descripción de los hechos punibles debe proceder de la necesidad en los casos en que se trate de tutelar bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional, la concreción de dichos bienes sea dinámica y evolutiva y pueda realizarse sobre los mismos la función interpretativa de forma que su contenido semántico pueda ser determinable de acuerdo a los métodos tradicionales de interpretación, ni se usen indiscriminadamente cláusulas abiertas, ni se aboque a la inseguridad jurídica⁵⁴.

IV.2 El debilitamiento del principio de legalidad en la ejecución: la teoría de las relaciones especiales de sujeción.

La concepción de fondo del marco normativo en el que se inserta el sistema penitenciario resulta determinante para la solución de las distintas controversias jurídicas en este contexto. En múltiples ocasiones de conflictividad jurídica los Tribunales han acudido al recurso de las llamadas teorías de las relaciones especiales de sujeción. Estas fundamentarían un debilitamiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad como son la reserva de ley, el mandato de certeza y otras para ciertos ámbitos como sería el penitenciario⁵⁵.

49 HASSEMER, W. *Fundamentos de Derecho Penal*. Traducción de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Bosch 1984, p. 323.

50 HASSEMER, W. *Fundamentos de Derecho Penal*. Traducción de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Bosch 1984, p. 316-7

51 LOHBERGER, I.K. *Blankettstrafrecht und Grundgesetz* (Inaugural-Dissertation). München 1968, p. 112.

52 SILVA SANCHEZ, J.M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch editor, 1992, p. 256.

53 Resoluciones del Tribunal Constitucional recogidas por S. HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p.41.

54 Referencias todas ellas señaladas por HUERTA TOCILDO, quien efectúa un detenido análisis de la jurisprudencia constitucional en este campo. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p. 39 y ss.

55 Recogen la opinión de la restricción de ciertos derechos en la doctrina del Tribunal Constitucional DE LA CUESTA/BLANCO. “El sistema prisional en España”. *Eguzkilore* n° 12 (1998), p. 250.

La teoría procede del derecho público alemán de finales del s. XIX y principio del XX en una fase histórica en la que se produce una pugna por el sometimiento de la actividad del Estado al Derecho. Un intento por escapar al control jurídico fue la de las relaciones especiales de sujeción, singularmente dirigidas a desvincular la actividad administrativa del sometimiento externo al Derecho al considerarla exclusivamente un ámbito interno del Estado especialmente en aquellos casos en los que se entiende que existe una vinculación más intensa del administrado con el poder público⁵⁶. Doctrina que por tanto globalmente considerada viene a cuestionar la subsistencia del Estado de Derecho en todos los ámbitos de la actividad administrativa de los poderes públicos.

Las primeras decisiones de los Tribunales, singularmente el Tribunal Constitucional acudirán a la mencionada naturaleza de la relación jurídico penitenciaria para fundamentar sus decisiones. En una de las primeras de ellas, respecto a la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria, califica ya las relaciones entre interno y Administración penitenciaria de sujeción especial. "Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los arts. 104 y siguientes del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial de aquél). Que sea la Junta de Régimen y Administración el órgano competente para imponer sanciones (art. 116 reformado); y que sea el Director del centro o un miembro de la Junta en quien aquél delegue los encargados de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes (arts. 129.1 y 130.2 reformados), no tiene nada de anómalo ni de lesivo contra los derechos constitucionalizados en el art. 24.1." (STC 74/1985 de 18 de junio). Es claro que el Tribunal no necesitaba acudir a este argumento para fundamentar la potestad sancionadora de la Administración pero deja ya sentada la doctrina.

En la posterior STC 2/1987 de 21 de enero se plantean posibles conculcaciones de la finalidad de las penas y de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, de las garantías en el procedimiento sancionador y del principio de legalidad al decidirse la composición de la Junta de Régimen –órgano decisorio en materia sancionadora del Centro Penitenciario- en el Reglamento Penitenciario y no en la Ley. Respecto a este último aspecto "Sin entrar aquí en el tema más general del alcance de la reserva de Ley en las sanciones administrativas, debe tenerse en cuenta que la referencia a la legislación vigente en el art. 25.1 de la Constitución, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones «faltas», en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución".

El Tribunal en la resolución mencionada no deja de reconocer que siguen siendo aplicables pese a lo anterior los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías propias del Estado de Derecho, pero los distintos ámbitos a los que deben ser aplicados le permiten establecer una gradación sobre su aplicación. "Como se desprende de esta sentencia el TC no niega –no podía ser de otra forma- la vigencia del principio de legalidad, sino el grado de aplicación que tiene sobre la realidad penitenciaria"⁵⁷. Continúa la resolución

56 Cfr. RENART GARCIA, F. *El régimen disciplinario en el Ordenamiento Penitenciario español: luces y sombras*. Universidad de Alicante 2002, p. 31. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 25-6. Doctrina que, pese a lo indicado, ha gozado de una amplia recepción entre la doctrina penal y penitenciaria y en las decisiones de los Tribunales según se puede comprobar en las obras anteriormente citadas.

57 MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 2005, p. 154. RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52.

indicando que “Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (arts. 42 y siguientes), se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse esta pretensión del recurrente”. Respecto al no cumplimiento de la finalidad resocializadora de las penas y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes con la sanción de aislamiento en celda, el Tribunal va señalar la no contradicción con la Constitución de la mencionada sanción sobre la base de su carácter excepcional, las garantías que rodean su imposición y la doctrina del TEDH en la materia, sin recurrir en este punto concreto en realidad a la teoría de especial sujeción⁵⁸ ni a otros posibles argumentos⁵⁹.

Para HUERTA TOCILDO⁶⁰ la orientación de la resolución precedente resulta preocupante pues las garantías frente a la acción sancionadora varían según se entienda la relación de sujeción especial o de sujeción general, doctrina que pervivirá en la jurisprudencia constitucional. Se trata de la posibilidad abierta por la sentencia de que los Reglamentos contengan una regulación no dependiente de una Ley, en este caso la posibilidad de establecer sanciones disciplinarias por vía reglamentaria sin otra cobertura que una habilitación legal en blanco, como sucedía con la Ley General Penitenciaria.

Pese a que propiamente en ningún momento el Tribunal Constitucional había excluido la aplicación del principio de legalidad del ámbito penitenciario, ya en una segunda fase parece querer dejar más claro la limitación de la teoría de sujeción especial ante la posición preeminente de los derechos fundamentales⁶¹. HUERTA TOCILDO⁶² y TAMARIT⁶³ identifican un cierto cambio de orientación con la STC 61/1990 de 29 de marzo en la que se declara la plena vinculación de las relaciones especiales de sujeción al principio de lega-

58 “A la luz de esta doctrina debe ser rechazada también la alegación del recurrente. En primer lugar la sanción de aislamiento en celda, como tal y de acuerdo con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no puede ser considerada como una pena o trato inhumano o degradante. En segundo lugar, tampoco en la aplicación concreta al recurrente ni siquiera se ha alegado el que no se hayan observado esas exigencias legales, y haya cumplido las sanciones en circunstancias y condiciones que supusieran la existencia de un trato inhumano o degradante. Por ello debe ser denegado el amparo solicitado en lo referente al contenido mismo de las sanciones impuestas, cuya imposición no infringe el art. 25.1 ni el art. 25.2, ni el art. 15 de la Constitución”.

59 No aparece sin embargo en este caso la impugnación constitucional desde el punto de vista de la imposición de una sanción que implique privación de libertad, vetada a la administración civil en el art. 25.3 de la Constitución. Pese a ello algunos autores manifiestan que en esta sentencia se trata de dilucidar la validez del aislamiento en celda como privación de libertad impuesta por un órgano administrativo. Y en este sentido la decisión sería contraria a su inconstitucionalidad. Así FERNANDEZ GARCIA, J. En *Manual de Derecho Penitenciario* (BERDUGO/ZUÑIGA, coordinadores). Colex 2001, p. 130. CID MOLINÉ manifiesta que las sanciones de aislamiento en celda es uno de los supuestos de sanciones administrativas en los que la doctrina del Tribunal Constitucional ha disminuido las garantías aplicables sin tomar en cuenta la gravedad de la misma y sin exigir por ello garantías de plena defensa y procedimiento contradictorio. “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”. *Revista de Administración Pública* n° 140 (1996), p. 161-2.

60 HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, pp. 26-27. La mencionada autora observa la relajación de las garantías del principio de legalidad para la categoría de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

61 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 2005, p. 154-5.

62 HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p. 29. Esperanza de nuevo criterio que no diferenciara entre relaciones de sujeción especial y de sujeción general que pronto se vería defraudada, según indica la autora, con la STC 83/1990, al reiterarse la eficacia limitada de la reserva de ley en el ámbito de las sanciones administrativas.

63 *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219. RENART señala un paulatino cuestionamiento de la naturaleza de esta relación desde la inmediatez posterior STC 120/1990 de 27 de junio. *El régimen disciplinario en el Ordenamiento Penitenciario español: luces y sombras*. Universidad de Alicante 2002, p. 33. RIVERA advierte un cambio de distinto signo con la STC 48/1996 de 25 de marzo en el sentido que tales relaciones no sólo suponga unas limitaciones para los reclusos sino también la obligación de la Administración penitenciaria de proteger y facilitar el ejercicio del conjunto de derechos atribuidos a los penados. “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario”. En

lidad y derechos fundamentales afectados. Se trataba de una resolución que afectaba a un caso de relaciones especiales de sujeción no penitenciarias y cuya remisión normativa para la sanción suponía la aplicación de una Orden carente de cobertura legal mínima⁶⁴. También el Tribunal Constitucional manifiesta que tal teoría “debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales” (SSTC 57/1994 de 28 de febrero y 97/1995 de 20 de junio⁶⁵) e incluso de forma más rotunda que “es claro que la situación de sujeción especial del interno de un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la Justicia se detenga en las puertas de las prisiones” (STC 192/96 de 25 de noviembre). Consideraciones que la doctrina del Tribunal Constitucional en realidad va anticipando parcialmente en resoluciones previas pero que progresivamente se van traduciendo en mayor medida en el reconocimiento de la lesión de derechos fundamentales especialmente por falta de respeto, en la mayoría de los casos, de las garantías procedimentales. De esta manera se entiende generalmente que la última línea jurisprudencial del Alto Tribunal limita la eficacia de la teoría de la relación especial de sujeción⁶⁶. Sin embargo no deja de señalarse la persistencia del riesgo de que se utilice o no la conocida teoría en atención al caso particular⁶⁷, pues desde luego no se ha excluido formalmente su aplicación. Teoría que, por otra parte, ha sido abandonada en Alemania precisamente después de la declaración del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de Ley formal en materia penitenciaria⁶⁸.

Paralelamente a este proceso la regulación administrativa general de la potestad sancionadora de las Administraciones parece descartar la posibilidad de calificar la relación jurídico-penitenciaria como de especial sujeción. En este sentido se considera que desde la aprobación de regulación de la capacidad sancionadora

Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción, MUÑAGORRI/PINTO DE MIRANDA (coordinadores). Barcelona 2000, p. 99.

64 “Partiendo del principio (STC 18/1981) de que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del T.S. y del TEDH), en ya numerosas Sentencias se ha declarado -dado que el principio de legalidad del art. 25.1 se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental, SSTC 77/1983 y 3/1988- que dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos «legislación vigente» del art. 25.1 de la C.E., sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento (SSTC 8/1981, 159/1986, 2/1987, 42/1987, 133/1987, 3/1988, 101/1988, 29/1989, 69/1989, 150/1989 y 219/1989).

8. Cierto es que esta garantía formal, repetimos, ha sido considerada a veces susceptible de minoración o de menor exigencia, no sólo en supuestos de normas sancionadoras preconstitucionales («no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución», según STC 219/1989, fundamento jurídico 2.º, sino también, caso de remisión de la norma legal a normas reglamentarias, si en aquélla quedan «suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica... y naturaleza y límites de las sanciones a imponer» (STC 3/1988, fundamento jurídico 9.º), como, en fin, en las situaciones llamadas de sujeción especial «aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución» (STC 219/1989, fundamento jurídico 2.º). En todo caso, se dice en estas Sentencias, lo que prohíbe el art. 25.1 C.E. es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora.

65 “Y, en lo que ahora importa, ha de advertirse que este Tribunal viene destacando que «tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios este conjunto de garantías se aplica con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena» (SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993, etc.): es claro que la situación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales (STC 120/1990) ni por tanto que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones» (SSTC 2/1987, 297/1993 y Sentencia del T.E.D.H. Campbell y Fell de 28 de junio de 1984)”.

66 RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52. De cierto abandono de la teoría califica TELLEZ AGUILERA la tendencia de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sustituyendo en las sentencias incluso la propia expresión y eludiendo la posible utilización del argumento que proporcionaría la misma. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 33.

67 Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 31.

68 BVerfGE 33,1 decisión de 14 de marzo de 1972. Véase al respecto DÜNKEL, F./VAN ZYL SMIT, D. “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”, p. 208.

en la LRJAP-PAC 30/1992 debe incluirse al régimen disciplinario penitenciario entre los ámbitos en los que el principio de legalidad despliega plenamente sus efectos. Según la previsión del art. 127.3 de la mencionada Ley se excluye la plena vigencia del principio de legalidad en relación al “ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”. Consecuencia de esta precisión sería que al no estar incluidos los internos de los Centros Penitenciarios en la excepción se les debe aplicar la forma general de vigencia sin restricciones del principio de legalidad en el régimen disciplinario⁶⁹. Eso sí, hay que tener en cuenta que esta conclusión regiría únicamente para el régimen disciplinario de infracciones y sanciones penitenciarias al que están sometidos los reclusos y no para otras materias penitenciarias.

IV.3. Consecuencias para el ámbito penitenciario.

Una vez vistos los aspectos relativos al contenido general del principio de legalidad, con las exigencias derivadas del mismo y el problema de la aceptación del principio en materia penitenciaria por la doctrina del Tribunal Constitucional, procede detenernos algo más en las consecuencias particulares de la aplicación del mismo en el sistema penitenciario. Y lo haremos siguiendo el mismo esquema clásico con el que se señalan las consecuencias y exigencias dimanantes del genérico principio de legalidad tal y como anteriormente se ha visto.

IV.3.a. La reserva de Ley en materia penitenciaria. Comenzamos con la reserva de ley, pues como se ha indicado precedentemente en ello consiste propiamente el principio y a ella hacen referencia todas las exigencias y garantías que son su consecuencia. Aprobada la Constitución de 1978 y en la misma reconocido el principio de legalidad, pese a las dudas que suscita la particular fórmula empleada en el art. 25.1, se abre el debate sobre el concreta extensión de la reserva de ley que implica⁷⁰. En una primera tesis más amplia, como la sostenida por RODRÍGUEZ DEVESA, mantiene que el sistema de fuentes para el Derecho penal admite toda norma con rango de ley en sentido material, y no sólo formal, incluyendo por tanto los Decretos Leyes y los Decretos Legislativos. En un sentido más restrictivo COBO/VIVES/BOIX van a sostener una reserva absoluta de ley y propiamente de Ley Orgánica en Derecho penal por la conexión entre la reserva de Ley Orgánica en la Constitución para el desarrollo de los Derechos fundamentales (art. 81.1 CE) con la incidencia de las penas privativas de libertad con el derecho de libertad del texto fundamental (art. 17.1 CE) e incluso la afectación del derecho al honor de toda clase de penas. En una posición intermedia se sitúan autores como MIR PUIG o CERESO al entender que la reserva de ley dependerá de la clase de sanción que ocasione. Si se trata de privación de libertad la reserva será de Ley Orgánica, mientras que bastará con Ley Ordinaria si se aplican otro tipo de sanciones, en cuyo caso cabría delegación legislativa según lo previsto en el art. 82.1 de la Constitución, pero en ningún caso podría utilizarse el Decreto Ley ni las leyes de las Comunidades Autónomas.

En una contribución central en esta materia ARROYO⁷¹ desarrolla el problema de la reserva de ley en materia penal. Propugna un criterio diferenciador que ponga en relación el art. 25.1 (principio de legalidad) con el art. 81.1 (ámbito de las leyes Orgánicas) y el 53.1 (garantías de los derechos y libertades del capítulo II mediante ley ordinaria), todos ellos del texto constitucional. Las normas penales serán materia de reserva de ley orgánica si su contenido es relativo al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (Ley Orgánica del art. 81.1), y serán objeto de ley ordinaria si lo que representan es la “regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero” (ley ordinaria del art. 53.1). Para este autor en materia de reserva de ley orgánica, la reserva ha de ser absoluta por afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas, de manera que como la materia penal incide en ese terreno la

69 En este sentido TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 210-1. También RENART GARCIA, F. *El régimen disciplinario en el Ordenamiento Penitenciario español: luces y sombras*. Universidad de Alicante 2002, p. 48-9. Igualmente MAPELLI CAFFARENA destaca que en ninguna de las dos situaciones mencionadas por la legislación administrativa se encuentran los privados de libertad por cumplimiento de una pena. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 2005, p. 155.

70 Puede verse la problemática sobre la reserva de ley tras la aprobación de la Constitución de 1978 en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Fundamentos de Derecho penal*. Universidad de Granada 1990, p. 159 y ss.

71 “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 25.

reserva en materia penal ha de ser reserva absoluta⁷². No obstante admite la remisión a una fuente secundaria para la enumeración de criterios técnicos cuando es resultado de la necesidad y tanto la remisión como la fuente remitida y su contenido satisfacen las exigencias de certeza. Pero en ningún caso la certeza satisface por sí misma la exigencia de reserva de ley ni puede sustituir a los criterios anteriores.

Al respecto la jurisprudencia constitucional inicialmente, en la SSTC 15/1981, 17/1982 y 25/1984 de 23 de febrero, se pronuncia en el sentido de establecer una reserva de ley absoluta en materia penal con base en el empleo por el constituyente del término “legislación” (art. 25.1 CE). Se produce así la exclusión de cualquier otro tipo de normas del Derecho penal, como los Decretos, Ordenes Ministeriales y cualquier tipo de disposiciones de autoridades administrativas. En un segundo momento con las SSTC 140/1986 de 11 de noviembre y 160/1986 de 16 de diciembre se decide la reserva de ley Orgánica por la conexión del sistema penal con los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, caso evidente de la privación de libertad pero no de la pena de multa⁷³. Se entiende que las normas penales afectan necesariamente a estos derechos fundamentales y libertades públicas –especialmente la privación de libertad–, de manera que el art. 81.1 de la Constitución prevé que serán Leyes Orgánicas exclusivamente las que los desarrollen.

Como se ha visto, con la recepción del principio de legalidad en el texto constitucional de 1978, la doctrina del Tribunal Constitucional procede a formular una reserva de ley orgánica en materia de creación de delitos y de penas. En el sector propiamente penitenciario se admite pronto igualmente la necesidad de Ley Orgánica. De hecho la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la primera Ley Orgánica después de la aprobación de la Constitución de 1978, se reformula en su tramitación para adaptarse al procedimiento de una Ley Orgánica⁷⁴. Es cierto, sin embargo, que históricamente la reserva de ley es más tardía en lo penitenciario que en el ámbito penal general. La explicación tiene que ver con el origen histórico-político del principio de legalidad que inicialmente buscaba sobre todo excluir la potestad sancionadora arbitraria de los jueces y someterla a la Ley. Es fundamentalmente contra el arbitrio judicial en la imposición de penas por lo que se formula y reacciona con la formulación del principio de legalidad⁷⁵. Pero también con la evidencia de que la vida en prisión necesita de un desarrollo normativo prolijo no coherente con la concepción abstracta general de la ley y que hacía necesaria la existencia de Reglamentos en este sector. Por eso la recepción de esta necesidad es más tardía y no se produce sino en fechas cercanas, en la década de los 70 del siglo XX como reconocen los autores⁷⁶. Así surgen la Ley penitenciaria de Suecia de 19 de abril de 1974, la italiana de 26 de julio de 1975⁷⁷ y la de Alemania Federal de 16 de marzo de 1976⁷⁸. Hasta inicios del siglo XX se mantiene una concepción que permite entender desvinculado al penado de la sociedad que hacía innecesaria la configuración de un marco legal para la actividad penitenciaria. Sólo a mediados de ese siglo comienzan a surgir iniciativas internacionales que pretenden lograr unas condiciones mínimas para los internos reconocidas en el Ordenamiento Jurídico. Fundamentalmente se trata de las llamadas Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos elaboradas y aprobadas en el marco de las Naciones Unidas en el año 1955. En el ámbito europeo surgen iniciativas semejantes ya en los años setenta, como serán las Reglas Europeas de 1973, 1987 y 2006⁷⁹, debidas a los trabajos realizados en el seno del Consejo de Europa. Como se ha mencionado será al

72 Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 32.

73 Así HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, pp. 20-21.

74 Cfr. BUENO ARUS, F. “Estudio preliminar”. En GARCIA VALDES, C. *La reforma penitenciaria española, -textos y materiales para su estudio-*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 31.

75 Cfr. AGARD, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n° 2 2001, p. 292.

76 Cfr. TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 49-50. No se desconocen los precedentes de las leyes españolas de prisiones de los años 1849 y 1869, pero ambas poseen un marcado carácter orgánico y de clasificación, distinto al de organización de la vida en prisión y al de los derechos de los internos.

77 CANEPA, M./MERLO, S. *Manuale di diritto penitenziario*. Giuffrè 1993, p. 6.

78 En Alemania es el Tribunal Constitucional el que, después de una sentencia en el año 1972, respecto a un asunto concerniente a la retención por parte de la Dirección del Centro penitenciario de una carta injuriosa de un preso, estableció que la carencia de norma con rango de ley en materia penitenciaria únicamente resulta aceptable de forma transitoria. Ello propició también el abandono de la tradicional teoría de la relación especial de sujeción como base de restricción de los derechos fundamentales en el medio penitenciario. Véase TIEDEMANN, K. “Constitución y Derecho Penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 33 (1991), p. 158.

79 Con fecha de 11 de enero de 2006 el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha renovado las Reglas Penitenciarias Europeas. Véase CERÉ, J-P. “La Cour Européenne des droits de l’homme et la protection des droits del détenus”. *Revue Pénitentiaire et de droit Pénal* n° 2 (2009), p. 370.

comienzo del último cuarto del siglo veinte cuando propiamente distintos países establezcan propiamente una normativa penitenciaria de rango legal. Incluso en algunos países de nuestro entorno cultural la regulación mediante norma con rango de ley se alcanza mucho más tardíamente. En Francia hasta la reciente ley n° 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009⁸⁰, la normativa penitenciaria ha recaído de manera predominante sobre textos reglamentarios⁸¹.

De forma totalizadora se produce una primera y más clara transgresión del principio de legalidad, en lo relativo a la reserva de ley, con lo concerniente a la ejecución de medidas de internamiento para menores. La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000 de 5 de enero), establece entre las distintas medidas posibles a aplicar a los menores infractores aquellas que impliquen internamiento (art. 7). La propia Ley declara en su articulado (art. 43) la vigencia del principio de legalidad para la ejecución de las medidas: “1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. 2. Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen”.

Pese a la existencia en la Ley de un Título completo dedicado a la ejecución de las medidas (T.VII), sin embargo únicamente tienen como destino preciso la puesta en práctica de las medidas de internamiento en Centros de menores los preceptos del Capítulo III (Reglas especiales para la ejecución de medidas privativas de libertad) del mencionado Título. En el señalado Capítulo III exclusivamente se incluyen aspectos genéricos de la ejecución de las medidas, e incluso el art. 60 relativo al Régimen disciplinario se remite a la normativa reglamentaria. Incluye sí, el art. 60, las clases de sanciones pero no de infracciones que quedan por ello remitida a los reglamentos. Efectivamente el Reglamento de Responsabilidad de los Menores (RD 1774/2004 de 30 de julio) es el que establece buena parte del contenido de la ejecución de medidas privativas de libertad para menores en los arts. 23 y siguientes, en los que ya se especifican, por ejemplo los diversos regímenes de internamiento o los contenidos de las infracciones disciplinarias. A ello se añaden los posible Reglamentos sobre ejecución de medidas de internamiento para menores o Reglamentos de régimen interno de los Centros de menores de las Comunidades Autónomas. El que corresponda a las Comunidades Autónomas la ejecución de las medidas cautelares, las definitivas o la libertad vigilada de los menores no autoriza a la aprobación de normas de ejecución salvo las de régimen interno del Centro. En realidad tan sólo una Ley Orgánica puede regular los aspectos esenciales de las medidas de internamiento para menores –como en el caso de adultos-. El reglamento de la Administración General del Estado únicamente podría desarrollar lo previsto en la Ley y añadir aspectos complementarios no básicos. Igualmente, estimo que la adherencia del sistema penal, incluida la ejecución de las sanciones sea en adulto o en menores, a la ley expresa la única intervención del poder público en todas la fases del sistema penal: creación de delitos y penas, exigencia de responsabilidad en un proceso penal y, finalmente, ejecución de las sanciones⁸². Por ello se hace cuestionable la gestión privada –total o parcial- de centros penales, sean estos de adultos o de menores.

Pese a admitirse la necesidad de reserva de ley Orgánica en materia penitenciaria, el tradicional olvido de este sector así como la argumentación de necesidades prácticas de la vida en prisión de gran detalle más propias de un Reglamento que de una Ley ha llevado a ciertos sectores a relajar esta exigencia del principio de legalidad para la actividad penitenciaria. A ello ha contribuido también el art. 2 de la LOGP al mencionar los reglamentos como parte de los límites entre los que se debe desarrollar la actividad penitenciaria. De esta manera algunos autores se refieren la conjunto de normas que delimitarían la actividad penitenciaria como bloque de legalidad, en el que se incluiría el reglamento como parte de los elementos que fijan la ejecución penal aunque respetando ciertas condiciones⁸³: que se trate de un reglamento ejecutivo o de mero desarrollo, que la ley contenga los aspectos esenciales de la ejecución de la pena y aquellos que afecten a derechos fundamentales, con remisión de la ley al reglamento expresa y precisa, incluyendo la ley criterios que permitan

80 Cuyo texto puede consultarse en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021312171&dateTexte=#>

81 Sobre ello CERÉ, J-P. “État actuel de l’application du droit pénitentiaire”. *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, p. 29. Esta ausencia de normativización al máximo rango y de un control jurisdiccional auténtico ha llevado a situaciones de aislamiento de meses e incluso años (p. 33).

82 De la misma manera a como formula DIEZ RIPOLLÉS el principio de monopolio punitivo estatal, enunciado por este autor como uno de los integrantes de la racionalidad propia de la legislación criminal. *La racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta 2003, p. 162-3.

83 Así lo recoge CERVELLÓ DONDERIS. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28. También sobre los criterios para evitar la deslegalización de la materia penitenciaria RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 50 y ss.

controlar el desarrollo reglamentario por el poder ejecutivo. En definitiva el problema se transforma en los límites que no puede traspasar el Reglamento, teniendo en cuenta que no sólo se trata de un problema de contenidos y de garantías (los contenidos indelegables y la necesidad de remisión y de certeza), sino que está implicado un problema de legitimidad pues afecta al fundamento jurídico-político del principio de legalidad y en particular al principio de división de poderes. Por ello ARROYO⁸⁴ señaló que la remisión a una fuente secundaria resulta admisible si tiene su origen en la necesidad, siempre que la propia remisión y la fuente remitida satisfagan las exigencias de certeza. Determinación o taxatividad que sin embargo no justifica por sí misma la remisión a otra norma de rango inferior. Autor que entendió más adecuado que los aspectos de desarrollo se llevaran a una ley Ordinaria y no al reglamento, no pudiendo en todo caso afectar la regulación reglamentaria a aspectos relativos a las restricciones al derecho a la libertad.

En este contexto de regulación normativa mediante Ley Orgánica y Reglamento Penitenciario existen una serie de materias presentes en la norma reglamentaria que son cuestionables desde el ángulo de la necesaria reserva de Ley Orgánica. En este sentido se ha señalado que los aspectos de la ejecución penal vinculados a derechos fundamentales deben permanecer necesariamente en la Ley, como la protección de datos de carácter personal⁸⁵, a lo que se dedica el capítulo III del Título I del Reglamento Penitenciario y, sin embargo, no se establece en la ley en forma alguna. También se produce incidencia de la regulación reglamentaria en el derecho fundamental a la libertad personal con materias como la libertad condicional (Capítulo I del Título VIII RP) que resultan indelegables por afectar a sus aspectos esenciales⁸⁶. Igualmente tienen que ver con contenidos sustanciales del derecho fundamental a la libertad personal temas como el de la refundición de condenas, que deberían estar presentes de forma determinada o determinable en la Ley (Código penal o Ley penitenciaria) evitando múltiples dudas interpretativas y cambios en su aplicación⁸⁷. Igualmente puede verse la necesidad de incorporar a la Ley la doble modalidad del régimen cerrado que se establece en el Reglamento, como indica TELLEZ⁸⁸.

El régimen disciplinario ha sido destacado sistemáticamente como uno de las materias que incumplen la reserva de ley en materia penitenciaria. En la situación actual la LOGP establece el procedimiento disciplinario, la clasificación de las infracciones, así como las sanciones del régimen disciplinario penitenciario (Capítulo IV del Título II de la LOGP), pero no las infracciones mismas. Los hechos constitutivos de infracciones en el ámbito penitenciario, sin embargo, no se encuentran en la Ley sino en el Reglamento Penitenciario de 1981 (arts. 108, 109 y 110) subsistente en algunos preceptos y no en el vigente de 1996. Por ello la doctrina coincide mayoritariamente en la necesidad de que la Ley Penitenciaria sea la que recoja el catálogo de infracciones del régimen disciplinario penitenciario⁸⁹. MAPELLI/TERRADILLOS⁹⁰ señalaron la lesión para el principio de legalidad que suponía la remisión al reglamento en materia sancionadora. Esta ausencia de las infracciones en la ley que ha sido calificada como deslegalización, habría sido justificada por el Tribunal Constitucional calificando de relaciones de especial sujeción la del interno con la Administración Penitenciaria, lo que permitiría relajar la exigencia de reserva de ley en este ámbito⁹¹. Pese a la admisión de la colaboración reglamentaria

84 "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 34 y ss.

85 Así TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

86 En este sentido ARROYO ZAPATERO, L. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 8 (1983), p. 35-6.

87 Lo propone con razón TELLEZ AGUILERA, A. "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

88 "La necesaria reforma de la ley penitenciaria". *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006) p. 382.

89 DE LA CUESTA/BLANCO indican la persistencia de algunos problemas pese al avance que en el reconocimiento y desarrollo de los principios que deben inspirar el régimen disciplinario supuso el Reglamento Penitenciario de 1996. "El sistema prisional en España". *Eguzkilore* n° 12 (1998), p. 257. CERVELLÓ DONDERIS. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2006, p. 28. GARCÍA ALBERO en TAMARIT/G. ALBERO/R. PUERTA/SAPENA GRAU. *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219 y ss. Tan sólo algunos autores estiman que si se acepta la reserva de ley en materia penitenciaria como reserva relativa al bloque de legalidad (en el que se integraría también el Reglamento Penitenciario) se salvaría la presencia de las conductas infractoras en el texto del Reglamento. En este sentido BUENO ARUS, F. "Garantía y límites de la actividad penitenciaria". En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1°. Edersa 1986, p. 55.

90 *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas 1990, p. 139-40.

91 GARCÍA ALBERO en TAMARIT/G. ALBERO/R. PUERTA/SAPENA GRAU. *Curso de Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch 2005, p. 219 y ss.

en materia sancionadora según lo dispuesto en el art. 129.3 de la Ley 30/1992 que fija los aspectos básicos del procedimiento sancionador, sin embargo, aquella no se puede extender a los aspectos fundamentales como es la determinación de las conductas infractoras⁹². Además lo que se produce es que el órgano competente para la imposición de las sanciones se fija reglamentariamente (Comisión Disciplinaria, art. 232.1 RP), producto de la remisión que en este aspecto efectúa la Ley Penitenciaria en su art. 44.1.

Para algunos autores además el que el órgano competente para la imposición de la sanción de aislamiento sea de naturaleza administrativa –y no judicial- viola la prohibición de imposición de sanciones privativas de libertad para la Administración Civil (art. 25.3). En este punto la teoría de las relaciones de especial sujeción habría permitido al propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 2/1987 de 21 de enero establecer un alcance distinto al principio de legalidad en materia penitenciaria⁹³. Pese a lo indicado parece que el TC aborda el problema del aislamiento desde la perspectiva de la prohibición constitucional de tratos inhumanos. Con ese presupuesto el Tribunal va a manifestar que no existe contradicción con la Constitución de la mencionada sanción, en atención a varios factores: su carácter excepcional, las garantías de necesario respeto para su imposición así como la doctrina del TEDH en la materia, sin recurrir en realidad a la teoría de especial sujeción.

En este contexto también debe ponerse de relieve el problema que pueden representar las disposiciones e instrucciones no reglamentarias dictadas por la propia Administración Penitenciaria. El art. 21.1 de la LRJAE y PAC establece que “1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio”. Siendo, por tanto, legítimo que la Administración Penitenciaria dicte instrucciones internas para el cumplimiento de su actividad, no es menos cierta la peculiaridad de esta capacidad en un ámbito en el que se produce la restricción de derechos fundamentales y que afecta al principio de división de poderes. Si estos riesgos se producen ya con la misma posibilidad de regulación reglamentaria de la actividad, se incrementan los mismos con el recurso a este tipo de instrucciones, circulares u órdenes de servicio. En principio este tipo de disposiciones deben facilitar la organización interna de los servicios para ejecutar lo previsto en la Ley y Reglamentos, pero en la práctica se indica que “en no pocas ocasiones las Circulares e Instrucciones penitenciarias encubren verdaderos reglamentos”⁹⁴. En el mismo sentido se apunta la gravedad de la determinación a través de estos instrumentos administrativos de ciertos aspectos del régimen de máxima seguridad o del procedimiento disciplinario⁹⁵. Por tanto las circulares e instrucciones que puedan proceder de los Centros directivos no pueden tener otra aplicación que la de la organización interna de los servicios ni afectar a los derechos de los administrados, como también sucede con las normas reglamentarias que dicten las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución ya que la legislación penitenciaria es competencia exclusiva del Estado (de acuerdo a lo previsto en el art. 149.1º.6ª de la Constitución)⁹⁶.

Respecto a este tipo de instrumentos no normativos el Tribunal Supremo, en su sala de lo Contencioso-Administrativo, mediante Sentencia de 17 de marzo de 2009⁹⁷ ha anulado una Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre), por exceder del cometido de los Reglamentos administrativos o de organización y regular derechos y deberes, ámbito reservado a la

92 En este sentido TELLEZ AGUILERA, A. *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer 1998, p. 211.

93 Así FERNANDEZ GARCÍA, J. *Manual de Derecho Penitenciario* (BERDUGO/ZUÑIGA, coordinadores). Colex 2001, p. 130.

94 RIOS MARTIN, J.C. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina* (BUENO ARUS, Coordinador). Colex 2005, p. 52.

95 DE LA CUESTA/BLANCO. “El sistema prisional en España”. *Eguzkilore* nº 12 (1998), p. 264. MAPELLI CAFFARENA, B. “El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad”. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. Ministerio del Interior 2005, p. 41.

96 En este sentido BUENO ARUS, F. “Garantía y límites de la actividad penitenciaria”. En *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI, Vol. 1º. Edersa 1986, p. 57.

97 RJ 2009\3085. También indica la resolución que “La plausible conveniencia de prestar el servicio con igualdad de criterio en todos los centros penitenciarios, a través de instrucciones y circulares de régimen interno, no permite completar las normas de control y prevención aplicables a los internos a través de tales reglamentos organizativos, que no pueden traspasar el umbral del funcionamiento del servicio y adentrarse en la regulación de los derechos y deberes de unos internos a los que la propia Instrucción incluye en un grupo determinado, aunque se diga que es a los meros efectos administrativos, ya que todo lo relativo a su clasificación y tratamiento está reservado a la Ley penitenciaria y al Reglamento que la desarrolla, cuya aplicación se ha de llevar a cabo a través de los concretos actos administrativos relativos a cada interno con el consiguiente control jurisdiccional”.

Ley. Se señalan vulnerados los principios de reserva de ley y jerarquía normativa pues “El apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, contiene normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y / o inadaptados, que afectan a los derechos y deberes de éstos, de manera que se excede del cometido y finalidad de los denominados «reglamentos administrativos o de organización» para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece, razón por la que la sentencia recurrida conculca los principios recogidos en los preceptos constitucionales invocados al articular ambos motivos de casación”.

Ayuna prácticamente de regulación se encuentra la medida de internamiento en centros educativos especiales⁹⁸. Los supuestos de exención de responsabilidad penal con base en las previsiones del art. 20.1º (anomalías o alteraciones psíquicas) y 20.3º (anomalías en la percepción desde el nacimiento o la infancia), conllevan de cometerse un hecho punible en tales situaciones el internamiento en centros educativos especiales, de acuerdo a lo señalado en el art. 96.2.3º del Código penal. El recurso a la medida de internamiento requiere la necesidad de la misma y que la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido fuera privativa de libertad. Únicamente el Reglamento Penitenciario menciona los Centros de Rehabilitación Social para señalar que la Administración Penitenciaria celebrará los Convenios necesarios para la ejecución de las medidas de seguridad previstas en el Código penal (art. 182.3 RP). De esta forma se carece de previsión normativa sobre la estructura y funcionamiento de los Centros de Educación Especial, que genera una situación jurídica compleja para estas medidas de seguridad, algo próximo a un limbo jurídico⁹⁹, lo que en materia penal contradice las exigencias del principio de legalidad.

IV.3.b. Exclusión de la analogía en la ejecución penal. Hemos señalado anteriormente la exigencia de *lex stricta* en el ámbito penal y por tanto también en el penitenciario. Esto significa que el recurso a la analogía queda proscrito tanto en las restricciones generales para la vida en prisión como para las condiciones del régimen penitenciario concreto aplicable e igualmente en lo que hace referencia al sistema disciplinario. Desde este punto de vista no puede recurrirse a un procedimiento de semejanza con otras previsiones normativas para aquello que no se encuentre positivamente reflejado en la normativa¹⁰⁰. El Reglamento Penitenciario señala en su art. 232.2 que “Queda prohibida la aplicación analógica”, se entiende que en cuanto a las infracciones sancionables y a las propias sanciones a aplicar en el marco de la responsabilidad disciplinaria de los reclusos.

El propio Tribunal Constitucional establece respecto a un caso de sanción disciplinaria a un interno la imposibilidad de sancionar comportamientos no previstos en la norma aunque resulten similares a los que sí contempla, pues “este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (STC 138/2004 de 13 de septiembre¹⁰¹). De manera que admite como una de las posibles infracciones del principio de legalidad la aplicación vía analogía de una infracción: “Puede suceder de hecho que la motivación de la resolución revele un entendimiento de la norma aplicada contrario al art. 25.1 CE en cuanto constitutivo de una extensión in malam partem o analógica de la misma”. Por ello también “existirá una vulneración del principio de legalidad, no sólo cuando el órgano judicial en su resolución debidamente motivada extiende la aplicación del tipo sancionador a un supuesto de hecho manifiestamente ajeno al sentido de los elementos que integran aquél, sino también cuando, prescindiendo de toda motivación y por una decisión meramente voluntarista, se priva a la sanción del sustento que le exige el principio de legalidad. En ambos casos se produce una vulneración de este derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 de la Constitución”.

98 Problemática que pone de relieve DE MARCOS MADRUGA, F. “El Centro de Educación especial del CP de Segovia”. *La participación del Juez de Vigilancia en la ejecución penal*. 2009, p. 5 y ss.

99 Así lo califica DE MARCOS MADRUGA, F. “El Centro de Educación especial del CP de Segovia”. *La participación del Juez de Vigilancia en la ejecución penal*. 2009, p. 7.

100 El Tribunal Constitucional alemán excluyó por este motivo –en Sentencia de 31 de mayo de 2006– la aplicación de la normativa de la Ley penitenciaria de adultos al ámbito de los jóvenes. DÜNKEL, F./VAN ZYL SMIT, D. “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”, p. 212.

101 RTC\2004\138.

Acabamos de indicar lo especialmente relevante de la exclusión de la analogía en cuanto a las infracciones disciplinarias que deben estar recogidas en la ley y además con la suficiente precisión y nunca creadas por un procedimiento de analogía. En este sentido la infracción (Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981) del art. 110 (faltas leves) en su letra f puede contener –al menos parcialmente– el recurso prohibido a la analogía. El precepto señala que constituye infracción leve “Cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los art. 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo”. Aparte del problema de concreción, planea el riesgo de la analogía, pues se plantea como una infracción de recogida, pensada para establecer como infracción conductas no previstas pero se semejante gravedad. Es cierto que se vincula la misma a la existencia de incumplimiento de deberes y su repercusión en la vida regimental pero con la evidente abstracción que se desprende de su redacción. No es inconveniente la analogía si favorece a quien se le aplica este método. Esto sucede en el régimen de recompensas penitenciarias, entre las cuales el Reglamento Penitenciario incluye “g) cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores que no resulte incompatible con los preceptos reglamentarios” (art. 263).

IV.3.c. La certeza de la Ley en el sistema penitenciario. La garantía penal y penitenciaria incluye el llamado mandato de certeza o taxatividad, conforme al cual la ley debe no sólo recoger las infracciones y sus sanciones, así como otro género de restricciones posibles, sino que deben establecerse de una manera suficientemente precisa. Este mandato de certeza afecta por supuesto a la existencia misma de las penas, su aplicación y ejecución¹⁰² y a las condiciones conforme a las cuales se ponen en práctica. En efecto, este principio de taxatividad “es de aplicación no sólo en el tipo en sentido estricto, donde está descrito el comportamiento punible, sino también en los otros niveles del sistema de delito, especialmente en el ámbito de las consecuencia jurídicas del delito”¹⁰³. Es cierto, sin embargo, que por razones de prevención especial y en cuanto no perjudique al reo se permite y se suele admitir una mayor flexibilidad en lo que se refiere a la fijación legal de las penas y su ejecución¹⁰⁴.

En cuanto a las penas y su duración, problema que no sólo afecta a la legislación penitenciaria, también tiene que dar respuesta el sistema penal a esta problemática desde el punto de vista de su determinación o determinabilidad. La previsión legal de las penas ya implica la necesidad de establecerse en condiciones que respeten el principio de legalidad. Su inclusión en la Ley en términos excesivamente vagos o con duraciones demasiado amplias parecen contradecir los postulados básicos del principio¹⁰⁵. Es cierto que las ideas de tratamiento y resocialización han introducido en el sistema penal una creciente indeterminación, de forma que se constata una distancia cada vez mayor entre la pena prevista en la ley, la pronunciada por el Juez y la realmente cumplida por el condenado¹⁰⁶. Durante la fase de ejecución se admite la intervención que puede condicionar la pena, produciéndose un desfase entre la establecida en la sentencia y la cumplida por el condenado de manera efectiva, por lo que aquella se convierte en un mero instrumento técnico de referencia¹⁰⁷. FERRAJOLI¹⁰⁸ se pregunta por la función de un sistema penal escindido entre severas previsiones penales en la ley y la sistemática reducción en sede de ejecución. Este autor está ya queriendo anticipar su visión cuando habla por una parte de severidad penal de la ley y en la imposición de la pena, frente a la indulgencia y moderación de las penas efectivamente cumplidas. Para FERRAJOLI la única posible explicación se encontraría en un programa de política penal, en mayor o menor medida consciente, por el que se persiguen dos finalidades no explícitas. Por una parte la función ejemplificante atribuida de hecho sustancialmente a la imposición de la condena, adquiriendo así un perfil nítidamente simbólico y, por otra, los poderes disciplina-

102 BARQUIN SANZ, J. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. Revista del Poder Judicial n° 58 (2000), p. 172.

103 SÜSS, F. “El trato actual del mandato de determinación”. *La insostenible situación del Derecho Penal* (AAVV). Comares 2000, p. 226.

104 En este sentido ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Fundamentos de Derecho penal*. Universidad de Granada 1990, p. 217.

105 ÁLVAREZ GARCÍA lo ilustra muy bien con el caso del delito de incendio en la legislación penal española, cuya previsión legal ya prevé una pena con diez años de diferencia entre el mínimo y el máximo. Teniendo en cuenta los tipos atenuados la oscilación de la pena es todavía mayor. *Sobre el principio de legalidad*. Tirant lo Blanch 2009, p. 35-36. Al respecto el autor mencionado no duda en señalar que las exigencias en la fijación de la pena por el Ordenamiento Jurídico son de determinación y no de mera determinabilidad.

106 AGARD-PEANO, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n° 2 (2001)), p. 293.

107 AGARD-PEANO, M.A. “Le principe de la légalité et la peine”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n° 2 (2001), p. 296

108 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p.407 y ss.

rios que estas facultades otorgan a las instituciones penales, asumiendo así un carácter negocial la privación de libertad¹⁰⁹, dependiendo la aplicación de ciertos efectos beneficiosos para el condenado de juicios de valor sobre su conducta y personalidad. En definitiva para FERRAJOLI¹¹⁰ el sistema de pena flexible, con unas previsiones y condenas innecesariamente duras, proporciona un poder desmesurado e incontrolado, lo que le lleva a efectuar una acusación realmente gruesa: “la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación”. Con la consecuencia añadida además de que el sistema de pena flexible y de alternativas a la pena se percibe por los ciudadanos como una abdicación no aceptable de la función aflictivo-retributiva de la pena¹¹¹.

Aun cuando no se puede renunciar a un margen de maniobra en la fase de ejecución que permita adaptar la ejecución a las necesidades tratamentales del sujeto individual, será necesario conseguir un equilibrio con la existencia de previsiones normativas que permitan hacer calculable la duración de la condena así como evitar incertezas fundamentales en la ejecución penitenciaria. Incluso contando con el límite máximo de tiempo de condena que puede haber quedado fijado en la sentencia, cosa que no siempre sucede¹¹², no puede privarse de poder efectuar un cálculo siquiera aproximado de la duración efectiva de la prisión para el interno. En todo caso tampoco resultan admisibles las situaciones en las que una pena grave, con imposición por un Tribunal penal de la condena severa –conforme a las previsiones legales- quede en breve tiempo en un régimen penitenciario que implique de hecho libertad o semilibertad (tercer grado, libertad condicional). Esta disparidad fundamental entre la pena establecida en la ley, la impuesta en sentencia y la permanencia efectiva en el establecimiento penal –hablamos de privación de libertad-, no es, por supuesto, coherente. Es incoherente aun cuando se quiera señalar que en realidad desde el punto de vista jurídico el tercer grado o la libertad condicional siguen formando parte de la ejecución de la pena. Ciertamente la pena de prisión debe tener un contenido material de privación de libertad mínimo para que podamos hablar de la misma. Claro está que nos referimos a aquellos casos en los que hemos dicho existe un salto cuantitativo de gran magnitud (y por ello cualitativo) entre la duración de privación de libertad establecida, la consignada en la resolución judicial y la que efectivamente –materialmente- se lleva a cabo por medio de la aplicación de recursos –regulares o no- de la Administración Penitenciaria; de varios o muchos años de privación de libertad puede transitarse a unas pocas semanas de permanencia en prisión. Este tipo de procedimientos resultan ajenos al respeto al principio de legalidad pues -no lo olvidemos- las sanciones asociadas a un hecho delictivo, la pena impuesta por el Tribunal que enjuicia los hechos y el cumplimiento de las mismas integran un mismo sistema de consecuencias jurídicas del delito, pese a las diferencias y significados propios de cada una de las fases.

Es cierto que estas situaciones han tratado de ser controladas mediante los periodos de seguridad de los arts. 36.2 y 78 del Código penal, pero precisamente la reforma del art. 36.2 del Código penal español mediante LO 5/2010 de 22 de junio, ha vuelto a hacer posible la clasificación en tercer grado del penado con anterioridad al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, salvo supuestos excepcionales. Si pudiéramos en alguna situación llegar a considerar que lo más adecuado fuera en un caso un cumplimiento mínimo pese a la gravedad de la pena en la ley y de la condena, lo más razonable sería pensar que el defecto se encuentra en las previsiones de la ley que debe ser reformada, pues ciertamente suele incorporar penas innecesariamente severas. En último extremo parece más acertado y coherente, en hipotéticos casos excepcionales, la aplicación del indulto.

109 Llega a decir este autor del condenado que “una vez encarcelado él no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con sus carceleros”. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 409.

110 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 408.

111 FIORENTIN, F. “Cosa resta della pena? La certezza Della pena nella fase dell’ esecuzione penale”. *Cassazione penale* n° 3 (2008), p. 887. Autor que entiende necesario un replanteamiento de la ejecución penal sobre presupuestos diferentes, especialmente el que se considere como única vía para la reinserción social el acceso a beneficios penitenciarios que comporten riesgos que deba asumir la sociedad. Estima que debe tomarse en consideración que la finalidad constitucional de resocialización debe ser ponderada con otros bienes constitucionalmente protegidos (p. 891). De esa manera se debe llegar a una serie de condiciones estables en la ley a través de las cuales la flexibilidad de la pena se haga aceptable para la sociedad (p. 887).

112 Véase lo relativo a las medidas de seguridad en el caso italiano, cuyo cumplimiento máximo no está prefijado y puede ser prorrogado por el Juez. Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2005, p. 780 y ss.

También el art. 78 del CP concede amplios poderes al juzgador para una aplicación restrictiva de los beneficios penitenciarios, la libertad condicional y el tercer grado penitenciario¹¹³. La ausencia de criterios legales suficientes y claros ha permitido cambios jurisprudenciales controvertidos y de gran repercusión mediática como el de la STS de 28 de febrero de 2006. La existencia del cambio de jurisprudencia con la misma regulación legal –al margen de los argumentos sobre el problema de fondo- pone ya de manifiesto la inexistencia de una regulación que permita reconocer los criterios necesarios para la aplicación de los beneficios penitenciarios a quien ha sido condenado a múltiples penas. Problema central que redundando en la determinación del momento de la liberación y de la duración efectiva de la pena, es decir, vinculado al derecho a la libertad del art. 17 de nuestra Constitución. Independientemente de la discusión sobre los criterios más acertados para los casos de ejecución de múltiples penas, se hace evidente el vacío legal real sobre un problema central y que afecta al derecho fundamental a la libertad, por lo que puede apreciarse una deficitaria realización del principio de legalidad ante esta “clamorosa falta de previsión legislativa en relación a un problema central de política criminal cual es el del tratamiento sancionatorio adecuado del delincuente habitual peligroso de criminalidad media y grave”¹¹⁴. Igualmente sucede con la determinación que se hace necesaria en el caso de refundición de condenas¹¹⁵.

También presenta problemas desde el ángulo de la determinación normativa las posibles limitaciones regimentales en situaciones particulares previstas en el art. 75 del Reglamento Penitenciario. En el número primero del artículo se señalan de forma amplia las distintas posibles procedencias de limitaciones regimentales: aseguramiento de la persona, seguridad y orden del establecimiento, tratamiento y grado de clasificación. Los Jueces de Vigilancia han pedido que no se incluyan entre las mismas las que se consideran sanciones en la normativa. El número segundo del precepto indicado establece posibilidad de que se adopten medidas restrictivas, más allá de las ordinarias, por razones de seguridad para el interno bien a petición propia o a iniciativa oficial mediante resolución motivada, dando cuenta al Juez de Vigilancia. Lo cierto es que tales limitaciones regimentales suplementarias no se encuentran definidas en modo alguno ni se encuentran respaldadas por la Ley.

Otro ámbito en el que tiene su aplicación es el del régimen disciplinario por cuanto la reserva de ley no sólo obliga a establecer previamente las infracciones y sus sanciones sino que las mismas se encuentren formuladas con suficiente claridad. A este respecto se ha destacado bien la coincidencia de las conductas infractoras con hechos delictivos, el recurso excesivo a conceptos jurídicos indeterminados o de tipos abiertos en la descripción de las acciones u omisiones sancionables, así como –en ocasiones- la falta de distinción clara entre los hechos constitutivos de infracciones graves y los de las infracciones muy graves¹¹⁶. Las disposiciones generales que remitan a ciertos incumplimientos de deberes no resultan aceptables si tales deberes no están definidos en la Ley¹¹⁷.

Desde hace tiempo resulta controvertido el fundamento de la necesidad de determinación de la ley penal en la posibilidad de que el ciudadano pueda conocer con nitidez los hechos que le están permitidos y aquellos que se encuentran sancionados¹¹⁸. Se duda, por parte de algunos sectores, de la capacidad real de la norma para cumplir con una función real de advertencia efectiva a los ciudadanos sobre qué clase de conductas resultan punibles. En ocasiones son razones de tipo práctico las que se esgrimen, como el conocimiento general necesariamente poco preciso de las normas penales por los ciudadanos¹¹⁹, la imposibilidad de conocimiento

113 BARQUIN SANZ, J. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. Revista del Poder Judicial n° 58 (2000), p. 180 y ss.

114 SANZ MORAN, A.J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”. *Revista de Derecho Penal* n° 18 (mayo 2006), p. 42-3.

115 TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006), p.382

116 TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la ley penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial XXII, Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, (2006), p. 379-80.

117 DÜNKEL, F./VAN ZYL SMIT, D. “Implementación del encarcelamiento juvenil y derecho constitucional en Alemania”, p. 222.

118 Véase SILVA SANCHEZ, J.M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch editor, 1992, p. 256-7. Favorable a entender que la predeterminación pueda realizar una función motivadora al ser conocido por el ciudadano medio la conducta objeto de sanción, S. HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p. 39-40.

119 SCHMIDHÄUSER, E. *Form und Gestalt der Strafgesetze*, Vandenhoeck & Ruprecht 1988, p. 49.

de los detalles de la tipicidad y el sentido preciso de los términos típicos¹²⁰, pero en otra veces resulta del desánimo que produce en los juristas la aplicación –o, mejor- la no aplicación de esta perspectiva por los Tribunales Constitucionales¹²¹. En todo caso para el ámbito penitenciario, por sus características peculiares, el planteamiento de esta problemática es otra bien distinta. No deja de ser cierta la complejidad mayor de nuestra sociedad y de las dificultades para entender precisa la certeza de las leyes penales en virtud del necesario conocimiento de las conductas allí castigadas por los ciudadanos. Esta necesidad se pone en cuestión debido a la capacidad material, real, de acceso a las mismas, su mayor extensión en diversidad de normas y en número de conductas sancionadas, así como la elevación de la complejidad técnica. Pero para el caso del ciudadano privado de libertad los intereses son mucho más definidos, la normativa más concreta y accesible por lo que sin duda su conocimiento será mucho mayor y preciso, no pudiéndose dejar de reconocer el que –al menos como uno de los motivos- la racionalidad de la necesidad de precisión de la normativa penitenciaria se encuentra en el hecho de que al interno le sea posible conocer con suficiente claridad las condiciones legales de su vida en prisión.

IV.3.d. La irretroactividad de las normas penitenciarias. Si aplicamos al ámbito penitenciario las mismas garantías que son propias del general principio legalidad debe excluirse la aplicación retroactiva de las normas. Desde el punto de vista de la retroactividad o, mejor, de la irretroactividad de las disposiciones se han planteado algunos problemas en la ejecución penal. Con la reforma del año 2003 se introduce el requisito de haber satisfecho el penado la responsabilidad civil originada con el hecho delictivo para poder acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Pero además la mencionada reforma introducida en la Disposición transitoria Única de la Ley Orgánica 7/2003 establece que esta previa exigencia será aplicable desde la entrada en vigor de la norma pero con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos con los que tenga relación. Inicialmente puede indicarse que incluso la misma aplicación de criterios de satisfacción de la responsabilidad civil en la determinación de la clasificación penitenciaria se presenta como algo ajeno a lo que representa el monopolio punitivo del poder público¹²². Pero además, este monopolio, como sucede con la ley como origen del Derecho penal en cuanto expresan el interés general, impide que los directamente afectados por el delito, las víctimas determinen la pena o controlen su ejecución. En coherencia con la preeminencia de la voluntad general la concreta víctima no tiene atribuidas funciones respecto a la situación penitenciaria del sujeto activo. Naturalmente que estas apreciaciones no tienen que ver con la necesidad de verse realizada la responsabilidad civil, que debe ser lograda en mayor medida a lo que sucede en ocasiones, sino con los efectos que la misma pueda producir en el terreno de la responsabilidad penal y su puesta en práctica.

Aparte de la naturaleza diversa de la responsabilidad penal y la de carácter civil no deja de señalarse la necesidad de irretroactividad también de las normas de ejecución. Frente a las posibles opiniones contrarias a la irretroactividad de las normas de ejecución penitenciaria se destaca la incidencia de estas normas tanto en el ámbito de las garantías del ciudadano como en el cumplimiento de las finalidades asignadas a las normas penales. “no se puede considerar la importancia de la de la irretroactividad desde una óptica de seguridad jurídica y no son escindibles en el marco de la prevención general la tipificación de una conducta y la amenaza penal y su ejecución”¹²³. De este modo se afirma la operabilidad de las garantías del principio de legalidad en el ámbito penitenciario y la imposibilidad de romper la unidad del sistema penal que sirve

120 SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?”. *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. (ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, Directores), (MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Coordinadora). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2007, p. 69

121 Este parece ser el caso de TIEDEMANN respecto a las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, el cual reconoce el mandato de certeza de la ley penal como un derecho subjetivo fundamental y señala que la punibilidad de la conducta debe ser comprensible para el ciudadano desde el contenido de la ley, y no únicamente desde las normas no penales que puedan estar vinculadas al hecho punible, pero en definitiva termina decidiendo que el ciudadano pudo reconocer el riesgo de que la conducta fuera punible a partir de la interpretación de los conceptos generales del tipo penal. “Constitución y Derecho Penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 33 (1991), p. 162-3.

122 En el sentido que, entiendo, menciona DIEZ RIPOLLÉS lo que denomina principio de monopolio punitivo estatal como uno de los integrantes de la racionalidad del sistema penal. *La racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta 2003, p. 162-3. También señalando lo ajeno de esta exigencia con el pronóstico de resocialización IGLESIAS RIO, M.A. “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León* n°6 (2005), p. 29-30.

123 MAPELLI, CAFFARENA, B. “El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad”. *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. Ministerio del Interior 2005, p. 42.

a unos mismos fines. Efectivamente resulta contrario a la garantía de irretroactividad la aplicación de las nuevas condiciones a quienes cumplían los requisitos de acceso al tercer grado o a la libertad condicional con anterioridad al 1 de julio de 2003 ni puede ser revocado a quienes ya se encontraran en dichos periodos, como afirma IGLESIAS RIO¹²⁴. Autor que también señala claramente el carácter sustantivo de las normas de acceso al régimen de semilibertad y a la libertad condicional, y no procesal, pues redundan indudablemente en la ampliación o restricción de la libertad y se vincula a la finalidad resocializadora¹²⁵.

Por otra parte, también se ha planteado el problema de la irretroactividad en cuanto a las modificaciones de la doctrinal jurisprudencial sobre refundición de condenas. Afecta al problema más general sobre la posible prohibición de retroactividad de las decisiones judiciales, es decir, si a las resoluciones de los Tribunales también alcanza la prohibición de retroactividad. A propósito de la STS de 28 de febrero de 2006, en la que se decidió sobre la forma de cómputo en caso de múltiples condenas para aplicar los beneficios penitenciarios, se ha debatido sobre el problema¹²⁶. Existe una tendencia general según la cual las decisiones de los Tribunales afectan a la interpretación de la ley pero no a la ley misma, por lo que no resultaría de aplicación la garantía propia del principio de legalidad, siendo posible su aplicación retroactiva. Sin embargo, si se toman en cuenta los efectos materialmente desfavorables y sobre la base de que la finalidad de la prohibición de retroactividad tiene que ver con la evitación de cambios imprevistos que afecten a su seguridad jurídica, se podría también estimar que también debería extenderse a las resoluciones judiciales.

V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES.

Ha quedado en evidencia en lo dicho en las páginas anteriores la unidad sustancial del sistema penal en lo que hace referencia a la ejecución, imposición y conminación legal de las penas. A estas, por otra parte diversas fases, resultan extensibles coherentemente las garantías y contenidos del principio de legalidad. La trascendencia del respeto al principio de legalidad en la fase de ejecución resulta no sólo de la importancia de las formas en un Estado de Derecho, sino de su radical vinculación con el *status libertatis* del ciudadano, restringido pero no eliminado en el ámbito penitenciario, así como con el fundamento de la capacidad del poder público de determinar, imponer y ejecutar sanciones.

No sólo se trata por tanto de los límites que el principio impone en la forma de ejecutar las penas, sino de las condiciones que legitiman la aplicación de las mismas. Por eso el principal asidero de la Administración Penitenciaria y de cuantos ejercen la destacada función de la ejecución penitenciaria es la misma Ley. El principio de legalidad al desplegar sus funciones introduce criterios político-criminales¹²⁷, externos, en cuanto hace depender la validez de la ejecución penal de su conformidad con criterios previos, generales y exteriores a la norma misma (reserva de ley, prohibición de retroactividad, de analogía y de derecho no escrito, mandato de certeza y, en definitiva, una aplicación cierta y estable de la ejecución penal y penitenciaria). Todo ello no impide la aplicación flexible y adaptada de las penas pero sí exige la coherencia, equilibrio de funciones y límites en la individualización penitenciaria.

La afirmación normativa y práctica de las garantías propias del principio de legalidad no deben entenderse como contrarias a la necesaria eficacia del sistema penal y penitenciario. A lo sumo hacen más compleja la labor penitenciaria que precisará una mejor y más elaborada normativa y puesta en práctica, pero no necesariamente menos eficaz y sí más valiosa.

124 “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León* n°6 (2005), p. 30.

125 IGLESIAS RIO, M.A. “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la Ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal”. *Revista Jurídica de Castilla y León* n°6 (2005), p. 32.

126 Véase al respecto SANZ MORAN, A.J. “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”. *Revista de Derecho Penal* n° 18 (mayo 2006), p. 34 y ss.

127 En este sentido se pronuncia distintos autores. “El principio de legalidad penal constituye, sin lugar a dudas, un importante límite externo al ejercicio monopolístico del *ius puniendi* por parte del Estado”. HUERTA TOCILDO. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional 2000, p. 14. BERGALLI lo reconoce como un elemento de control del poder desde una óptica jurídico-política. “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad” *Jueces para la Democracia* n° 32 (1998), p. 62.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime

La sociedad del conocimiento y la administración pública

LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA ¹

La reflexión moderna sobre la Administración debe hacerse desde un enfoque abierto y dinámico porque la Administración Pública es una realidad plural a la que hay que aproximarse desde muchos puntos de vista, y junto al jurídico, se encuentra la dimensión económica, el aspecto sociológico o el histórico, que ayudan a comprender una realidad tan compleja, tan multidisciplinar, como es la Administración Pública.

En este sentido, parece que ya han quedado atrás discusiones doctrinales o académicas sobre si tiene que prevalecer el enfoque jurídico u organizativo, por ejemplo. En efecto, son relevantes, y fueron en su día importantes las discusiones que tuvieron, por ejemplo Otto Nass y Otto Mayer en Alemania en relación con la aproximación que debía prevalecer en relación con la Administración Pública. Hoy, en el contexto de los postulados del pensamiento abierto, del pensamiento dinámico, del pensamiento complementario y del pensamiento plural, no tienen ya sentido estos enfrentamientos metodológicos y sí tenemos que ser conscientes de que todos los enfoques son importantes, que todos los enfoques son relevantes y que en un ambiente de equilibrio, permiten encontrar soluciones a los problemas de la Administración pública.

Para poner en suerte la cuestión que se me ha adjudicado, correspondería ahora efectuar una serie de reflexiones muy generales, a la luz de la contemplación de la realidad y que nos van a permitir, me parece, ir poco a poco penetrando en el sentido que tiene la sociedad del conocimiento, las llamadas nuevas tecnologías en relación con la Administración Pública.

En primer lugar, cualquiera que sea atento lector de libros de Ciencias Sociales, o que siga la prensa o la televisión, constatará que se ha producido en los últimos años una transformación radical y vertiginosa de las formas tradicionales de explorar la realidad, lo que no quiere decir, ni mucho menos, que la tradición haya perdido su sentido. Como ha dicho un famoso filósofo español, todo lo que no es tradición es plagio. Pues bien, en alguna medida, la realidad actual, nos guste o no, es producto de lo que ha pasado, de lo que hemos heredado de nuestros antecesores, por lo que sería una soberana irresponsabilidad, por ejemplo, intentar transformar la realidad desde cero, sin reconocer lo bueno o malo que nos han dejado nuestros predecesores. Pero, en cualquier caso, sí que se ha producido una transformación relevante, una transformación muy importante de las formas tradicionales de acercarse a la realidad: constituye un dato con el que tenemos que contar para entender el sentido de la sociedad del conocimiento y la Administración Pública, hoy.

En segundo lugar, no me parece baladí, circunstancial, subrayar que cada vez va cobrando más importancia el pensamiento abierto, el pensamiento dinámico, el pensamiento plural, el pensamiento complementario o compatible y que afortunadamente, va quedando atrás, como un modelo periclitado, el llamado pensamiento único, estático o unilateral. Ciertamente, no es fácil instalarse en los postulados del pensamiento abierto, del pensamiento dinámico y del pensamiento complementario, porque, como luego veremos, existen todavía fuertes prejuicios que dificultan esta tarea. Pero en el ámbito de las nuevas tecnologías, en el ámbito de la sociedad de la información, tenemos que ser conscientes de que hay que combinar y que hay que trabajar conjuntamente nuevas tecnologías y derechos fundamentales de las personas, no vaya a ser que una apuesta importante en relación con las nuevas tecnologías pudiera abrir mas la brecha en lo que se refiere a la calidad en el ejercicio de los derechos fundamentales por todos los ciudadanos.

En tercer lugar, hay que constatar, hay que certificar, el gran fracaso de las ideologías cerradas. Cuando empleo el término ideologías cerradas me refiero a esas explicaciones totalizadoras y agotadoras de la realidad que se convirtieron en saberes de salvación, sobre todo en el siglo pasado, y que se expresaban a través de grandes formulaciones abstractas, que la realidad actual, afortunadamente, ha ido desmontando.

¹ Catedrático de Derecho Administrativo. Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas.

En cuarto lugar, también tenemos que hacer constar la crisis, profunda crisis del modelo de pensamiento basado única y exclusivamente en la ilustración y en el imperio absoluto de la razón. Por un argumento muy sencillo, porque el progreso lineal es una falacia, y las nefastas consecuencias del dogma absoluto de la razón nos han conducido a construcciones tecnocráticas y a construcciones políticas alejadas de los problemas reales de las personas, que es necesario superar.

En quinto lugar, es necesario superar los prejuicios. Prejuicios que están instalados con mucha fuerza en la mente y en el corazón de los hombres. En una famosa obra de teatro de MOLIERE, se dice que los prejuicios tienen tal fuerza que si uno intenta arrojarlos por la ventana, inmediatamente intentarían penetrar por debajo de la puerta para volver a ubicarse en nosotros mismos. Pues bien, ese combate continuo por liberarnos de los prejuicios, es una lucha esencial para restablecer los postulados de signo humanista que nos ayudarán a entender el sentido que tiene la dignidad de la persona y los derechos fundamentales.

En sexto lugar, se está produciendo, aunque levemente, y casi sin representación mediática consistente, lo que se ha denominado por algunos la *quiebra de la tecnoestructura* o la *quiebra del tecnosistema* del que hablaron en su día GALBRAITH o BELL. Esto es importante subrayarlo y señalarlo. Es importante glosarlo porque esta todopoderosa tecnoestructura que a veces ha aparecido como una alianza sutil entre el Estado, el Mercado y los medios de comunicación, intenta a toda costa, o ha intentado a toda costa, erigirse en el supremo interprete del interés general y ha traído consigo toda una maraña de lenguajes y procedimientos específicos que impiden que puedan penetrar en la esencia de la determinación de los intereses generales las personas concretas, la gente concreta, los ciudadanos de carne y hueso. Por eso, uno de los riesgos, de los desafíos que tiene la sociedad del conocimiento es que los intereses generales dejen de estar dominados por los especialistas y se abran de una manera auténtica a los problemas reales que tienen las personas. En alguna medida, esta reflexión aparece, al menos en lo que tiene que ver con los derechos fundamentales, en una Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 1984, cuando dice que el interés general debe definirse a través de una acción intercomunicada entre los poderes públicos y los agentes sociales.

En séptimo lugar, como consecuencia de la emergencia de una nueva manera de entender el poder como la libertad articulada de los ciudadanos, tal y como la entendía BURKE, resulta que es necesario colocar en el centro del nuevo orden político, social y económico, la dignidad de la persona. Hay que volver a reflexionar sobre la persona. Pero no sobre la persona desde una perspectiva doctrinaria liberal, que lleva a las visiones del nuevo individualismo insolidario, sino desde la perspectiva, insisto, del pensamiento complementario y compatible, que hace de la libertad solidaria un concepto central, por que no son dos aspectos distintos de la realidad de las personas, la libertad y la solidaridad, sino que son las dos caras de la misma moneda, y son dos características que deben tender a unirse y a ofrecer, pues, perspectivas de complementariedad.

En octavo lugar, tendríamos que referirnos a la crisis del paradigma de la certeza y a la emergencia del paradigma de la verdad como dice Alejandro LLANO, que es una de las consecuencias de situarnos en parámetros en los cuales se difumine esa dictadura de lo políticamente correcto y se supere esa sociedad aparente en la que estamos instalados, en la cual el poder, el dinero y la notoriedad son los grandes señores que todo lo dirigen. Es necesario, pues, volver a poner en su lugar la fuerza de la persona, la fuerza de la vida real.

Y, en noveno lugar, como consecuencia de todo lo dicho, resulta que el fundamento del interés general debe situarse en la promoción, la libre promoción de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Es un gran desafío, es el gran desafío que tienen los poderes públicos, que tienen las democracias y tenemos que preguntarnos si seremos capaces, a través de esta nueva sociedad que tenemos delante de nuestros ojos, de alumbrar soluciones que nos animen a trabajar por una sociedad más humana.

Cuando se piensa o se cuando se reflexiona sobre el conocimiento y las nuevas tecnologías es preciso también, que esa reflexión se haga teniendo presente las características de la realidad que nos circunda. Por ejemplo, HABERMAS ha dicho que una de las manifestaciones de la realidad presente es que es inabarcable, que es una realidad compleja, y es una realidad compleja por que tiene muchos aspectos, muchas dimensiones, y de todas esas dimensiones, en todas esas dimensiones hay aspectos interesantes. El pensador social, el filósofo de la sociedad tiene que tener la sensibilidad necesaria para buscar puntos de equilibrio, de síntesis de todos esos aspectos que configuran una determinada realidad.

Lógicamente, en este contexto, nos encontramos con la idea del límite, que es una idea esencial a la condición humana. Podrá gustar más, nos podrá gustar menos, pero existen límites, y esos límites, en lugar de verse como barreras, o como dificultades u obstáculos, hay que considerarlos como condiciones de trabajo para la humanización de la realidad, de manera que la gestión de la nueva complejidad debe hacerse, como dice LLANO, desde un nuevo temple humanista que nos ayudará a entender el sentido que tiene la fragmentación social, el sentido que tiene la globalización, el sentido que tiene la ausencia de normas sustanciales y el sentido que tiene lo que se llama implosión o quiebra de los criterios reguladores de instituciones centrales para el desarrollo de la sociedad, como puede ser la universidad, como puede ser la familia.

En este contexto de la sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, de la crisis de las ideologías cerradas, también nos encontramos con la llamada crisis de la gobernabilidad, gobernanza o gobernación de las instituciones públicas y privadas como consecuencia del exceso de organización. Es sorprendente que en los tiempos actuales, sea tan decisivo subrayar que los gobiernos e instituciones representativas están para promover las libertades, para promover los derechos fundamentales de las personas y, sin embargo, como consecuencia de que todavía tenemos una tecnoestructura muy fuerte, resulta que se produce un atrincheramiento de las estructuras a base de las nuevas teorías de la organización, que lejos de preconizar con claridad la vuelta a los valores humanos, constituyen un expediente, o justificación para un crecimiento incontrolado de lo oficial. Es lo que ha pasado, en mi opinión, en relación con el Estado de Bienestar, en el cual al final la Administración Pública, el presupuesto, los funcionarios, se han convertido en una justificación para crecer en lugar de buscar fórmulas que permitan, en un contexto de humanización permanente de la organización, que se puedan atender y resolver los problemas de las personas concretas.

Por lo tanto, una de las claves hermenéuticas para conducir el desafío presente reside en abrirse más a la gente y menos a los sistemas y procedimientos. Los protagonistas son las personas, los protagonistas son los ciudadanos concretos y la organización tiene que estar mirando continuamente los problemas, las dificultades, los anhelos, los intereses colectivos de esas personas. Lo que ocurre es que desgraciadamente, la historia de los fracasos de las reformas administrativas tiene mucho que ver con la historia de la permanente mirada de la organización hacia sí misma, en vez de mirar continuamente hacia los problemas sociales.

En este ambiente de crisis, sobre todo tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en EEUU, del 11 de marzo de 2004 en España... en relación con la gestión de las soluciones ante los nuevos problemas del terrorismo y las grandes catástrofes, resulta que la sociedad del conocimiento es fundamental, pero del conocimiento no para la autocontemplación de los saberes adquiridos, sino del conocimiento como herramienta para la transformación de la realidad, para la búsqueda de soluciones globales a los nuevos retos y también para la mejora de las cualidades éticas de las personas. No se trata de adquirir una panoplia de infinita información, se trata de seleccionar y adquirir el conocimiento que nos sirva para nuestra mejora como personas y también para mejorar la realidad. Y para ello, es importante: en primer lugar el equilibrio entre la teoría y la práctica. En segundo lugar, propagar como consecuencia del conocimiento la mejora real del trabajo diario, cotidiano y personal del empleado público. Y, en tercer lugar, insistir en la formación integral y permanente de los empleados públicos.

En la nueva sociedad del conocimiento, se ha hablado mucho, se ha escrito mucho sobre cómo tienen que concebirse las organizaciones. Por ejemplo, se ha señalado que deben ser organizaciones inteligentes, flexibles, organizaciones humanas, abiertas, no rígidas, no herméticas, no verticales, no artificiales y no piramidales. Veamos esta cuestión de la mano del filósofo Alejandro LLANO.

La clave para esta transición de la verticalidad a la horizontalidad se encuentra en la concepción que tengamos de la persona en todo el modelo. Pero para esta tarea es menester denunciar ciertas contradicciones que terminan por constituir grandes laceraciones de la condición humana. Es el caso de hacer compatible la reflexión, la meditación sobre la importancia de la persona y proceder a una siniestra cosificación del ser humano. Es el caso de hacer compatible el discurso de la globalización humanista y luego aplicar políticas públicas, por ejemplo, que abran más la brecha que existe entre los países ricos y los países pobres, o entre las personas ricas y las personas pobres. Ello ocurre cuando lo importante es la retórica y no la realidad.

Me parece de gran interés la afirmación de Alejandro LLANO, que dice que la clave en estas organizaciones de la sociedad del conocimiento tiene mucho que ver con el proceso artesanal del aprendizaje. La

formación no termina nunca, como sabemos muy bien, y el conocimiento es crecimiento, también como persona. Los saberes, los saberes que se producen a través de las nuevas tecnologías deben ayudar también a mejorar el trabajo diario y a mejorar también la labor de las personas que forman parte de la Administración, sin olvidar que hay una dimensión ética muy importante, desde luego, que para la Administración Pública tiene consecuencias muy concretas y que además, en mi opinión, está perfectamente representada en la Constitución cuando define a la Administración Pública como una organización al servicio de los intereses generales. El ciudadano tiene que percibir que la entera actuación de la Administración Pública, ya sea del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, está en permanente disposición de atender sus necesidades colectivas.

Por supuesto que en la sociedad del conocimiento lo importante son las personas. Las personas no son mercancías, las personas tienen un potencial de libertad e inteligencia muy importante y los dirigentes, los directivos de la Administración Pública, tienen que ser capaces de hacer aflorar esas potencias, esa capacidad de aportación de ideas, esa capacidad de intercambio de ideas, esa capacidad de generar confianza para transformar la realidad.

Sabemos muy bien que las organizaciones en las que hay buen ambiente laboral, funcionan. Donde no hay buen ambiente laboral, puede que funcionen aparentemente a través de la manipulación de las estadísticas, pero al final todo se descubre. Por eso, hay que considerar a la persona como centro de la organización.

En la sociedad del conocimiento, donde Internet, la red, tiene tanta importancia, tenemos que ser conscientes de que la clave está en los conocimientos como capacidad para mejorar la vida de los hombres, no en acumular todo un conjunto de información que viene por la red y que no se sabe para qué sirve. Sin embargo, estamos viendo como para mucha gente ocurre eso que anunciaba en un artículo reciente Jeremy RIFKIN, 24 horas, 7 días a la semana; es decir, que estamos intentando que los ciudadanos y los trabajadores vivan en mejores condiciones, en unas nuevas condiciones más humanas de trabajo, y estamos obligando, muchas veces, a que la gente esté conectada al ordenador 24 horas los 7 días, sábados y domingos incluidos. O que a través de los móviles, resulta que se puede tener a los ciudadanos, a los trabajadores, en un permanente sentido de dependencia que dañe incluso la vida de familia.

La sociedad del conocimiento nos facilita saber más para pensar mejor. Y por eso, también me parece de gran importancia la reflexión de Alejandro LLANO cuando se refiere a que las organizaciones son comunidades de aprendizaje, de investigación. ¿Por qué? Porque realmente, si en una organización hay un deseo de mejora, si continuamente se analizan los resultados: ¿por qué, las cosas salen bien?, ¿por qué salen mal?, y ¿qué cambios se deben procurar desde el trabajo en equipo, desde la escucha a los colaboradores?, entonces es más fácil saber lo que se debe hacer en cada momento. No es fácil, pero es un desafío que tienen los directivos. En este sentido, se puede decir que hay ideas que se subrayan permanentemente en los programas de dirección: mentalidad abierta, metodología del entendimiento y sensibilidad social. Trilogía que, en alguna medida, deben tener presente los directivos de las organizaciones modernas.

Las transformaciones tecnológicas están determinando un nuevo tipo de sociedad que abandona a marchas forzadas su carácter postindustrial, para configurarse, como se ha dicho, como una sociedad del conocimiento y de la información. Ahora bien, insisto, esa sociedad del conocimiento y de la información tiene que ser también una sociedad humana, profundamente humana, en la cual resplandezcan los derechos fundamentales y la dignidad de las personas. Es más, donde resplandezcan, fundamentalmente, los derechos fundamentales de los que menos tienen y disponen de peores condiciones para salir adelante. Y esta nueva sociedad que está emergiendo poco a poco, ofrece muchas potencialidades para mejorar la vida de los ciudadanos desde las vertientes pública y privada. Se habla de la nueva economía, de los nuevos canales comerciales, de la nueva democracia, más directa y más participativa, se habla también de nuevas formas de concebir y ejecutar las políticas públicas. No sé si es demasiado nuevo todo, pero plantea desafíos y retos relevantes, como la privacidad, la confidencialidad, la desigualdad social; retos que hay que atender y a los que hay que dar respuestas satisfactorias teniendo presente que, el pensamiento bipolar e ideologizado, todavía a veces está presente en nuestra sociedad, como por ejemplo, en materia de libertad y seguridad. Parece que como consecuencia del terrorismo, se están limitando las libertades y se está potenciando una necesidad, a veces desproporcionada, de seguridad, dónde los poderes públicos tienen el gran desafío, el gran reto de proteger y mejorar la seguridad de las personas, y, a la vez, de que mejoren las condiciones para el libre

desarrollo de los individuos, no vaya a ser que estemos configurando o construyendo una nueva ideología de la seguridad, una nueva ideología que vaya colocando en un segundo plano los derechos y las libertades y en un primer plano, otra vez, la racionalidad técnica, ahora revestida de las "bondades" de la seguridad y el control. Aquí se impone una visión más complementaria, abierta y dinámica.

Las distintas facetas de la sociedad del conocimiento están siendo estudiadas desde todas las perspectivas, ya sean sociales, políticas o económicas. También se analizan, obviamente, desde un punto de vista administrativo, pues, en alguna medida la sociedad del conocimiento obliga a la Administración Pública a una profunda y continua transformación de sus estructuras y de sus procesos para continuar dando satisfacción a las necesidades sociales.

Como es sabido, en la pasada década, estudios de la OCDE, de la Comisión Europea y de distintos Organismos internacionales, pusieron de manifiesto la importancia que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación tenían en la mejora de la gestión de las Administraciones Públicas. Esta importancia, en el ámbito de la Unión Europea, ha quedado plasmada en los acuerdos adoptados en el seno de los Consejos Europeos, de Lisboa y de Sta. María de Feira, que determinaron, como saben ustedes muy bien, la aprobación de la iniciativa e-Europe / 2000, una de cuyas líneas estratégicas era la implantación de una Administración Pública electrónica, que estuviera operativa antes del año 2002. Más tarde, el Consejo Europeo de Sevilla, aprobó el programa e-Europe / 2005, con la intención de proseguir modernizando la Administración electrónica, especialmente en materia de servicios básicos, como la sanidad o la educación.

Es obvio que las ventajas de las nuevas tecnologías para cualquier organización son, como digo, evidentes. Solo hay que pensar en las posibilidades que ofrecen al ciudadano para acceder a la información pública, en las posibilidades que tiene la organización de informar con más transparencia, en la posibilidad de hacer participar al ciudadano en la toma de decisiones o en la definición de sus necesidades colectivas.

Finalmente, la simplificación que puede representar para la organización la puesta en común de recursos, evitando tramites e informaciones innecesarias y duplicaciones de tareas es clara; es decir, las ventajas de las nuevas tecnologías son evidentes, sobre todo en la perspectiva de recuperar esa vieja idea del pensamiento democrático de que las instituciones son de la propiedad ciudadana. Así, las nuevas tecnologías deben mejorar el acceso de los ciudadanos a la Administración y la comunicación de los ciudadanos con la Administración.

Sin embargo, tenemos que tener cuidado, porque la condición humana es la que es, y no sería la primera vez que una revolución de esta naturaleza se queda a mitad de camino y prende en ella un cierto pensamiento único.

La Administración Española ha avanzado sustancialmente en la implantación de la e-Administración. Prueba de ello, son las ventanillas únicas que permiten la interconexión de registros, la ventanilla única empresarial que agiliza la creación de empresas, el portal de las Administraciones Públicas, la Intranet administrativa, la regulación de la ley de firma electrónica, el próximo DNI electrónico, la gestión telemática de determinados tramites administrativos, como las cotizaciones a la Seguridad Social, o la declaración y pago de impuestos, etc.

Sin embargo, hay que reconocer que aun queda camino que recorrer en la implantación de una auténtica Administración electrónica que garantice mayores cotas de eficacia, de eficiencia y de calidad de los servicios, así como más cercanía a la gente, a los ciudadanos. En cualquier caso, aunque sea técnicamente la existencia de una Administración sin papeles y sin mediación con los ciudadanos, en mi opinión es necesario seguir abriendo canales de comunicación en los que la Administración escuche físicamente y vea a los ciudadanos, les mire a los ojos, pues, de lo contrario, llegaríamos a una profunda insensibilidad social compatible con una aparente eficacia que, a la postre, daría lugar a instituciones perfectas pero inhumanas.

En este sentido, hay que tener en cuenta que para que la Administración on-line tenga sentido, el desarrollo debe ir en paralelo al propio desarrollo tecnológico de la sociedad. Por ello no solo hay que hacer esfuerzos por implantar la e-Administración, sino que también hay que priorizar la extensión del uso de las nuevas tecnologías en la sociedad, minimizando la brecha social que se puede producir según se use o no la informa-

ción. Hoy el acceso a Internet es escaso entre la población española a pesar de los esfuerzos económicos que se están realizando por implantar el uso del ordenador a las escuelas, o por hacer más económico el acceso a Internet. Esta realidad, y la adopción de determinadas medidas, como mejorar la seguridad electrónica, garantizar la confidencialidad, son claves para que cobre sentido la Administración en línea. De poco sirve que se pueda prestar el uso del servicio público a través de Internet, si este servicio solo es accesible a un 20% de la población. Pues con ello, seguramente, estemos aumentando la desigualdad, la fractura tecnológica de la sociedad.

El camino que hay que recorrer en la Administración Pública consiste en colaborar en la implantación de la cultura de las nuevas tecnologías, haciéndolo de manera progresiva y en compatibilidad con ese temple humanista que siempre tiene que estar presente en la gestión de los problemas en la Administración.

La nueva cultura debe impregnar la propia organización, los métodos de trabajo, las gestiones administrativas, los procedimientos, la prestación de servicios públicos. Para que esta nueva cultura tecnológica y humana, radicalmente tecnológica y radicalmente humana, penetre verdaderamente, es muy importante trabajar en el mundo de la educación y de la formación. Por eso, en una institución como el Instituto Nacional de Administración Pública, es esencial insistir y subrayar la formación de los funcionarios, de los empleados públicos en el manejo de los nuevos instrumentos informáticos de gestión, sin perder de vista algo fundamental, que la informática no es un fin en sí misma, la informática es un medio para conseguir una Administración mas humana que facilite el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. Pues bien, esta formación debe ser concebida en el sentido más amplio posible, pues hay que tener presente que el conocimiento informático

no sólo interesa al gestor de un servicio público, al funcionario de ventanilla, que presta servicios secundarios informáticos.

Hay que pensar en conocer todas las nuevas técnicas. Es esencial para los órganos que toman las decisiones, es decir, para las diferentes autoridades públicas, pues la cantidad de información que proporcionan es esencial para conocer la realidad, las necesidades ciudadanas y, por tanto, para adoptar rápidamente decisiones pertinentes para satisfacerlas.

Precisamente esta reflexión sobre la finalidad, y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es básica para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, auténtica justificación de la propia existencia de la Administración pública.

Todo este conjunto de reflexiones, todo este elenco de consideraciones sobre la sociedad de la información y las nuevas tecnologías, nos lleva a una nueva manera de entender el sentido que tiene trabajar en la Administración Pública. Pues bien, para ir terminando esta disertación, que no sé si se estará alargando mas de lo que debería, haremos seis consideraciones, seis propuestas, con la ayuda del profesor LLANO, en relación con la sociedad del conocimiento y de la nueva funcionalidad del trabajo en la Administración Pública.

Primera, trabajar es aprender. Dirigir es enseñar. Trabajar es aprender porque el aprendizaje es permanente y no se puede deslindar el trabajo del aprendizaje. Y, en el puesto de trabajo, en el trabajo cotidiano aprendemos de la convivencia con los demás colaboradores, colegas, por lo que el que dirige no se puede guardar para sí lo que ha aprendido de otros, sino que generosamente tiene que transmitirlo a los demás. Ya sé que esta afirmación es una afirmación polémica, peligrosa, pero cada vez tenemos que superar más las tesis de esa manera controladora de dirigir, que ha estado presente, y todavía lo está en muchas organizaciones, y afirmar la necesidad de dirigir de forma humana y posibilitando que se desarrollen las potencialidades que tienen todas las personas.

En segundo lugar, una organización inteligente es una comunidad de investigación y aprendizaje. Permanentemente tenemos que analizar, buscar las causas de lo que sale bien, de lo que sale mal y tomar decisiones. Y a la hora de los diagnósticos, de los análisis, tenemos que contar con toda la organización, con todas las personas que trabajan, que están involucradas en los objetivos y en los resultados.

En tercer lugar, entender el conocimiento nos lleva a una nueva forma de entender la profesión que tiene mucho que ver con la artesanía, que está vinculada a la elaboración esmerada del producto de trabajo. Tiene

que ver con esa minuciosidad, con esa laboriosidad de los artesanos. Y esto lo señalo porque con mucha frecuencia, lo importante es un resultado que hasta se puede manipular o se puede tergiversar. Pues no, lo importante, además del resultado, y sobre el resultado, es el trabajo minucioso, completo y laborioso.

En cuarto lugar, una organización posee una obvia dimensión ética: transparencia, colaboración. La persona en el centro, en el centro de trabajo, tiene que ser la característica que distinga el trabajo de las nuevas organizaciones de la sociedad del conocimiento. Si la persona es una mercancía de usar y tirar, mal asunto. O si es una fase más del proceso de promoción profesional, mal, muy mal.

En quinto lugar, una organización inteligente, también debe cultivar una profunda cultura corporativa, y si es una organización pública su talante y su estilo está al servicio permanente de los intereses generales. Intereses generales entendidos como la manera de promover y fomentar los derechos fundamentales de las personas.

Y en sexto lugar, en las organizaciones inteligentes, la investigación y la gestión se identifican. ¿Por qué? Porque el aprendizaje no termina nunca, la formación no termina nunca y gestionar es aprender, y gestionar, como decía antes, es investigar.

Es mucho lo que se ha hecho hasta el momento y es mucho, lógicamente, lo que queda por hacer. Nadie puede dudar que hoy en día las nuevas tecnologías, la sociedad de la información, la sociedad del conocimiento es una gran apuesta que está pensada para que los ciudadanos puedan vivir en mejores condiciones, pero para que todos los ciudadanos puedan vivir en mejores condiciones, no está de más subrayar que estos instrumentos nuevos que tenemos deben de ir acompañados de una fuerte sensibilidad humana, de una fuerte sensibilidad ética que nos vaya ayudando a que el camino vaya en la mejor dirección y vaya al destino que tiene que ir, porque no se nos oculta que en la globalización, o sea, en la sociedad del conocimiento, tenemos un gran peligro, relacionado con la emergencia de un nuevo pensamiento único. Para evitarlo, en este camino, en ese gran camino que estamos recorriendo, junto al progreso tecnológico, tiene que haber una dimensión ética sólida y consistente, de manera que los problemas que tenemos que gestionar los sepamos gestionar, colocando a la persona en el centro del nuevo orden político, social y económico.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 154/007 de 17 de setiembre de 2007

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de ejecución de sentencias extranjeras de condena

SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA N° 154/007 DE 17 DE SETIEMBRE DE 2007

Montevideo, diecisiete de Septiembre de dos mil siete.

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "XX LTD. (IN OFICIAL LIQUITATION) c/ UAC - EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA", Ficha 1-55/2006.

RESULTANDO:

1. A fs. 198 compareció JJJJ en representación de XX LTD. (In Oficial Liquidation), promoviendo reconocimiento y ejecución de las Sentencias de condena dictadas los días 2 y 28 de Diciembre de 2005 por la "Grand Court of the Cayman Islands" contra la Sra. CC, fundó su derecho en los Arts. 537 y ss. del Código General del Proceso expresando en síntesis que:

- Su mandante, en adelante "XX", constituida y establecida en Islas Cayman, prestaba servicios como corredora de bolsa e inversión realizando y administrando inversiones a cuenta y riesgo de sus clientes, comenzando a evidenciarse irregularidades en su funcionamiento a partir del año 2004. El día 29 de Abril de 2005 se promovió ante el Tribunal interviniente en Islas Caimán (Grand Court of The Cayman Islands),

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS DE CONDENA

MAXIMILIANO CAL LAGGIARD

I. INTRODUCCIÓN

QUINTÍN ALFONSÍN en un antiguo trabajo, pero de gran actualidad, refiere al problema de la "ejecución extranacional de una sentencia". Dicho problema puede sintetizarse básicamente en los siguientes términos: ¿La sentencia dictada en el Estado A, puede ser ejecutada en el Estado B?¹.

El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras es ubicado por FRESNEDO DE AGUIRRE como una de las tres interrogantes básicas del Derecho Internacional Privado, junto a la jurisdicción y la ley aplicable².

El presente trabajo refiere a un aspecto de esa interrogante fundamental del Derecho Internacional Privado, que consiste en el análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el procedimiento de exequátur o de ejecución de sentencias extranjeras de condena, cuya competencia en dicho procedimiento es exclusiva, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 541 del Código General del Proceso (CGP) con las salvedades que

1 Alfonsín, Quintín. "La Ejecución Extranacional de las Sentencias en Materia Civil y Comercial", en *Revista de Derecho Público y Privado*, Tomo XXVI, pág. 195.

2 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Parte General, págs. 11-12.

en adelante la Corte de Cayman, que así lo dispuso la liquidación provisional de XX quedando en calidad de liquidaciones provisionales de la Sociedad los Sres. DD y EE, a quienes se les ordenó continuar con la liquidación.

- Los liquidadores referidos, por disposición Judicial, efectuaron una intensa investigación, culminada la cual se arribó a la conclusión de que gran parte de los faltantes de bienes de XX y de sus clientes tenían su origen en maniobras efectuadas por parte de su antiguo director y accionista el Sr. FF y -entre otros familiares de éste- su esposa Sra. CC, habiéndose iniciado entonces accionamientos contra los antes nombrados.

- Así, ante la Corte de Islas Cayman se inició el proceso identificado con el No. 319/2005 seguido contra la demandada en las presentes Sra. CC, contra GG y contra H Consulting Ltd., denominadas en las Sentencias referidas, primer, segundo y tercer demandado. Dicho proceso se llevó a cabo cumpliéndose todas las etapas necesarias para garantizar a los demandados el derecho a un debido proceso, emplazándolos en forma para que pudieran deducir su oposición y notificándoseles de las providencias recaídas. CC compareció en el proceso referido en más de una oportunidad y fue asistida por, al menos, tres diferentes Estudios Jurídicos del lugar.

- Cumplidas las etapas respectivas, la Corte interviniente dictó Sentencia el 2 de Diciembre de 2005 condenando (Punto 7) a la demandada CC a pagar los producidos de la venta de acciones obtenidos por o en nombre de H Consulting Ltd. a la Sede Judicial dentro de los siete días de emitida dicha resolución bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el demandante estaría lisa y llanamente en libertad de solicitar que se emitiera un fallo contra la Sra. CC por el valor de las acciones al 7 de Febrero de 2005.

- Con fecha 28 de Diciembre de 2005 constatados los extremos antes referidos se condenó a la prenombrada a pagar a la Empresa demandante la suma de U\$S 1.507.409.24.

oportunamente se señalarán. A su vez, como señala ARRIGHI, se trata del órgano máximo del Poder Judicial y su jurisprudencia es termómetro de la apertura respecto de las relaciones jurídicas extranacionales³.

Previo al desarrollo de la jurisprudencia estimamos pertinente esbozar las nociones fundamentales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera, que serán la base argumental sobre la cual se elabora la jurisprudencia a analizar, dichos puntos consisten en: noción de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, normativa aplicable y requisitos exigidos para el reconocimiento de una sentencia extranjera.

II. NOCIONES PREVIAS

A. Reconocimiento y ejecución de sentencia

En primer lugar, deberán realizarse precisiones terminológicas, distinguiendo las nociones de reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera. Entre ambos conceptos puede establecerse una relación de género a especie, siendo el reconocimiento el género, y la ejecución de sentencia la especie. Al respecto, resultan esclarecedoras las palabras de TELLECHEA, que expresa:

*“Es necesario pues, distinguir entre reconocimiento y ejecución. No hay ejecución sin reconocimiento, pero sí a la inversa; las sentencias declarativas y constitutivas únicamente pueden ser objeto de reconocimiento”*⁴.

3 ARRIGHI, Paúl. “Jurisprudencia Uruguaya Actual de Derecho Internacional Privado. Fallos de la Suprema Corte de Justicia en Ejecución de Sentencias Extranjeras”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año IV, N° 4, págs. 145-146.

4 TELLECHEA, Eduardo. “Libro II, Título X del Código General del Proceso, ‘Normas Procesales Internacionales’. Una nueva regulación del Derecho Internacional Privado Procesal de la República”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, T. IV, 1988, pág. 543.

- El 27 de Abril de 2006 la Corte de Cayman resolvió, en atención a que no podían ya apelarse las Sentencias dictadas, autorizar en forma expresa a la parte actora a solicitar en Uruguay el reconocimiento y ejecución de las Resoluciones de fechas 2 y 28 de Diciembre de 2005, en tanto que resoluciones definitivas.

- Con motivo de las averiguaciones de los Sres. Liquidadores se identificó que la Sra. CC había efectuado inversiones en el Uruguay utilizando los servicios de un Corredor de Bolsa local, teniendo una cuenta en el MM BANK Uruguay S.A., inversiones que se efectuaron a través de una sociedad de nombre NNN S.A. A petición del promotor, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Quinto Turno embargó cautelariamente bienes de la Sociedad referida.

- Se ha dado cumplimiento a las formalidades externas, legalización y traducción, previstas en el Art. 539.1 Numerales 1, 2 y 3, del Código General del Proceso, respecto de todos y cada uno de los documentos presentados. Asimismo los documentos correspondientes a las Sentencias cuyo reconocimiento y ejecución se realizan son auténticos, se encuentran certificados por Escribano Público, con las firmas debidamente legalizadas y los documentos originalmente en idioma Inglés se acompañan de su correspondiente traducción pública.

- El requisito de jurisdicción (Art.539.1 Núm. 4 del Código General del Proceso) se cumple porque se trata de Sentencias dictadas por la Corte de Cayman, por hechos ocurridos en las Islas Cayman, en relación a actividades desarrolladas en Islas Cayman y en relación a una sociedad (XX) que fue constituida y desarrollaba su objeto, en y bajo las autoridades de Islas Cayman, por lo tanto expresó, la Corte de Caimán es la competente de acuerdo a las Normas que le son aplicables.

-Se cumplen las previsiones del Artículo 539.1 Numerales 5 y 6, habiéndose emplazado a la demandada en legal forma de acuerdo con las Normas del Estado de procedencia del fallo y habiéndose asegurado la posibilidad de defensa. La Sra. CC fue debidamente notificada y emplazada en el proceso que dio lugar a las

En nuestro derecho positivo la distinción aludida cuenta con expresa consagración legal. En efecto, el artículo 538.3 CGP define el reconocimiento como el acto o secuencia de actos procesales requeridos para acreditar que la sentencia extranjera cumple los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento, mientras que la ejecución (artículo 538. 4 CGP) es la secuela o conjunto de actos procesales tendientes a dar cumplimiento a una sentencia extranjera de condena.

La doctrina distingue normalmente tres efectos que se pueden hacer valer de una sentencia extranjera, los efectos probatorios, los efectos reflejos o indirectos y los efectos imperativos⁵. Sintéticamente el efecto probatorio de la sentencia se equipara al de cualquier documento, que hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, los comparecientes, la existencia del proceso. El efecto secundario o reflejo consiste en los efectos inherentes a la sentencia distintos de sus efectos típicos, el ejemplo que utiliza la doctrina para analizar esta situación es la sentencia penal, cuyo efecto típico es la condena de una persona a determinada pena, no obstante existen efectos reflejos de dicha sentencia, como lo son, en nuestro ordenamiento, la posibilidad de solicitar el divorcio o la pérdida de la patria potestad. Por último, los efectos imperativos de la sentencia consisten en los efectos que le son propios y cuyos extremos han sido ampliamente desarrollos por la doctrina procesal. Básicamente dichos efectos son declarativos, constitutivos y de condena.

El presente trabajo abordará la jurisprudencia de la Corte en materia de **reconocimiento de sentencias extranjeras de condena**, dicho procedimiento, también denominado de exequátur, se encuentra regulado en el artículo 541 del CGP. TARIGO cuestiona la terminología empleada por la normativa procesal⁶, ya que dicho

5 VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, págs. 152 y ss. Del mismo autor "Aspectos Generales del reconocimiento", junto a Diego FERNÁNDEZ ARROYO, Cap. X de la obra colectiva *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, págs. 416 y ss. En el mismo sentido LANDONI SOSA, "Eficacia Internacional de las Sentencias y laudos Arbitrales Extranjeros" en obra colectiva *Estudios sobre el proceso de Ejecución en Homenaje a Enrique Tarigo*, págs. 288 y ss.

6 TARIGO, Enrique. *Lecciones de Derecho procesal Civil, según el nuevo Código*, T. III, *Los procesos de Ejecución*, págs. 169-173.

Sentencias motivo de las presentes, formulando las prenombradas presentaciones judiciales, siendo asistida por, al menos, tres diferentes Estudios de Abogados.

- Respecto del cumplimiento del Artículo 539.1 Numeral 7 del Código General del Proceso (Cosa Juzgada) dicho requisito se cumple dado que, mediante Resolución adoptada el 27 de Abril de 2006, la Corte Interviniente expresó que había vencido la oportunidad de que gozó la Sra. CC para interponer el recurso de apelación sin que lo hiciera, habiéndose denegado una extensión del plazo para ello, la Corte de Cayman autorizó se solicite el reconocimiento y ejecución en Uruguay de las Resoluciones de fechas 2 y 28 de Diciembre de 2005 en tanto que definitivas.

- Acompañaba documentación referenciada a fs. 201 a 202, peticionó en síntesis se haga lugar a lo peticionado y en su mérito se remitan las actuaciones al Tribunal competente (Art. 541.3 del Código General del Proceso).

2. Por providencia de 28 de Junio de 2006 se confirió vista a la Sra. Fiscal de Corte (Interina), quien entendió que del Estado de las actuaciones no surgen resultancias habilitantes para hacer lugar a lo solicitado en base a los fundamentos que relacionó a fs. 206 a 207.

3. Conferido traslado por el término legal a la parte demandada por Providencia No. 840 de 1º de Septiembre de 2006, lo evacuó a fs. 324 el Dr. LCN, en representación de la Sra. CC, oponiéndose a lo pretendido. Aún cuando admitió que no es admisible incursionar en el fondo del asunto ni en cuestiones de mérito (Art. 538.2 del Código General del Proceso) dio su versión contraria a lo expresado por los accionantes en el Capítulo de los antecedentes. En punto a la cuestión planteada a conocimiento y decisión de la Corporación, expresó en lo medular que:

procedimiento no es propiamente de ejecución, sino que constituye una etapa de reconocimiento, previo a la ejecución de la sentencia extranjera.

TARIGO sintetiza las características del procedimiento en los siguientes términos: se trata de un proceso de conocimiento, contencioso y que culmina con una sentencia declarativa, la cual admitirá o denegará la ejecución de la sentencia extranjera. En cuanto, a la naturaleza jurídica del proceso, se trata de un proceso previo (artículo 305 CGP), en tanto constituye un presupuesto procesal esencial para la existencia y validez de un proceso ulterior, que será el de ejecución de sentencia propiamente dicho⁷. Tiene competencia exclusiva para entender en dicho proceso la Suprema Corte de Justicia con las excepciones establecidas en el artículo 9º del Convenio de Cooperación Jurídica Internacional con el Reino de España que otorga competencia a los Juzgados Letrados de Primera Instancia y la disposición del artículo 7º del Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1940.

Por último, debe mencionarse que el reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera fuera de un proceso, no requiere acudir a los órganos jurisdiccionales, en tanto puede realizarse en vía administrativa o notarial. Dicho extremo fue objeto de especial discusión luego de sancionado el CGP, especialmente en lo que refiere a la sentencia de divorcio para acreditar la capacidad nupcial. La conclusión planteada precedentemente fue avalada por las reuniones científicas de los institutos de Derecho Procesal y Derecho Internacional Privado⁸, que a su vez fueron recogidas en el Decreto N° 454/996 del Poder Ejecutivo, que encomienda a la Dirección Nacional del Registro de Estado Civil el contralor de los requisitos del artículo 539 CGP respecto de las sentencias extranjeras constitutivas o modificativas del estado civil, a los solos efectos probatorios y registrales.

7 TARIGO, ENRIQUE. Id, pág. 171.

8 Las conclusiones de la Referida Conferencia se encuentran publicadas en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, T. II, 1990, págs. 367 – 370.

- El derecho aplicable en la especie es la Normativa contenida en los Artículos 537 a 543 del Código General del Proceso y más específicamente el Artículo 539 “ejusdem”.

- El proceso en que se dictó la Sentencia del 2 de Diciembre de 2005 fue sumario, en él se invirtió la carga de la prueba con base a una afirmación del demandante basada en una simple sospecha. La Sentencia se emitió en base a inferencias extraídas de las Declaraciones Juradas brindadas por los liquidadores.

- Respecto de la Sentencia dictada el 22 de Diciembre de 2005 su parte pidió una prórroga del plazo para presentar una solicitud y así obtener autorización del Tribunal actuante para apelar la Orden del Honorable Presidente del Tribunal de fecha 2 de Diciembre de 2005, resolviéndose el aplazamiento de la solicitud por catorce días para que la demandada cumpliera con la Orden del 02/12/2005 purgando su Desacato al Tribunal con libertad para reinstalar la causa en este caso. De no efectuarse solicitud alguna, conforme al Párrafo 1 de la Orden, se desestimaba la solicitud de apelación (Doc. No. 7). Por lo que, para obtener autorización para apelar la Sentencia de 2 de Diciembre de 2005 y reinstalar la causa, la demandada debía pagar el monto establecido en la condena, lo que implicaba una ejecución provisional sin decisión ejecutoriada. De no verificarse el pago por su parte en el plazo establecido no se admitía el pedido de prórroga para obtener la autorización para apelar. No disponiendo de recursos para pagar por haber sido desplazada de la administración de los bienes en Cayman y por existir embargo trabado en Uruguay, en definitiva se vulneró el principio de igualdad ante la Ley en el proceso sustanciado en Cayman. Dado que puede apelar quien puede pagar lo que a su respecto implicó privación de la garantía de doble instancia.

- Acerca del contenido de la Sentencia dictada el día 28 de Diciembre de 2005, por orden de fecha 2 de Diciembre de 2005 la Sra. CC debía abonar el producto de la venta de las Acciones obtenido en nombre de la tercera demandada en el plazo de siete días, quedando el demandante en su defecto en libertad de solicitar se dictara Sentencia contra su parte por el valor de las acciones al 7 de Febrero de 2005. Vencido el plazo otorgado sin que la Sra. CC abonara la cifra sí se dictó Sentencia (Doc. 8).

B. Normativa Aplicable

En cuanto a la normativa aplicable a la ejecución de sentencias extranjeras, se destacan normas de fuente internacional y de fuente interna. Siguiendo a ARRIGUI⁹ y LANDONI SOSA¹⁰, ubicamos las siguientes disposiciones:

Normas de fuente internacional aprobadas por Uruguay:

- Tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y 1940.
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.
- Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras de 1984.
- Protocolo de las Leñas sobre “Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”.
- Convenio sobre reclamación Internacional y Ejecución de la Sentencia en Materia de Alimentos entre la República Oriental del Uruguay y la República del Perú.
- Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil.
- Convenio de Cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay.
- Convenio sobre Cooperación judicial en Materia Civil y Comercial entre la República Oriental del Uruguay y la República Francesa.

* Normativa de fuente Nacional:

- Código General del Proceso, Título X “Normas Procesales Internacionales, Capítulo IV “Del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras”.
- Ley de Concursos y Reorganización Empresarial, Título XIII “Régimen Internacional del Concurso”, Capítulo II “Eficacia de las Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia de Concursos”

⁹ ARRIGUI, Paul. Id, pág. 149

¹⁰ LANDONI SOSA, ÁNGEL, Id, págs. 291 - 292

- La Sentencia dictada el 27 de Abril de 2006 (Documento M) autorizó a la demandante a promover en el Uruguay el reconocimiento y el cumplimiento de las Sentencias antes individualizadas.

- En nuestro régimen Jurídico el Derecho Extranjero debe aplicarse cuando así corresponda de oficio, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y el contenido de la Ley extranjera invocada (Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Art. 2^o), constituyendo medio de prueba de dicho extremo, entre otros, los dictámenes de Abogados expertos en la Materia (Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, Art. 3^o, Lit. b). A tal fin, agregó la documentación que resulta individualizada con el No. 10, según síntesis que de sus emergencias formuló a fs.330 a 330 vto.

- Observó que no se han cumplido los requisitos formales previstos en el Artículo 539.1 Nrales 1,2 y 3 del Código General del Proceso dado que en la traducción del documento individualizado con letra D, de la Sentencia de 28 de Diciembre de 2005, se omitió una parte del documento, concretamente una parte del Fallo.

- Tampoco se aportaron copias auténticas de las piezas según lo previsto por el Artículo 539.2, Nral. 2 del Código General del Proceso.

- No emerge de autos copia auténtica con certificación según lo requiere el Artículo 539.2, Numeral 3 del Código General del Proceso. No basta a fin de cumplir con dicho extremo la resolución del Tribunal extranjero indicando que las Sentencias no podían apelarse y brindando autorización para ejecutarlas en el Uruguay. Propugnó la aplicación al caso del criterio sustentado por la Corporación en la Sentencia No. 340/004, en mayoría, siguiendo las enseñanzas del Dr. Tarigo. La circunstancia de que la Sentencia provenga de un país integrante del "Common Law" no puede implicar la admisión de una flexibilidad ilegal que resulte conculcatoria de los principios de legalidad e igualdad. Por cuanto no se estaría exigiendo el cumplimiento de la Ley a algunos países en atención a su sistema jurídico y sí a otros. Si un Estado extranjero pretende que el Fallo que dicta sea reconocido y ejecutado, debería tener en cuenta los requisitos exigidos por la Ley local

La reseña anterior denuncia la pluralidad de fuentes existentes y la posibilidad de la existencia de conflicto entre las mismas. Al respecto, nuestro ordenamiento procesal ratifica en sus artículos 13 y 524 CGP la solución brindada por la Convención de Normas Generales en su artículo 2^o y principios establecidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dicha solución establece que se aplicarán las normas nacionales en defecto de convención o tratado, igual solución consagra el artículo 247 de la Ley N° 18.387.

No obstante, consideramos de trascendental importancia a la hora de dilucidar el conflicto de normas nacionales e internacionales las apreciaciones vertidas por VESCOVI y FERNÁNDEZ ARROYO, los cuales enseñan que el principio a favor de la continuidad de las sentencias extranjeras tendría su correlato en la aplicación de la norma más favorable a la extraterritorialidad de dicha sentencia, ya sea porque establece reglas más flexibles o condiciones o procesos más accesibles. Como ejemplo de recepción de dicho principio, citan la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras¹¹.

Por último, debe destacarse la trascendencia de nuestra normativa interna, especialmente la del CGP, la cual según los autores de esa parte del proyecto (TELLECHEA BERGMAN & OPERTTI BADÁN) busca sintetizar la normativa internacional en la materia, por lo cual podemos hablar de cierta armonía de las soluciones alcanzadas, con algunas diferencias que oportunamente se destacarán¹².

C. Requisitos exigidos para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

Nuestro derecho ha adoptado un sistema de reconocimiento de sentencias extranjeras con control limitado de ciertos requisitos legalmente establecidos¹³. Dichos requisitos se encuentran consagrados básicamente en

11 VESCOVI & FERNÁNDEZ ARROYO, Capítulo X, Ob. Cit, pág. 416.

12 TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO. Id, pág. 528.

13 ALFONSÍN, Quintín. Id, págs. 207 y ss.

certificando o dejando constancia que la Sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, aunque ello no esté previsto en su sistema legal.

- El requisito de jurisdicción previsto en el Artículo 539.1, Nral. 4 del Código General del Proceso tampoco se configura; no se acreditaron las normas Legales de las Islas Cayman regulatorias de su jurisdicción. Se desconoce de acuerdo a qué sistema de competencia Internacional directa o indirecta se dictaron las Sentencias que se pretenden ejecutar, así como cuál fue la base de la jurisdicción directa aplicada, ya que la condenada no fue la persona jurídica "XX" sino la persona física Sra. CC, que se domicilia en Brasil. No emergiendo de autos si los hechos ocurridos en Cayman son atribuibles a la persona jurídica de referencia o a la demandada Sra. CC. EL promotor no acompañó las Normas que establecen las formas correspondientes a los emplazamientos y notificaciones, lo que obsta a efectuar el control del cumplimiento de lo requerido en el Artículo 539.1, Nral.5 del Código General del Proceso. Los documentos aportados por la actora, letras E a J, nada acreditan si no se los compara con las Normas Procesales respectivas del país de origen. El documento individualizado con la letra F (Nral. 2) refiere a una serie de notificaciones efectuadas a diversos Abogados sin que aparezca el nombre de la demandada. Asimismo el documento individualizado con la letra G pone de relieve que no se notificó personalmente a la Sra. CC, expresándose concretamente en el mismo que los Abogados notificados no representaban a los demandados. El documento "H" sólo prueba que se dejaron las notificaciones en la mesa de recepción de un Estudio de Abogados sin acreditarse si éste representaba a la demandada y si los referidos Profesionales estaban debidamente facultados a notificarse por aquélla. El documento "I" no incluye el nombre de la Sra. CC. EL documento "J" adolece de vicios, su firma es ilegible y ésta no fue autenticada, ni certificada y la Sra. CC niega y desconoce la misma afirmando que no le pertenece. El documento "L" acredita que la demandada designó Abogados para que la representaran el 20 de Diciembre de 2005 cuando ya se había dictado la Sentencia de fecha 2 de Diciembre y se le hacía imposible solicitar el derecho a apelar por no poder cumplir con la obligación impuesta por la Corte.

el artículo 539 del CGP, el cual se condice con la normativa internacional en la materia, con la importante excepción en lo que respecta a jurisdicción indirecta¹⁴.

La doctrina con ligeras variantes clasifica a los requisitos para la ejecución de la sentencia extranjera en los siguientes términos: formales, documentales y sustanciales¹⁵. TARIGO¹⁶ y TELLECHEA BERGMAN¹⁷ utilizan dicha calificación con algunas variantes, estos refieren a requisitos formales, procesales y sustanciales, estas últimas categorías son referidas como una sola por los restantes autores. No obstante, las calificaciones no son correctas o incorrectas, simplemente, más o menos útiles. En este caso partiremos de las consideraciones de la doctrina mayoritaria, analizando específicamente los requisitos del artículo 539 del CGP, los cuales básicamente reiteran las soluciones de las fuentes internacionales. Además, en este capítulo se incluirán otros requisitos que no se encuentran específicamente previstos en las normas, pero que tienen gran trascendencia, especialmente lo relativo a la cosa juzgada nacional y la litispendencia.

C.1. Requisitos formales

Dentro de los requisitos formales se incluye la traducción y legalización de la sentencia y demás requerimientos para que el fallo sea considerado auténtico. Se encuentran exentos de legalización los fallos cuya ejecución se tramita mediante autoridades centrales o vía consular¹⁸. Dicha normativa se condice con las disposiciones del Decreto-Ley N° 15.441.

14 FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia. "Dimensión autónoma de los sistemas de reconocimiento de los Estados mercosureños", Cap. XII, de obra colectiva *Derecho internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pág. 489.

15 FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia. Id, págs. 492 y ss; VESCOVI, Eduardo, *Derecho procesal Civil Internacional*, Ob. Cit. págs. 164 y ss, LANDONI SOSA, Ángel, Ob. Cit, págs. 295 y ss.

16 TARIGO, Enrique. "Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras" en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, págs. 440 y ss.

17 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. Id, págs. 546 y ss.

18 VESCOVI, Eduardo. Id, pág. 164, FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia, id, pág. 492

- A la notificación irregular se adiciona que la demandada no contó con tiempo suficiente para defenderse, requisitos distintos entre sí y acumulativos que representan garantías distintas. El derecho a defenderse incluye necesariamente el derecho a apelar. Para determinar si la demandada tuvo tiempo de preparar su defensa y llevarla a cabo, debe analizarse dicho extremo caso a caso. Respecto del requisito establecido en el Numeral 6 del Artículo 539.1 sólo emerge de autos el documento individualizado con la letra K, que contiene una Declaración Jurada de la Sra. CC oponiéndose al procedimiento sumario seguido contra ella, a lo que se limitó su defensa, lo que no configura la debida defensa exigida por la disposición aludida. Por cuanto se le negó a la demandada la prórroga solicitada para la concesión del derecho a apelar y el derecho a producir prueba, a revisar la Sentencia sumaria, exigiéndosele que pusiera todos sus bienes a disposición del Tribunal. No se reservó nada para su sustento y Defensa sin exigirse para ello contracautela. La demandada Sra. CC quedó en situación de indefensión para el caso de que triunfara en la litis. Se prejuzgó y se la condenó antes de tiempo.

- Los principios que fundan el debido proceso y el derecho de defensa forman parte del orden público del Uruguay que integra un verdadero "ius gentium". Por medio del derecho de defensa se procura que la presentación de cada parte sea expuesta al Juez y que la verificación por parte de éste sea efectiva y legal.

- El documento individualizado letra M "autorizó" a ejecutar la Sentencia en el Uruguay pero no declaró ni autorizó su ejecución en las Islas Cayman, por lo que el requisito no cumplió con lo previsto en el Artículo 539.1, Nral. 7 del Código General del Proceso.

- Dedujo excepción de violación del Orden Público Internacional uruguayo. Luego de explicitar el contenido que corresponde asignar a dicho concepto (fs.337 vto. a fs.338) - destacando los aspectos procesales y sustanciales del mismo- afirmó que existen principios de Derecho Procesal Internacional que forman parte de nuestro sistema jurídico y que integran el elenco de Normas y principios que lo individualizan, por lo que constituyen parte del Orden Público Internacional. Entre ellos: el principio de acceso a la justicia sin

Los mencionados requisitos se encuentran enunciados básicamente en el artículo 539.1 CGP, numerales 1, 2 y 3.

C.2. Requisitos documentales

En lo que refiere a las exigencias documentales, éstas consisten, siguiendo a FRESNEDO DE AGUIRRE¹⁹, en la acreditación de los elementos configurativos de debido proceso, tales como emplazamiento en forma, comparecencia del demandado o en su caso declaración en rebeldía, designación de defensor de oficio. También, constancia de que la sentencia extranjera se encuentra firme, ya sea porque se ha resuelto el asunto en diversas instancias o no se han interpuesto recursos en tiempo, en el caso de varias instancias es conveniente la agregación de todos los fallos. En cuanto a los medios para acreditar que la sentencia ha alcanzado la calidad de cosa juzgada, surgen dificultades para certificar dichos extremos en los países del Common Law, al respecto se analizarán las soluciones jurisprudenciales brindadas por nuestra Corte.

El artículo 539.2 CGP²⁰ señala los requisitos que vienen de expresarse, de la lectura de los numerales de dicho artículo surge que es insuficiente para iniciar la ejecución de sentencia extranjera la mera acreditación de la sentencia, necesariamente deberán acreditarse los extremos que vienen de señalarse.

C.3. Requisitos sustanciales

Dentro de los requisitos sustanciales se distinguen cuatro subcategorías: competencia internacional del juez que dictó el fallo, cumplimiento de las garantías del debido proceso, la autoridad de cosa juzgada

19 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Id, pág. 493.

20 "Art. 539.2 CGP. Los comprobantes indispensables para solicitar el cumplimiento de la sentencia extranjera son:

- 1) Copia auténtica de la sentencia;
- 2) Copia auténtica las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los numerales 5° y 6° del ordinal precedente.
- 3) Copia auténtica con certificación de que la sentencia ha pasado inautoridad de cosa juzgada"

distinción de calidad, nacionalidad o recursos económicos con que cuente la persona, lo que se vincula con el principio de no discriminación de los litigantes.

- En el proceso seguido en las Islas Cayman el derecho a acudir a la jurisdicción se sujetó a algunas condiciones de imposible cumplimiento, lo que devino en denegación de justicia. De la confrontación de lo expresado con el Orden Jurídico Público Internacional Uruguayo. La parte actora tenía la carga de acompañar toda la prueba documental que pretendiera hacer valer (Art.118.1.del Código General del Proceso) y ese derecho precluyó.

- Es aplicable al caso la teoría del acto propio, no pudiendo ampararse pretensiones ambivalentes o contradictorias. El Abogado de la parte actora, Dr. BP, declaró ante la Corte de las Islas Cayman (Nro. 17 de la Declaración Jurada de 23 de Diciembre de 2005, Prueba BP 1-2) expresando (fs. 340 vto.) que: "... los Tribunales solamente pondrán en vigor una Sentencia que sea final. Una orden de Sentencia sumaria probablemente causará problemas y en todo caso, como existe la posibilidad, el Derecho Uruguayo no la tendría como final aún". "Por todas esas razones, no hay ninguna perspectiva para esperar razonablemente que se obtenga una orden de un Tribunal Uruguayo...". Si bien el Profesional se refería a una orden para congelar los activos de NN S.A. o de tomar alguna medida para transferir los activos de dicha Sociedad a los Liquidadores Oficiales conjuntos, las Sentencias que se pretenden ejecutar tienen la misma naturaleza que aquélla a la que aludía el Abogado. Con su conducta el Profesional Dr. BP generó en la demandada una expectativa en virtud de la apariencia generada de que no se crearía una situación de contradicción entre la conducta precedente y la actual, representando a la actora en la ejecución de una Sentencia de la misma naturaleza que aquélla que reconoció era difícil de ejecutar en el Uruguay. Dicha conducta es contraria a la buena fe y la seguridad jurídica por lo que propugno por el rechazo de la pretensión impetrada.

4. Por Resolución No. 1076 de 17 de Octubre de 2006 (fs.344) se tuvo por evacuado el traslado conferido, se dispuso el pasaje de los autos a estudio y se llamaron para Sentencia, citadas las partes. A fs. 348 compareció

de la sentencia cuya ejecución se pretende y que la misma no contrarié manifiestamente el orden público internacional²¹.

C.3.a. Competencia internacional y jurisdicción exclusiva

El requisito que ha despertado mayores críticas en doctrina está dado por la determinación de la competencia internacional del juez que dictó el fallo, al respecto el artículo 539.1 numeral 4º del CGP establece como condición de la sentencia extranjera que:

"El Tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo con su derecho, excepto de que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios".

Dos nociones de gran trascendencia emanan de la norma trascrita, en primer lugar se aparta del criterio de los textos de fuente internacional a la hora de evaluar la competencia internacional, la cual no será evaluada de acuerdo a la *lex fori*, sino a la *lex causae*. La segunda noción es la de jurisdicción exclusiva, la cual funciona como una excepción a la continuidad de la sentencia extranjera.

Nuestro ordenamiento procesal ha optado por una solución internacionalista, tendiente a favorecer la circulación internacional de los fallos, aspecto que es recogido expresamente por los coautores de la norma²².

Dicha solución genera, en términos de SOLARI²³, una asimetría con la normativa de fuente internacional, que se basa en la valuación de la jurisdicción indirecta por el criterio de la *lex fori*. Además, dicho criterio

21 VESCOVI, Eduardo. Id, págs. 166 y ss, FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, id, págs. 494 y ss. En el mismo sentido VESCOVI & FERNÁNDEZ ARROYO, Ob. Cit, págs. 420 y ss.

22 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. Id, pág. 546 y OPERTTI BADÁN, Didier, "Competencia Internacional y jurisdicción exclusiva", en *Revista Uruguay de Derecho Procesal*, T. I, año 2003, pág. 74.

23 SOLARI, Marcelo. "¿Criterios dispares para evaluar la competencia internacional del Tribunal Sentenciante Extranjero?", en *Revista uruguayaya de Derecho internacional Privado*, Año V, N° 5, pág. 105.

la parte actora deduciendo recurso de ampliación en el sentido de que el Dictamen de fecha 4 de Agosto de 2006, había sido tomado como cumplimiento del requisito establecido en el Artículo 541.2 del Código General del Proceso, peticionando se confiriera oportunidad de informar in voce (fs. 348 a 351 vto.). Por Providencia No. 1.182 de 8 de Noviembre de 2006 (fs. 354) habiéndose remitido los autos a la Sra. Fiscal de Corte Interina como dictaminante técnico (Art. 29.3 del Código General del Proceso), a la ampliación solicitada no se hizo lugar. Y ampliando el Auto No. 1.076 de 17 de Octubre de 2006 se dispuso el pasaje en vista a la Sra. Fiscal de Corte Encargada (Art. 541.2, Inc.3 del Código General del Proceso). No se hizo lugar por improcedente (Art. 541 del Código General del Proceso) al Informe in voce peticionado. A fs. 359 a 360 compareció la parte demandada peticionando se la tuviera por notificada del Decreto 1.182 de 8 de Noviembre de 2006 y se desglosara y devolviera el escrito presentado por la contraria. A lo cual por Providencia No. 1.351 de 4 de Diciembre de 2006, no se hizo lugar a lo peticionado, debiendo estarse a lo dispuesto por Auto No. 1.182 en lo pendiente.

5. Remitidos los autos, la Sra. Fiscal de Corte (Enc.), según Dictamen obrante a fs. 365, por los fundamentos expresados en Dictamen obrante a fs.206 y ss., concluyó que no procede hacer lugar a lo solicitado a fs. 202 vto. Nral.3.

6. Y pasados los autos a estudio se acordó Sentencia en legal forma, por unanimidad de los integrantes de la Corporación.

CONSIDERANDO:

I. La Suprema Corte de Justicia, por decisión unánime de sus integrantes, compartiendo la posición sustentada por las Sras. Fiscales de Corte (Interina y Encargada respectivamente) que intervinieron en obrados, rechazará la solicitud planteada por cuanto se entiende que no se constata que en la especie se verifiquen

acarrea importantes dificultades prácticas, ya que el Juez local deberá analizar las normas de competencia del juez extranjero. Por otra parte, las afirmaciones de SOLARI coinciden con las afirmaciones doctrinarias de ALFONSÍN²⁴.

Sin embargo, la amplitud de la aplicación de la *lex causae* a los efectos de determinar la jurisdicción indirecta de los Tribunal vernáculos tiene como cortapisas la noción de jurisdicción exclusiva, por lo cual la determinación de dicho concepto cobra gran importancia, tal como lo han destacado DÍAZ, RUANOVA & SCAIANSCHI²⁵.

Sobre la referida noción HERBERT ha realizado valiosos aportes, identificando a la misma como: *“un interés estatal calificado y por lo tanto excepcional, que excluye todo otro foro y toda otra ley, enervando así el funcionamiento de todo sistema distributivo o de conflicto de nuestro derecho in toto”*²⁶.

Como criterio rector para clarificar el concepto de jurisdicción exclusiva y las materias que ésta abarca cabe referir al Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado (artículo 60²⁷), dicho proyecto, si bien ha perdido carácter parlamentario, representa, por el prestigio y número de juristas que participaron en su redacción, la doctrina más recibida en la materia.

24 ALFONSÍN, Quintín. Id, págs. 209 y ss.

25 DÍAZ, Soledad, RUANOVA, Mariela & SCAIANSCHI, Héctor. “La Jurisdicción Exclusiva”, en *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, pág. 378.

26 HERBERT, Ronald. “El concepto de jurisdicción exclusiva en el artículo 539.1.4 del Código General del Proceso”, en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, pág. 243.

27 “Artículo 60. Jurisdicción Exclusiva.

La jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atracción sobre otras cuestiones que puedan plantearse respecto del mismo asunto.

En especie y a modo de ejemplo, se considera materia de jurisdicción exclusiva de la República las estrictamente concernientes a: derechos reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por ésta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio, y arrendamientos de bienes inmuebles situados en su territorio si fuera de aplicación el régimen estatutario”.

los requisitos impuestos por el Artículo 539 del Código General del Proceso, para proceder a la ejecución de Sentencias extranjeras en nuestro país.

II. Previamente es del caso recordar que, según enseñaba la Doctrina, aún antes de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, en términos que resultan aplicables a la Normativa vigente "... La Sentencia extranjera constituye el acto dictado por una Autoridad Judicial de otro Estado en ejercicio de un poder-deber vinculado a la soberanía estatal, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En el territorio del país donde se ha dictado la Sentencia ésta puede gozar de efecto de cosa juzgada en el sentido formal o material y en su caso de fuerza ejecutiva; empero en territorio de otra nación dicha Sentencia carece, en principio, de eficacia jurídica.

La ya aludida internalización de la vida jurídica determina, sin embargo, que de manera cada vez más frecuente se pretenda en un país el reconocimiento de Fallos dictados en otro, situación que contempla el Derecho Privado Procesal.

La eficacia de las Sentencias foráneas puede ser pretendida con diversa finalidad, ya probatoria, ya de alegación de su efecto de cosa juzgada, ya de ejecución, en caso de sentencias de condena.

Es necesario distinguir entre reconocimiento y ejecución. No hay ejecución sin reconocimiento, pero sí a la inversa; las Sentencias declarativas y constitutivas únicamente pueden ser objeto de reconocimiento. Un número cada vez más importante de Ordenamientos Jurídicos Nacionales y de Tratados diferencian ambos trámites, requiriendo únicamente, en hipótesis de ejecución de Sentencias extranjeras, procedimientos especiales de control..." (Cf.: Tellechea Bergman, E., en: Revista Uruguaya de Derecho Procesal - Año 1988, No. 4, Págs. 542 a 543-, citado en Sentencia de la Corporación: Sentencia No. 196/997, entre otras).

III. La parte actora ha peticionado el reconocimiento de las Sentencias de condena extranjeras (Documentos C y D, v.fs.24 a 53 y 55 a 58 vto.) dictadas por la Gran Corte de las Islas Cayman con fechas 2 de Diciembre

En este punto, no puede omitirse realizar una breve mención a los pactos procesales alcanzados La Paz en 1984, que dio lugar a la CIDIP III sobre "Competencia en la Esfera Internacional para eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras", la cual establece normas materiales para regular el asunto y en su artículo 4º, prevé la excepción de jurisdicción exclusiva. Lamentablemente la referida CIDIP sólo ha sido ratificada por nuestro país y México.

C.3.b. Cumplimiento del debido proceso. Autoridad de cosa juzgada. Orden público internacional

Los requisitos señalados no generan mayores dificultades, el debido proceso puede definirse en nuestro ordenamiento como un principio de orden público internacional, que tiene consagración expresa en la Constitución y en el Pacto Interamericano de Derechos Humanos, ratificado por nuestro Estado. Básicamente, abarca tres aspectos: el derecho a tener noticia del proceso (lo cual tiene relación con la regularidad y validez del emplazamiento) y el derecho a ser oído y producir prueba. En este aspecto, TELLECHEA BERGMAN plantea la necesidad de prestar especial atención a los casos de los procesos realizados en rebeldía²⁸.

A modo de reflexión, cabe preguntarse la validez de sentencias emanadas de nuestro foro, especialmente en procesos de estructura sumarisima, como es el caso de las sentencias dictadas al amparo de la nueva Ley de Procedimiento Laboral (Ley N° 18.572), algunos de cuyos aspectos han sido declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia por violatorios de las normas del debido proceso. Es previsible que las mencionadas sentencias encuentren obstáculos en su circulación internacional, cuando se pretenda su eficacia ante otros foros.

La calidad de cosa juzgada en el estado de origen del fallo, no despierta mayores inconvenientes, las discusiones mayormente se han centrado en aquellos estados que admiten la ejecución provisional de la sentencia. Al respecto ALFONSÍN sostuvo que en caso de que la sentencia sea ejecutable en el Estado en que

de 2005 y 28 de Diciembre de 2005, contra la demandada Sra. CC según se infiere de sus dichos (fs.199 vto., Nral 1.8), expresando la parte promotora en respaldo de su pretensión que la Corte de Cayman resolvió, con fecha 27 de Abril de 2006, en atención a que dichas Sentencias no podían ser ya apeladas, autorizar en forma expresa a su mandante a solicitar en Uruguay el reconocimiento y ejecución de las mismas.

IV.- En lo que respecta al cumplimiento de los requisitos que el derecho aplicable prevé en la especie (Artículo 539 del Código General del Proceso), la Corporación, siguiendo la sistematización que de los mismos efectuara el Dr. Tarigo distinguiendo conceptualmente entre requisitos de forma, requisitos procesales y requisitos sustanciales (Cf. TARIGO, E, en "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en "Estudios de Derecho Procesal en Homenaje al Dr. Adolfo Gelsi Bidart", F.C.U., Págs. 436 a 448, considera que:

a) La documentación aportada no reúne en su totalidad las formalidades externas necesarias para ser considerada auténtica, por cuanto como lo destacó la demandada, la traducción del Documento D, Sentencia dictada por la Corte de Cayman, 54 a 58 vto., no incluyó la totalidad de la parte dispositiva de la misma. Se observa que la traducción obrante a fs. 57 no se continúa a fs. 57 vto. Con la última parte del Fallo, lo que constituye de por sí un obstáculo esencial (Artículo 539.1, Nral. 3 del Código General del Proceso).

b) De la documentación agregada en autos surge que el Gran Tribunal de las Islas Cayman por Resolución dictada en el Expediente No. 319/005 expresó: "... habiéndose negado las solicitudes de la primera demandada y de la tercera demandada de una prórroga para presentar una apelación contra la resolución de este Tribunal en su contra (omissis). Por el presente se ordena autorizar al demandante a entablar un procedimiento ante los Tribunales de Uruguay para exigir el reconocimiento y cumplimiento de las Resoluciones Definitivas de este Tribunal en contra de la primera demandada que fueron dictadas en este procedimiento los días 2 de Diciembre y 28 de Diciembre del 2005..." (fs.191 a 193 vto.). Del análisis de las emergencias referidas se concluye que no se ha dado cumplimiento establecido en el

se dictó, nada es óbice para su ejecución extranacional²⁹. No obstante, compartimos la postura de VESCOVI, que del análisis de la normativa internacional y de nuestra normativa procesal, entiende que se requiere el atributo de la cosa juzgada y no sólo la ejecutividad de la sentencia³⁰.

Por último, se ha referido a que el fallo no afecte el orden público internacional de nuestro estado. La definición de este concepto debe partir de la noción brindada por el artículo 5° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo que deberá interpretarse en base a la declaración realizada por Uruguay al suscribir la Convención. En síntesis, como expresa FRESNEDO DE AGUIRRE, la solución es absolutamente excepcional, se trata de casos que impliquen una ofensa grave, concreta y manifiesta a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Como ejemplo de dichos extremos suelen citarse sentencia fundadas en casos de discriminación racial, religiosa o que se pretendan hacer valer efectos civiles de sentencias penales recaídas en hechos no punibles en el país receptor³¹.

C.4. Otros requisitos

En este apartado se analizará el requisito de no revisión del fondo del fallo y los requisitos no previstos expresamente en la norma.

Como requisito de circulación internacional de los fallos se establece la improcedencia de la revisión de los mismos, VESCOVI señala ciertas posturas sustentadas en nuestro medio, especialmente por OPERTTI BADÁN, siguiendo a SOLARI, en cuanto a la conveniencia de analizar la ley aplicable. No obstante, dicho requisito no se encuentra previsto en los textos internacionales y ha sido criticado en cuanto a la posibilidad de revisar el fondo del fallo amparado en ese pretexto³².

29 ALFONSÍN, Quintín. Id, pág. 197.

30 VESCOVI, Eduardo. Id, págs. 173-174.

31 FRESNEDO DE AGUIRRE. Id, pág. 498.

32 VESCOVI, Eduardo. Id, págs. 180.

Artículo 539.2, Nral.3 del Código General del Proceso, no habiéndose agregado certificación de que las Sentencias que motivan el presente hayan pasado en autoridad de cosa juzgada; sin que puedan considerarse los argumentos expresados en la decisión antes referida, como lo destaca la Sra. Fiscal de Corte Interina (fs. 206 vto.), como acreditantes del extremo “subexamine”.

c) Tampoco se ha acreditado el requisito procesal relativo a la competencia Internacional de los Jueces que dictaron los Fallos respectivos (Artículo 539.1, Nral. 4 del Código General del Proceso). Respecto de esta cuestión, la parte promotora afirmó que el requisito se había cumplido ya que el proceso se refiere a las actividades desarrolladas en Islas Cayman en relación a la “Sociedad XX”. Corresponde tener en cuenta que para elucidar la cuestión concreta subexamine es del caso aplicar el derecho vigente en el Estado de origen de las Sentencias, “lex causae”, según expresa la disposición legal de referencia, lo que presupone que en autos emerjan suficientemente acreditados, en la Sentencia sometida a reconocimiento o por otro medio idóneo, los presupuestos fácticos a los que corresponde aplicar dicha Normativa. En la especie ello no se constata, por cuanto analizadas las Sentencias cuyo reconocimiento se pretende, dicha cuestión no se explicita. Tampoco la Normativa aplicable al punto. Son insuficientes los dichos del peticionante, que se limitó a sostener aquello que debió acreditar (fs. 200 vto.). Sus afirmaciones no encuentran respaldo suficiente en los elementos probatorios allegados a las actuaciones. Máxime si se tiene en cuenta que la demandada Sra. CC, según emerge de autos y constaba a la Corte interviniente, tenía su domicilio en la ciudad de San Pablo, Brasil (v. “orden judicial modificada”, traducida a fs. 127), y que la co-demandada en el extranjero “HL” (“HH”), que en el proceso en el cual se dictaron las Sentencias cuya ejecución se pretende aparece vinculada a la Sra. CC, según emerge de las actuaciones agregadas por la actora y de lo expresado por la Corte de Cayman, tenía domicilio en Belice (fs. 127 y 1 | 27 vto. y, v. Asimismo fs.41, 44 y 47 vto.).

d) No emerge suficientemente acreditado de los documentos aportados “que el demandado haya sido notificado o emplazado en legal forma de acuerdo con las Normas del Estado de donde provenga el

Dentro de los requisitos no previstos pero analizados por la doctrina figuran las excepciones de cosa juzgada y litispendencia. Como ha expresado FRESNEDO DE AGUIRRE³³, la posibilidad de cosa juzgada y litispendencia se encuentran asociadas a la existencia de foros concurrentes, esto es cuando al menos dos foros tengan competencia internacional para entender en un asunto, lo cual se condice con las legislaciones modernas que establecen multiplicidad de foros competentes. Uno de los remedios propuestos por la citada autora ante dicho problema es la acumulación internacional.

Básicamente la doctrina ha seguido los lineamientos de ALFONSÍN³⁴ en la materia, en el caso de existir cosa juzgada, deberá estarse a ésta frente a la solicitud de ejecución de sentencia extranjera, mientras que en los supuestos de litis pendencia se solucionarán de acuerdo al criterio de la prevención. Por supuesto, deberán analizarse a la hora de determinar tales supuestos el requisito de la triple identidad de causa, objeto y sujetos. A esta postura se ha plegado TELLECHEA BERGMAN³⁵. FRESNEDO DE AGUIRRE, realiza una acertada reseña de las posturas de OPERTTI BADÁN y VESCOVI al respecto, dichas autores abarcan el problema de las sentencias, que si bien no cumplen los requisitos de cosa juzgada opuesta, son inconciliables entre sí, lo cual también determinaría negar la eficacia a la sentencia extranjera inconciliable con la nacional³⁶. A modo de conclusión, FRESNEDO DE AGUIRRE señala la conveniencia de la regulación legal del asunto, especialmente a lo que hace a sentencias inconciliables, además que refiere al estudio de cada caso concreto para resolver el tema³⁷.

Finalmente, podemos referir a la solución adoptada por el proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado que en su artículo 57 regula el instituto de la litispendencia, en donde se adopta el criterio de la prevención. En cuanto a la cosa juzgada opuesta, existe regulación convencional del tema en el Protocolo de las Leñas (artículo 22) y en el Convenio Bilateral Uruguay – Brasil (artículo 18).

33 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Id. ibid.

34 ALFONSÍN, Quintín. Id, págs. 211-212.

35 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. Id, pág. 547.

36 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Id, págs. 500.

37 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Id, ibid.

Fallo...” (Artículo 539.1, Inc.5 del Código General del Proceso). Del análisis de las emergencias de autos, en punto al requisito procesal referido, se observa que en el acuse de recibo de notificación (fs. 143 vto.), entregado al Estudio AWO, luce una firma ilegible. Asimismo (fs. 143 vto.) el documento presentado por los actores carece del dorso al que alude el mismo documento indicando que en el dorso, no incorporado, lucen los domicilios constituidos por la demandada a los efectos de las Notificaciones Judiciales, dato que, en definitiva no surge acreditado. Todo lo que proyecta sentido probatorio negativo en el punto. En adición, la demandada, según ya se expresó, se domiciliaba en Brasil, hecho conocido por la Corte de las Islas Cayman (fs. 127 y 127 vto.). Esta facultó a la parte actora a efectuar las notificaciones correspondientes por un mecanismo de notificación denominado “sustituta” (fs. 97) cuyos presupuestos fácticos, funcionamiento y consiguiente ajuste al derecho vigente en las Islas Cayman no emergen acreditados en autos. Surge asimismo (fs. 97) que la parte actora (“XX”) a través de los Abogados del Estudio que la representó en el proceso que se analiza (C y otros, autorizado a realizar por sí las notificaciones referidas, envió documentos al Estudio Jurídico de CTO) expresando que: “...sé que Usted no tiene instrucciones formales para aceptar la notificación. Le hemos enviado los documentos con el propósito de avisar a los demandados que por el momento no han elegido ser representados en estos procedimientos, a pesar del hecho de que usted actúa por el Sr. KK el esposo del Primer Demandado...” (Sra. CC) (fs.97 y vto.), a lo que el destinatario respondió: “...Debemos informarle que no tenemos instrucciones formales para aceptar las Notificaciones Judiciales de documentos como fue notificado por usted a esta firma ...Bajo ningún concepto acordaría los procedimientos de este asunto sin que usted cumpla con las reglas apropiadas del Tribunal Superior...”. Refiriendo al control y proyección que adquiere la cuestión expresada, el Dr. Tellechea ha entendido: “...Si bien debe estarse al modo de notificar del país de origen del Fallo, el Tribunal controlante siempre deberá constatar -para considerar como adecuadamente cumplido el requisito que la forma de notificación extranjera haya permitido que la parte tenga un conocimiento adecuado y en tiempo del pleito iniciado. El principio es que nadie puede ser juzgado sin previa y razonable notificación del juicio y si el proceso extranjero se ajusta a esta premisa, la notificación deberá ser considerada válida...” (Cf. Tellechea, en Op. Cit. Supra, Nral. II).

III. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Según hemos referido la ejecución de sentencia extranjera de condena en nuestro país requiere de un proceso previo desarrollado ante la Suprema Corte de Justicia. Dicho proceso consta de un emplazamiento a la contraria por el término de 20 días, posteriormente será oído preceptivamente el Fiscal de Corte. Finalmente, la Sentencia de la Corte desechará o acogerá el pedido de ejecución de sentencia, dicha resolución será inapelable. En caso de que sea acogido el pedido de ejecución, la misma se encomendará a la Sede competente.

Como antecedente del análisis de jurisprudencia a realizar deberá complementarse el presente estudio con el citado trabajo de ARRIGHI³⁸, por lo cual se analizarán los fallos de la Corte desde 1999 a la fecha, sin perjuicio de contrastar y comparar las tendencias jurisprudenciales seguidas por la Corporación, con las tendencias claramente reseñadas por ARRIGHI.

1 - Sentencia N° 340/004 de 15 de noviembre de 2004

Se pretende la ejecución de dos sentencias de condena dictadas en el Estado de Nueva York.

Se observó por el Fiscal de Corte que no se ha agregado la certificación correspondiente que acredite que las referidas sentencias hayan pasado en autoridad de cosa juzgada. Al respecto, manifiestan las partes que es imposible acreditar dicho extremo, presentando en cambio declaración jurada de Abogado del Estado de Nueva York.

Finalmente la Corte deniega la ejecución en base a ese argumento.

No obstante, deben citarse las discordias de los Ministros Van Romapaey y Rodríguez Caorsi, los cuales siguiendo a Vescovi, entienden que debe flexibilizarse dicho requisito siendo suficiente la declaración jurada

38 ARRIGHI, Paúl. Id, págs. 145 – 157.

Trasladando dicho criterio a las emergencias de autos y por lo expresado, no emergiendo tampoco acreditadas las fechas y modalidades del emplazamiento ni la forma y personas autorizadas para representar a la demandada durante las distintas etapas de los procedimientos, así como tampoco las Normas aplicables, ni las aplicadas en concreto por la Corte de Cayman para regular el punto, se concluye que no es posible tener por acreditado el cumplimiento del requisito subexamine. Aspecto que por su significación habrá de proyectarse en la consideración de los requisitos previstos en el Art. 539.1, Nrales. 6 y 8 del Código General del Proceso.

e) En efecto, tampoco emerge de autos que se haya asegurado la debida defensa de la demandada (Artículo 539.1, Nral.6 del Código General del Proceso). Como lo destaca la Doctrina Procesal esta cuestión ha sido regulada por el Legislador en forma sintética, no haciéndose referencia al derecho aplicable, que no remite ni a la "lex causae" ni a la "lex fori" (Cf. Tarigo en op. Cit. Pág. 445). Por lo que en este punto el Órgano Jurisdiccional competente "...sólo está limitado por las concepciones universales respecto a la debida defensa" (Cf. Barrios de Angelis, en "El Proceso Civil", Vol. II, Montevideo, 1990, Pág. 262, citado por el Dr. Tarigo en Op. Cit., Pág. 445).

En cuanto al alcance del derecho al ejercicio de defensa en juicio, éste se presenta como complemento del derecho a "ser oído" en paridad de recursos con el oponente y en condiciones de igualdad con éste, lo que deriva en el principio de contradicción. Todo lo cual constituye en definitiva emanación del principio de igualdad (Artículo 8º de la Constitución Vigente y 4 del Código General del Proceso), e integra el plexo amplio de garantías que conforman aquello a lo que se denomina el "Debido Proceso"; conjunto que se imbrica conformando un conglomerado que funciona como verdadero escudo protector del sujeto frente al ejercicio de poder-deber estatal ejercido a través de la jurisdicción. El derecho al debido proceso y a ser oído presupone, entre otras condiciones, no sólo el conocimiento de la existencia de un procedimiento instaurado en contra del sujeto de que se trate, sino que ello se verifique con el tiempo y en las condiciones imprescindibles para que la persona pueda efectivamente, si así lo desea, comparecer asistida de la debida y adecuada defensa en sentido material y técnico. El hecho de que la demandada en una única oportunidad formulara una Declara-

aportada. Agregan además que debe privilegiarse el reconocimiento de las sentencias, lo cual constituye un principio de la Cooperación Jurídica Internacional.

2 - Sentencia N° 136/006 de 21 de agosto de 2006

La Corporación acogió la solicitud de ejecución de sentencia proveniente de la Suprema Corte del Estado de Nueva York. La particularidad de la referida sentencia radica en que admite como medio probatorio de la calidad de cosa juzgada de la sentencia, la declaración jurada de abogado habilitado del lugar de dónde proviene el fallo, dicha posición se funda en las disposiciones de la CIDIP II sobre Exhortos y Cartas Rogatorias las cuales admiten declaraciones juradas de abogado como medio de prueba, además se sostiene que debe optarse por la opción que privilegie la continuidad del fallo extranjero. Dicha postura fue sustentada por los Dres. Van Rompaey, Rodríguez Caorsi y Bossio e implica un cambio en la tendencia sentada en la Sentencia N° 340/004. Gutiérrez y Parga, si bien afirman la continuidad del fallo, expresan que se trata de una situación distinta a dicha sentencia, e indican que la propia sentencia expresa que la "parte actora podrá hacer ejecutar esta sentencia", extremo que da cumplimiento al requisito relativo a la cosa juzgada..

3 - Sentencia N° 165/006 de 29 de setiembre de 2006

Esta sentencia se origina en un procedimiento de regulación de honorarios de un defensor de oficio designado en un procedimiento de exequátur. La Corte a los efectos de regular el honorario, califica dicho proceso siguiendo la posición de TARIGO, en cuanto al procedimiento de exequátur se trata de un proceso previo.

4 - Sentencia N° 154/007 de 17 de setiembre de 2007

La Sentencia señalada es de gran trascendencia, especialmente por las cuestiones involucradas. La misma deniega la ejecución de dos sentencias de la Grand Court of Cayman Islands.

Entre los argumentos empleados por la Corporación figuran:

- No se cumplieron los requisitos documentales establecidos en el CGP, ya que no se aportó traducción íntegra del fallo.

ción Jurada por facsímil, la que fue hecha llegar al Tribunal interviniente (v. Doc.K), en condiciones respecto de las que no emerge acreditado que hubiera sido debidamente emplazada y notificada de las decisiones del Tribunal (Art. 539.1., Nral. 5 del Código General del Proceso), no es suficiente en el contexto probatorio obrante en autos para considerar acreditado que a la Sra. CC se le asegurara la debida defensa en el juicio respectivo.

f) Finalmente, en lo que respecta al requisito de orden sustancial previsto en el Artículo 539.1, Nral. 8 del Código General del Proceso, que requiere que no se verifique contradicción entre las Sentencias extranjeras y los principios de orden público internacional de la República, para su contralor corresponde cotejar las Sentencias extranjeras sometidas a la Corporación para su reconocimiento y ejecución valorando las condiciones del proceso en que se dictaron, según los requisitos que se han analizado "ut supra" y en el contexto de la totalidad de los elementos obrantes en autos. Así, en la documentación aportada se incluyeron, además de aquéllas resoluciones cuyo reconocimiento y ejecución se pretende, otras dictadas por el Estado extranjero respecto de la demandada. Entre ellas, la individualizada con la letra E (fs. 59 a 69), de fecha 12 de Enero de 2006. La referida decisión prohibió a la Sra. CC disponer de bienes "en todo el mundo", bajo apercibimiento - entre otras consecuencias- de encarcelamiento. En la decisión referida se estableció a si mismo que los demandados: "... no podrán disponer de bienes hasta el juicio o próximo mandato..." y que: "... Efectos del mandato: Es desacato de parte de cualquier persona notificada de este mandato intencionalmente asistir o permitir la violación de este mandato, cualquier persona que lo haga podrá ser enviada a prisión, multada o sus bienes pueden ser embargados", y asimismo: "...Efectos de este mandato fuera de las Islas Cayman (omissis)" "... Los términos de este mandato no afectan o incumben a nadie fuera de la jurisdicción de este Tribunal a menos que sea (omissis) una persona que esté sujeta a la jurisdicción de este Tribunal y a) haya sido notificada por escrito de este Mandato en su residencia o lugar de trabajo dentro de la Jurisdicción de este Tribunal..." (fs. 73, de la traducción respectiva).

- No se agregó certificación que acredite que las sentencias hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, no siendo suficiente para suplir tal requisito la autorización expresa del Tribunal de Caymán para proceder a la ejecución de la sentencia en Uruguay.

- No se acreditó en forma la competencia internacional del Tribunal, al respecto se indica que no resultan probados en autos los supuestos fácticos que hacen pertinente la aplicación de la normativa. Tampoco se invocó la normativa en que se funda la Competencia Internacional del Tribunal.

- No surge lo suficientemente acreditado en autos que se haya realizado en forma la notificación y emplazamiento a la demandada. Además, una serie de circunstancias entre las que figuran la inversión de la carga probatoria, plazos exigüos para apelar y necesidad de depositar la condena para impugnar la sentencia, son indicadores de que se ha violentado el derecho de defensa. La Corte realiza una interesante consideración al respecto, indica que la consideración del cumplimiento de las reglas del debido proceso, no se realiza según la "*lex fori*" o la "*lex causae*", sino que se delimitará según las concepciones universales de debida defensa. Por último, la violación a los principios inherentes al debido proceso determina una infracción al orden público internacional.

5 - Sentencia N° 87/009 de 20 de abril de 2009

En este caso se desestima la solicitud de ejecución de una sentencia de condena proveniente de la Suprema Corte del Estado de Nueva York.

Los argumentos empleados por la Corte son prácticamente análogos a los desarrollados en la Sentencia n° 109/009, que se analizará en continuación. A modo de síntesis se rechazó la demanda por defectos en el emplazamiento de la Sociedad demandada. Dicha sociedad tenía su domicilio y desarrollaba su actividad en Uruguay, por lo cual, según entienden los tribunales de Nueva York, el emplazamiento debe realizarse de acuerdo a las formalidades de la Ley Uruguaya, lo cual se realizó a través del Juzgado Letrado de 5° tur-

Asimismo surge que se condicionó la posibilidad que la demandada impugnara mediante apelación (v. fs. 252 a 255 vto.) las decisiones cuyo reconocimiento y ejecución se propugna, y que su solicitud de autorización para apelar fue rechazada (v. fs. 191 a 193 vto., Doc. Letra M) habiéndose concedido un plazo brevísimo de siete días para depositar la suma de la condena y los accesorios. Todo lo expresado implicó un conjunto de circunstancias que configuraron una restricción inadmisibles al derecho de la demandada a la “debida defensa” en juicio (Art. 539.1, Nral. 6 del Código General del Proceso).

En definitiva, la condena emergente del primer Fallo impuso a la primera demandada Sra. CC abonar el producto de la venta de determinadas acciones y ciertos costos al Tribunal dentro de un exiguo plazo. Al no haberse verificado dicho pago ello le impidió a la demandada apelar recibiendo entonces una condena mayor, lo cual no solamente implica que no pueda tenerse por configurado el requisito previsto en Art. 539.1, Nral. 6 del Código General del Proceso, sino que, el cúmulo de circunstancias relevadas configura asimismo vulneración al Orden Público Internacional.

En este sentido ha expresado el Dr. Tellechea analizando la cuestión de referencia: “... El requisito complementa el anterior y su finalidad es asegurar que la parte contra la cual se invoque la Sentencia haya tenido efectiva y real oportunidad de defensa de sus intereses en juicio. Cuestión a examinar con la debida atención en los casos de juicios en rebeldía, en los que las garantías, en su esencia, no podrán ser inferiores a las aseguradas por nuestra Normativa, cuando de lo contrario se vulnerarían principios que hacen a nuestro Orden Público Internacional Procesal...” (Cf. Tellechea, E, en op. Cit. “Normas Procesales Internacionales”, R.U.D.P., 4/1988, Pág. 547).

V. Al conjunto de circunstancias antes referidas se suma en la especie que el proceso en el cual recayeron las Sentencias que motivan el presente se cumplió con características especiales en cuanto a las cargas probatorias y con amplias restricciones en el ámbito probatorio, la posibilidad de apelar se vio severamente comprometida por las exigencias relevadas habiéndose conminado a pagar la condena bajo apercibimiento de recaer como consecuencia jurídica del incumplimiento, entre otras, una medida privativa de libertad

no. No obstante, dicho emplazamiento se realizó a los representantes legales de la sociedad, sin que surjan elementos que acrediten dicha representación.

6 - Sentencia N° 109/009 de 11 de mayo de 2009

La Corte denegó la solicitud de ejecución de una sentencia de condena de la Suprema Corte del Estado de Nueva York.

Defectos en el emplazamiento del demandado justificaron la desestimación de la demanda. La Corte consideró que no se dio cumplimiento en la sentencia a lo dispuesto por el artículo 539.4 CGP, que dispone que el demandado haya sido emplazado en forma de acuerdo a las reglas del Estado que dictó la sentencia. Según las reglas del Estado de Nueva York el emplazamiento debía realizarse en donde la sociedad demandada realiza su actividad, en el caso en Uruguay. En efecto, se realizó emplazamiento en Uruguay, pero dicho emplazamiento tuvo dos anormalidades. En primer lugar, se emplazó a los representantes legales de la sociedad, pero no se acreditó dicha representación. En segundo lugar, se emplazó en un domicilio distinto al establecido en el título valor que se estaba ejecutando.

7 - Sentencia N° 819/009 de 10 de junio de 2009

En esta breve sentencia de la Corte rechaza la solicitud de homologación de un convenio. El hecho de que se haya recurrido a la Suprema Corte hace presumir que el convenio ha sido otorgado en el extranjero. La corporación se declara incompetente al respecto, ya que el artículo 541 del CGP se aplica exclusivamente a las sentencias extranjeras de condena.

8 - Sentencia N° 151/2010 de 19 de julio de 2010

La referida sentencia rechaza la ejecución de una sentencia proveniente de la Corte Superior de Justicia de Ontario.

ambulatoria, todo lo que contraría el derecho al debido proceso (Art. 12 de la Constitución Vigente de la República, Art. 8 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos, Ley No. 15.737 y Arts. 4 y 11 del Código General del Proceso)

VI. Las calificaciones u observaciones que se han expresado acerca de los procedimientos realizados en las Islas Cayman no pretenden juzgar sobre la bondad o conveniencia de los mismos. No obstante, cuando se pretende la ejecución de una Sentencia extranjera el Estado receptor, sin ingresar al fondo del asunto, tiene el derecho de analizar si se cumplieron determinados principios procesales básicos que forman parte de su propia estructura jurídica. Como señala el Profesor Opertti: "... la noción de Orden Público es, sin discusión, uno de aquellos conceptos fundamentales en Derecho Internacional Privado desde que juega un papel de salvaguarda frente a la aplicación regular del Derecho Extranjero o a las consecuencias o efectos derivados de tal aplicación en la que se guarecen los Estados, cuando de aquélla o de éstos podría derivarse lesión o ataque de los principios que hacen a la esencia o identificación misma de un orden jurídico determinado" (Cf. Opertti, según cita de la obra: "Reconocimiento y Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros", preparado a solicitud de la Organización de los Estados Americanos para la CIDIP II, Pág. 71, citado por VESCOVI, E, en "Derecho Procesal Civil Internacional de Uruguay, el Mercosur y América", Ediciones Idea, Montevideo, 2000, Pág. 174 vto.).

Las claras infracciones al debido proceso legal referidas impiden aceptar la solicitud planteada a los efectos de otorgar eficacia a las decisiones así obtenidas, configurándose infracción al orden público internacional en el concepto y con el alcance que vienen de analizarse.

Por los fundamentos expresados y la Normativa incluida, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad,

La Corte determinó el rechazo de la pretensión en base a dos argumentos, la mayoría de los Ministros entendió que no estaba lo suficientemente acreditada la calidad de cosa juzgada del fallo, se remiten a las consideraciones de la Sentencia N° 340/006, entienden que no es suficiente para acreditar declaración jurada de abogado del lugar y la constancia expedida por la actuario de la Corte. Por otra parte los restantes Ministros dispusieron el rechazo basados en defectos en la notificación del demandado, la cual fue realizada por Abogado, lo cual según dichos Ministros controvierte nuestro orden público internacional.

IV. CONCLUSIONES

* La eficacia extraterritorial de los fallos constituye uno de los capítulos fundamentales del Derecho Internacional Privado. Las soluciones contemporáneas tienden a facilitar la continuidad, no obstante la mayoría de los regímenes internacionales establecen requisitos a la continuidad del fallo extranjero.

* Nuestro país ha ratificado numerosos instrumentos internacionales al respecto y en subsidio se aplican las normas del CGP. La postura internacional explicitada en nuestra normativa procesal tiende a la internacionalidad, tal es el caso del criterio referido a la hora de determinar la jurisdicción indirecta.

* Del análisis jurisprudencial reseñado podemos concluir que la Suprema Corte de Justicia ha variado su jurisprudencia en cuanto a la apertura a los fallos extranjeros. Evidentemente la conclusión arribada por ARRIGHI³⁹ en cuanto a la tendencia a la admisión del fallo extranjero no es la postura actual de Corporación, lo cual puede comprobarse fácilmente con la importante cantidad de rechazos existentes.

* Los rechazos a la solicitud de ejecución obedecen a dos razones fundamentales:

39 Arrighi, Paúl. Id, pág. 156.

FALLA:

Rechazase la pretensión de reconocimiento y ejecución de Sentencias Extranjeras promovida en autos, sin especial condenación.

DRA. SARA BOSSIO REIG - PRESIDENTA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.-
DR. LESLIE A. VAN ROMPAEY - MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.-
DR. DANIEL GUTIÉRREZ PROTO - MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.-
DR. HIPÓLITO RODRÍGUEZ CAORSI - MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.-
DR. JORGE RUIBAL PINO - MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.-
DRA. MARTHA B. CHAO DE INCHAUSTI - SECRETARIA.-

-
1. Falta de acreditación de que el fallo a ejecutar ha pasado en autoridad de Cosa Juzgada. La Corporación se ha mostrado excesivamente estricta en cuanto a la comprobación de dicho extremo. No obstante, las discordias planteadas y recientes fallos indican una flexibilización de dicha tendencia hacia la admisión de medios alternativos para acreditar la cosa juzgada, principalmente declaraciones juradas de abogados del país del fallo.
 2. Defectos en el emplazamiento del demandado, especialmente en cuanto a la notificación de los representantes legales, en los casos en que no se acredita posteriormente dicha representación. Consideramos que la cautela debe imperar a la hora de interpretar este requisito, especialmente cuando se han fijado domicilios contractualmente, ya que una interpretación estricta podría derivar en una denegatoria de justicia.

* Resulta plausible la tutela al debido proceso legal realizado por la Corporación, la cual ha elevado dicho concepto al principio de orden público internacional de nuestro estado. También, resulta encomiable el criterio esgrimido al valorar el cumplimiento del principio del debido proceso, donde la Corte remite a concepciones universales de la noción de debida defensa.

* No se comparte la posición esgrimida en cuanto a la notificación mediante abogado constituya una violación a un principio del orden público internacional de nuestro estado. Especialmente por el criterio restrictivo con que debe interpretarse dicha excepción y porque en nuestro Estado se admiten notificaciones realizadas por funcionarios, que si bien realizan una función pública, no son funcionarios estatales, tal es el caso de la notificación realizada por escribano público.

* Resulta cuestionable el requerimiento de la Corte esbozado en el fallo N° 154/007 en cuanto a que no se invocó la normativa en que se funda la competencia internacional del tribunal sentenciante. Evidentemente las partes tienen la obligación de colaboración, lo cual a su vez reforzará sus posturas. No obstante, el he-

cho de no acreditar el derecho extranjero, no inhibe al Tribunal de su aplicación cuando es remitido por las normas de conflicto.

* Resultan promisorias algunas discordias expresadas en los fallos, las cuales en virtud del principio de circulación internacional de los fallos, tienden a morigerar las exigencias, especialmente en materia de acreditación de la cosa juzgada en sentencias provenientes de países del Common Law.

V. BIBLIOGRAFÍA

- * ALFONSÍN, Quintín. "La ejecución extranacional de las sentencias en materia civil y comercial", en *Revista de Derecho Público y Privado*, T. XXVI, Año 51, Montevideo, Imprenta letras S.A, págs. 195 – 223 y 260 – 273, 1951
- * AA.VV. *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalia, 2003.
- * AA.VV. "La incidencia del Código General del Proceso sobre la eficacia de la sentencia extranjera" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 71-78, 1990.
- * ARRIGHI, Paúl. "Jurisprudencia Uruguaya Actual de Derecho Internacional Privado Fallos de la Suprema Corte de Justicia en Ejecución de Sentencias Extranjeras", en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privada*, Año IV, N° 4, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, págs.367 – 370, 1990.
- * DÍAZ, Soledad, RUANOVA, Mariela & SCAIANACHI, Héctor. "La jurisdicción exclusiva" en *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, Editorial Mastergraf SRL, págs. 377 – 389, s/f.
- * FRESNEDE DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Parte General, 2ª Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004.
- * HERBERT, Ronald. "El Concepto de jurisdicción exclusiva en el artículo 539.1 del Código General del Proceso", en *Libro Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, 1ª Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 239 – 267, 2005.
- * LANDONI SOSA, Ángel. "Eficacia Internacional de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros", en *Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique Tarigo*, 1ª Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 279 – 319, 2006.
- * OPERTI BADÁN, Didier. "Competencia Internacional y Jurisdicción Exclusiva", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 71-78, 2003.
- * SOLARI BARRANDEGUY, Marcelo. "¿Criterios dispares para evaluar la Competencia Internacional del Tribunal Sentenciante Extranjero?", en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privada*, Año V, N° 5, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, págs.101 – 109, 2003.
- * TARIGO, Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*, t. III, *Los Procesos de Ejecución*, 2ª Edición, Montevideo, fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- *-----". "Reconocimiento y ejecución de las Sentencias extranjeras", en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, 1ª Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 431 – 457, 1999.
- * TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Libro II, Título X de Código General del Proceso, 'Normas Procesales Internacionales. Una nueva Regulación de Derecho Internacional Privado Procesal de la República'", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 4º, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, págs. 528-550, 1988.
- *VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*, 1ª Edición, Montevideo, Idea, 2000.



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

CARRERAS DE GRADO:

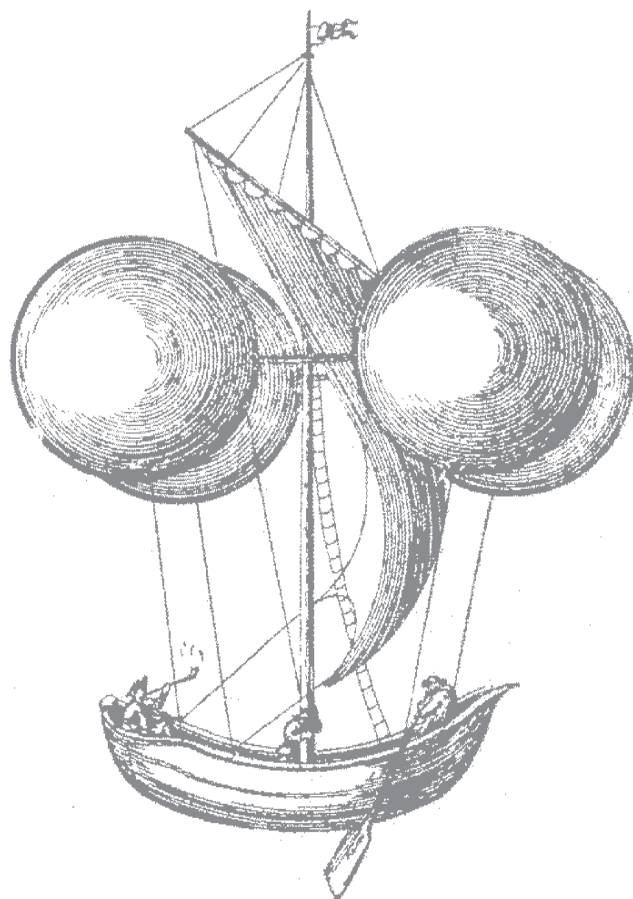
- En abril de 2011 viajará una delegación de alumnos a Suiza para participar por primera vez en la competencia internacional de argumentación jurídica – *“The Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot”*. Las rondas orales tendrán lugar en Viena del 14 al 21 de abril de 2011. Durante la semana previa participarán en las rondas de práctica que se llevarán a cabo en Serbia.
- Durante el primer semestre del 2011, recibiremos la visita de los siguientes profesores en el marco de nuestro *US Law Programme (Programa en Derecho Anglosajón)*: Prof. Bryn Vaaler de Dorsey & Whitney LLP (*“Corporations”*), Prof. David Aronofsky de University of Montana (*“International Trade Contracts”*) y Prof. Michael Maloney de Kelley Drye & Warren LLP (*“Basic Guidelines on Contracts & Torts”*).
- La generación de Abogacía que ingresará en el 2011 ya cuenta con 38 alumnos inscriptos, provenientes tanto de liceos públicos como privados, de Montevideo y del interior del país.

MAESTRÍAS:

- En consonancia con las más actuales tendencias académicas, fue inaugurada una **nueva sede exclusiva para el dictado de cursos Máster y Postgrados**, ubicada en Puntas de Santiago 1604 (Carrasco).
- Teniendo en cuenta que este año se desarrollará la cuarta edición del **Postgrado sobre Derecho Penal Económico** y el continuo interés e importante concurrencia de inscriptos al mismo, se dictará un nuevo programa con el doble de carga horaria de 40 a 80 horas académicas, con miras a la posible implementación de un curso de Especialización de un año de duración el próximo período académico.
- Incorporación a la currícula del Máster en Derecho y Técnica Tributaria de un diploma intermedio de Postgrado en **Derecho Tributario Internacional** de 100 horas.
- A las propuestas académicas para este año lectivo se suma el programa de **Postgrado en Derecho Procesal y Modernización de la Justicia** a cargo de los Dres. Margarita de Hegedus, Santiago Pereira Campos y Luis María Simón, con un total de 80 horas.
- Se incorporan al equipo de profesores de los Programas Máster, el ex Secretario General de ALADI, **Dr. Didier Operti**, el Secretario General del MRRII **Dr. Nelson Chabén**, el Sub Director de la DGI, **Cr. Álvaro Romano** y el especialista en Derecho Bancario, **Dr. Carlos De Cores**.
- A través de la modificación en los programas de todas las currículas de los Programas Máster con la designación como materia obligatoria la **Metodología de la Investigación para Tesis**, se prevé para este año un aumento sustancial en la presentación de Tesis Finales de Máster y el incentivo a la investigación como aportes académicos de los maestrandos.
- Junto con el Departamento de Sistemas de la Universidad y cátedras interesadas, se evaluará la posibilidad de implementar **cursos de actualización y postgrado a distancia** para el segundo semestre del 2011 en distintas áreas.
- Incorporación del **Curso de postgrado sobre la Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional** bajo la dirección del Dr. Eduardo Tellechea Bergman (Director de la Autoridad Central en Cooperación Internacional).
- Será dictado el curso extracurricular sobre **Derecho y Religión** a cargo de la Dra. Carmen Asiaín.

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS:

- En febrero de 2011 tuvo lugar el curso "*Philip Morris vs. Uruguay: An attempt to Corporate Bully a Small Country?*", a cargo del Prof. Joseph Daly de la Universidad de Hamline. En el mismo se abordó el análisis del conflicto entre Philip Morris y el Gobierno uruguayo en el marco del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- Del 15 al 17 de marzo de 2011 se desarrolló el curso "*Derecho y Negocios con China: The China in your Future*" a cargo del Prof. Jerome Cohen de Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP Asesor (socio retirado). El Prof. Cohen desempeñó un rol clave en las relaciones EEUU -China en los años 70 y 80. En el curso se trataron los siguientes temas: antecedentes del sistema jurídico actual, normativa contemporánea e instituciones, derecho de los negocios y sistema de resolución de conflictos, justicia penal, derechos humanos y China frente al derecho internacional, entre otros.
- El 2 de diciembre de 2010 se realizó la Conferencia: *Código de Minería: un tema en debate*. Los expositores fueron: el Ing. Agr. Diego Payssé y los Doctores Jorge Fernández Reyes y Marcelo Cousillas.
- El lunes 15 de noviembre, la Facultad de Derecho invitó a la **Jornada Académica: Principios de la Ética Judicial** en la que se abordaron unas primeras reflexiones sobre el recientemente aprobado Código Modelo de Ética Judicial. Como disertantes participaron el Dr. Rodolfo Vigo, secretario ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, los ministros de la Suprema Corte de Justicia Uruguay, Dr. Daniel Gutiérrez Proto y el Dr. Leslie Van Rompaey, y el Dr. Nicolás Etcheverry, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Los temas principales que se abordaron fueron: La idoneidad y la responsabilidad judicial, la formación deontológica de los jueces en el Uruguay, la motivación y la argumentación jurídica en el Estado Constitucional de Derecho, y otros principios de la Ética Judicial en el Código Iberoamericano



TESINAS DE MASTERS

FERNÁNDEZ PERRONE, Ma. Jimena

*Regularidad constitucional de la actual contribución inmobiliaria urbana de Montevideo
(Decreto N° 32.265 de la Junta Departamental de Montevideo)*

REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DE LA ACTUAL CONTRIBUCIÓN INMOBILIARIA URBANA DE MONTEVIDEO (DECRETO N° 32.265 DE LA JUNTA DEPARTAMENTAL DE MONTEVIDEO)

MA. JIMENA FERNÁNDEZ PERRONE

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se abocará al estudio de la regularidad constitucional de la actual Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, regulada por los artículos 8 y siguientes del Decreto de la Junta Departamental de Montevideo No. 32.265 (en adelante DJD o “Decreto”).

El problema así planteado, refiere a la “constitucionalidad” de un Decreto de la Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, asimilado por la Constitución a la ley en sentido formal.

Si bien nuestro país tiene diecinueve Gobiernos Departamentales, el trabajo sólo se centrará en la actual Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, ya que en la práctica la misma ha generado grandes dudas sobre su ajuste a la Constitución, fundamentalmente en lo que dice relación con las tasas progresivas que establece.

Tratándose de un tributo que afecta a una parte muy importante de la población capitalina, la sola posibilidad de su declaración de inconstitucionalidad revela la importancia del tema propuesto.

Para poder arribar a una conclusión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la aludida Contribución Inmobiliaria, será pertinente comenzar analizando el alcance que la Constitución le asigna a la potestad tributaria que poseen los Gobiernos Departamentales para crear tributos.

Dicho análisis deviene necesario porque es la norma fundamental la que establece las bases de nuestro sistema tributario, repartiendo a nivel nacional y municipal la potestad tributaria de los órganos públicos.

Se incluirá en el presente el estudio de los caracteres que posee la aludida potestad tributaria, lo que implica estudiar si se trata de un poder de excepción, es decir, si la potestad tributaria de los departamentos se encuentra sujeta a los condicionamientos que pudieran ser impuestos por una ley nacional, o si por el contrario, posee igual jerarquía que la potestad tributaria concedida al Estado central.

Ello es importante para determinar en qué medida la Constitución le reconoce a la ley emanada del Parlamento la posibilidad de incidir en la estructura de los tributos municipales, y por ende, en la estructura de la Contribución Inmobiliaria de Montevideo.

El análisis a nivel de la Constitución implicará el estudio del artículo 297, ya que el mismo establece las fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales, y por ende, constituye el fundamento normativo para que exista la Contribución Inmobiliaria de Montevideo.

También se analizarán los principios constitucionales que deben ser respetados al momento de crearse tributos municipales, ya que su inobservancia afecta la regularidad constitucional de dichos tributos, y por ende, de la Contribución Inmobiliaria si no los respeta.

Luego, se realizará una descripción de la estructura de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, a la luz de la normativa vigente (DJD N° 32.265), descripción que es necesaria porque los problemas de constitucionalidad que pueda presentar el tributo estarán en la estructura del mismo.

Ello incluirá la exposición de los diferentes elementos del hecho generador del tributo, es decir, su elemento material, espacial, temporal así como el aspecto subjetivo, y también los elementos cuantificantes de

la obligación tributaria, vale decir, la base de cálculo del tributo y las alícuotas aplicables. De esa manera, se expondrá la estructura del tributo en sus aspectos fundamentales.

Es importante destacar que el tema objeto de estudio ya ha sido analizado por la Suprema Corte de Justicia ante reiteradas acciones de inconstitucionalidad que se han interpuesto respecto del Decreto No. 32.265 -específicamente artículos 7° y 8°-, fallos a los que se hará referencia en el presente trabajo.

Finalmente, tomando en consideración el resultado de dicho estudio, se arribará a una conclusión en cuanto a la regularidad constitucional del tributo objeto de análisis, vale decir, si la actual Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo puede ser tachada de inconstitucional o no.

Es importante destacar que el tema propuesto será considerado desde un punto de vista exclusivamente técnico jurídico.

La actual Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo ha levantado mucha incertidumbre en la población, tanto por intereses privados que se ven afectados por la normativa e incluso por razones de orden político, aspectos estos últimos que no serán considerados en el presente trabajo.

1. MARCO TEORICO

En este capítulo se expondrá el marco conceptual a partir del cual se puede cumplir la finalidad que persigue este trabajo, vale decir, se expondrán los conceptos necesarios para valorar la regularidad constitucional de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo.

Ello implica hacer referencia a la potestad tributaria que la Constitución le reconoce a los Gobiernos Departamentales para crear tributos –específicamente la potestad tributaria en relación a la Contribución Inmobiliaria Urbana-, y los caracteres que la misma posee.

Por lo tanto, será necesario hacer mención a la interpretación que la doctrina realiza del inciso 1° del artículo 297 de la Constitución, que como ya se señalara, establece las fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales. Esto se debe a que el inciso 1° es el que establece que los Gobiernos Departamentales pueden crear impuestos sobre “la propiedad inmueble”, y es a partir de dicha disposición que se ha interpretado que los Departamentos pueden crear la Contribución Inmobiliaria Urbana de sus respectivas jurisdicciones.

A su vez, y debido a que -como ya se dijo- el presente trabajo refiere exclusivamente a la Contribución Inmobiliaria “Urbana” de Montevideo, será necesario determinar de donde se extrae el concepto de “urbano”, por lo que en el presente capítulo se mencionarán los conceptos de urbano, suburbano y rural en el ordenamiento jurídico.

También se expondrán los principios constitucionales que se deben tener presente a la hora de analizar la regularidad constitucional de la Contribución Inmobiliaria, el alcance y concepto de los mismos.

Ello es fundamental, ya que las leyes nacionales o los Decretos con fuerza de ley dictados por los Gobiernos Departamentales deben ajustarse a las normas y principios consagrados en la Carta, puesto que los mismos constituyen reglas que debe observar el legislador nacional y departamental.

En definitiva, las garantías constitucionales –normas y principios-, permiten al individuo protegerse de la arbitrariedad legislativa, sea del gobierno central o del departamental. Y ello porque son los principios constitucionales los que imponen un límite a la potestad tributaria, siendo una valla infranqueable para los órganos con potestad legislativa.

1.1. Alcance y caracteres de la potestad tributaria de los Gobiernos Departamentales

Cuando se habla de la potestad tributaria, se alude a la posibilidad jurídica del Estado de imponer prestaciones pecuniarias coactivas, con prescindencia de la voluntad del obligado a su pago.

Nuestro ordenamiento jurídico fundamental establece una potestad tributaria de alcance nacional, reservada en dicho ámbito a la ley (artículo 85 numeral 4° de la Constitución), y una potestad atribuida a

los Gobiernos Departamentales, la que se reserva a los actos legislativos departamentales, emanados de las correspondientes Juntas Departamentales (artículos 273, 275 y 297).

En virtud de dicha potestad, los Gobiernos Departamentales pueden crear diferentes tipos de tributos, aunque con relación a los “impuestos” tienen mayores restricciones.

En efecto, si bien pueden crear “tasas” por servicios públicos departamentales y “contribuciones especiales” por obras públicas departamentales (numerales 4to y 5to del artículo 297 de la Constitución), tienen limitada la potestad para crear “impuestos”, ya que sólo pueden recurrir a ésta última especie tributaria sobre ciertas “fuentes” taxativamente establecidas por la Constitución.

Esto es importante para el análisis que se realiza en el presente trabajo, ya que en virtud de lo expuesto podrá considerarse inconstitucional un “impuesto” creado sobre un hecho o situación no contemplada por las referidas “fuentes”.

En el apartado siguiente nos referiremos a la “fuente” en virtud de la cual el Gobierno Departamental de Montevideo ha creado la Contribución inmobiliaria Urbana, por lo que en este punto nos remitimos a lo expuesto en el aludido apartado.

Por otra parte, varios son los caracteres que la doctrina le reconoce a la potestad tributaria, aunque no todos presentan el mismo interés a los efectos de nuestro análisis.

En efecto, se ha dicho que la potestad tributaria es irrenunciable, ya que el ente al que le es asignada no puede disponer de ella. Además, se afirma que es permanente, ya que no decae por inacción o falta de ejercicio de la facultad por parte del ente titular, en consecuencia, también se dice que la aludida potestad es imprescriptible. También se afirma que la potestad tributaria se aplica en forma abstracta en cuanto a sus destinatarios, y se concreta en actos legislativos dictados con alcance general dentro del ámbito de aplicación.

Ahora bien, las aludidas características no presentan para el objetivo del presente trabajo la importancia que tiene una característica sobre la cual ha puesto especial atención el Dr. Rodríguez Villalba, vale decir, la originalidad o condición primaria de la aludida potestad tributaria.

Esta cuestión del carácter originario o derivado de la potestad tributaria departamental es importante para el tema objeto de análisis, porque si la potestad de los Gobiernos Departamentales fuera excepcional, la Constitución le habilitaría al delegante (en el caso, el legislador nacional) a tener incidencia en el alcance de la potestad del delegado (en el caso, los Gobiernos Departamentales), y ello derivaría en la necesidad de atender a la ley nacional para determinar si el ejercicio de la potestad tributaria departamental se ha mantenido dentro de los cánones de la Constitución.

Como lo ha señalado el citado Rodríguez Villalba, en aquellos estados unitarios que no hayan previsto la desconcentración en los municipios, la cuestión no se plantea. Pero en aquellos casos en los que se desconcentra y se atribuya potestad tributaria a los gobiernos locales (como ocurre en nuestro país), la caracterización respectiva dependerá del modo en que aquella se haya producido.

Expresa el citado autor: “Si se ha previsto el ejercicio compartido de la potestad por parte de una pluralidad de entidades –la nacional y las locales-, estaremos en presencia de un poder tributario asignado en forma originaria o primaria a todos quienes lo ejercen, porque procede directamente de la Constitución. Media una relación de primer grado entre el mandato y el órgano al que le ha sido conferida.”

“En cambio, cuando la potestad le ha sido asignada al Estado y se le faculta para delegarla, quien posee la potestad originaria es el ente delegante y quien la recibe, el gobierno delegado, la adquiere por derivación”¹.

En la misma línea, señala el Dr. Andrés Blanco: “...sólo podrá hablarse de potestad excepcional si ella es derivada, o sea, si es el producto de una subdelegación de parte del titular de una potestad originaria (Parlamento) a favor de otro órgano representativo (la Junta Departamental). Por consiguiente la potestad tributaria departamental que derive directamente de la Constitución en las materias establecidas en el art. 297 debe considerarse como originaria y no excepcional o de segundo grado...”².

1 Rodríguez Villalba, Gustavo. “La potestad tributaria de los gobiernos departamentales”, FCU 1998, pág. 54.

2 Consulta inédita del Dr. Andrés Blanco, presentada a solicitud de la Intendencia Municipal de Montevideo, entre otros, en autos “HUGUES, ISABEL Y OTROS C/ GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE MONTEVIDEO.” Acción de Inconstitucionalidad, arts. 7 y 8 del Decreto Legislativo Departamental No. 32.265 de fecha 30 de octubre de 2007.

Surge de nuestra norma fundamental que la potestad tributaria conferida a los Gobiernos Departamentales proviene directamente de la Constitución y no depende de la delegación que la ley nacional realice a los Departamentos.

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, puede sostenerse que la potestad tributaria de los mismos es originaria.

Además, por estar establecida en la Constitución y directamente a favor de los Gobiernos Departamentales, la potestad tributaria de éstos puede considerarse autónoma, es decir, sólo los aludidos Gobiernos pueden establecer todos los aspectos referidos a la existencia y cuantía de los tributos departamentales.

Si la ley pretendiera regular algún aspecto de dichos tributos estarían invadiendo una esfera de competencia que la Constitución le asigna en exclusiva a los órganos legislativos departamentales.

Lo expuesto en los párrafos precedentes nos permite concluir que para analizar la regularidad constitucional de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, no es necesario acudir a disposiciones de la ley nacional, bastando poner la atención de nuestro análisis en la normativa departamental (que se describirá en el siguiente capítulo).

A modo de resumen de todo lo expuesto en el presente apartado, podemos señalar lo siguiente: i) la Constitución le asigna a los Gobiernos Departamentales potestad tributaria para crear "impuestos" sobre ciertas fuentes taxativamente enumeradas por el artículo 297, entre las cuales está aquella en base a la cual se ha creado la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, cuestión a la cual nos referiremos en el apartado siguiente; y ii) los caracteres de la potestad tributaria departamental no son relevantes a los efectos de nuestro análisis, ni siquiera la cuestión de si se trata de una potestad originaria o derivada, ya que claramente se trata de una potestad que tiene su origen en la Constitución, que le asigna en exclusiva a los órganos legislativos departamentales la potestad de crear tributos, por lo que bastará el análisis de la norma superior para resolver la cuestión que ahora nos ocupa.

1.2. Potestad tributaria con relación a la Contribución Inmobiliaria Urbana

Nuestro país es un estado unitario con descentralización territorial en forma de Departamentos, los cuales tienen atribuciones y cometidos que le son propios.

Como ya se indicara, el artículo 297 de la Constitución de la República establece las fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales, incluyendo los recursos tributarios.

Desde el año 1967, la Carta distingue entre las tres especies tributarias que reconoce la doctrina más aceptada ("tasas", "contribuciones especiales" e "impuestos").

En lo que tiene que ver con los "impuestos", como ya se dijo, sólo pueden ser creados sobre determinadas "fuentes" (es la expresión que usa la propia Constitución), las que están taxativamente enumeradas por el citado artículo 297, y que según lo dispone el artículo 298 de la Carta, pueden ser ampliadas por una ley, "... que requerirá la iniciativa del Poder Ejecutivo y por el voto de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara...".

Cabe aclarar que en el caso la palabra "fuente" es usada por la Constitución para referirse al hecho o situación sobre las cuales los Gobiernos Departamentales pueden crear "impuestos".

Esto no significa que la Constitución describa el hecho generador de los impuestos departamentales, ello será competencia del legislador departamental, sino que la Carta alude en forma genérica a las situaciones que pueden constituir el "asiento" de los impuestos creados por los Departamentos.

En el caso de la Contribución Inmobiliaria Urbana, se ha entendido que la Constitución habilita a crearla en virtud de lo dispuesto por su artículo 297 inciso 1, que establece que serán fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales: "Los impuestos sobre la propiedad inmueble, urbana y suburbana, situada dentro de los límites de su jurisdicción, con excepción, en todos los casos, de los adicionales nacionales establecidos o que se establecieren...".

Por su amplitud gramatical, el citado artículo 297 inciso 1º, podría entenderse referido a todos los impuestos cuyo hecho generador tiene relación con los inmuebles, incluyendo no sólo su propiedad y posesión sino también su transmisión por acto entre vivos o por herencia.

Por lo tanto, es necesario determinar el alcance de la disposición en cuestión, para delimitar los “impuestos” que en virtud de dicho numeral pueden crear los Gobiernos Departamentales, y por ende, determinar si la citada norma constitucional habilita a los mismos a crear la Contribución Inmobiliaria Urbana, que es el tributo que nos ocupa, y en su caso, qué límites impone para establecer dicho impuesto.

Para determinar el alcance de la citada norma, se ha recurrido a la aplicación del método histórico de interpretación, es decir, se ha analizado las discusiones que se produjeron en el seno de la Comisión que discutió la reforma constitucional que llevó al actual texto de la Carta.

Citando dichos antecedentes, se ha señalado que hay elementos que permiten sostener que la Constitución adopta una posición restrictiva, es decir, sólo confiere a los Gobiernos Departamentales la potestad de crear el tributo que hasta la reforma constitucional era conocido como “Contribución Inmobiliaria”, y no cualquier impuesto que grave a la “propiedad inmueble”.

Al respecto, Addy Mazz transcribe la opinión de Ferrer Serra –miembro informante de la Cámara de Representantes-, quien frente a opiniones aisladas que podían avalar otras concepciones, insistió a favor de la interpretación restrictiva. En efecto, recuerda Addy Mazz que a juicio de Ferrer, “lo que se le otorgaba a los gobiernos departamentales era lo conocido en nuestro país, en nuestro derecho tributario, como contribución inmobiliaria”.

Sin embargo, varios autores le quitan trascendencia a la citada opinión de Ferrer, debido a que otros integrantes del cuerpo que discutió el proyecto de reforma constitucional mantenían una opinión diferente.

Ello lleva a Valdés Costa a señalar que los aludidos antecedentes constituyen un argumento muy pobre para interpretar el inciso 1º del artículo 297 de la Constitución, ya que las opiniones encontradas revelarían que no existió un propósito claro del legislador, y por ende, no puede concluirse sobre el alcance de la citada norma a partir de la opinión de Ferrer. En la misma línea se encuentra Rodríguez Villalba³.

No obstante, existen otros elementos de juicio que avalan la aplicación del método histórico de interpretación al inciso 1º del artículo 297.

Es así que la profesora Addy Mazz⁴ resalta elementos históricos que permitirían avalar la tesis de quienes sostienen que la Constitución sólo habilitó a los Gobiernos Departamentales a crear impuestos que graven la posesión de inmuebles, incluyendo la propiedad de los mismos, pero no otros impuestos sobre dicho tipo de bienes (como pueden ser los impuestos que graven su transferencia).

En tal sentido, dicha autora observa que la norma consagrada en la Constitución del año 1967, es originaria de la Constitución de 1952, que consagró por primera vez en el país la distribución de la potestad tributaria por “fuentes”.

La aludida autora menciona que cuando “se aprueba dicha Constitución, la situación era la siguiente: existía un impuesto nacional a la propiedad inmueble denominado contribución inmobiliaria, estructurado por la ley No. 9.189, de 4 de enero de 1934, que en su art. 1 preveía: “Los inmuebles comprendidos en el territorio de la República y poseídos a cualquier título, pagarán por concepto de contribución inmobiliaria, una cuota anual que será: ...”. También resalta que existían otros impuestos nacionales que gravaban la transmisión de la propiedad inmueble, y que en la misma Constitución de 1952, el artículo 298 preveía que por ley se podrían establecer nuevas fuentes de recursos departamentales, siempre que no se incurriera en “superposición impositiva”.

Interpretando en forma armónica las aludidas normas, Addy Mazz concluye que el constituyente quiso que el gobierno departamental tuviera potestad en relación a aquellos tributos cuyo producido ya le estaba destinado. Al otorgarles tal facultad, tornaba factible la autonomía y les permitía organizar ese tributo que gravaba la posesión de los inmuebles.

3 Rodríguez Villalba, “La Potestad Tributaria de los Gobiernos Departamentales”, páginas 192 y ss.

4 Addy Mazz. “La Contribución Inmobiliaria”. FCU, edición 1998, páginas 43 y ss.

Según la Dra. Mazz, el hecho de que tal disposición haya sido mantenida en la Constitución de 1967, agrega un argumento a los ya expuestos. Al momento de aprobarse la Carta de 1967, prevalecían las ideas sobre la utilización del instrumento impositivo como herramienta de la política fiscal. Razón por la cual se le sustrae la potestad tributaria sobre los bienes inmuebles rurales a los gobiernos departamentales y se le otorga al gobierno nacional, con el fin de que pueda emplear una política fiscal uniforme en todo el país.

Concluye que “del análisis de la norma en el contexto de la Constitución y el sistema tributario, a la luz de la estructuración actual en el país de la finanza local como mixta, surge que el alcance del inc. 1 del art. 297 no puede ser otro que el impuesto cuyo producido ya estaba destinado a los gobiernos departamentales, o sea el de Contribución Inmobiliaria cuyo presupuesto de hecho es la propiedad o posesión de los inmuebles urbanos y suburbanos”⁵.

En la misma línea, pero con base en una interpretación gramatical, puede recordarse la opinión de Peirano Facio, que considerando que el texto de la Constitución es claro, descarta los antecedentes de la norma. A juicio de éste autor, el texto permite afirmar que el concepto de “propiedad inmueble” al que alude el inciso 1° del artículo 297 es amplio, pero referido a la posesión de los inmuebles, no a otros hechos generadores diferentes⁶.

La señalada posición es compartida por el Tribunal de Cuentas, que por resolución de 16 de julio de 1990, observó el artículo 135 del proyecto de presupuesto elaborado para el período 1990-1995 por el Gobierno Departamental de Montevideo –que gravaba a los inmuebles urbanos y suburbanos del departamento que permanezcan tapiados o deshabitados–.

La observación consistió en indicar que tal artículo consagraba un hecho generador sobre una fuente de recursos no enunciada en el artículo 297 de la Constitución. El aludido órgano de control entendió que cuando el constituyente quiso incluir como fuente de recursos departamentales determinadas condiciones de utilización de los inmuebles, lo hizo a texto expreso en el inciso 2° del artículo 297 de la Carta.

A modo de conclusión, puede afirmarse que del artículo 297 inciso 1° se desprende que los Gobiernos Departamentales pueden crear la Contribución Inmobiliaria Urbana y Suburbana, es decir, un impuesto que grava la propiedad o posesión de bienes inmuebles con dicha ubicación.

Además, puede afirmarse que sólo los Gobiernos Departamentales pueden crear dicho impuesto, porque como antes se señalara, su potestad en materia tributaria es originaria y autónoma, y por ende, la ley nacional sólo puede tener la injerencia que le reconozca la Constitución.

Es decir que los Gobiernos Departamentales tienen la posibilidad de dictar normas con fuerza de ley en su jurisdicción estableciendo impuestos sobre los bienes situados dentro de sus respectivos territorios departamentales, regulando todo lo referido a los aspectos de la tributación, es decir, el hecho generador, el sujeto pasivo de la obligación tributaria, la base de cálculo, alícuotas, exoneraciones, procedimiento de recaudación y fiscalización.

Es importante resaltar desde ya, que al conferirle a los Gobiernos Departamentales la potestad de establecer la Contribución Inmobiliaria Urbana, en ningún momento la Constitución establece a texto expreso alguna limitación respecto a las alícuotas a fijar por el Gobierno Departamental, es decir, el texto constitucional no aclara que las mismas deben ser proporcionales o progresivas, o si deben adoptarse otras modalidades al respecto.

Es en virtud del inciso 1° del artículo 297 que se viene de analizar que en la actualidad existe un impuesto nacional sobre los inmuebles rurales de cada departamento, la Contribución Inmobiliaria Rural, y diecinueve impuestos sobre la propiedad inmueble urbana y suburbana, es decir, la Contribución Inmobiliaria Urbana y Suburbana que hoy existe en cada Departamento.

5 Ob, cit, página 48.

6 Citado por Addy Mazz, op. Cit., página 45.

1.3. Conceptos de urbano, suburbano y rural en el ordenamiento jurídico

El establecimiento de los límites de las distintas zonas tiene gran importancia debido a las diferentes potestades tributarias a las cuales están sometidas las zonas urbanas y suburbanas por un lado, y las rurales por el otro.

En efecto, como se señalara en el apartado anterior, los Gobiernos Departamentales sólo pueden crear el impuesto de Contribución Inmobiliaria Urbana y Suburbana, por lo que resulta necesario hacer una referencia a dichos conceptos, los que cabe advertir desde ya no son definidos por la Constitución en el inciso 1° del artículo 297.

Las referencias que realiza la Constitución a inmuebles urbanos, suburbanos y rurales, constituyen conceptos determinados en forma implícita que se extraen de realizar una interpretación armónica de las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente.

Analizando el ordenamiento jurídico vemos que diversas son las normas jurídicas que contienen estos conceptos.

Así, la ley No. 1.796 define la tierra urbana como “el área comprendida en el amanzamiento de cada población...”; la ley No. 9.189 (ley orgánica de Contribución Inmobiliaria) distingue los inmuebles urbanos y suburbanos de los departamentos del litoral e interior, y los ubicados en zonas rurales. El artículo 5 de la Ley define que los bienes “suburbanos” son los que se encuentran situados en los arrabales de las ciudades, villas y pueblos. Y además agrega que corresponde a las autoridades municipales fijar anualmente el límite de los arrabales.

Por su parte, el Decreto-Ley No. 10.866 establece que es competencia del Gobierno Departamental establecer para todos los puestos, villas y ciudades oficialmente reconocidos, los límites precisos de las zonas urbana y suburbana amanzanadas.

Ahora bien. En la determinación y delimitación de las zonas urbanas y suburbanas, los gobiernos departamentales, sin perjuicio de poseer atribuciones para efectuar la determinación y delimitación de dichas zonas (en virtud de lo dispuesto por la ley citada en último término), deben ceñir sus decisiones a las directrices o pautas legislativas. Es decir que no pueden en forma antojadiza fijar arrabales y zonas urbanas y suburbanas.

Ello es justamente lo que hace el Decreto Departamental de Montevideo No.18.591, norma departamental que califica –dentro de su jurisdicción- las zonas urbanas, suburbanas y rurales a efectos de la aplicación de las normas municipales que refieren al ordenamiento territorial y urbanístico del Departamento de Montevideo.

Las definiciones dadas por dicha Decreto, se ajustan al contenido implícito que esos conceptos tienen en la Constitución.

Se categorizan las zonas por diversos elementos: uso preferencial, características de las urbanizaciones y fraccionamientos, densidad demográfica por hectárea, propuesta por cada una, servicios públicos de la infraestructura.

Las zonas urbanas se caracterizan por el uso preferencial para habitación, con servicios y equipamientos complementarios. Además se permiten las actividades comerciales, administrativas y las industrias artesanales y domésticas. La densidad demográfica promedial admitida es de 500 habitantes por hectáreas neta de terreno, habitación diurna de 1.000 habitantes.

A modo de resumen, debe concluirse que aquellos que en ejercicio de la potestad tributaria conferida por la Constitución, estructuran el impuesto de Contribución Inmobiliaria –para el caso Urbana de Montevideo-, deberán ajustarse al contenido implícito de dicho concepto, lo que sin duda alguna configura un límite para la delimitación de las zonas urbana y suburbana.

Es decir que, según lo que viene de exponerse, de la interpretación armónica de las disposiciones del ordenamiento jurídico, surge que cuando hablamos de inmuebles ubicados dentro de los arrabales son urbanos, por el contrario, cuando quedan fuera de esa zona son rurales. Y puntualmente, para el Departamento de Montevideo, el Decreto No. 18.591 dictado por la Junta Departamental de Montevideo –respetando el concepto implícito que tienen los conceptos de urbano, suburbano y rural en la Constitución- categoriza dichas zonas a los efectos de la aplicación de las normas municipales.

1.4. Principios constitucionales que limitan el ejercicio de la potestad tributaria

Como lo señaláramos, el análisis de la regularidad constitucional de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo no sólo requiere repasar el alcance y caracteres de la potestad tributaria departamental así como el alcance de la disposición constitucional en base a la cual se crea dicho tributo (inciso 1° del artículo 297), sino que importa recordar ciertos principios que la Constitución establece, ya que constituyen reglas que el legislador tributario debe observar a la hora de establecer cualquier tributo.

Dichos principios -a los cuales debe ceñirse el legislador nacional o departamental-, constituyen principios generales enunciados en la Constitución en forma expresa o implícita, ya que a través del artículo 72 de la Carta, se ha reconocido la existencia de principios que la Constitución no menciona a texto expreso. Debe recordarse en tal sentido que dicho artículo 72 dispone que la enumeración de los derechos que realiza la Constitución no es taxativa, y que “no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Expondremos a continuación aquellos principios que tienen incidencia en materia tributaria, y que por ende, tienen incidencia directa o indirecta en el tema que nos ocupa.

1.4.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad es de gran trascendencia en materia tributaria, y el mismo implica que sólo por un acto legislativo se pueden establecer tributos.

Ello significa que la administración financiera solo puede hacer lo que la ley expresamente le permite, no pudiendo extenderse más, aunque ello no se encuentre prohibido por ley.

Valdés Costa indica que todos los elementos que estructuran el tributo y determinan la cuantía de la obligación están reservados a la ley (en sentido amplio), salvo que una disposición constitucional expresa consagre una excepción.

En lo que refiere a la materia tributaria departamental, el citado principio se encuentra consagrado, entre otros, en el numeral 3° del artículo 273, que establece como atribuciones de las Juntas Departamentales: “... Crear o fijar, a proposición del Intendente, impuestos, tasas, contribuciones, tarifas y precios de los servicios que presten...”.

Por lo tanto, sólo a través de un acto legislativo departamental (Decreto de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción) se podrá describir el hecho gravado por los tributos departamentales, la base de cálculo de los mismos, se designará a los sujetos pasivos y en fin, se podrá establecer todo lo relativo a la existencia y cuantía de la obligación tributaria.

El apartamiento de esta regla (legalidad) viciaría el acto de ilegalidad, y por lo tanto, lo haría impugnante ante los órganos jurisdiccionales⁷.

En el caso de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, resulta importante recordar el principio constitucional de legalidad, porque el mismo permite concentrar nuestro análisis en el Decreto de la Junta Departamental de Montevideo que establece el tributo, es decir, el No. 32.265, ya que en virtud del recordado principio dicho acto legislativo es la única norma competente para disponer al respecto.

1.4.2. Principio de igualdad

Si bien se trata de un principio general de todo el ordenamiento jurídico, el principio de igualdad marca un verdadero límite al poder fiscal y a su ejercicio, que de ser violado por el Poder Legislativo o por la Junta Departamental respectiva, puede llevar a la consecuencia de que el Poder Judicial invalide la norma.

Encuentra su consagración en el artículo 8 de la Carta: “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”.

⁷ Valdés Costa, Ramón. El Principio de Legalidad. El sistema uruguayo ante el derecho comparado, en: Simposio sobre el principio de legalidad en el derecho tributario, organizado por Facultad de Derecho y Ciencias Sociales e

Existen diversas manifestaciones del principio constitucional de igualdad que han sido resaltadas por la doctrina:

- la igualdad en la ley, en el sentido de que la ley no debe consagrar desigualdades, la misma debe dar un tratamiento igual a los contribuyentes que están en igual situación económica, respetando las desigualdades que se presentan entre las personas en cuanto a su capacidad contributiva. En este enfoque el límite está dado al Poder Legislativo, y responde a la concepción clásica del estado liberal. Las personas en igual situación deben ser tratadas como iguales, y la ley no debe hacer discriminaciones en perjuicio de determinados individuos o grupos de individuos.

- la igualdad por la ley, en el sentido de que la ley es utilizada para lograr una igualdad de los individuos corrigiendo las desigualdades económicas imperantes. La imposición puede ser utilizada para lograr la igualdad entre los ciudadanos, como por ejemplo, a través de una política de redistribución de ingresos o políticas de estabilización y desarrollo.

- la igualdad ante la ley, significa que la norma debe ser aplicada por igual a todos los afectados por ella. La ley tributaria debe asegurar igual tratamiento a todos los contribuyentes.

- la igualdad de las partes, supone que la relación jurídica tributaria es una relación de crédito y débito y no una relación de poder. Dictada la norma, Estado y contribuyentes son iguales ante la misma y en la relación jurídica que surge entre ellos.

Si bien el artículo 8° de la Constitución consagra a texto expreso la denominada "igualdad ante la ley", es decir, la prohibición dirigida fundamentalmente al Juez y a la Administración de realizar distinciones que no se encuentran en la ley en sentido formal, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que el artículo 8° recoge en forma implícita el ya recordado "principio de igualdad en la ley".

En tal sentido, cabe citar algunos fallos de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), como es el caso de la Sentencia No. 112/2005, que expresó lo siguiente: "...tal como ha sostenido la Corte en Sent. No. 133/04: "El principio consagrado en el art. 8 de la Lex Fundamentalibus importa la prohibición de imponer por vía legal un tratamiento discriminatorio, es decir, un tratamiento desigual entre aquéllos que son iguales, pero no la de adoptar, por vía legislativa, soluciones diferentes para situaciones o personas que se encuentran a su vez en posición diferente..." (Cf. Sentencias No. 101, 33/94, 312/95, 283/03, entre otras). Posición coincidente con la expuesta por Jiménez de Aréchaga en "La Constitución Nacional", t.I, cuando afirma con relación a su alcance: "Uniformemente se ha admitido que ese precepto no ha excluido la posibilidad de que se legisle para clases o grupos de personas. Lo que la norma exige es que hombres iguales, en circunstancias iguales, reciban un tratamiento igual. De tal manera, el principio de igualdad o de la igual protección ante las Leyes se nos aparece como susceptible de una definición semejante a la que se da en la justifica retributiva" (Ob. cit. pág. 366)"

En igual sentido se pronunció la Corte -con otra integración- en el fallo No. 235/1997: "...solamente se viola el principio de igualdad, cuando para un caso determinado y concreto, se dispone por parte de una ley, un tratamiento específico, pero de ninguna manera ocurre esta violación cuando la norma legislativa se refiere no a la totalidad de todos los habitantes, sino a un grupo determinado de ellos. La ley respeta este principio de igualdad al establecer un trato igualitario hacia todos los que están en igual situación y en cuanto al alcance de ese principio sea el de evitar el tratamiento desigual de personas que están en igualdad de condiciones..."

"El principio que está establecido en el artículo 8 de la Constitución de la República, supone la prohibición de imponer, por la vía legal, un tratamiento discriminatorio, es decir, desigual entre quienes son iguales, pero no la de adoptar legalmente soluciones diferentes para situaciones o personas que estén en diferentes posiciones". "De manera pues que la igualdad ante la ley no se menoscaba cuando como en la especie, se trata de la misma manera a un grupo de personas..."

1.4.3. Principio de capacidad contributiva

A su vez, el Derecho Tributario recoge algunos principios que son derivaciones del mencionado principio general de igualdad, al que se hiciera referencia en el apartado anterior, y que por su importancia merecen ser tratados por separado.

Es el caso del principio de capacidad contributiva, del cual resulta como corolario el principio de la progresividad, los que han sido desarrollados con el objetivo de lograr una mejor aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Señala en tal sentido el Profesor Ramón Valdés Costa: “Es el caso de la capacidad contributiva, criterio de tan amplio desarrollo en la doctrina, con su vasta problemática en materia de sistemas y procedimientos y el de la utilización de la progresividad, como instrumento para lograr –según autorizada doctrina- una cabal vigencia del principio”⁸.

Tanto doctrina como jurisprudencia han desarrollado el citado principio en la materia tributaria, definiéndolo como el trato igual a los iguales y desigual o los desiguales en el sentido de igualdad o desigualdad de capacidad contributiva.

Desde esta perspectiva, aceptar que quienes se encuentran en situación similar deben ser tratados por igual, y que los que están en diferente situación deben ser tratados desigualmente, supone la adopción de criterios para clasificar a los grupos de personas a los fines fiscales, criterios que deben permitir la formación de categorías que agrupen razonablemente a personas en similar situación económica, vale decir, con similar capacidad para contribuir con las cargas públicas.

En la doctrina nacional puede hacerse referencia a un enfoque tradicional y a un enfoque menos ortodoxo, que difieren en cuanto al alcance del concepto de capacidad contributiva.

Como representante del concepto ortodoxo puede citarse a Ramón Valdés Costa, quien haciendo referencia a la noción de capacidad contributiva manifiesta que la misma tiene dos posibilidades de aplicación: “La primera se relaciona con el establecimiento del tributo y su imputación a los sujetos pasivos. Para que el tributo sea justo es imprescindible que el contribuyente tenga, a juicio del legislador, la capacidad económica suficiente para contribuir. La determinación de esa capacidad es un acto discrecional, que encuentra su fundamento en las ideas políticas dominantes. Su campo de aplicación natural está limitada, por razones obvias, a los impuestos y las tasas...”.

“La segunda posibilidad se relaciona con la cuantificación de la obligación impositiva a los efectos de mejor adecuarla al principio de la igualdad en la ley. Como en el caso precedente, es un concepto relativo a las ideas políticas dominantes”⁹.

Es decir que, según Valdés Costa y quienes se afilian a la posición más ortodoxa en cuanto al alcance del concepto de la capacidad contributiva, tanto se relacione la capacidad contributiva con el establecimiento del tributo y su imputación, o con la cuantificación de la obligación impositiva, en ambos casos, estaríamos ante un concepto relativo que variará según la política fiscal predominante.

Ahora bien, debido a la importancia que presenta el principio de capacidad contributiva para el tema que nos ocupa, cabe resaltar que la doctrina habla de la proporcionalidad o la progresividad como mecanismos que buscan alcanzar la igualdad a la que hemos hecho referencia, aunque la preferencia por una u otra depende de las distintas corrientes del pensamiento financiero.

Cabe destacar que la Ciencia de las Finanzas ha desarrollado métodos o técnicas de imposición que conducen a determinar el monto de las prestaciones. Así, las alícuotas pueden ser fijas, proporcionales o progresivas. Los impuestos proporcionales y progresivos se diferencian en el tipo de tasa aplicable.

Excede el presente trabajo extendernos realizando un desarrollo de los métodos de imposición citados. Pero es pertinente exponer aunque sea sucintamente, en que consiste cada uno de los métodos enunciados en el párrafo anterior.

En los impuestos de tipo progresivo, a mayor ingreso, se tributa un porcentaje creciente de éste. La progresividad se refleja en aquellos impuestos en los que la relación de la cuantía del mismo respecto al valor de la riqueza gravada aumenta a medida que aumenta el valor de ésta.

A su vez, hay que diferenciar dos tipos de progresividad, por un lado por escalas o escalonamientos progresionales –caso de la actual Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo- y por otro lado, la progresividad por clases. Por escalas se aplica dividiendo la riqueza imponible en fracciones y a cada una

8 Ramón Valdés Costa, “Instituciones de Derecho Tributario”, Editorial Depalma, Bs.As, 1992, páginas 439 y 440.

9 Ramón Valdés Costa, “Instituciones de Derecho Tributario”, Editorial Depalma, Bs.As, 1992, página 447.

se le aplica una tasa determinada, que va aumentando hasta alcanzar una tasa máxima donde el impuesto se vuelve proporcional; en la progresividad por clases se aplica a toda la riqueza la alícuota correspondiente a la fracción final.

Hay quienes consideran que el impuesto progresivo solo es concebible cuando se trata de impuestos personales ya que son los únicos que pueden tener en cuenta toda la situación económica del individuo. Afirman que en los impuestos de tipo real –como es el caso de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo– no puede aplicarse alícuotas progresivas ya que irían contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 8 de la Constitución.

Valdés Costa se pronuncia en el sentido que se viene de indicar. Sostiene que “...la progresividad no encuentra justificación racional y técnica en los impuestos reales –por oposición a los personales– que gravan manifestaciones aisladas de la riqueza porque eso puede estar compensado por la existencia de otros bienes o recursos del contribuyente. (...) Los ejemplos son muy numerosos. Una persona puede tener un bien inmueble valioso pero hipotecado y tener otras deudas; de esa manera, tendría una capacidad contributiva muchísimo menor que el propietario de varios inmuebles de escaso valor que no tienen gravámenes. La capacidad contributiva del propietario de un inmueble valioso –aun tomada desde el punto de vista de la riqueza inmobiliaria– puede ser mucho menor que la de una persona que posea varios inmuebles de menor valor...”¹⁰

Como ya se adelantara, existe un enfoque más moderno respecto al concepto de capacidad contributiva. Puede citarse en tal sentido la opinión del Dr. Andrés Blanco, para quien cualquiera sea el contenido que se le de a la capacidad contributiva, es como todo principio, un precepto normativo en sentido amplio, es decir, una fórmula perteneciente al discurso prescriptivo entendido como aquél que, de una u otra forma, pretende dirigir la conducta.

Como consecuencia de lo anterior, el Dr. Blanco indica que debe deslindarse con precisión si la capacidad contributiva es utilizada en el curso de una argumentación moral o de una argumentación jurídica.

Ello es de gran importancia, ya que no pueden trasladarse sin más las consideraciones que se dan en el campo moral a las que se realizan en el campo jurídico.

Al respecto expresa: “...en el campo ético los problemas consisten en deslindar qué cosas deben entenderse por “capacidad contributiva”, y cómo y en qué medida debe apreciarse la misma, cuestiones a las que dediqué mi atención en el trabajo indicado. Pero como lo advertí en aquella oportunidad, y resulta de la simple lectura del trabajo, buena parte de las apreciaciones que allí se hacen no son trasladables a una discusión jurídica, por la sencilla razón de que en el terreno jurídico lo que llamamos “capacidad contributiva” estará en todo caso constituido por lo que dentro del sistema jurídico se entienda como tal. Ello es mucho más evidente en los regímenes constitucionales que, como el nuestro, carecen de una consagración explícita de la capacidad contributiva, y donde ella ha sido propuesta por la dogmática y la jurisprudencia como una “inferencia” a partir del “principio de igualdad” del artículo 8º de la Constitución, o como uno de los “principios implícitos” del artículo 72”.

Más adelante agrega: “...algo que no puede en forma alguna perderse de vista es que no existe absolutamente ningún consenso en cuanto a cuáles son las manifestaciones más aptas de capacidad contributiva, ni tampoco cuál es la forma de medirla. Como lo señaló el suscrito en su oportunidad, esto significa que la capacidad contributiva como premisa para una discusión jurídica, en *Uruguay y también en el resto del mundo* (puesto que esta indefinición de contenidos y alcances es universal incluso en las Constituciones que contienen textos que explícitamente refieren a esta “capacidad” como parámetro de constitucionalidad de los impuestos), sólo puede plantearse de una forma vaga y laxa: otra vez empleando términos de Alexy y de la dogmática constitucional tradicional, ella es un *mandato de optimización o norma programática*. Ello no quiere decir en modo alguno que su admisión como mandato constitucional sea meramente nominal, y que de hecho se vuelva inoperante, por lo pronto, puede construirse un consenso en que existen ciertas circunstancias de la vida humana (como el estado civil, o el tener una cierta profesión) que no pueden ser objeto de imposición en tanto no significan en sí mismas, y bajo ninguna concepción, manifestaciones de aptitud económica alguna, y por lo tanto no denotan nunca capacidad contributiva.”

¹⁰ Valdés Costa, Ramón. Versión taquigráfica de 1 de abril de 1993 de su exposición ante la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, de la Cámara de Representantes. Carpeta No. 2453 de 1992, p.5.

Manifiesta que: "...de allí hacia delante, toda ulterior pretensión de especificar el "principio de capacidad contributiva" puede racionalmente conducirse en el plano ético, pero en el campo jurídico estará estrictamente limitada por su institucionalización en torno al Derecho Positivo..."¹¹.

En resumen, el principio de capacidad contributiva es derivado del principio general de igualdad. Es quizás uno de los principios más controvertidos y difíciles de precisar con exactitud por parte de la doctrina tributaria.

A su vez, el principio de la progresividad es un corolario del principio de capacidad contributiva. Ambos principios han sido desarrollados con el objetivo de lograr una mejor aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

En definitiva, lo que se busca es que los contribuyentes del Estado o de un Gobierno Departamental –como es el caso que nos ocupa– aporte en la cantidad más aproximada posible a la proporción de sus respectivas capacidades económicas.

1.4.4. Principio de no confiscación

Cabe hacer referencia a este principio porque fue alegado por quienes impugnaron la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo por considerarla inconstitucional, y por ende, fue tratado por la Corte en los fallos que se citarán más adelante en este trabajo.

Uno de los argumentos que se maneja por parte de quienes defienden el carácter constitucional de este principio es que el impuesto sería confiscatorio cuando su monto deviene tan elevado que el propietario se ve impedido del ejercicio del dominio del bien del cual es titular.

Ello implicaría que se estaría contrariando los artículos 7 y 72 de la Constitución, puesto que ambos refieren –en forma explícita o implícita– al derecho de propiedad, que sería violado por el tributo confiscatorio, al menos según lo exponen quienes defienden el carácter constitucional de la regla de la no confiscatoriedad.

El artículo 7° establece que todos los "...habitantes de la República tiene derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general."

Por su parte, el artículo 72° expresa que 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".

En definitiva se habla de que un impuesto es confiscatorio cuando el sujeto pasivo del mismo se ve impedido del dominio del bien objeto del gravamen.

Existen grandes dificultades para determinar con precisión a partir de qué límite el impuesto se vuelve confiscatorio.

En materia tributaria puede considerarse que se lesiona el derecho de propiedad en aquellos casos en los que las obligaciones tributarias implican al contribuyente un desprendimiento de parte de sus bienes o una cuota importante de su renta.

En contra de lo expuesto en los párrafos precedentes, se ha dicho que las leyes o los Decretos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, que crean el tributo, no afectan por esa sola circunstancia, el derecho de propiedad.

Valdés Costa señala que "...cuando el impuesto alcanza elevados montos, como sucede en los impuestos fuertemente progresivos, gran parte de la doctrina considera que se ha violado el derecho de propiedad e invoca el principio de no confiscatoriedad. Esta posición merece dos objeciones. La primera: en tales casos, el impuesto no viola el derecho de propiedad; no hay incautación de bienes, en el sentido de desapoderamiento sin justa compensación; sino una imposición que provoca un sacrificio económico excesivo, de carácter monetario que naturalmente tendrá ciertas repercusiones en el patrimonio del contribuyente. La segunda: las normas constitucionales que regulan la cuestión no establecen un principio, sino una prohibición dirigida al legislador, destinada a evitar una imposición excesiva, superior a las posibilidades del contribuyente de

11 Informe del Dr. Andrés Blanco en oportunidad de evacuar consulta relativa a la constitucionalidad del artículo 8° del decreto de la Junta Departamental de Montevideo No. 32.265.

contribuir a las cargas públicas, sin afectar su derecho a una subsistencia digna. Por lo tanto, de acuerdo con la doctrina más admitida en derecho tributario contemporáneo, el principio violado es el de la capacidad contributiva...¹²

En el mismo sentido, Jiménez de Aréchaga expresa que de las normas constitucionales que hacen referencia al derecho de propiedad, no surge el principio de no confiscatoriedad en materia fiscal¹³.

1.4.5. Principio de seguridad jurídica

Al hablarse de seguridad jurídica, se hace referencia a la estabilidad y certeza que debe proporcionar el derecho como conjunto de normas que regulan la convivencia social y permite resolver conflictos interpersonales.

En el caso de bienes inmuebles, podría sostenerse que el impuesto de Contribución Inmobiliaria vulnera el principio de seguridad jurídica, ya que la estabilidad y certeza que debe proporcionar el derecho a los habitantes de la República se ve perturbada al no saber cuál es la real posición de sus bienes inmuebles en el mercado, y la posición de los mismos respecto de la Administración Departamental recaudadora que hace gravosa la situación patrimonial de los titulares de bienes inmuebles.

Este principio resulta fundamental en materia tributaria, debido a la importancia que tienen las inversiones inmobiliarias en el país. El concepto de seguridad jurídica se resume en evitar un sentimiento de inseguridad entre los contribuyentes, pues las normas jurídicas deben ofrecer a los destinatarios de las mismas un panorama claro del cual surjan sus derechos y también sus obligaciones.

Un uso adecuado del instrumento tributario, es una buena atracción para quienes invierten en nuestra plaza, sobre todo en aquellos aspectos relacionados con incentivos tributarios y la planificación de la actividad a desarrollar.

Es lógico entonces que la seguridad jurídica incida en aspectos trascendentes tales como la interpretación de las normas, la vigencia de las mismas en el tiempo, etc.

Asimismo, al hablar de la seguridad jurídica, se hace referencia a la vigencia de la ley o el Decreto Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, en el tiempo. En la Constitución uruguaya no existe norma que consagre en forma expresa la irretroactividad de la norma tributaria material, es decir la norma que crea el tributo, que establece el hecho generador en todos sus aspectos y los elementos cuantificantes de la obligación tributaria.

Pero según la doctrina, si la seguridad jurídica es la certeza, la previsibilidad, la sanción de normas tributarias que van a regir situaciones ocurridas en el pasado, es violatoria de este principio.

Se entiende que si bien el principio se aplica a todo tipo de norma, en el derecho tributario su vigencia es mucho más clara, porque se estarían captando capacidades contributivas pasadas, que pueden no existir en el presente. En virtud de lo cual, aún cuando el principio de la irretroactividad de las leyes no esté recogido por la Constitución, las normas con ese carácter deben analizarse a efectos de determinar si son violatorias de otros principios constitucionales como el de seguridad.

2. MARCO NORMATIVO

En este capítulo se hará referencia a la normativa vigente sobre Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo. Específicamente, y en virtud del recordado principio constitucional de legalidad, haremos referencia a la norma legal departamental que establece el tributo.

La última norma dictada por el Gobierno Departamental de Montevideo es el DJD N° 32.265, cuyos artículos 7 y 8 regulan el tributo en cuestión.

Dichos artículos rezan:

¹² Valdés Costa, Curso de Derecho Tributario, 2° edición, pág. 128.

¹³ Jiménez de Aréchaga. "La Constitución Nacional", T. II, página 153 y ss.

“Artículo 8: (Impuesto de Contribución Inmobiliaria. Cuantía). Los propietarios o poseedores a cualquier título, los promitentes compradores con promesa inscripta y mejores postores de remate judicialmente aprobado, de bienes inmuebles comprendidos en el suelo urbano del Departamento abonarán por concepto de Contribución Inmobiliaria el valor que resulte de aplicar a la porción de valor real del respectivo inmueble (tierra y mejoras) comprendida en cada tramo de la escala la alícuota correspondiente a dicho tramo, de acuerdo al siguiente detalle:

Por el valor real comprendido hasta \$250.000 (doscientos cincuenta mil pesos uruguayos) el 0,25% (cero con veinticinco por ciento) del valor real del bien inmueble;

Por el valor real comprendido entre \$250.001 (doscientos cincuenta mil un pesos uruguayos) y \$625.000 (seiscientos veinticinco mil pesos uruguayos) el 0,75% (cero con setenta y cinco por ciento) del valor real del bien inmueble;

Por el valor real comprendido entre \$ 625.001 (seiscientos veinticinco mil un pesos uruguayos) y \$ 1.250.000 (un millón doscientos cincuenta mil pesos uruguayos) el 1% (uno por ciento) del valor real del bien inmueble;

Por el valor real comprendido entre \$1:250.001 (un millón doscientos cincuenta mil un pesos uruguayos) y \$ 25:000.000 (veinticinco millones de pesos uruguayos) el 1,2% (uno con dos por ciento) del valor real del bien inmueble;

Por el valor real que supere los \$ 25:000.000 (veinticinco millones de pesos uruguayos) el 1,4% (uno con cuatro por ciento) del valor real del bien inmueble.”

“Artículo 7: Cuando por cualquier motivo quedaran suspendidos o sin efecto cualquiera de los tributos e ingresos establecidos o modificados por las disposiciones de este decreto, se aplicarán automáticamente las normas sustituidas por aquéllos.

A los efectos de no alterar las obras y los servicios, observando el debido equilibrio presupuestal, los tributos e ingresos que recobren vigencia deberán ser revisados de acuerdo a los montos de los tributos e ingresos que fueren suspendidos o dejados sin efecto. Para ello, la Intendencia Municipal remitirá de inmediato a la Junta Departamental el proyecto de decreto correspondiente”.

2.1. Aspecto material del hecho generador

Recordamos que por hecho generador se entiende el hecho o evento que describe la ley que establece el tributo y cuyo acaecimiento genera el nacimiento de la obligación tributaria.

El artículo 8 del DJD N° 32.265 consagra como hecho generador la propiedad o posesión a cualquier título, incluyendo la que resulta de la promesa de compra inscripta y la que ostentan los mejores postores de remates judicialmente aprobados de bienes inmuebles comprendidos en el suelo urbano de Montevideo.

Ello se deduce de la redacción del artículo, el cual establece que el Impuesto de Contribución Inmobiliaria alcanza a los “...propietarios o poseedores a cualquier título, los promitentes compradores con promesa inscripta y mejores postores de remate judicialmente aprobado, de bienes inmuebles comprendidos en el suelo urbano del Departamento...”.

Los conceptos que establece la norma, se extraen del derecho común, ya que la misma no los define en forma expresa, ni surge del contexto que se les haya querido otorgar otro significado.

2.2. Aspecto espacial del hecho generador

Este elemento significa el ámbito espacial en que se verifica el presupuesto de hecho, y no debe confundirse con el ámbito de vigencia de la norma tributaria.

En la norma departamental objeto de estudio, los inmuebles gravados son aquellos que se encuentran ubicados en el suelo urbano de Montevideo: “...de bienes inmuebles comprendidos en el suelo urbano del Departamento...”.

Como ya fue expuesto al analizar el concepto de urbano, en la Constitución no encontramos definición de que se entiende por zona urbana, por lo que debe recurrirse a las normas jurídicas que contienen tal concepto para interpretar el sentido del mismo.

Al respecto –y como ya se hizo mención–, el Decreto Departamental No. 18.591 categoriza las zonas urbana, suburbana y rural, considerando que las zonas urbanas se caracterizan por el uso preferencial para habitación con los servicios y equipamientos complementarios, con una densidad demográfica promedio de 500 habitantes por hectárea nea de terreno, habitación diurna de 1000 habitantes.

2.3. Aspecto temporal del hecho generador

Se entiende por tal el elemento del hecho generador que se relaciona con el tiempo en el cual se debe producir el hecho que describe la ley para que se origine la obligación tributaria.

Para el caso, estamos ante un hecho permanente, que consiste en situaciones o estados con vocación de permanecer en el tiempo: "...propietarios o poseedores a cualquier título, los promitentes compradores con promesa inscripta y mejores postores de remate judicialmente aprobado...".

Es decir que se trata de situaciones que tienden a durar en el tiempo.

A este tipo de hechos generadores la doctrina los denomina "permanentes", por su vocación de continuidad, ya que se puede precisar un momento de inicio de la situación pero la misma se puede mantener en forma indefinida, hasta que el propietario venda el bien, o se transfiera por sucesión por cauda de muerte (por mencionar algunos ejemplos).

En consecuencia, la Contribución Inmobiliaria Urbana es un impuesto permanente, cuyo hecho generador no requiere de un período para su formación, sino que se grava una situación que permanece.

No obstante, como todo hecho generador tributario, debe tener un momento de verificación.

Se trata de un impuesto permanente, cuyo hecho generador se configura el 1 de enero de cada año, ello en virtud de que las disposiciones del Código Tributario Nacional le son aplicables como teoría más recibida de la materia, según jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Así y según lo dispone el artículo 8° del Código Tributario "...El hecho generador para cuya configuración se requiere el transcurso de un período, se considerará ocurrido a la finalización del mismo, cuando sea de carácter permanente, se considerará ocurrido al comienzo de cada año civil".

Reiteramos que si bien el Código Tributario expresamente establece que no aplica a los tributos de los Gobiernos Departamentales, según jurisprudencia constante de la Corte sus disposiciones se entienden aplicables a los mismos como doctrina más recibida, criterio que compartimos.

2.4. Aspecto subjetivo del hecho generador

El sujeto activo de la relación jurídica tributaria, es decir, el acreedor del tributo, surge de la propia Constitución: es el Gobierno Departamental.

Por su parte, el sujeto pasivo, se encuentra definido en el artículo 8° del Decreto Departamental No. 32.265: es el propietario o poseedor a cualquier título, el promitente comprador con promesa inscripta y mejores postores de remates judicialmente aprobados, de bienes inmuebles comprendidos en el suelo urbano del Departamento de Montevideo.

2.5. Base de cálculo y alícuotas aplicables

De acuerdo con el artículo 8 del Decreto de la Junta Departamental de Montevideo No. 32.265, el contribuyente tributa en función del valor real de su propiedad, en aplicación de tasas progresionales, estableciéndose 5 franjas.

Es una progresividad por escalas, el monto imponible se va dividiendo en porciones según se ubique en uno u otro tramo de los previstos por el legislador, la alícuota se aplica en forma exclusiva al valor ubicado en el tramo respectivo.

La nueva forma de cálculo del impuesto a la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo está basada en la eliminación del sistema de zonas vigente en el régimen anterior y en la consideración del 100% del valor real para determinar el impuesto; en nuevos aforos surgidos a consecuencia de la actualización catastral realizada por la Dirección Nacional de Catastro y un nuevo sistema de franjas y tasas progresivas.

En cuanto a la forma de aplicación de las alícuotas progresivas, se procede igual que en el caso del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas, esto es, tomando en cuenta distintos tramos de valor real a tales efectos. Las alícuotas progresivas se aplican –para arribar al monto definitiva a pagar– por escala.

Para el cálculo de la nueva Contribución Inmobiliaria se toman en cuenta los valores reales establecido por la Dirección General de Catastro Nacional, oficina especializada dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, que no tiene en cuenta valores del mercado sino que es el resultado de una apreciación directa de carácter técnico realizada en base a las características intrínsecas del bien y a elementos extrínsecos del mismo. Entre los elementos intrínsecos, pueden destacarse la ubicación del inmueble, el metraje del mismo, el tipo de suelo, capacidad de producción, etc. Entre los elementos extrínsecos, pueden destacarse la proximidad a obras públicas relevantes, a inversiones importantes realizadas por privados como ser centros comerciales, acceso a medios de transporte, en general a las características urbanísticas de la zona.

En realidad, el valor real de los bienes inmuebles, es un valor fiscal –no de mercado– apreciado directamente por la oficina técnica correspondiente en función de criterios adoptados por ella misma en ausencia de previsión legal al respecto, que atienden a factores intrínsecos y extrínsecos de la propiedad raíz.

Puede darse el caso de que el sujeto pasivo del tributo Contribución Inmobiliaria no comparta el valor resultante de la actualización catastral, y en tal caso debería solicitar a la Dirección Nacional de Catastro la revisión de la tasación.

3. ANALISIS DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 7 Y 8 DEL DECRETO NO. 32.265 DE LA JUNTA DEPARTAMENTAL DE MONTEVIDEO

Como ya se adelantara, varias han sido las acciones de inconstitucionalidad que se han presentado ante la Suprema Corte de Justicia, cuestionando la actual normativa sobre Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo

En lo personal, considero que el actual Impuesto a la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo se ajusta a las normas y principios que emanan de la Constitución de la República.

Entiendo que la posesión de un bien inmueble es demostrativo de riqueza y de la capacidad contributiva de las personas, sin desconocer, obvio es decirlo, que se trata de una manifestación aislada de riqueza, pero manifestación al fin.

Los artículos 7 y 8 del Decreto No.32.265, a mi entender, no vulneran el principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que, en el caso, se legisla para clases o grupos de personas determinados, constituidos justa y racionalmente.

Por su parte, la imposición de tasas y alícuotas progresivas, no encuentra limitación constitucional, en virtud de lo cual, el Gobierno Departamental tiene la facultad de optar por este tipo de imposición.

Además, la imposición de alícuotas progresivas, a contrario de lo sostenido por quienes cuestionaron la regularidad constitucional de la actual Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, no es sinónimo de adopción de una determinada política fiscal.

A continuación desarrollaré tales fundamentos, que son en lo medular, los que han manejado los representantes de la Intendencia Municipal de Montevideo a la hora de contestar las múltiples demandas de

inconstitucionalidad; así como los fundamentos expuestos por el Sr. Fiscal de Corte al evacuar las vistas que la Suprema Corte de Justicia le confirió en todas las acciones de inconstitucionalidad planteadas.

3.1. Principio de igualdad ante las cargas públicas. Capacidad Contributiva

Entiendo que el Decreto Departamental No. 32.265 no vulnera el principio de capacidad contributiva en sentido jurídico.

A mi entender, y compartiendo lo expuesto por el Dr. Andrés Blanco, no puede sostenerse la inconstitucionalidad en atención a que el impuesto grava cada inmueble en forma aislada, con prescindencia de la totalidad de los inmuebles de los que sea propietario el contribuyente.

El artículo 297 numeral 1º) de la Constitución, nos habla de que los Gobiernos Departamentales tienen competencia autónoma para establecer impuestos a la propiedad inmueble urbana y suburbana situados dentro de los límites del Departamento, con independencia de que se grave cada inmueble en forma aislada, todos los inmuebles como conjunto, con tasas proporcionales o progresivas, etc.

Es decir que, por la forma en que la Constitución distribuye la potestad tributaria departamental, puede darse el caso de que dos personas, ante igual riqueza, sean gravadas en forma distinta.

Sería por ejemplo el caso de una persona que es propietaria de un inmueble en Montevideo por valor 1000, mientras que otra es propietaria de dos bienes inmuebles, uno situado en Montevideo por un valor de 600 y otro en Rivera por 400. La riqueza de ambas es igual. Son propietarias de bienes inmuebles por un monto total de 1000. Sin perjuicio de ello, si por ejemplo el Gobierno Departamental de Montevideo grava con más impuestos a la propiedad inmueble que lo que lo hace el Gobierno Departamental Rivera, quien va a pagar más impuestos es quien tiene su único bien ubicado en Montevideo. Esto que sin lugar a dudas puede calificarse como injusto, ¿es antijurídico?, y en cuanto ahora nos ocupa, ¿es inconstitucional? La respuesta es que no, en virtud de la autonomía tributaria que posee cada Gobierno Departamental.

Tal situación no es diferente a la que se produce dentro del mismo impuesto, creado por el mismo Departamento, ya que al final se vuelve a lo expuesto respecto del artículo 297 numeral 1º): la Constitución confirió a cada Departamento la potestad de crear y regular autónomamente los impuestos a la propiedad inmueble, no condicionando la misma a que los impuestos tengan una determinada estructura.

En consecuencia, como sostiene el Dr. Blanco, la objeción de que la actual Contribución Inmobiliaria viola el principio de capacidad contributiva, para mantenerse, tiene que hacerse no ya a la forma de considerar los inmuebles, sea en forma aislada o en su conjunto, sino a la progresividad de las alícuotas –punto que será desarrollado más adelante–.

Asimismo, y como fue expuesto, y en lo que al caso interesa, el principio de igualdad importa la prohibición de imponer por vía legal un tratamiento discriminatorio entre aquellos que son iguales, pero no la de adoptar, por vía legislativa, soluciones diferentes para situaciones o personas que se encuentran a su vez en posiciones diferentes.

Las diferencias de tratamiento que puedan emerger de la forma de regular el impuesto, no pueden implicar por sí solas su inconstitucionalidad, debido a que son consecuencias de la forma en que la Constitución habilita la creación de impuestos sobre la propiedad inmueble.

Las diferencias son el resultado del ejercicio de las competencias derivadas de la Constitución y otorgadas a los Departamentos, ya que la Constitución no establece limitaciones en el sentido indicado en los párrafos precedentes.

Si bien los impuestos de tipo personal son los que tienen en cuenta la especial situación del contribuyente, los impuestos reales como el caso que nos ocupa, gravan manifestaciones aisladas de riqueza, pero en definitiva manifestaciones de capacidad contributiva, como ser una cuenta bancaria, obras de arte, etc.

Y nadie puede dudar de que por más que se trate de un indicativo de riqueza aislado, la posesión de un inmueble es demostrativa del poder adquisitivo de los individuos.

3.2. Progresividad en la imposición

Como fuera desarrollado en el capítulo correspondiente al marco teórico del presente trabajo, la Constitución de la República no realiza ninguna referencia a la progresividad en los impuestos, ni a nivel nacional ni departamental.

Tal silencio constitucional “total” acerca de la progresividad, determina que sea permitido establecer impuestos progresivos por parte de los Gobiernos Departamentales, aun los de carácter real. No puede hablarse de que ello implique vulneración alguna a la Constitución.

Así, el Dr. Blanco señala que tal circunstancia –ausencia de referencia alguna a la progresividad- sería de por sí suficiente para descartar cualquier pretensión de inconstitucionalidad: “...la determinación del contenido de la Constitución no puede derivar, racionalmente, en la proposición como “constitucional” de cualquier precepto a título de “principio implícito” de la Carta, puesto que las funciones normativas, sociales y políticas de todo el sistema jurídico, y de la Constitución en particular, imponen tener siempre como eje el propio texto constitucional. Por lo tanto, el silencio constitucional total acerca de la progresividad, tanto en el ámbito nacional como en el departamental, equivale a juicio del suscrito a que ella es un mecanismo de regla permitido tanto para la legislación nacional como para la departamental, para cualquier impuesto”.

En definitiva, el Gobierno Departamental puede ejercer la competencia con los límites establecidos por la Constitución, y dado que no existe ninguna disposición de rango constitucional que establezca alguna limitación en materia de progresividad, no existe, en consecuencia, ningún límite de principio para que los impuestos a la propiedad inmueble, tanto urbana como suburbana, tengan alícuotas progresivas.

La Constitución asigna a los Gobiernos Departamentales los impuestos sobre la propiedad inmueble (numeral 1 del artículo 297), y lo hace, como ya se dijo, sin ninguna limitación en cuanto a las tasas a aplicar.

En el sentido que se viene de desarrollar se pronuncia el Dr. Alberto Pérez Pérez, quien hace referencia a la distribución de competencias o potestades tributarias entre Departamentos y Estado Central, indicando que al asignar a los Gobiernos Departamentales los impuestos sobre la propiedad inmueble, la Constitución no establece alguna limitación en cuanto a si eso puede hacerse con la forma de tasas uniformes, de tasas progresivas o aplicando las distintas modalidades.

Indica que es cierto que ello puede ser criticable, pero que en todo caso se trataría de una objeción que puede merecer el texto constitucional en sí mismo, que permite pluralidad de aforos sobre un mismo bien, en la medida en que el Gobierno Nacional fije uno para los impuestos nacionales y el Gobierno Departamental otro para los impuestos departamentales, o que permite las tasas progresivas, aunque este impuesto directo pero real no esté tomando la capacidad contributiva total del contribuyente, porque solamente se tomaría un bien aislado¹⁴.

Destaca el Dr. Pérez Pérez que en el Gobierno Departamental de Montevideo, las tasas son progresivas desde el año 1957, y lo son también en una cantidad de Departamentos del Interior del País.

Igual posición es seguida por el Dr. Andrés Blanco, para quien la Constitución uruguaya no contiene ninguna disposición que establezca nada acerca de la progresividad, ni prohibiéndola, ni limitándola, ni haciéndola obligatoria, no hace referencia alguna. La Constitución uruguaya ignora -a diferencia de otras constituciones como por ejemplo la española- toda referencia a la progresividad en la imposición.

En última instancia, el determinar si un impuesto es progresivo o no, es el fruto de una decisión libre del órgano legislativo competente, determinada por las convicciones políticas predominantes en el mismo.

Comparto lo expuesto por la Dra. Addy Mazz para quien el tema de la progresividad es de carácter técnico y no jurídico, y que la fijación de tasas progresivas para el tipo tributario en estudio no afecta el principio de igualdad sino que lo confirma, al tratar con equidad a quienes tienen una capacidad contributiva semejante.

14 Revista Tributaria, Tomo XX, N°113, “Mesa Redonda sobre la Contribución Inmobiliaria Urbana y Suburbana y la Tasa General Municipal del Departamento de Montevideo, página 91.

Sin perjuicio de ello, admite que si bien la capacidad contributiva global de los individuos se aprecia cabalmente en los impuestos personales, no significa que no pueda serlo en los reales.¹⁵

La progresividad nace como un principio en el que se busca la justa redistribución de la riqueza como un medio de hacer efectiva la igualdad. Como se dijo al principio del trabajo, la propiedad de inmuebles es de las manifestaciones más antiguas de riqueza que el ser humano conoce, y si bien es una manifestación aislada de la capacidad económica financiera del individuo, donde no se tiene en cuenta una manifestación global de su situación, nadie puede dudar que nos muestra una parte importante de su situación en general.

El impuesto es real y grava esa manifestación de riqueza específicamente, y nada impide que se aplique un criterio progresivo en su cálculo, por el cual a mayor valor de la propiedad, mayores son las alícuotas.

Además, como viene de verse, no hay sustento constitucional que nos permita afirmar lo contrario a lo precedentemente expuesto.

Y como también se vio, la aplicación de alícuotas progresivas no va en contra del principio de igualdad, sino que permite concretar el mismo. Es más, la progresividad es considerada en general por la doctrina como un principio válido para los impuestos de tipo personal, por lo que no se aprecia porque sucedería lo contrario con los impuestos de tipo real.

El actual impuesto Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, parte del supuesto que quien posee un inmueble de alto valor, tiene asimismo un alto valor en el resto de su patrimonio, sin perjuicio de que se trata de una manifestación aislada de riqueza. El hecho de tener un inmueble de alto valor, denota cierta riqueza o poder adquisitivo que permite inferir una capacidad contributiva mayor a la de aquel que tiene un bien inmueble de bajo valor.

3.3. La imposición de alícuotas progresivas, ¿es sinónimo de adopción de una determinada política fiscal?

Hay quienes postulan la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 8 del Decreto No. 32.265 en el entendido de que la fijación de alícuotas progresivas que realiza dicha norma implica perseguir fines de política fiscal, lo que no está permitido a los Gobiernos Departamentales por parte de la Constitución, que cuando quiso habilitarlos a perseguir dicho tipo de fines extra-fiscales, así lo dispuso expresamente.

El razonamiento que realizan quienes consideran que en definitiva la imposición objeto de estudio persigue fines extra-fiscales, y por ende, es inconstitucional, es el siguiente.

Primero constatan que el artículo 297 de la Constitución, en el numeral 1º, otorga a los Gobiernos Departamentales potestad para crear impuestos sobre la propiedad inmueble situada dentro de los límites de su jurisdicción.

A su vez, en el numeral 2º, el artículo 297 de la Constitución otorga potestad a los Gobiernos Departamentales para crear impuestos sobre los baldíos y la edificación inapropiada en zonas urbanas o suburbanas, dentro de los límites de su jurisdicción.

Es decir que el constituyente, en el artículo 297 numeral 2º, faculta en forma expresa a los Gobiernos Departamentales a crear impuestos que persigan una finalidad extra-fiscal, que sería el tratamiento más gravoso a inmuebles que no se utilizan o se encuentran abandonados.

Dicha facultad que no se encontraría en el numeral 1º, puesto que no tendría sentido que se facultara al Gobierno Departamental a crear impuestos sobre los baldíos en forma expresa, si en definitiva estos -como inmuebles que son- ya podrían ser gravados en virtud del numeral 1º del artículo 297.

Tal necesidad de facultar expresamente a los Gobiernos Departamentales a crear un impuesto de tasa más alta sobre los baldíos, deriva de que dicha facultad no está incluida en el numeral 1º.

A mi juicio, tal razonamiento es incorrecto, por los motivos que se dirán a continuación.

¹⁵ Addy Mazz, "La cuantificación de la obligación tributaria departamental", en Rev. Tributaria, Tomo XX, No. 115, páginas 283 y siguientes.

En primer lugar, corresponde analizar los adjetivos “fiscal” y “extra-fiscal”, y sobretodo, que trascendencia tiene la calificación de los fines de un impuesto.

“Fiscal” alude al propósito recaudatorio de un tributo. Por lo que salvo raras excepciones, no es pensable un impuesto que carezca de “fines fiscales”, lo que es lo mismo que decir que todos los impuestos tienen “fines fiscales”.

Sostiene el Dr. Blanco: “...si por “propósito fiscal” entendemos la finalidad de allegar dinero al Estado, se trata de una característica de todos los ingresos públicos, incluidos los precios. En efecto, y más allá de que desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los particulares existan diferencias relevantes entre los diferentes tipos de ingresos públicos, tanto desde la óptica jurídica como desde la económica, si nos atenemos estrictamente a lo recaudatorio, el papel que cumplen todos los ingresos públicos es el mismo. Por lo tanto, con estos elementos ya sería suficiente para considerar que la distinción entre “fiscal” y “extrafiscal” en relación con los fines de los impuestos es, por lo menos, discutible.”¹⁶

Sin perjuicio de lo discutible que puede ser la calificación de extra-fiscal de la finalidad perseguida por un tributo, hay otros razonamientos que descartan los desarrollos efectuados al inicio del presente apartado.

Addy Mazz expresa: “A nivel nacional, el art. 133 de la Constitución, al otorgar al Poder Ejecutivo competencia privativa para las exoneraciones tributarias, ha sido interpretado en el sentido de que éste es el conductor de la política económica. Pero no existe ninguna norma expresa que limite la potestad de los gobiernos departamentales en la estructuración de los tributos que le han sido adjudicados por el art. 297. Resulta, sin embargo, de toda lógica, admitir que en un país unitario como Uruguay cuyas circunscripciones territoriales tienen autonomía tributaria, no pueden existir 19 políticas fiscales diferentes con relación a las fuentes que les otorga la Constitución. Por otra parte, ello no condice con las competencias que le han sido asignadas a los gobiernos departamentales (art. 273 y 274 de la Constitución)”.

“Derivar de esta limitación de competencia la conclusión de que no pueden crear tributos progresivos significa considerar que la progresividad sólo responde a una determinada política fiscal, de redistribución de rentas. Pero como ya hemos visto, ello no es así, sino que son diversos los fundamentos que ha tenido la progresividad y que básicamente ha respondido a una concepción de igualdad” (...) “...adjudicarle a la imposición progresiva el objetivo de lograr una determinada política fiscal, es considerar que dicha técnica obedece exclusivamente a esa finalidad, lo que (...) no constituye el único fundamento que se le ha dada a este tipo de imposición”¹⁷.

En definitiva, lo que caracteriza a los tributos regulados por el inciso 2° del artículo 297 de la Constitución, es que se toma en cuenta exclusivamente las condiciones objetivas de los inmuebles –baldíos y edificaciones inapropiadas- y no subjetivas de quien en definitiva se ve obligado al pago del impuesto.

Además, los impuestos sobre los terrenos baldíos y la edificación inapropiada, fueron otorgados a los Gobiernos Departamentales a efectos de que pudieran presionar para fomentar el desarrollo edilicio de las ciudades. Estos tributos demuestran el grado de amplitud con que puede ser manejada la potestad tributaria sobre la propiedad inmueble.

Incluso, si se admitiera que los únicos impuestos con fines extrafiscales son los del numeral 2° del artículo 297 de la Constitución, ello no puede implicar como consecuencia, la prohibición de perseguir dichos fines para ninguno de los restantes impuestos previstos en el artículo citado.

Conclusión: todos los tributos, es decir, todos los impuestos, tasas, contribuciones especiales, así como los precios y otros ingresos, previstos en el artículo 297, persiguen fines extrafiscales, como sucede con cualquier ingreso público. Por lo que no puede existir inconstitucionalidad por una característica que la propia Constitución prevé.

Comparto lo expuesto por el Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación en varias de las vistas que le fueron conferidas por la Suprema Corte de Justicia ante acciones promovidas respecto del decreto No. 32.265: “... no puede extraerse, del precepto constitucional (...) que las administraciones departamentales no puedan fijar sus tributos de modo tal que las alícuotas resultantes atiendan el principio de igualdad ante la Ley, o, específicamente ante las cargas públicas. El principio pluricitado de igualdad (y de justicia social que deviene de su atención), es un fin que debe estar contemplado en toda actividad de los Órganos

16 Informe Dr. Blanco. Ob. Cit.

17 Mazz, Addy; “La Contribución Inmobiliaria”; F.C.U., Montevideo, 1998, págs. 72-73

del Estado, y con mayor razón aún en la actividad impositiva, tanto a nivel Nacional como Departamental. Por ende no cabría tildar de incompatible con la Carta, un gravamen que utiliza un sistema de cálculo no prohibido por la Constitución, y cuya finalidad radica en un mayor acercamiento a la igualdad en las cargas tributarias...".¹⁸

4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Múltiples han sido los fallos emitidos por la Suprema Corte de Justicia respecto al tema propuesto, es decir, regularidad constitucional del actual impuesto de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo.

En el presente capítulo expondré las Sentencias Nos.77, 84, 91 y 392 del 2009. Dichos fallos fueron algunos de los dictados en procesos de inconstitucionalidad iniciados específicamente contra los artículos 7 y 8 del Decreto No. 32.265 dictado por la Junta Departamental de Montevideo.

En estas sentencias, la Corporación analiza los derechos constitucionales que los promotores consideran son vulnerados por la normativa departamental, y en lo que más interés tiene para el presente estudio, se hace especial referencia a la potestad que tienen los Gobiernos Departamentales de aplicar o no, impuestos progresivos sobre la propiedad inmobiliaria.

4.1. Identificación de las Sentencias

Sentencia No. 77, dictada el 20 de abril de 2009, firmada por los Dres. Jorge T. Larrieux, Leslie Van Rompaey, Daniel Gutiérrez Proto, Jorge Ruibal, redactada por el Dr. Hipólito Rodríguez Caorsi. Autos: "Reyes Buysan, María Teresita y otros c/ Gobiernos Departamental de Montevideo –Acción de Inconstitucionalidad art. 8 del Dec. Legislativo Departamental No. 32.265 de fecha 30 de octubre de 2007" Ficha 1-299/2008.

Sentencia No. 84, dictada el 20 de abril de 2009, firmada por los Dres. Jorge T. Larrieux, Leslie Van Rompaey, Daniel Gutiérrez Proto, Hipólito Rodríguez Caorsi, redactada por el Dr. Jorge Ruibal Pino. Autos: "Secco, María Magdalena y otros c/ Gobiernos Departamental de Montevideo –Acción de Inconstitucionalidad arts. 7 y 8 del Decreto Legislativo Departamental de Montevideo No. 32.265 de 30 de octubre de 2007", Ficha 1-189/2008.

Sentencia No. 91, dictada el 22 de abril de 2009, firmada por los Dres. Jorge T. Larrieux, Daniel Gutiérrez Proto, Hipólito Rodríguez Carozzi, Jorge Ruibal Pino, redactada por Leslie Van Rompaey. Autos: "Hugues, Isabel y otros C/ Gobierno Departamental de Montevideo- Acción de Inconstitucionalidad arts. 7 y 8 del Decreto Legislativo Departamental No. 32.265 de fecha 30 de octubre de 2007", Ficha 1-294/2008.

Sentencia No. 392, dictada el 4 de noviembre de 2009, firmada por los Dres. Jorge T. Larrieux, Leslie Van Rompaey, Daniel Gutiérrez Proto, Jorge Ruibal Pino, redactada por Jorge Omar Chediak González. Autos: "Saldaña, Claudio y otros c/ Intendencia Municipal de Montevideo- Acción de Inconstitucionalidad arts. 7 y 8 del Decreto No. 32.265 del Gobierno Departamental de Montevideo", Ficha 1. 381/2008.

Las normas jurídicas cuya regularidad constitucional fue objeto de análisis –en todas las sentencias citadas- son los artículos 7 y 8 del Decreto del Gobierno Departamental de Montevideo No. 32.265, sancionado el día 30 de octubre de 2007, con excepción de la Sentencia No. 77/2009, expediente en el cual, sólo se plantea la acción de inconstitucionalidad respecto del artículo 8 del citado Decreto.

4.2. Posturas y argumentos comunes de las partes en los procesos

En primer lugar, todos los promotores son titulares de derecho de propiedad, posesión u otros derechos reales de inmuebles en Montevideo alcanzados por la actual estructura de tasas de la Contribución Inmobiliaria de Montevideo. A juicio de los accionantes, la actual estructura de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, lesiona sus intereses como contribuyentes, en tanto titulares de un interés directo personal

¹⁸ Entre otros, dictámenes No. 2577 y 2627/2888.

y legítimo –calidad necesaria para promover la solicitud de inconstitucionalidad de una norma. Acreditan su titularidad mediante certificados notariales y recibos de pago.

En segundo lugar, y como ya se adelantara, expresan que las normas y principios de la Constitución vulnerados por los artículos 7 y 8 del Decreto No. 32.265 son los artículos 7, 8, 32, 297 inciso 1 y 332 de la Constitución.

Lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto, afirman que vulnera los artículos 8 y 297 inciso 1 de la Carta, en virtud de que crea un impuesto de Contribución Inmobiliaria que por ser de tasas múltiples excede la potestad tributaria otorgada a los Gobiernos Departamentales, violando en consecuencia el artículo 297 numeral 1 de la Constitución que sólo autoriza a fijar una tasa única para dicho tributo.

Indican que la norma departamental, quebranta el principio de igualdad ante las cargas públicas, que encuentra su reconocimiento en el artículo 8 de la Constitución. Aplica tasas sin poder identificar a los contribuyentes que poseen mayor riqueza. Manifiestan que los impuestos progresivos sólo son concebibles cuando son personales. Agregan que los impuestos reales, como es el caso de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, gravan una manifestación aislada de riqueza sin tomar en cuenta los aspectos personales del propietario.

Y respecto del artículo 7 del Decreto No. 32.265, consideran que es inconstitucional porque viola la seguridad jurídica y vulnera diversas normas de rango constitucional, artículos 7, 72 y 332 de la Carta. Fundamentan que el referido artículo resulta violatorio del principio de irretroactividad de la ley tributaria.

4.3. Problema jurídico planteado

El Decreto de la Junta Departamental de Montevideo No. 32.265, que establece tasas progresionales, ¿vulnera la Constitución, particularmente los principios de igualdad, no confiscatoriedad, derecho de propiedad, principio de igualdad jurídica?

En la identificación del problema jurídico, la Corte parte de dos consideraciones, las cuales deben tenerse en cuenta a la hora del juzgamiento de la cuestión constitucional.

La primera que toda ley goza de la presunción de constitucionalidad mientras no se prueba lo contrario.

Y la segunda que en el tipo de proceso, no se juzga el mérito o el desacierto legislativo, sino tan sólo si la Ley, o el Decreto del Gobierno Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, es o no constitucionalmente válido.

La Corporación sostiene que es ajeno al objeto del proceso incursionar en cuestiones de política legislativa, y desacertado formular observaciones sobre la conveniencia, justicia u oportunidad del sistema tributario que impulsara el Gobierno Nacional o Departamental respectivamente.

La Corte reitera en forma constante estas dos consideraciones, como es en el caso de los recientes fallos sobre la regularidad constitucional del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas.

En Sentencia 133/2008, redactada por el Dr. Daniel Gutiérrez Proto, se sostiene que: "...cabe citar la opinión de Linares Quintana: "...el Poder Judicial excedería su ámbito específico y constitucional si entrara a juzgar los propósitos o motivos que pudieren haber inspirado al legislador en la aprobación de las Leyes, materia que está comprendida en el campo de la política legislativa. Es así que los Tribunales en manera alguna pueden formular valoraciones acerca de la bondad o inconveniencia, la justicia o injusticia, la oportunidad o inoportunidad de los actos legislativos, y por más que posean la firme convicción de que la Ley es inconveniente, o injusta, están obligados a aplicarla".

"Así lo exige el principio fundamental de la división de los poderes del gobierno. Si los jueces penetraren en el terreno vedado de la prudencia política, no habría razón para que, analógicamente, el Poder Legislativo, por su parte, no pudiera incursionar en la órbita jurisdiccional, con consiguiente desaparición de los departamentos gubernativos y, como consecuencia, de la libertad..." (Teoría e Historia Constitucional, T. I, pp. 319/320)."

“Y también cabe citar la opinión del recordado Prof. Sayagués Laso: “...no debe olvidarse que el Poder Judicial administra la justicia; no gobierna el país ni dicta sus Leyes, a pesar de que, excepcionalmente, estas diversas funciones se confundan o entremezclen. Este principio básico de la división e independencia de poderes alcanza a los jueces constitucionales, que deben actuar en una función estrictamente arreglada a derecho y resolver por razones y determinaciones puramente jurídicas como se ha dicho precedentemente.”

“De no ser así, se arriesga que el Poder Judicial se deslice hacia el llamado “Gobierno de los Jueces”, lo que constituye una arbitrariedad grave, que se consume invocando una pretendida interpretación de la Ley, por más digna y honesta que pueda ser la inspiración que anima al Magistrado”.

“Lo expuesto no implica en modo alguno que al realizar la tarea de calificar la Ley deban desatenderse a aquellas motivaciones que, inspirando al Poder Legislativo, condujeron a adoptar la solución que ha estimado preferible y permitan atribuirle su real naturaleza jurídica (Tratado de Derecho Administrativo, T. I, p. 442).”

En igual sentido, en Sentencia No. 144/2008 –redactada por el Dr. Larrieux, se indica que: “... “para conseguir una articulación satisfactoria de la sociedad como “un sistema justo de cooperación” es necesario que el componente principal del ordenamiento sea un cuerpo firme de Leyes entendidas como vehículos normativos coherentes de reglas generales sin que ello implique el retroceso de la Constitución o se desconozca la razón por la que, aunque exista un órgano legislativo que representa fidedignamente a la mayoría de los ciudadanos y su pluralidad de convicciones, opiniones y preferencias, se justifica la existencia de un texto constitucional que limite sus competencias”.”

“Es convicción común que las Constituciones deben reconocer, formular y garantizar los derechos individuales básicos, derechos humanos o fundamentales, incluso la idea propia del iusnaturalismo moderno de que hay derechos naturales anteriores a la comunidad política hoy puede aceptarse recurriendo a la noción de Justicia entendida como segmento de la moralidad o de la ética, por lo que el ciudadano se torna inmune a cualquier pretensión del legislador que interfiere en esa esfera o, en otras palabras, sólo pueden “hurtarse” a la decisión democrática las cuestiones constitucionales relativas a esos derechos (F. Laporta. El imperio de la Ley. Una visión actual, Ed. Trotta, págs. 219-242)”.”

“Pero para sustraer de la decisión mayoritaria, esto es, de la competencia del Poder Legislativo, otros aspectos de la vida en sociedad, el entramado de Leyes necesarias para hacerla posible balanceando el interés subjetivo y el colectivo, se requiere al intérprete cautela y que quien invoca la violación constitucional demuestre inequívoca, fehaciente e indiscutiblemente la inconciliabilidad u oposición con textos o principios de la Carta”.”

“El conflicto debe presentarse al operador jurídico (intérprete) como nítidamente claro, prístino, en el sentido y alcances que deriven en el drástico efecto de inaplicabilidad en el caso concreto de la Ley afectada” (L. Costa Franco, Impuesto a la renta..., Rev. de derecho y tribunales No. 5, págs. 95 y ss.)”.

De lo que se viene de exponer, se concluye que es claro e importante tener en cuenta al momento de cuestionar la regularidad constitucional de una Ley o un Decreto de la Junta Departamental con fuerza de Ley en su jurisdicción que la Corte no juzga el mérito de la decisión Legislativa, ni la conveniencia o no del sistema tributario por el cual se opta, sino que su labor queda circunscripta a determinar la regularidad constitucional del sistema tributario.

4.4. Caso concreto planteado

Con el fin de resolver el problema jurídico anteriormente mencionado –regularidad constitucional de los artículos 7 y 8 del Decreto No. 32.265 de la Junta Departamental de Montevideo-, la Corte menciona los siguientes puntos que forman el caso concreto a estudio.

i) En primer lugar, se pone de manifiesto que quien tiene la potestad tributaria para decretar y administrar los impuestos sobre la propiedad inmueble, es el Gobierno Departamental, determinando cada uno de sus elementos esenciales: base de cálculo, alícuotas, sujetos pasivos, etc. Ello surge del propio inciso primero del artículo 297 de la Carta. No existe prohibición de rango constitucional, respecto a la forma de calcular el impuesto.

ii) En segundo lugar, en cuanto al principio de igualdad ante las cargas públicas, la Corte no advierte que el Decreto No. 32.265 en su artículo 8 viole tal principio. Hace referencia a las distintas acepciones que tiene el principio de igualdad, indicando que el mismo, como límite al poder fiscal y a su ejercicio, significa que la ley misma es la que debe proporcionar un tratamiento igual y que debe respetar las desigualdades existentes en materia tributaria.

Con respecto al alcance del principio de igualdad, la Corte al igual que lo ha hecho en reiteradas oportunidades, señala: "...el mismo no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente. A condición de que, tal como lo ha sustentando la justicia norteamericana y lo ha expresado el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga, todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y de que la determinación efectuada por la misma sea razonable, no injusta, caprichosa o arbitraria, sino fundada en una real distinción (Cfme. Jiménez de Aréchaga, "La Constitución Nacional", Ed. Cámara de Senadores, T. I. pág. 367; cfme. Sentencias de la corporación Nos. 323/94, 720/96 y 26/2006)...".

En lo que tiene que ver específicamente con la propiedad de bienes inmuebles, expresa que la propiedad de dichos bienes, atendiendo ciertas pautas relativas a la ubicación geográfica en el departamento -para el caso Montevideo- y el aforo realizado por Catastro, es sin duda un índice de capacidad económica o contributiva.

Es importante destacar lo siguiente, la Corte considera que el principio de igualdad sólo se violaría -en su concreción en la capacidad contributiva- "...en aquellos supuestos en que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial o presuntiva, sino inexistente o ficticia, lo que no se da en el caso." (Sentencia No. 392/2009).

iii) En tercer lugar, en cuanto a la aplicación de impuestos progresivos, en el caso, como ya se dijo, el contribuyente tributa en función del valor real de su propiedad, se aplican tasas que son progresionales, estableciéndose 5 franjas. La progresividad es por escala, lo que significa que el monto imponible se va dividiendo en porciones según el tramo en que uno y otro se ubique, y la alícuota que se aplica, es la correspondiente al valor ubicado en el tramo respectivo.

Como sostiene la Suprema Corte de Justicia, el tema en cuestión no es nuevo, y en apoyo de ello cita el trabajo de Addy Mazz "La contribución inmobiliaria".

Respecto a la posibilidad de fijar impuestos progresivos sobre la propiedad inmueble de Montevideo, destaca que la Constitución Nacional no hace referencia alguna a la progresividad.

En todas las sentencias mencionadas, se transcribe una parte de la consulta realizada por la Intendencia Municipal de Montevideo al Dr. Andrés Blanco: "...relativa a la constitucionalidad del art. 8 del Decreto cuestionado, "...la ausencia de toda referencia a la progresividad en la imposición tanto en lo nacional como en lo departamental implica que dicha cuestión, como tantas, sea el fruto de una decisión del órgano legislativo competente, determinada por las convicciones políticas predominantes en el mismo..."; "...lo que tampoco caben dudas es de que los órganos legislativos nacionales y departamentales, en tanto están habilitados normativamente por la Constitución para ello, y cuenta con la investidura democrática que les proporciona su legitimidad, necesariamente tiene que tener un margen de actuación discrecional que se colmen, precisamente, por los programas políticos que, sin desbordar aquél que establece la Constitución, obtengan la mayoría de las adhesiones en el acto comicial" (fs. 47 y ss. de autos)". (Cfme. Sentencia No. 77/2009).

Asimismo, en los fallos de la Corte se pone de manifiesto que, conforme la experiencia y el curso de los acontecimientos, la titularidad de bienes inmuebles de alto valor es indicativo de "alta eficacia presuncional", de un patrimonio que en su totalidad es de alta magnitud económica, lo que en definitiva refleja una alta capacidad contributiva.

Por el artículo 297 numeral 1° de la Constitución, se confiere a los Gobiernos Departamentales la potestad de crear impuestos sobre la propiedad inmueble, sin prescribir una estructura particular ni la progresividad de los mismos.

En definitiva, se entiende que en los casos planteados, se confunde la potestad tributaria del Gobierno Departamental en la materia -imposición sobre los bienes inmuebles situados en Montevideo-, con objeciones que dicen relación a la progresividad, en tanto la principal crítica realizada al Decreto en estudio es que la progresividad no refleja la capacidad tributaria.

La Corte no desconoce que pueden existir situaciones de injusticia, "...en tanto el impuesto no contempla deducciones y refleja aisladamente la posición patrimonial del contribuyente, pero ellas son toleradas por la Carta y el sistema de alícuota progresiva responde, en suma, a un criterio político, compartible o no (nada descarta en el caso que el sistema sea un medio para conseguir la igualdad) que no corresponde a la Suprema Corte de Justicia analizar" (Sentencia No. 77/2009).

iv) En cuarto lugar, la Corporación analiza la objeción que refiere a que la Contribución Inmobiliaria no puede ser establecida atendiendo a fines extrafiscales.

La objeción no es compartida por la Corte. La pretensión de inconstitucionalidad fundamentada en que la actual forma de tributar la Contribución Inmobiliaria, obedece a fines extrafiscales, se hace partiendo de un argumento a contrario sensu respecto de lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 297.

Pero, contrariamente a lo sostenido en las múltiples acciones, la Suprema Corte de Justicia considera que la circunstancia de que el inciso segundo del artículo 297 "...autorice la imposición a los baldíos y a la edificación inapropiada, no implica necesariamente que la progresividad se limite o acote a esta fuente de recursos departamentales, ni la proscripción de las tasas diferenciales respecto de los impuestos sobre la propiedad inmuebles estatuidos en el inc. 1°."

"Nótese que este argumento es de utilización restrictiva; algunos autores (Alessandri, "Tratado..." pág. 198, citando a Claro Solar), entienden que el argumento a contrario sensu es la más de las veces peligroso y falso; el silencio del legislador por sí sólo nada prueba; este argumento debe ser empleado con mucha cautela y discreción".

"Como sostiene Aduet (Teoría General de la Argumentación Forense, pág. 279), la interpretación a contrario sensu es evidentemente restrictiva siempre, como así también no puede ser calificada desde los modos de interpretación básicos en una forma diferente a la conocida interpretación literal de la ley".

"El rechazo de este argumento se hace más patente si se tiene en cuenta que ni siquiera en el inc. 2° del art. 297 la Constitución hace referencia alguna a la progresividad del impuesto o la aptitud para perseguir propósitos extrafiscales".

"Es más; aún si el inc. 2° del art. 297 hubiera establecido expresamente la posibilidad de perseguir fines extrafiscales mediante el impuesto a los baldíos o edificación inapropiada, ello no llevaría necesariamente a concluir que la Carta no autoriza a los gobiernos departamentales a pretender objetivos extrafiscales en relación a las restantes fuentes de recursos que la disposición constitucional consagra." (Cfme. Sentencia No. 91/2009).

v) En quinto lugar, la Suprema Corte de Justicia rechaza la alegada vulneración al artículo 32 de la Carta, ya que remitiéndose a otros fallos, considera que el impuesto no viola el derecho de propiedad, ya que no hay incautación de bienes en el sentido de desapoderamiento sin justa compensación, "sino una imposición que provoca un sacrificio económico...".

vi) Por último, la alegada infracción por parte del artículo 7 del Decreto Departamental de Montevideo No. 32.265, al artículo 7° de la Constitución –principio de seguridad jurídica–, es desechada por la Corte, ya que como sostuviera en Sentencia No. 66/2004, indica que la norma que consagra la solución de que las leyes no tienen efecto retroactivo está contenida en el Código Civil.

El artículo 7 del Decreto Departamental dispone que "Cuando por cualquier motivo quedaran suspendidos o sin efecto cualesquiera de los tributos o ingresos establecidos o modificados por las disposiciones de este decreto, se aplicarán automáticamente las normas sustituidas por aquéllos".

"A los efectos de no alterar las obras y los servicios, observando el debido equilibrio presupuestal, los tributos e ingresos que recobren vigencia deberán ser revisados de acuerdo a los montos de los tributos e ingresos que fueron suspendidos o dejados sin efecto. Para ello la Intendencia remitirá de inmediato a la Junta Departamental el proyecto de decreto correspondiente".

La crítica más importante a dicho artículo es que la aplicación automática de normas sobre tributos que fueron derogadas ataca la seguridad jurídica y la certeza en relación a las disposiciones sobre el impuesto.

Al respecto, la Corporación sostiene que la seguridad jurídica no se ve vulnerada en forma alguna por la norma que se impugna de inconstitucional, ya que, "...se encuentran establecidas por la propia norma, las hipótesis en que correspondería la supervivencia en determinados casos del sistema anterior."

Asimismo expresa que, "...como afirma la Sent. No. 66/04 de la S.C.J.: "...La norma que consagra la solución de que las leyes no tiene efecto retroactivo está contenida en el Código Civil (art. 7), que no es sino una ley. En nuestro país, la prohibición de dar efecto retroactivo a la ley rige para el juez y para el reglamentador de la ley, rige el proceso de aplicación de la ley pero no el de creación de la misma".

"Pudiéndose, entonces, en principio y si lo estimare conveniente u oportuno, darle efecto retroactivo a determinada solución, alcanzando a efectos ya cumplidos bajo la vigencia de una ley anterior".

"El principio es la irretroactividad, por cuanto las leyes, tal como lo sostenía Portalis, no existen sino desde que se promulgan, y no pueden tener efecto sino desde que existen (Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "Introducción al Derecho", pág. 189).

"Es jurisprudencia constante de la Corporación que la prohibición de retroactividad no tiene rango constitucional y por tanto no amerita una declaración de inaplicabilidad legal".

"Una ley puede siempre dejar de lado lo establecido en el art. 7 del C.C., consagrando la vigencia pretérita del nuevo texto, en todas aquellas situaciones que a juicio de legislador lo justifique. En ello no se compromete principio constitucional alguno, ya así lo ha resuelto la Suprema Corte en numerosos pronunciamientos (v. Sents. Nos. 37/83, 125/95, 60/86 y 10/90 entre otras)." (Cfme. Sentencia No. 84/2009).

5. CONCLUSIONES

Como ya se dijo en el capítulo respectivo sobre la regularidad constitucional de la actual Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, los artículos 7 y 8 del Decreto de la Junta Departamental de Montevideo, no vulneran norma de orden superior alguna.

La Constitución de la República, en su artículo 297, otorga a los Gobiernos Departamentales la potestad de decretar y administrar los impuestos sobre la propiedad inmueble, urbana y suburbana, situada dentro de los límites de su jurisdicción.

El principio de igualdad es contemplado por el Decreto No. 32.265, ya que el contribuyente tributa en función del valor real de su propiedad, aplicándose tasas progresivas, estableciéndose 5 franjas.

Es decir que se tributa en función del valor real del inmueble, en aplicación de tasas progresionales. El monto imponible se divide en porciones según se ubica en uno u otro tramo de los previstos en la Ley, se trata de una progresividad por escalas, la alícuota se aplica en forma exclusiva al valor ubicado en el tramo correspondiente.

La fijación de tasas progresivas para el caso de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo, no afecta en nada el principio de igualdad, sino que por el contrario, trata con equidad e igualdad a todos quienes tienen una capacidad contributiva semejante.

Ello no implica desconocer en modo alguno que la capacidad global de los individuos, como sostienen varios especialistas de la materia, se aprecia cabalmente en los impuestos que son de tipo personal, pero ello no significa que no pueda serlo en los impuestos reales.

En definitiva, la progresividad busca la justa redistribución de la riqueza, en aras de hacer efectiva la igualdad entre los contribuyentes. La propiedad de inmuebles es de las manifestaciones más antiguas de riqueza, y si bien es una manifestación aislada de la capacidad económica financiera del individuo, nos muestra sin duda una parte importante de su situación económica.

Los Gobiernos Departamentales tienen la potestad de fijar políticas fiscales y extra-fiscales, ya que no surge algo diferente del texto de la Constitución. Además, se trata de categorías en sí mismas discutibles, como lo señala el Dr. Andrés Blanco en la cita que se efectuara en el cuerpo del trabajo.

Por otro lado, el tributo en cuestión no resulta confiscatorio en tanto no afecta el derecho de propiedad.

Pero a modo de conclusión final, creo que lo más importante a destacar y que ha sido expuesto en forma clara por la Suprema Corte de Justicia, es que no hay sustento constitucional que nos permita afirmar que no es posible establecer la progresividad en impuestos de carácter real.

La aplicación de alícuotas progresivas no va en contra del principio de igualdad, es más, éste principio es considerado en general por la doctrina como un principio válido para los impuestos de tipo personal, por lo que no se aprecia porque sucedería lo contrario con los impuestos de tipo real.

Igualmente, más allá de las opiniones al respecto, el tema ha quedado resuelto a partir de los fallos dictados por la Suprema Corte de Justicia (citados en el presente trabajo), que resolvieron a favor de la regularidad constitucional de la Contribución Inmobiliaria Urbana de Montevideo (Decreto No. 32.265 de la Junta Departamental de Montevideo).

6. REVISIÓN DE LITERATURA.

- BLANCO, Andrés, *"Tributos y Precios Públicos"*; Montevideo, F.C.U, 2005.
- BLANCO, Andrés, consulta inédita en autos "HUGUES, ISABEL Y OTROS C/ GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE MONTEVIDEO." Acción de Inconstitucionalidad, arts. 7 y 8 del Decreto Legislativo Departamental No. 32.265 de fecha 30 de octubre de 2007.
- Boletín del Instituto Uruguayo de Derecho Tributario**, Montevideo, Año III, Dic. 1995, No. 6.
- MAZZ, Addy, *La Contribución Inmobiliaria*; Montevideo, F.C.U., 1998.
- MAZZ, Addy, *Curso de Derecho Financiero*, Montevideo, F.C.U, 1991 3ª. Edición. T.1, V.1.
- MAZZ, Addy, *Curso de Derecho Financiero y Finanzas*, Montevideo, F.C.U., 1991, 3ª. Edición. T. 1, V. 2.
- MAZZ, Addy, *La cuantificación de la obligación tributaria departamental*, en **Revista Tributaria**, tomo XX, No. 115.
- JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *La Constitución Nacional*, [...], tomo 1.
- Revista Tributaria**, Montevideo, Tomo XX, número 113.
- RODRIGUEZ VILLALBA, Gustavo, *La Potestad Tributaria de los Gobiernos Departamentales*, Montevideo, F.C.U., 1998.
- VALDES COSTA, Ramón, *El sistema tributario uruguayo*, Montevideo, F.C.U., 1987.
- VALDES COSTA, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, [...], 1970.
- VALDES COSTA, Ramón, VALDES DE BLENGIO, Nelly y SAYAGUES ARECO, Enrique, *Código Tributario, comentado y concordado*, Montevideo, Amalio Fernández, 1994.
- VALDES COSTA, Ramón, *Instituciones de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1992.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

URIARTE María Elena; LAVISTA, Cecilia; LANZA, Sofía
Principios generales de la deontología jurídica

PRINCIPIOS GENERALES DE LA DEONTOLOGIA JURIDICA

MARÍA ELENA URIARTE
 CECILIA LAVISTA
 SOFÍA LANZA

A lo largo de la historia se ha entendido que el Derecho y el oficio del jurista, era estar al servicio de la violencia y la injusticia en cualquier circunstancia. Es por ello, que el jurista trabaja a favor de la justicia, en defensa de la paz que toda sociedad necesita para su armónico desarrollo. Cada vez más se hace evidente la necesidad de profesionales del Derecho íntegros y capaces de resistir a las presiones de cualquier tipo, que la sociedad de nuestro siglo exige.

Es importante tener presente que las virtudes profesionales son tales si realmente condicen al fin de la profesión: “si por medio de ellas no fuera posible lograr lo buscado, no tendría importancia el poseerlas.” Entre tales medios ocupa un lugar fundamental los PRINCIPIOS DEONTOLOGICOS y las virtudes profesionales.

SENTIDO Y RAZÓN DE SER DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS: EL JURISTA Y LA JUSTICIA

La razón última es la JUSTICIA. Es un elemento común de todas las ramas jurídicas, en mayor o menor medida. Ya Ulpiano destacó la importancia que existe entre Derecho y justicia. En sus palabras decía: “conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de donde deriva el nombre ius (derecho). Es llamado así por derivar de justicia”.

La mayoría de los autores defienden al Derecho, como la ciencia de lo justo y de lo injusto; y colocan al jurista como el “científico” de la justicia. El mismo en sus sentencias, declara que es lo justo de en el caso concreto y el fiscal defiende lo que considera justo de acuerdo con la legitimidad vigente y las circunstancias particulares. El abogado en cambio, persigue lo que entiende que es el derecho para el de acuerdo a la postura que defiende y principalmente los intereses de su cliente.

A pesar de haber comenzado a definir lo que para nosotras es el sentido de la profesión jurídica, conviene matizar que desde el siglo XIX, especialmente con Kelsen, la mayoría de los conocedores del derecho, están acostumbrados a entender al oficio del juez como el discernimiento entre lo legal y lo ilegal. La corriente más conocida es el positivismo, que utiliza la técnica del Derecho de forma cerrada e inconclusa. Se juzga tal como la ley lo dice. A pesar de ello, no todos los juristas actúan de igual modo

a) Lo justo legal y lo justo natural en el pensamiento clásico.

La visión de estos conceptos se remonta a varios siglos antes de Cristo, donde de a poco se comenzó a diferenciar entre las exigencias naturales y convencionales planteadas a los ciudadanos.

Luego con los antiguos griegos, dichos conceptos fueron profundizándose, entendiendo que lo “legal” remite a lo justo legal de acuerdo a la ley o la convención humana. Así por ejemplo, para Aristóteles lo legal es lo justo de acuerdo con el derecho positivo, siendo el “continente” de la justicia natural. El mismo equivale a la ley o a la convención humana; o como establece Hervada “es justo porque así lo establece la voluntad del hombre”.

En cambio el derecho natural, no depende de las diversas opiniones de los ciudadanos de la polis. Sus principios no se basan en la posibilidad de opción o convención humana, si no en lo justo por naturaleza.

La tercera idea que se deriva de Aristóteles, la autora Aparisi Miralles muy bien lo describe como “el derecho natural (lo justo natural) como el derecho positivo, son verdaderos derechos (...) no se trata por tanto de una idea abstracta o de un valor ideal, sino de una clase o tipo particular de justicia”.¹

Por otra parte, tenemos a Tomas de Aquino que en su “Tratado de Justicia”, define el derecho como lo justo, distinguiendo entre derecho natural y derecho positivo. Al igual que en Aristóteles, el derecho natural equivale a lo “justo natural”. Aquello que es adecuado al hombre “atendiendo la naturaleza misma de la cosa” (en este caso a la persona). Proviene de la naturaleza. Lo que no depende de la opinión humana”. Entre lo natural y lo positivo no hay y no debe haber contradicciones sino unidad e integración. Son Derechos reconocidos por las Constituciones y Declaraciones Internacionales porque pertenecen al ser humano en su esencia. Su desconocimiento conlleva una injusticia. Por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, sostiene en su preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. El derecho se reconoce con carácter universal. No solo en el ámbito interno del Derecho estatal, sino también intencionalmente con la intervención de la ONU. Estamos hablando de derechos inalienables y no renunciables.

b) La justicia como virtud del jurista

Es importante tener presente que Justicia no corresponde siempre al concepto de JUSTO.

Los romanos defienden a la justicia como la virtud que nos inclina a obra rectamente o conforme a las normas(a lo Justo).

El jurista está obligado a obrar de forma prudente de acuerdo a un orden normativo previo, ya que no crea lo justo legal o lo justo natural. Es por tanto, que está obligado a actuar de acuerdo a un hábito de voluntad y no de acuerdo a un ideal.

¿Cómo se define la Justicia? Ulpiano en el Digesto 1, 1,10 estableció que la justicia es la “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”.

Para la autora Ángela Aparisi Miralles, no se trataría de un ideal si no que remite al acto de atribuir el derecho concreto a cada uno, “el que se deriva de determinadas relaciones jurídicas, o simplemente, en virtud de su condición de persona.” El jurista tiene sus orígenes en esta idea, por la necesidad de un orden social y un experto capaz de administrar la justicia; defender o declarar algo contrario a los derechos positivos o naturales.

Es importante resaltar que no es posible identificar el concepto de Justo con la labor de un jurista, ya que en otras facetas no jurídicas puede no ser justo por la propia naturaleza de las cosas; por ejemplo en la familia. Sin perjuicio de que la mayoría entienden que la justicia es una virtud y que muchas veces ser justo en la vida privada facilitara mucho la vida profesional.

Para poder lograr los objetivos planteados es importante “querer dar a cada uno y saber que es lo que le corresponde cada uno”. Hay dos elementos involucrados: el saber y el querer; y el camino para alcanzarlo es la prudencia. La misma no debe ser únicamente con métodos deductivos, con métodos sacados del derecho y de la realidad; si no que en el proceso se conforman modos de interpretar el derecho y sobre todo opiniones, atendiendo de ese modo todos los puntos de vista que pueden plantearse en la realidad en que se vive. El jurista no puede perder nunca la importancia de la EQUIDAD. En palabras de Aristóteles “lo equitativo es justo”.

Los juristas son seres humanos no solo conocedores del derecho, sino que convive en una realidad de hechos que le permite realizar un análisis más equitativo, donde la discrecionalidad tiene una fuerte influencia.

PRINCIPIOS DE LA DEONTOLOGIA JURIDICA

La autora Ángela Aparisi establece que los “principios de la Deontología jurídica” y la virtud profesional pueden entenderse como medios más adecuados para alcanzar el fin de determinada profesión. Pero no existe unanimidad de conceptos sino que algunos lo relacionan a principios éticos, mientras que otros lo ven como verdaderos deberes generales. La autora Aparisi, se inclina por entenderlo como el “el principio debido” y lo relaciona directamente con la ética profesional.

Los principios básicos tienen una estrecha relación con la virtud profesional, que podrán llegar a hacerse realidad en la medida en que se actualice mediante los mismos hábitos de la voluntad conforme con las exigencias que presenta la razón práctica.

En el lenguaje profesional es muy difícil diferenciar entre lo que se entiende por principio deontológicos y la virtud profesional. Así por ejemplo suele hablarse del principio de lealtad profesional, cuando puede también llamarse como una virtud del ser humano.

Los principios deontológicos tienen grandes coincidencias con los éticos de las diversas profesiones. Es por tanto que puede decirse que en la Deontología profesional existen dos principios universales aplicable a todos los profesionales intelectuales libres, tales como:

EL PRINCIPIO GENERAL DE OBRAR SEGÚN CIENCIA Y CONCIENCIA

Tal como expresa, Aparisi en su libro, se puede afirmar que se trata de un principio <<marco>> o universal, en el sentido de que en él pueden confluir todas las valoraciones éticas de la actividad profesional. Dicho principio implica nada más ni nada menos, discernir el bien del mal, ver qué es lo que se puede y qué lo que no se puede hacer, para así poder evitar esto último.

Por ello, tal como expresa también dicha autora, tal principio remite en primer lugar a la obligatoriedad de poseer los conocimientos técnico-jurídicos requeridos para actuar correctamente. En segundo lugar, dicho principio destaca la libertad, y su inevitable consecuencia como lo es la responsabilidad personal, por los propios actos.

La exigencia de obrar según ciencia

Aparisi en su libro, menciona que la primera obligación ética es poseer la formación necesaria para poder desempeñar un trabajo con la mayor perfección técnica posible. Ello implica una exigencia permanente, que según Aparisi es la que debe conducir a la excelencia en el trabajo cotidiano, la cual implica un esfuerzo permanente, la constante lucha por conseguir el <<aún mejor>>. Los conocimientos no se pueden dar por adquiridos sólo por haber superado una licenciatura, un master o cualquier otro tipo de capacitación. La autora, sostiene que el buen jurista tiene el deber moral de mantener y actualizar sus estudios, de actualizarse- tal como vimos en el decálogo de Couture-. Y ello corresponde no sólo al abogado, sino también a todos los profesionales del derecho: jueces, fiscales, etc. Todo lo cual implica nada menos que un enriquecimiento constante. Aparisi, cita en su libro las palabras de Del Moral Martín: “ *Un buen juez debe saber, pongo por caso, distinguir lo que es un voltio de un watio...y no confundir la psicosis con la esquizofrenia. El continuo empeño por enriquecerse culturalmente, la inquietud intelectual para adentrarse en otras ramas del saber, como la psicología o la medicina...el esfuerzo por conectar con el entorno social, cultivar el sentido común, son notas claves en un buen juez, pues son consecuencia de algo que es básico: no se ha perdido la capacidad de aprender.*”

La obligación ética de obrar según conciencia

Expresa Aparisi que la noción de conciencia es inevitable en el ámbito de la ética profesional. Se trata de un concepto que reviste especial complejidad, esto ya que como explica la autora, existe una gran confusión en torno a la propia noción de conciencia. De hecho, tal como ejemplifica la autora, coloquialmente es muy frecuente apelar a la conciencia, entendiéndola como principio último de toda moralidad, desvinculándola de todo principio ético previo, convirtiéndola en la fuente de la propia <<moral autónoma>>. Lo cual evidentemente generaría tantas éticas o morales como conciencias o sujetos individuales. A su vez, como plantea

Aparisi, es inevitable la interrogante: ¿Cómo se explica la existencia de un comportamiento profesional en <<conciencia>> y, al mismo tiempo, gravemente inmoral?

La conciencia profesional

-Tomas de Aquino: *“...la conciencia es en cierto modo un dictamen de la razón- pues es una aplicación de la ciencia al acto-...”*

- Rodríguez Luño: *“Juicio de razón práctica que, a partir de los primeros principios de la ley natural, dictamina acerca de la bondad o malicia de un acto concreto que vamos a realizar o hemos realizado”*

Dice Aparisi, que la conciencia es el punto de encuentro entre ciertos principios éticos, válidos para todos, y la singularidad personal.

El ser humano por su calidad de tal, constantemente se encuentra en la necesidad de elegir, y es justamente en ese momento cuando aplica la conciencia, y funcionan dichos principios.

Por lo cual esta conciencia personal, también se puede extrapolar a la conciencia profesional, entendiendo por tal, aquella que además de las características previamente descritas, implicará un grado de exigencia que no concurriría en otros supuestos generales. Tan es así, que como expresa la autora, hay ciertas conductas que si bien pueden ser admitidas por la conciencia personal, no lo son por la conciencia profesional. Ejemplo, respecto del secreto profesional, en el ámbito de la abogacía es bastante más estricto que en la convivencia habitual, o que en otras profesiones.

Tipos de conciencia

Según determinados criterios, Aparisi, señala distintos tipos de conciencia:

A- La relación de la conciencia con el acto

B- La conformidad de la conciencia con los primeros principios de la razón práctica - ley natural-

C- Según el tipo de asentimiento

A- La relación de la conciencia con el acto: Conciencia antecedente o subsiguiente. La conciencia antecedente, es aquella que se hace presente antes de la realización de un acto, en cambio la conciencia subsiguiente, es aquella que reprocha, o acusa después del acto, como la sanción por la violación de una regla inobservada.

B- La conformidad de la conciencia con los primeros principios de la razón práctica - ley natural:- Conciencia verdadera o falsa. La conciencia verdadera, es aquella que juzga rectamente la bondad o malicia de un acto en conformidad con los principios de la razón práctica. El juicio de la conciencia será correcto, cuando la intención sea recta y el razonamiento verdadero: de esa forma se actuará virtuosamente; ya Aristóteles planteaba que la conciencia es cierta, cuando coincide con la verdad. Por su parte, la conciencia falsa, es aquella que juzga equivocadamente, estimando como buena una acción que en realidad no es correcta, o viceversa. La conciencia falsa puede ser invencible o vencible. Será invencible cuando la persona crea equivocadamente, por lo que además de invencible no traerá responsabilidad moral, ya que su disposición interna es la correcta. Respecto de la conciencia falsa vencible, se puede decir que es aquella en la cual la ignorancia se debe a la voluntad propia de la persona-no quiere saber- o a cierta negligencia.-Tomas de Aquino-

C- Según el tipo de asentimiento: Conciencia cierta, probable o dudosa. Conciencia cierta, será aquella en la cual se juzgue con firmeza que un acto es lícito o ilícito. Conciencia probable, será aquella que exista cuando ésta dictamina sobre la moralidad de un acto sólo con probabilidad, admitiendo la posibilidad opuesta. Conciencia dudosa, será aquella en la cual se suspenda el juicio de conciencia, al no decidirse por la bondad o maldad del acto. A su vez, Aparisi hace mención a

Peces-Barba, el cual realiza otra clasificación de la conciencia teniendo en cuenta el enfrentamiento entre la conciencia y el derecho y establece: 1- Conciencia crítica integrada: la persona acepta básicamente los fundamentos del derecho vigente en una sociedad democrática. Sin embargo, detecta desviaciones y patologías frente a las que quiere protestar y corregir. 2- Conciencia crítica aislada: prescinde del modelo democrático, sus motivaciones se apartan de las razones generales de la ética racional. 3-Conciencia egoísta interesada: es aquella que sólo razona en función de sus intereses individuales.

Criterios de valoración de la eticidad de una acción

Aparisi expresa en su obra, que para conseguir una conciencia recta, tradicionalmente se ha recurrido al estudio de las denominadas <<fuentes de la moralidad>>.Éstas son: el objeto de la acción, las circunstancias y el fin, o intención, del agente.

A- El objeto de la acción

Según Aparisi, el objeto de un acto moral es el bien real o aparente al que tiende intrínsecamente un determinado comportamiento elegido libremente; es decir, lo que explica de modo inmediato que el sujeto realice esa acción y no otra. El objeto no se refiere a la simple realidad fáctica de la acción, sino a su finalidad intrínseca, es el contenido mismo del acto. El ejemplo que pone la autora es el siguiente: el objeto de la acción moral <<homicidio voluntario>>mediante una incisión, consiste en realizar esa incisión precisamente porque es idónea para causar la muerte, y no como realizaría el cirujano que interviene para curar a un paciente. Lo que califica moralmente la actuación es el contenido de la voluntad. Por ello, como expresa la autora, el objeto es el elemento fundamental que otorga a la acción su moralidad intrínseca y esencial.

B- Las circunstancias

Según Aparisi, las circunstancias son todos aquellos factores que pueden graduar, de una forma más o menos intensa, el objeto del acto humano. Pueden convertir en incorrecto un acto que, de suyo, era lícito. Lo cual no implica que pueda transformarse en correcta una actuación que por su objeto es inmoral.

Dentro de las circunstancias se destacan:

- 1- La calidad del agente: en el ámbito profesional, por ejemplo, cuanto más elevado sea el cargo, mayor será la responsabilidad moral.
- 2- La relación del agente con el afectado: Cuanto más estrecha sea la relación entre el responsable de la acción y el perjudicado por la misma, mayor será la responsabilidad moral.
- 3- La cantidad o importancia del objeto: No es lo mismo sustraer a un cliente un documento cuya carencia le produzca indefensión, a otro sin ninguna trascendencia procesal.
- 4- Lugar donde se lleva a cabo la acción: No se califica moralmente de la misma forma una acción realizada en un lugar público o privado.
- 5- Medios empleados para realizar la acción: No es lo mismo calumniar en un ámbito privado, que servirse de la prensa para ello.
- 6- Como se realiza el acto: La planificación por ejemplo, acarrea mayor responsabilidad moral.
- 7- Cuándo se lleva a cabo la acción: el momento puede implicar mayor o menos responsabilidad moral, atendiendo a las necesidades del sujeto implicado.

C- La intención del agente

Según Aparisi, la intención es el fin subjetivo en virtud del cual se realiza un acto. Se refiere a los motivos últimos que llevan al sujeto a obrar de un determinado modo. La intención última, en virtud de la cual el individuo determina llevar a cabo una concreta acción, tiene un significado trascendente en el juicio de conciencia. Según la autora una vez determinada la bondad o malicia, habrá que detenerse en otros elementos, como por ejemplo, cuantas personas se verán beneficiadas, o cuán profundamente se beneficia una persona.

Educación de la conciencia profesional

Aparisi, plantea que si bien actuar en conciencia y a conciencia es un ideal no es una utopía. Por ello para que exista tal, es necesario educación. Y para lograr dicha formación, la autora plantea los siguientes puntos-entre otros-:

- 1- La sinceridad, integridad y rectitud de vida.
- 2- La paulatina adquisición de ciencia ética. Lo cual como establece implica el necesario conocimiento de sentido último y de los valores esenciales de la propia profesión, así como de los principios de la moral profesional.

Conciencia y situaciones conflictivas

Las situaciones conflictivas vienen dadas, como explica Aparisi, en función al <<acto doble efecto>>. Éste es aquel que posee dos consecuencias propias: la primera, que es buscada como fin objetivo de la acción; y la segunda, que surge como un efecto secundario, no previsto. Según la autora, el primer acto, que es voluntario, tiene por lo menos dos efectos: 1- el querido directamente y 2- el que se produce indirectamente.

Cuando los dos efectos son correctos, no se produce ningún problema moral. En cambio, los conflictos surgen cuando de una misma acción, se siguen dos efectos distintos, uno lícito y otro ilícito. Por ejemplo, un médico vende un fármaco, que sirve a una persona para suicidarse.

Según Aparisi, realizar actos de doble efecto no siempre es lícito, por lo que considera que es necesario seguir algunos criterios, por ejemplo:

- 1- La acción que se realiza en un primer lugar debe ser, desde un punto de vista ético, buena en sí misma, o al menos, indiferente. El efecto malo, no debe ser un efecto per se de la acción, sino que debe ser un riesgo. Si el primer requisito no se cumple, la actuación es rechazable.
- 2- El efecto bueno de la acción debe ser el primero o inmediato, de tal modo que no debe ser obtenido por medio del malo.
- 3- El fin o intención del agente deben ser buenos, en el sentido de que no persiga un efecto negativo, ej: no buscar le suicidio.
- 4- Que exista una causa o necesidad proporcionada a la gravedad del efecto negativo que se podría producir.

Noción y tipos de cooperación al mal

Según Aparisi, se entiende por cooperación al mal, <<cualquier ayuda que se presta a la acción mala de otro>>, ya sea como encubridor, mandante, intermediario, etc. A su vez, distingue entre los distintos tipos de cooperación:

- 1- Cooperación formal: Ocurre cuando se coopera al mal llevado por otra persona de manera voluntaria, y consintiendo con él.
- 2- Cooperación material: Ocurre cuando se coopera con el mal llevado a cabo por otra persona, pero de manera involuntaria, sin querer el resultado. La persona lleva a cabo la acción física, pero en su interior la rechaza y no acepta sus consecuencias negativas.
- 3- Cooperación directa o inmediata: Ocurre cuando se coopera a la acción mismo del que produce el mal. Por ej., cuando se ayuda a un ladrón a llevar a cabo la misma acción de robar.
- 4- Cooperación indirecta o mediata: Ocurre cuando se coopera al mal proporcionando a quien lleva a cabo la acción un medio que éste utilizará para su propósito.

Criterios de aplicación

Los principios, que Aparisi plantea como fundamentales para resolver estas situaciones, son los siguientes:

- 1- La actuación de la persona que influye directamente sobre la voluntad del que realiza la cooperación al mal es siempre ilícita.
- 2- La cooperación formal al mal, consintiendo y aceptando la actuación llevada a cabo es también siempre ilícita.
- 3- La cooperación material al mal, sin buscar o consentir el resultado, es genéricamente ilícita. Ello, ya que no solo existe la obligación de hacer el bien sino también de evitar el mal.

- 4- Existen situaciones muy concretas en las que las circunstancias particulares determinan que para una persona sea física o moralmente imposible actuar de otro modo. No son excepciones, sino situaciones extraordinarias, por lo que en estos casos, según Aparisi, será necesario tener en cuenta, por ejemplo si: a- No hay otro modo de obtener un bien importante y absolutamente necesario. b- No hay otro modo de evitar un grave daño a sí mismo o a los demás.

PRINCIPIO GENERAL DE INTEGRIDAD Y HONESTIDAD PROFESIONAL

Como todo principio rector de la conducta humana, y como expresado anteriormente, éstos exigen obrar según ciencia y conciencia. Concretamente, éstos son una manifestación del precepto clásico "*honeste vivere*", del Derecho Romano.

La honestidad e integridad deben caracterizar la actuación de un profesional. Así, comportándose siguiendo a éstos rectores, nace lo que conocemos como *confianza*.

La confianza es la base de todas las relaciones, tanto personales como profesionales, la cual se obtiene mediante dichos valores: honestidad e integridad. Como bien nos explicó gráficamente un profesor de esta universidad: "la confianza sube por la escalera y baja por ascensor". Ésto nos enseña lo que cuesta construirla, alcanzarla, obtenerla.

Es en la confianza donde el cliente y paciente se centra. Si no se logra tal confianza, la relación profesional se corrompe y pierde su verdadera naturaleza.

¿Qué tan esencial es ésta en nuestro ámbito?

Sabemos que no sólo en nuestro rol de "abogados" es que necesitamos de su presencia, sino también en el ámbito judicial en general. Todo el sistema judicial en un Estado de Derecho se asienta sobre la confianza de los ciudadanos en que, quienes van a tomar decisiones fundamentales sobre sus vidas sus derechos, son merecedores de tal respeto.

Con esto vemos como no sólo los abogados debemos brindar esa unión (dada por la confianza) sino que también *todos* los operadores del Derecho, los juristas.

Pero, en cuanto al abogado concretamente, éste "tiene la grave obligación de trabajar para preservar, no sólo la confianza de sus clientes, sino también de toda la sociedad, en el colectivo profesional."¹

Tomemos como ejemplo el art. 4 del **Código Deontológico de la Abogacía Española** dispone:

"Confianza e integridad:

1. *La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.*
2. *El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.*
3. *En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo."*

¿Es posible ser íntegro profesionalmente sin serlo personalmente?

Recordemos la película vista en clase. Tomemos como ejemplo al juez que en su vida privada era un *loco*, arriesgaba su vida constantemente y parecía no tener un buen uso de su razón; sin embargo parecía que en su vida profesional actuaba moderadamente bien -sin dejar de lado sus actitudes como dar disparos al aire en el medio de una audiencia-. Era como que su razón y profesionalidad era consumida por su vida pública sin dejar para su vida privada.

¹ Ángela Aparisi Miralles. Ética y deontología para juristas.

Asimismo tenemos el ejemplo del “juez-violador”. Éste era extremadamente correcto y un estricto aplicador del derecho. ¿Cómo se explican esos comportamientos extremos? Un violador en su vida privada y un aplicador estricto de la ley en su vida profesional. Pensemos.

“Los propios actos crean inclinaciones, una línea de comportamiento en una u otra dirección. Así, resulta difícil que una persona que habitualmente sea injusta en el ámbito privado pueda actuar íntegra y justamente en la vida pública.”²

EL JURISTA NO SE IDENTIFICA, NECESARIAMENTE, CON EL HOMBRE JUSTO.

En el ámbito de la ética profesional es muy difícil defender la existencia de una separación tajante entre vida pública y vida privada.

El modo de conducir la vida privada puede también tener consecuencias indirectas en el desempeño de la función profesional.

Un juez es, en gran medida, la **cara visible de la justicia**. Por ello, ésta se vería seriamente lesionado si su comportamiento fuera gravemente incorrecto, aunque se llevara a cabo en el ámbito privado.

¿Quién de nosotros confiaría en esos jueces? ¿Quién querría ser juzgado por ellos?

Los jueces, no sólo deben tomar decisiones conforme a derecho y cumplir con los demás deberes impuestos, sino que también “*deben evitar cualquier comportamiento impropio o que tenga apariencia de incorrección*”³, ya que ello repercutiría en la **confianza social**.

La sociedad debe poder ver en el juez una persona en la que poder confiar, por ser digna de toda credibilidad.

Su conducta privada no debe hacerle perder aquello que la sociedad espera de él (credibilidad y confianza).

Todo el sistema judicial en un Estado de Derecho “necesita” de la confianza de los ciudadanos en que, quienes van a tomar decisiones fundamentales, son merecedores de respeto.

Tenemos en nuestro país este gran problema. Hoy en día, con todos los sucesos de crímenes, robos, inseguridad, injusticias, informalismos, etc. los ciudadanos hemos perdido todo tipo de confianza en el sistema, en los soportes del mismo, en los administradores de la justicia. Hoy pensamos: ¿quiénes son ellos para decidir sobre la vida de las demás personas? ¿Quiénes son ellos para determinar qué es justo?

Algunos aún vemos a los jueces y demás administradores de la justicia como personas dignas de tener tales potestades, tales atribuciones y, principalmente, tenemos la *confianza* en que sus decisiones van a ser “las correctas” y las que más se acerquen a lo que conocemos como “justicia”.

Ahora, pensemos en nuestra profesión como abogados.

La palabra *abogado* proviene del latín *advocatus* que quiere decir “hombre de ciencia, patrono, letrado, defensor”, ya que en la era romana en los asuntos donde existía dificultad, para que se les auxilien, los llamaban a fin de que puedan ser socorridos por personas que tenían conocimientos del derecho, es decir que eran hombres de ciencia, versados en la erudición del derecho.

Esto significa que los Abogados somos los llamados a decir la *verdad* y **soldados de la justicia** en la correcta aplicación del Derecho, características básicas que no pueden dejar de ser observadas ni faltar en su deber a cumplir en la sociedad.

Nuevamente citando el Código Deontológico de la Abogacía Europea, en su art. 1.1. se determina:

“En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de lo que la Ley permite. El abogado debe servir a la Justicia, al tiempo que defender los derechos y libertades de aquellos que se confían en él.”

El abogado no sólo debe velar por los intereses de su cliente sino que debe asimismo velar por la Justicia como un mandato general, siendo éste un fiel “servidor” de la misma.

Claro está que los principios fundamentales e inmutables del ejercicio de abogado encontramos de manera similar en la independencia tan necesaria como la imparcialidad del operador de justicia dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia.

2 Ángela Aparisi Miralles. Ética y deontología para juristas.

3 Gabaldón, J. - Reflexiones sobre la ética judicial.

Volvamos a los principios de integridad y honestidad.

Integridad, sinónimo de incorrupción, actitud prevalente en las actuaciones frente a su cliente y de respeto a la contraparte, guardando el secreto en tanto concierne por razón de la profesión, caso contrario la actuación adversa a este principio de manera individual afecta al honor y dignidad de toda la profesión.

La diligencia, la **honestidad**, son requeridos exigidos por la sociedad a la abogacía, el ciudadano precisa del abogado para conocer lo trascendente de sus actos, ya que el abogado se convierte en custodio de la intimidad personal del cliente.

Como bien enseña el Dr. Marco V. Carrillo Velarde⁴, dejemos de lado ser el Abogado “regala firmas”, el típico pica pleitos, el utilitarista y buscar “fama” a costa de prácticas cuestionadas y nos convirtamos en estudiosos e investigadores del derecho, con actuaciones de buena fe, respetuosos de la parte contraria en la actividad profesional, de ser tolerantes, de guardar respeto a quienes intervienen en la Administración de Justicia eso sí exigiendo el mismo trato de manera recíproca; en fin debemos convencernos que somos soldados sociales en búsqueda del bienestar común. No realicemos pactos o actuaciones que van contra las buenas costumbres, contra las leyes, contra la honestidad; la actuación profesional ha de constituirse en la carta de presentación de los verdaderos Abogados, profesionales que con tesón día a día van sembrando en tierra fértil para el bienestar de la sociedad.

Analicemos también estas palabras: la Enciclopedia Jurídica Omeba con acierto se expone que *“muchas veces los jóvenes entran a la Facultad de Derecho y salen de ella, sin saber qué es el abogado, en qué consiste la abogacía y cómo debe ejercitarse la profesión. Piensan que es un medio de enriquecerse, desempeñando una profesión lucrativa. El abogado es casi siempre, para ello, un hombre diestro en el manejo de las leyes, conocedor de toda clase de artimañas para defender, al mismo tiempo, lo blanco y lo negro. Su tarea, para algunos, consiste en defender cualquier cosa, mediante una paga – Ya no importa cuán injusta o repudiable pudiera ser la causa defendida... La culpa no es de ellos, sino de la defectuosa preparación, excesivamente libresca, de nuestros planes de estudio... no se le enseña a ser abogado, no se le instruye sobre las reglas de su conducta profesional. Lo aprende por sí sólo, a fuerza de golpes, errores y fracasos, y en este aprendizaje, suele dejar jirones, a veces irreparables, de su propia amoral”*

Es así entonces como el abogado no sólo debe formarse de conocimientos de derecho, sino que también debe enseñársele el “cómo comportarse” y cómo utilizar todas esas herramientas que le fueron confiadas y enseñadas a lo largo de su carrera. De lo contrario se incurriría en el comúnmente conocido refrán: *“es como un simio con metralleta”*.

Finalmente, insistimos en que el abogado es un **eterno luchador por el derecho y por la justicia**, siendo entonces el derecho una idea práctica, el medio por muy variado que sea, se reduce siempre a una lucha contra la *injusticia*. Para llegar a ésta, debemos recorrer un camino, una “lucha”. Y es el abogado quien está dentro de la lucha y debe estar bien preparado para librarla, para conseguirla; y será entonces una cualidad que el abogado esté siempre alerta para **luchar con la balanza y la espada**.

Para transitar por este camino llamado lucha, el jurista debe siempre tener presente estos principios rectores para así efectivizar y llevar a la práctica lo que acabamos de decir:

“hay que luchar siempre con la balanza y la espada.”

⁴ Dr. Marco V. Carrillo Velarde Ms.D. Deontología jurídica y principios constitucionales.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

La Ronda Doha. Evolución de las negociaciones y eventuales impactos para Uruguay de Ignacio Bartesaghi por Carlos Loaiza Keel

Derecho Penal Económico. Ponencias del curso de posgrado 2009 de la Universidad de Montevideo por Jorge Barrera

Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de Derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo. Actas del IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. de Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Miguel Ángel Sendín García, Alejandro Pérez Hualde, Ismael Farrando y Julio Pablo Comadira por Carlos E. Delpiazzo

El nuevo proceso laboral. Ley N° 18.572. Enfoque Interdisciplinario de AAVV. UM. por Alejandro Castello

LA RONDA DOHA. EVOLUCIÓN DE LAS NEGOCIACIONES Y EVENTUALES IMPACTOS PARA URUGUAY

IGNACIO BARTESAGHI Y SEBASTIÁN
PÉREZ, UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO, 2010

I

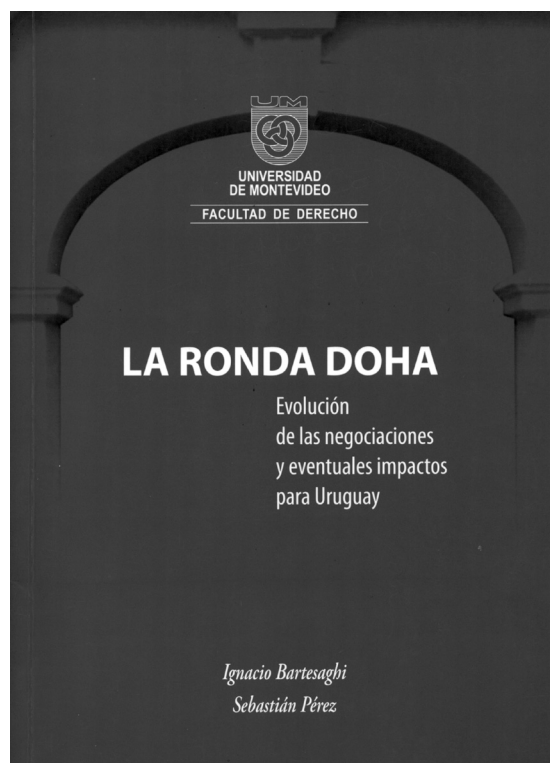
El sistema de comercio multilateral mundial tiene una relevancia insoslayable en el mundo globalizado, y en particular para los países en desarrollo, como ha quedado demostrado en el proceso de negociaciones multilaterales mantenidas desde la aprobación del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y de Comercio (GATT), en el año 1947, y luego con el nacimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en el año 1995, terminada la Ronda Uruguay.

En este contexto, los autores, Ignacio Bartesaghi, licenciado en Relaciones Internacionales, y Sebastián Pérez, Contador Público, nos ofrecen un exhaustivo y sistemático estudio respecto de las negociaciones mantenidas actualmente en el seno de la OMC, en la llamada Ronda de Doha.

El análisis constituye además la tesis con la que los autores culminaron su Máster en Integración y Comercio Internacional en la Universidad de Montevideo, y supone un desafío encomiable, como expresa en el prólogo del libro el Sr. Guillermo Valles Galmés, embajador de Uruguay ante la OMC y presidente de la negociación de Normas de la Ronda de Doha para el Desarrollo.

Los objetivos de la tesis, presentes a lo largo de toda la obra, han sido:

- En primer lugar, contextualizar la Ronda de negociaciones respecto de la evolución de la regulación del comercio internacional, enmarcándola en el comportamiento reciente del comercio y economía mundiales.



- En segundo lugar, analizar y explicar los documentos fundamentales de la Ronda.
- En tercer lugar, definir qué sectores o subsectores de la actividad productiva uruguaya resultarían beneficiados o perjudicados como resultado de la negociación y sus textos.
- Finalmente, evaluar si esta negociación supondría un impacto positivo o negativo para Uruguay.

II

Ya ingresando en los contenidos del libro, el Capítulo 1, "Antecedentes: del GATT a la OMC", se ocupa de las circunstancias históricas y políticas que dieron lugar a la creación de los organismos internacionales encargados de impulsar un nuevo ordenamiento internacional, promovido por los países vencedores en la Segunda Guerra Mundial.

Por su parte, el Capítulo 2, de importancia medular, encuadra la investigación y análisis teórico e histórico de la Ronda de Doha, marco de negociaciones multilaterales que, nacido en 2001 en Qatar con la

importante adhesión de China, tiene como objetivo liberalizar el comercio mundial.

El Capítulo 3 tiene por centro la vinculación entre el comercio mundial y la Ronda de Doha, con el propósito de alcanzar una mayor comprensión de los intereses que se comprometen en el ámbito de las negociaciones de la OMC, describiendo en tres subcapítulos la evolución de las exportaciones mundiales y tendencias, el comercio mundial de productos agrícolas y no agrícolas, y la economía mundial y sus efectos en las negociaciones.

El Capítulo 4 se concentra en “Las negociaciones de productos agrícolas”, y analiza particularmente la importancia y evolución que ha atravesado la agricultura a nivel internacional. En este apartado también se aborda el comercio agrícola en Uruguay por medio de un estudio comparativo sobre exportaciones e importaciones.

El quinto Capítulo es la “Negociación de productos no agrícolas”, planteándose como objetivos fundamentales su importancia y evolución a nivel internacional, la caracterización del comercio de productos no agrícolas del Uruguay, las restricciones al comercio de productos no agrícolas, las modalidades de negociación en la Ronda Doha y por último los impactos en nuestro país.

Los autores concluyen la obra con un capítulo en el que concluyen que las negociaciones de la Ronda de Doha, aunque actualmente estancadas, tendrán probablemente un impacto positivo en los países en desarrollo: en el caso de China y los países asiáticos, por las reducciones arancelarias en los productos no agrícolas; mientras que para Brasil y otros países de Latinoamérica, por las ganancias obtenidas en materia de productos agrícolas.

Para el caso de Uruguay, los autores elaboran un test de beneficios, mediante un indicador agregado en el que se ponderan las modificaciones arancelarias en mercados externos para productos agrícolas y no agrícolas, y consideran que el impacto de la Ronda de Doha sería en cualquier caso positivo para nuestro país, confirmando la hipótesis central de su investigación.

III

No podemos concluir este comentario sin destacar la vital importancia de esta obra, que celebro, por la relevancia que la Ronda de Doha posee para los países emergentes, y en especial para el Uruguay. Los autores realizan hacen una gran contribución, a través de un estudio profundo y agudo de la temática, mediante una metodología científica, y utilizando herramientas estadísticas e información de diversas fuentes fiables.

Pero además del análisis concreto de los resultados e impactos de la Ronda de Doha, entiendo que el estudio supone un aporte fundamental para la determinación de las estrategias futuras de nuestro país en el concierto de la negociación comercial internacional, siendo esto último de enorme relevancia en un mundo globalizado. Todo ello, además, en un momento en el que los países desarrollados, luego de haber enfrentado una crisis financiera severa, muestran economías con crecimiento débil, alto déficit fiscal, desempleo, migración hacia las ciudades y deslocalización industrial, todos factores que incitan un nuevo auge proteccionista, que los países emergentes deben obstaculizar por todos los mecanismos legales que el sistema internacional de comercio ofrece.

VI

En la medida que ese ser humano lo es desde lo que el Dr. Santiago Altieri llama el “momento cero”, el cigoto es una nueva persona (y no una parte de su madre) y su particular situación de debilidad obliga -más que en otras áreas del Derecho- a proclamar el principio de “in dubio pro nasciturus”.

Sólo así haremos verdad en nuestra realidad la proclamación del art. 1º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, al tenor de cuyo art. 1º se proclama enfáticamente que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, mandando que “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Dr. Carlos Loaiza Keel

DERECHO PENAL ECONÓMICO. PONENCIAS DEL CURSO DE POSGRADO 2009

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO.
MONTEVIDEO, 2010.

Significa para mí un verdadero honor presentar una nueva edición de las Ponencias del Curso de Posgrado en Derecho Penal Económico, Edición 2009, de la Universidad de Montevideo.

Nadie puede desconocer el papel que está llamada a desempeñar la formación de posgrado en estos tiempos de globalización y expansión de la regulación económica, no sólo desde la perspectiva académica de avance y desarrollo de la dogmática, penal en este caso, a la par de las más modernas tendencias universitarias internacionales, sino también desde una perspectiva de contribución al avance y evolución de nuestra sociedad.

La enseñanza de posgrado esta llamada a desempeñarse como un instrumento clave tanto para la mejora del grado académico como para el fortalecimiento de las actividades de investigación y desarrollo, a la vez que expansión del conocimiento interdisciplinario.

Toda enseñanza, y en especial la del Derecho, debe tener como objetivo, al decir de Jorge H. Alterini (Revista LA LEY T. 1988-C, 687) "no sólo la formación del educando concebido como individuo, sino también ponderar que la tarea de hombre de derecho la desempeñará dentro de su comunidad, y tal existencia interrelacionada le da sentido a que la enseñanza dirija su atención al bien común". Enseñanza de un bien común que, en la presente obra, tiene como destinatarios todos aquellos operadores del derecho (desde estudiantes a abogados, escribanos, magistrados, fiscales) pero también operadores económicos y sociales (contadores, economistas, y cultores de la ciencia económica) como una prueba más de la expansión del derecho penal en la vida económica de nuestro país.-

La presente obra es fiel testigo del avance de la interdisciplinariedad del Derecho Penal y la Economía, así como también del avance normativo del Derecho Penal, de los límites del *ius puniendi* y la forma en cómo operan los bienes jurídicos tutelados en relación a las garantías individuales, convirtiéndose en



DERECHO PENAL ECONÓMICO

PONENCIAS DEL CURSO DE
POSGRADO 2009.

MIGUEL LANGÓN CUÑARRO
DIRECTOR



una pieza fundamental en el Estado Democrático de Derecho.

Como recordaba el catedrático Jesús-María Silva Sánchez en su célebre obra "La expansión del Derecho Penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales": "...allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*».

La nueva realidad de expansión de la normatividad penal-económica, de la cual nuestro país no es ajeno, hace imprescindible la lectura de la obra que ahora se presente. Una edición, no solo de penalistas para penalistas sino de penalistas para todos aquellos operadores jurídicos y económicos interesados en la materia penal económica. En ella se convocan temas como el creciente aumento normativo de la legislación de lavados de activos como nuevo flagelo de la sociedad de nuestros tiempos con un análisis especial de los nuevos instrumentos que se han creado para su represión que tanta polémica ha despertado a nivel nacional y en el derecho comparado (G. Adriasola:

“Combate al lavado de dinero y derecho a la intimidad”); un excelente trabajo del profesor German Aller sobre aspectos dogmáticos y criminológicos de la delincuencia empresarial, logrando conectar con claridad la interdisciplinariedad entre el derecho penal y la criminología; por su parte el profesor Milton Cairoli expone sobre las insolvencias y los límites de su punibilidad, tema de suma vigencia en estos tiempos de crisis económicas, con un pormenorizado y excelente análisis sobre los tipos penales punibles en nuestro país; la tutela del medio ambiente como nuevo paradigma del derecho también goza de un buen análisis desde el derecho penal económico en el trabajo de la profesora Alina C. Celi Frugoni; por su parte el profesor Raúl Cervini expone acabadamente sobre alternativas metodológicas para una adecuada comprensión y tipificación de la criminalidad económica-financiera como una perspectiva necesaria para la comprensión de la macrodelinuencia económica en un Estado de Derecho; el profesor Pablo Galain Palermo presenta un detallado análisis de los problemas dogmáticos del derecho penal económico de estos tiempos con especial referencia a los problemas que ocasiona la imputación de responsabilidad al jefe o superior jerárquico en el ámbito empresarial; el profesor Eduardo Tellechea Bergman desarrolla los nuevos parámetros en la cooperación penal internacional en el ámbito regional en un tema tan importante como lo es la criminalidad económica en un mundo donde el capital globalizado ya no conoce fronteras; y finalmente el suscrito presenta un análisis del fraude de seguros de lege data como de lege ferenda.

Nobleza obliga reconocer que me comprenden las generales de la ley al presentar una obra en la que he tenido el honor de participar, pero más allá de ello, no puedo dejar de reconocer el alto nivel de las ponencias de mis colegas como producto del desarrollo intelectual y académico en ocasión del Posgrado en Derecho Penal Económico de la Universidad de Montevideo.

Es por ello que recomendar su lectura lejos se ha convertido en un verdadero imperativo moral para quien escribe estas líneas.

Bienvenido sean la publicaciones de nuevas ideas, más aún cuando ella son marco del desarrollo de una actividad académica de posgrado como marco ineludible para el crecimiento de nuestra comunidad académica, pero también para el desarrollo de la sociedad en su conjunto, difundiendo en publicaciones como la que me honra presentar, el más puro pensamiento crítico, verdadero germen de la ciencia de nuestros desvelos: el Derecho Penal.

La trascendencia del compromiso de quien enseña con la comunidad explica las palabras rectoras de Juan Pablo II, (citado por J.H. Alterini, Ob.Cit) cuando dijera que *“el auténtico hombre de cultura tiende siempre a unir, no a dividir; no crea barreas entre sus semejantes, sino que difunde entendimiento y concordia; no le mueve la rivalidad ni la revancha, sino el deseo de abrir nuevos cauces a la creatividad y al progreso”*.-

Y la obra que ahora se presente es un paso más en la apertura de nuevos cauces en la construcción del Derecho Penal del nuevo siglo.-

Dr. Jorge Barrera.

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

COORDINADORES: JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, MIGUEL ANGELO SENDÍN GARCÍA, ALEJANDRO PÉREZ HUALDE. ISMAEL FARRANDO Y JULIO PABLO COMADIRA.

EDICIONES RAP, MENDOZA 2010, 767 PÁGINAS.

En su IX reunión, celebrada en la ciudad de Mendoza (Argentina), los integrantes del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo continuaron el estudio profundizado de las fuentes del Derecho Administrativo, ocupándose concretamente de las siguientes: tratados internacionales, contratos como regla de Derecho, jurisprudencia, doctrina y precedentes administrativos.

El conjunto de los trabajos aportados para la discusión entre los profesores fueron recogidos en una cuidada edición, que ordena los mismos por países, totalizando 38 aportes de la autoría de representantes de las 15 naciones iberoamericanas participantes.

No obstante, para los debates, las exposiciones que se publican en el libro por países, se agruparon por grandes unidades temáticas, de acuerdo a la siguiente distribución, que permitió focalizar y jerarquizar las discusiones.

Primera sesión

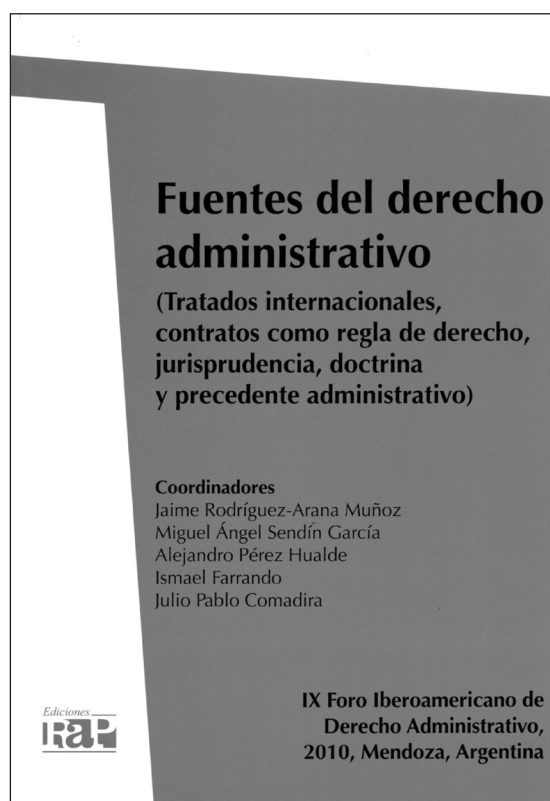
"Diversas fuentes del Derecho Administrativo"

José Mario SERRATE PAZ (Bolivia) - "Diversas fuentes del Derecho Administrativo"

Javier BARNES (España) - "Las fuentes del Derecho y las nuevas formas de regulación y gobernanza administrativa"

Hugo CALDERON MORALES (Guatemala) - "Diversas fuentes del Derecho Administrativo: los tratados, los contratos, la jurisprudencia, incidencia de la doctrina, los precedentes, los decretos de emergencia y los decretos leyes de facto"

Germán CISNEROS FARIAS (México) - "Las maravillosas fuentes del Derecho Administrativo contemporáneo"



José R. OLIVOS CAMPOS (México) - "Fuentes del Derecho Administrativo del Estado de Michoacán"

Miguel Angel SENDIN y Karlos NAVARRO (Nicaragua) - "Las otras fuentes del ordenamiento jurídico administrativo nicaragüense"

Segunda sesión

"Los tratados internacionales"

Juan Carlos CASSAGNE (Argentina) - "La jerarquía y regulación de los tratados en la Constitución argentina"

Romeo Felipe BACELLAR FILHO (Brasil) - "Tratados - Intregacao regional: MERCOSUL - Perspectivas e desenvolvimento"

Libardo RODRIGUEZ RODRIGUEZ (Colombia) - "Los tratados internacionales como fuente del Derecho Administrativo en Colombia"

Enrique ROJAS FRANCO (Costa Rica) - "Los tratados internacionales como fuente de Derecho"

Jorge DANOS ORDOÑEZ (Perú) - "Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes de"

Derecho Administrativo en el ordenamiento jurídico administrativo peruano”

Felipe ROTONDO (Uruguay) - “Los tratados como fuente de Derecho Administrativo”

Tercera sesión

“Los contratos como reglas de Derecho”

Pedro José Jorge COVIELLO (Argentina) - “El contrato administrativo como regla de Derecho. ¿Lex inter partes o ius variandi?”

Ismael MATA (Argentina) - “Los contratos como reglas de Derecho”

José Luis BENAVIDES (Colombia) - “Los contratos como reglas de Derecho en Colombia”

Ernesto JINESTA (Costa Rica) - “Derechos y obligaciones de la Administración contratante y del contratista”

Jorge Enrique ROMERO PEREZ (Costa Rica) - “El contrato administrativo como fuente de Derecho”

Víctor Leonel BENAVIDEZ PINILLA (Panamá) - “El contrato público y el contrato ley como fuentes de Derecho Administrativo en Panamá”

Carlos E. DELPIAZZO (Uruguay) - “Los contratos como regla de Derecho”

Cuarta sesión

“La jurisprudencia”

Rogério GESTA LEAL (Brasil) - Controle da Administração Pública e ativismo judicial: aspectos críticos”

Consuelo SARRIA OLCOS (Colombia) - “La jurisprudencia como fuente de Derecho Administrativo en Colombia”

Rolando PANTOJA BAUZA (Chile) - “La formación jurisprudencial del Derecho Administrativo chileno”

José Luis MEILAN GIL (España) - “Funciones de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico administrativo”

Jaime RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ (España) - “La jurisprudencia en el Derecho Administrativo: ¿algo más que un complemento del ordenamiento?”

Javier Ernesto SHEFFER (Panamá) - “La jurisprudencia administrativa como fuente del Derecho en Panamá: matices y perspectivas”

Henry Alexander MEJIA (El Salvador) - “La jurisprudencia en el Derecho Administrativo salvadoreño”

Mariano R. BRITO (Uruguay) - “Jurisprudencia”

Quinta sesión

“La incidencia de la doctrina”

Alejandro PEREZ HUALDE (Argentina) - “La doctrina como fuente de Derecho Administrativo”

Jaime VIDAL PERDOMO (Colombia) - “La incidencia de la doctrina en las fuentes del Derecho Administrativo”

Víctor Sebastián BACA ONETO (Perú) - “Son el precedente y la doctrina fuentes del Derecho Administrativo”

Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO (Uruguay) - “La incidencia de la doctrina en el sistema de las fuentes del Derecho Administrativo uruguayo”

Armando RODRIGUEZ GARCIA (Venezuela) - “El valor de la doctrina en las fuentes del Derecho Administrativo”.

Sexta sesión

“La fuerza de los precedentes administrativos”

Miriam Mabel IVANEGA (Argentina) - “Los precedentes administrativos en el Derecho argentino”

Jorge Enrique IBÁÑEZ NAJAR (Colombia) - “La obligatoriedad del precedente en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana”

Miguel Ángel SENDIN GARCÍA (España) - “In admisión en base a precedentes judiciales”

Augusto DURAN MARTINEZ (Uruguay) - “El precedente administrativo”

Allan R. BREWER CARIAS (Venezuela) - “Notas sobre el valor del precedente en el Derecho Administrativo, y los principios de irretroactividad y de irrevocabilidad de los actos administrativos”

Como bien se destaca en el Prólogo, el libro que se comenta “pone el broche final a un estudio pormenorizado del tema de las fuentes que se ha

ido desarrollando en diversas etapas (Constitución, ley, reglamento y acto administrativo como norma) actuando con un cierto carácter residual, esto es, comprendiendo el conjunto de fuentes no incluidas en los años precedentes”.

El resultado es muy interesante aporte al enriquecimiento del estudio de las bases del Derecho Administrativo, concretamente de las fuentes de las cuales emana.

Dr. Carlos E. Delpiazzo

EL NUEVO PROCESO LABORAL. LEY N° 18.572. ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO

AAVV, UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO.
MONTEVIDEO, 2011.

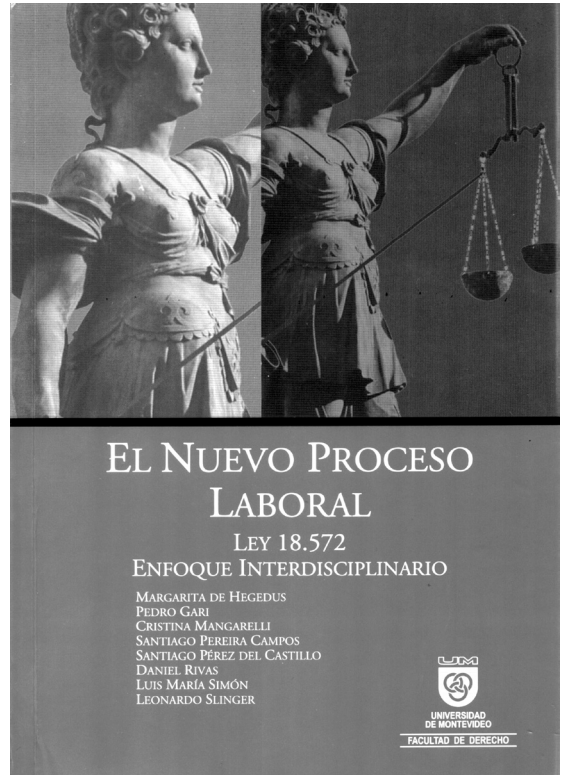
La obra que comentamos, la cual recoge los trabajos y exposiciones presentados durante el “Curso interdisciplinario sobre el Nuevo Proceso Laboral (Ley 18.572)” que se llevó a cabo en noviembre de 2009 en la Universidad de Montevideo, con la organización de las Cátedras de Derecho Laboral y Derecho Procesal, refiere a una de las leyes más polémicas aprobada durante el quinquenio de gobierno 2005-2010: la reforma procesal laboral.

La temática que aborda el libro, que es de gran actualidad doctrinaria y de especial interés para el ejercicio práctico de la abogacía, es examinada con solvencia y precisión por un grupo de docentes y especialistas en Derecho Laboral y Derecho Procesal que pertenece a las Cátedras de la UM de esas asignaturas.

El libro, que cuenta con 269 páginas y 20 artículos doctrinarios, fue escrito por los docentes Santiago Pérez del Castillo, Santiago Pereira Campos, Cristina Mangarelli, Daniel Rivas, Luis María Simón, Leonardo Slinger, Margarita de Hegedus y Pedro Gari, pasando revista por todos los temas más importantes que regula el nuevo Proceso Laboral que rige en nuestro país desde febrero de 2010 y que, como es sabido, no ha contado con el apoyo de varios e importantes sectores políticos, sociales y académicos.

Así, los autores examinar cuestiones como la vigencia y ámbito de aplicación de la ley procesal laboral, los principios, interpretación e integración del nuevo procedimiento, la competencia material y la organización de la judicatura laboral, las potestades de los tribunales, los plazos procesales, el régimen recursivo y las dos nuevas estructuras procesales (ordinaria o común y de menor cuantía).

En esta obra colectiva se estudian también los antecedentes legislativos y el proceso de aprobación de la Ley 18.572, las causas de la reforma procesal y las vicisitudes que tuvo el texto legal aprobado frente a los cuestionamientos que se plantearon ante la Suprema Corte de Justicia en relación a su (i)regularidad constitucional.



Por otra parte, en el libro se examinan las disposiciones de derecho sustantivo que se consagran en la Ley 18.572: la multa para los empleadores equivalente al 10% por incumplimiento en el pago en plazo legal de los créditos laborales.

La obra se completa además con un apéndice normativo y un anexo jurisprudencial, así como también por varios esquemas realizados por los autores sobre las estructuras y plazos procesales, lo que enriquece notablemente el producto colectivo y permite un mejor estudio y comprensión del nuevo proceso laboral.

Pese a la cantidad de autores que intervienen en la obra, lo cual muchas veces suele conspirar contra la calidad de la misma, en este caso el producto final es equilibrado y de alto valor técnico, lo que hace plenamente recomendable su lectura.

Dr. Alejandro Castello

