



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Una alternativa para el exilio

3

DOCTRINA

Barrera, Jorge

Teoría de la imputación objetiva del resultado

7

Barroso, Luis Roberto

El neo constitucionalismo y la constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del Derecho constitucional en Brasil

25

Fraschini, Juan Ignacio

La prestación de servicios y el establecimiento permanente

51

Rodríguez Arana, Jaime

El papel central de los usuarios en el Derecho energético

69

Sheppard Gelsi, Marcelo

Desvío de oportunidades de negocios de la sociedad anónima: un supuesto de responsabilidad de los directores

105

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Delpiazzo, Carlos E.

Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo

123

Durán Martínez, Augusto

El Derecho Administrativo entre legalidad y derechos fundamentales

129

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 172 de 6 de marzo de 2006

137

Chávez Pena, María Noel

Cambio de criterio de materia de nominalización de salarios

137

Rodríguez, Ana Laura

Inducción a error a la parte. Naturaleza de las sentencias y efectos de la apelación

145

INFORMACIONES

Grupo de Investigación y Estudio de Tributos de la Seguridad Social

153

Aprobación de la carrera de Notariado de la UM

155

Taller multidisciplinario de apoyo a nuevos emprendimientos

157

TESINAS DE MASTERS

Wilson, María Paz

Interpretación de las reivindicaciones en las patentes de invención, con especial referencia a las patentes farmacéuticas

161

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Belloq, Pedro

Diferencias entre el abandono voluntario y la separación de hecho como causales de divorcio y separación de cuerpos

207

Trías, Ana

Protección al consumidor en el comercio electrónico

217

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Derecho Administrativo Especial, volumen 2

229

Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo

231

Responsabilidad civil del Abogado y del Escribano

233

MENSAJE DEL DECANO

Una alternativa para el exilio

El fenómeno de la emigración preocupa a todos. Máxime cuando ella nos hace perder a los jóvenes de nuestro país, dotados de una capacidad de adaptación y creatividad que en general les permite conseguir empleos en cualquier parte del mundo. Esa sangría intelectual y laboral nos hace perder algo mucho más importante que las riquezas materiales o los recursos naturales de nuestro país: nos quedamos sin renovación generacional y sin la potencialidad de adaptarnos con flexibilidad y rapidez a los cambios –inevitables por otra parte– que se vienen dando en el planeta. Es hora de intentar revertir esa situación por lo mucho que está en juego.

La emigración de los uruguayos no es un fenómeno nuevo. Viene ocurriendo desde hace décadas. Sólo que en los últimos tiempos las cifras han sido más exactas y se obtienen con mayor facilidad que antes. Las crisis, el desempleo, la persecución o discriminación política han sido los factores más determinantes y recurrentemente empleados para explicar la búsqueda de nuevos horizontes y de lugares de afincamiento por parte de decenas de miles de uruguayos. Así es que se fue configurando esa cifra tan asombrosa que muestra con frialdad y realismo a medio millón como mínimo de compatriotas trabajando, viviendo y pagando impuestos fuera de fronteras.

Lo hecho, hecho está. El tema actual no es analizar los porqués del fenómeno emigratorio, sino buscar las formas de detenerlo y quizás revertirlo. Se han manejado oportunamente opciones e ideas cautivantes como la de promover la inmigración de personas asiáticas expertas en el desarrollo de labores agrícolas, crear paraísos financieros para captar nuevos capitales o promover nuevas industrias que generen múltiples e innovadores empleos. Todo esto puede dar frutos a corto o mediano plazo, como también puede darlo una coherente y sincronizada política de promoción turística que supere el período de los meses estivales.

No obstante, se nos ocurre que hay una forma de más largo aliento pero a la vez más segura para revertir la emigración uruguaya y promover la inmigración de extranjeros. Es apostar a una sólida, profunda y exigente educación a nivel de institutos de enseñanza secundaria y superior tanto pública como privada. Cuantas más opciones de calidad se puedan ofrecer en materia de cursos de capacitación – ya sea por la vía de maestrías o por la de seminarios y talleres de menor duración pero ricos en contenido y profundidad de enfoques – mayores oportunidades estaremos brindando a los jóvenes de adentro para que no emigren, como a los de afuera de fronteras para considerar al Uruguay como una seria posibilidad educativa. En palabras del actual Ministro de Economía Cr. Danilo Astori esto es apuntar al *“crecimiento especializado a altos niveles de calidad...”*

Las ventajas comparativas son varias y muy considerables: un clima templado, ausencia de desastres por razones climatológicas,



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
Ruta 10, M. 62 S. 36
Pinamar, Canelones

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

*

Redacción y suscripciones

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

Impresión

Zonalibro
Gral. Palleja 2478
Tel.: 208 78 19 - Telefax: 208 96 03
Montevideo - Uruguay
E-mail: zonalibro@adinet.com.uy

Deposito Legal 337.657 / 06
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 VI (2007), N° 12

un ambiente relativamente seguro para los habitantes en materia de delitos, pocas posibilidades de ser el centro de acciones criminales por parte de terroristas, inexistencia de controversias o problemas raciales o étnicos de tipo alguno, estabilidad social y – muy importante – una relación precio calidad en materia de servicios educativos que difícilmente pueda encontrarse en otros lugares. También las distancias relativamente cortas para acceder a cualquier punto del país, facilitan la posibilidad de instalar centros educativos descentralizados de Montevideo.

Todas esas ventajas pueden y deben explotarse para ofrecerle a un europeo, asiático o estadounidense la posibilidad de invertir en su propia educación universitaria o post-universitaria o en la de sus descendientes en un país pequeño, tranquilo, estable y barato en términos internacionales como es el Uruguay. Invertir seria, profunda y coherentemente en educación es ponerse al día con lo que hoy el mercado estudiantil de grado y post-grado pide a nivel internacional. Es además apostar por la permanencia de los jóvenes que de otra forma terminarían aplicando sus conocimientos, su formación y sus capacidades creativas fuera de fronteras con alto riesgo de no volver al Uruguay.

La apuesta no pasa simplemente por ofrecer una buena estructura edilicia, tecnológica y material; ha de suponer primero un nivel de capacitación y excelencia docente que esté a la altura de los estándares internacionales más exigentes. Profesores exigentes e innovadores, que promuevan la capacidad crítica y la creatividad; que combatan el culto al facilismo y la mediocridad; que estimulen las ansias de superación y mejora permanente en el estudio, la investigación y las capacidades de compartir y transmitir lo aprendido. Eso es lo que convoca, esto es lo que puede atraer tanto a los de dentro como a los de fuera de nuestras fronteras.

Si no somos capaces de aunar esfuerzos y criterios para mejorar nuestras ofertas educativas en todos los niveles a fin de brindar opciones cada vez más interesantes y tentadoras, entonces podremos decir que la emigración de nuestros jóvenes la tenemos bien merecida y quienes nos visiten lo seguirán haciendo simplemente de paso.

Nicolás Etcheverry Estrázulas



DOCTRINA

- **Barrera, Jorge** - *“Teoría de la imputación objetiva del resultado”*
- **Barroso, Luis Roberto** - *“El neo constitucionalismo y la constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del Derecho constitucional en Brasil”*
- **Fraschini, Juan Ignacio** - *“La prestación de servicios y el establecimiento permanente”*
- **Rodríguez Arana, Jaime** - *“El papel central de los usuarios en el Derecho energético”*
- **Sheppard Gelsi, Marcelo** - *“Desvío de oportunidades de negocios de la sociedad anónima: un supuesto de responsabilidad de los directores”*

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

JORGE BARRERA

Aspirante a Profesor de Derecho Penal (UM)
Posgraduado en Derecho Penal Empresarial (Universidad Austral)

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. DISVALOR DE ACCIÓN. III. PARTICULARISMOS DEL DISVALOR DE RESULTADO.
IV. PARTICULARISMOS DEL ALCANCE DEL TIPO. V. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Tal como señalara en otra ocasión de analizar este tema¹, la teoría de la imputación objetiva del resultado viene a tratar sobre uno de los temas que más problemáticas suscita dentro de la Teoría del delito: la relación que debe de determinarse (sea ésta empírica, normativa, o bien de ambas especies) entre un resultado típico y una acción típica. Lo que la Teoría de marras viene a tratar de regular es cuándo podemos decir que determinado resultado que irrumpe en el mundo fenomenológico *es* producto directo de una determinado curso causal producido éste por una determinada voluntad final -esto es: una conducta humana-².

De hecho, se puede decir que el fenómeno que describiéramos anteriormente se encuentra ya en el propio nacimiento de la dogmática jurídico penal.

Desde el planteo positivista de VON LISZT, para quien la dogmática se distinguía de la Política Criminal, fundándose únicamente en la existencia de un dato empírico (un hecho natural) que no era otro más que la propia Ley Positiva, más concretamente: el Código Penal. Para este planteo Positivista Naturalista, el delito no es otra cosa más que una exteriorización de una causalidad lesiva, siendo la culpabilidad el aporte doloso o culposo del autor. Asimismo, siendo la realidad un hecho determinado, resultaba partidario de la causalidad (causalismo), lo que por otra parte, no podía ser de otra manera atendiendo a su afiliación a las Ciencias Naturales.

Dentro del esquema del Causalismo, la acción era descrita como todo movimiento corporal humano que causa un resultado; de allí que la configuración de éste último era necesario a los efectos de que pudiéramos señalar que estábamos frente a una acción típica.

Conforme tales parámetros, se desdibujaban los límites entre dos aspectos importantísimos dentro de la mentada Teoría: por un lado la determinación de la existencia de una acción típica; y por el otro lado la relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado acaecido. Esto ya que al considerase la acción como todo movimiento corporal voluntario que causa un resultado, de por sí implica que la averiguación de cuándo se ha causado un resultado constituya un requisito indispensable para determinar cuándo se está en presencia de una acción típica.³

Por todo lo expuesto es que la relación de causalidad resultaba examinada sistemáticamente previamente al tipo penal, ya que aquella era parte de la teoría de la acción, y a su vez, guardaba una naturaleza prejurídica (como concepto de causa).⁴

1. BARRERA, JORGE y otros: "Responsabilidad penal y accidentes de tránsito. Aportes de la Teoría de la imputación objetiva.", editorial AME, 1ª edición, 2006.
2. Op cit., pág. 65.-
3. Conforme LARRAURI, ELENA. En "La imputación objetiva", edit. Temis, Colombia, 1998; pág. 42 -43.
4. Conforme RODRÍGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal. Parte General". Madrid, 1978, pág. 290.

Véase que entonces, el determinar la existencia de la relación causal, era a su vez, determinar la presencia de una acción típica; lo que generaba que se tuviera configurada en tal ejercicio, además de los extremos señalados, al propio juicio de tipicidad que quedaba reducido a la descripción de un mero proceso causal.⁵

Posteriormente, surgió el movimiento NeoKantiano, encabezado por MEZGER y por Max Ernst MAYER, quienes, siguiendo los postulados de la filosofía Kantiana, entendieron que el Derecho Penal no debía ser analizado dentro de la óptica de las Ciencias Naturales, sino de las Ciencias Sociales o culturales. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Culpabilidad, ya no será suficiente verificar ese nexo psicológico entre el actor y el evento, consistente el mismo en la verificación del dolo o de la culpa. Por el contrario, comenzaran a aparecer -al lado del dolo o la culpa- ciertos extremos de corte normativo/valorativo tales como las “circunstancias concomitantes” de FRANK, hasta llegar al propio concepto de capacidad conocimiento de la antijuridicidad, así como el de la exigibilidad de verificar un comportamiento acorde con tal conocimiento de la antijuridicidad (propios de la obra de FREUDENTHAL).

Lo mismo ocurrió en el tema que nos convoca, esto es, acorde con esta concepción valorativa que se acopla a la concepción puramente natural del positivismo causal, emergen ciertos correctivos de corte normativo respecto de la teoría de la *condictio sine qua non*, como ser la prohibición de regreso (THYREN); hasta llegar a la llamada Teoría de la causalidad adecuada, según la cual, será causa del resultado no cualquiera que integre -desde un punto naturalista- la línea causal que desemboca en el mentado resultado, sino sólo aquellas (acciones u omisiones) que conforme a datos estadísticos o por considerarse así social-culturalmente, sean pasibles (ex ante) de causar dichos resultados (lo que se verifica en la aparición de ciertos conceptos como ser el de “previsibilidad”). de tal manera es que dijéramos en anterior oportunidad: “Pues bien, véase que dentro del esquema causalista, y tal como ya manifestáramos, la determinación acerca de la tipicidad de una determinada conducta se agota en el estudio de la causalidad.”⁶

Tal como manifestara sobre la especie GIMBERNAT ORDEIG: “Dicho de otro modo: si llamamos A a la acción típica, R al resultado y U a la unión material entre ambos, tendremos que las teorías de la causalidad persiguen un doble objetivo: determinar A -primera cuestión- y comprobar la existencia de U -segunda cuestión. (...) De las dos cuestiones atribuidas a la causalidad, solo la segunda -la constatación de la existencia de U- ha de ser decidida en el marco del problema causal (...) hay que elegir de algún modo, una acción, y entonces -cuando ello se consiga- habrá que examinar (aquí empieza la causalidad a jugar un papel) si esta acción ha producido el resultado o no.”

Como se desprende de las apreciaciones de GIMBERNAT, es claro que la determinación de la relación de causalidad dentro de la teoría causalista, pasa a tener un alcance extensísimo, alcanzando así también a la determinación de la acción típica a la que solamente se atiende en caso de determinarse anteriormente, sobre la causalidad de las acciones (de conformidad con la teoría de la equivalencia de las condiciones o la de la causalidad adecuada).⁶

Ahora bien, sin perjuicio de lo manifestado anteriormente, sin lugar a dudas que lo más grave consiste, de conformidad con dicho esquema, y tal como pusiera de manifiesto LARRAURI, el que se relega la determinación de la acción típica a ciencias extrajurídicas, que con sus diversas teorías de la causalidad debían de establecer la presencia o no de una acción típica, aspecto este que solo al Derecho correspondía.⁹

Con posterioridad, y de la mano de Hans WELZEL emerge la Teoría Final de la acción, que diere nacimiento al sistema dogmático que se diera en llamar Finalismo. Dicho sistema se funda en la consideración de que la naturaleza humana es portadora (intrínsecamente) de sentido, esto es, de finalidad. Conforme a la teoría de la acción final, que reconoce su origen en la filosofía Aristotélica, nunca puede ser presupuesto del delito un hecho que no tenga presente los datos de sentido referidos al autor. Conforme este criterio, es que el dolo y la culpa se importa por la Teoría del Tipo de la Teoría de la Culpabilidad, dejando como único contenido de la misma criterios o institutos normativos (imputabilidad, capacidad de conocer la antijuridicidad del comportamiento, y exigibilidad de un comportamiento acorde con lo preceptuado por la norma).

Conforme esta nueva dogmática, cuya matriz empirista y naturalista es incuestionable, sólo será el autor de la conducta responsable penalmente por un resultado típico, en la medida que el mismo haya sido el producto de una conducta dirigida al mismo (tanto por dolo, como por culpa) y respecto a cuyo curso causal, observe su dominio el referido agente.

5. BARRERA, JORGE: Op cit., pág. 67.

6. Cfe. LARRAURI, ELENA, op. cit., pág. 40.

7. extraído de GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, en “La causalidad en Derecho Penal”, ADP, año 1962, pág. 544 y 547.

8. BARRERA, JORGE: Op Cit., págs. 70-72.

9. LARRAURI, ELENA, op. cit., pág. 41.

Ahora bien, no pasó mucho tiempo sin que se tardase en advertir que esta concepción empirista no era suficiente para resolver ciertos casos como por ejemplo el clásico del sobrino quien, para heredar a su tío rico, le convence de que salga a observar desde lo alto de la torre de una fortaleza en ruinas el espectáculo de una tormenta eléctrica, y todo ello a sabiendas que suelen caer rayos en dicho lugar; cosa; ésta última que viene a ocurrir, privándole al tío de su vida.

En el caso expuesto, no cabe dudas de que el sobrino tuvo dolo (conocimiento y voluntad) respecto del curso causal que acabó quitando la vida a su tío. Asimismo, tuvo en su poder la posibilidad de fomentar tal curso, o bien evitarlo (advirtiéndole por ejemplo a su tío de lo que podía llegar a ocurrir). Ahora bien, los autores finalistas entendían que el dolo no podía entenderse configurado en tales circunstancias y ello ya que el dominio sobre el curso de una tormenta eléctrica se halla fuera del ámbito de previsión, así como de dominabilidad propia de cualquier ser humano.¹⁰

Pero desde tal momento se verifica que, tanto el concepto de previsibilidad/previsión, así como el de dominio, adquieren una sustancia esencialmente normativa o valorativa; y ni qué hablar ello dentro del ámbito de los tipos culposos en donde emerge el concepto de violación del deber de cuidado.¹¹

Dentro de este panorama sistemático que pretendía ser empírico, pero que sin embargo convivía con un sinfín de extremos valorativos normativos a los efectos de limitar su alcance; es que emerge la sistemática creada por el catedrático de Munich, Claus ROXIN.

ROXIN se propone retornar a los extremos valorativos representados por los neokantianos; sin desmerecer por ello los aportes del Finalismo respecto de la acción final, de la teoría del error, del tipo subjetivo, así como del concepto de culpabilidad enteramente normativizado o valorativo -habiendo el dolo y la culpa emigrado al Tipo Subjetivo.

Para ello propone vincular la dogmática penal con la Política Criminal: los conceptos de la dogmática jurídico penal requieren de cierta normativización, consistiendo esto último en tomar un dato de la naturaleza y aplicarlo conforme a una norma y su finalidad (siendo ésta política criminal). De allí que la culpabilidad pase a ser en el esquema ROXINIANO, Responsabilidad, ya que a la categoría culpabilidad -idéntica a la del finalismo- le agrega la categoría "necesidad de pena" que medirá el quantum (siempre dentro del techo que determine la culpabilidad propiamente dicha) atendiendo a las razones de prevención general negativa y especial negativa y positiva.

Ahora bien, en lo que hace al tema de este trabajo, ROXIN comprende que no cabe un análisis positivista ni empírico a los efectos de determinar si cabe imputar un determinado resultado -penalmente relevante- a una determinada conducta. Para ello se requiere determinar tales extremos desde una óptica normativista, atendiendo a la finalidad de la norma penal. Veamos esto con un claro ejemplo que aporta el Maestro mejicano Enrique DÍAZ-ARANDA:

"(...) existen conductas que objetivamente son exactamente las descritas en el texto de la ley y algo nos dice que no deben ser consideradas como prohibidas porque al hacerlo contravendría el principio de justicia material; tal es el caso del arquitecto que recibe en Mexicali un cheque del Banco Banamex por la cantidad de cuarenta mil dólares americanos para iniciar la construcción de un centro comercial en Tijuana y, momentos después, sale del territorio nacional para hacer compras de productos básicos en Calexico (EE.UU.), sin declararlo en la aduana ni a la salida ni a la entrada al país el mismo día. Dicha conducta se encuadra perfectamente en el texto del artículo 105, fracción XIII, párrafo 2º del Código Fiscal de la Federación que establece:

Artículo 105- Será sancionado con las mismas penas del contrabando, quien:
XIII...

La persona que no declare en la aduana a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleva consigo cantidades en efectivo o en cheques, o una combinación de ambas, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América se le sancionará con pena de prisión de tres meses a seis años. En caso de que se dicte sentencia condenatoria por autoridad competente respecto de la comisión del delito a que se refiere este párrafo, el excedente de la cantidad antes mencionada pasará a ser propiedad del fisco federal, excepto que la persona de que se trate demuestre el origen lícito de dichos recursos.

10. Sobre este tema y su crítica respecto del tratamiento del finalismo ortodoxo, véase: ROBLES PLANAS, Ricardo en: "Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal". Ed. Atelier, Barcelona, 2004; así como en la más novel edición de editorial BdeF, año 2006. Asimismo en prólogo de la obra "Imputación Objetiva" de DAMÁSIO DE JESÚS, realizado por CERVINI, ADRIASOLA y PEREIRA GARMENDÍA.

11. Así lo ha puesto claramente de manifiesto MIGUEL LANGÓN al analizar los arts. 3 y 4 de nuestro Código Penal, en su "Curso de Derecho Penal y Procesal Penal", pág. 219 y ss., editorial Del Foro, Montevideo, 2003.

Por ello, es necesario determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador penal y ello sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición; dicha tarea se realiza atendiendo a los elementos valorativos implícitos en la conducta típica, los cuales son una serie de criterios normativos que se agrupan en lo que he denominado como “teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta” o, como la llama la reciente doctrina mayoritaria, teoría de la imputación objetiva del resultado.”¹²

Para verificar esto, debe entenderse que en el esquema de ROXIN, lo que se castiga en el tipo del Homicidio (nuestro art. 310 del CP), no es el causar la muerte por la conducta del agente; sino el aumento por parte de ésta, del riesgo de muerte de la víctima más allá de lo jurídicamente tolerado. Con ROXIN no hablamos de una relación causal basada en datos ontológicos o naturales, sino por el contrario, de datos valorativos y jurídicos, concretamente: el aumento de un riesgo más allá de lo admitido por parte del orden normativo y ello con referencia siempre a un bien jurídico penalmente tutelado.¹³

Ubicada la Teoría de la imputación objetiva del resultado dentro de una concepción funcionalista, es que se procede a invertir la relación entre acción, finalidad y tipo; no considerándose correcto que una estructura de la acción de carácter prejurídico y vinculante para el legislador sea la que determine el contenido de la finalidad y del tipo, sino que, bien por el contrario, es un tipo nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado, el que determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo.¹⁴ Tal como sostiene BERNARDO FEIJÓO: “Frente a las concepciones ontológicas del tipo, como el causalismo y el finalismo, la “teoría de la imputación objetiva” otorga al tipo un contenido claramente valorativo. Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal. Es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma. Una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados teleológicamente. La otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se pueda subsumir formalmente en un tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el “fin de protección de la norma penal”. Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el derecho penal. El tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto. La relevancia que para el finalismo tenía la perspectiva ex ante pasa a ser compensada mediante una perspectiva objetiva ex post (vaticinatio post eventum) complementaria. Todo proceso de imputación supone un juicio retrospectivo por parte del Juzgador. No nos olvidemos que la doctrina mayoritaria es partidaria de un injusto dualista que tenga en cuenta tanto una perspectiva ex ante como una perspectiva ex post. Lo decisivo para el derecho Penal no es únicamente el sentido que el autor quería darle a su conducta, sino también el ámbito de protección de cada tipo penal. Pero la imputación de resultados ya no se entiende cómo la mera constatación de un proceso causal, sino que es fruto de una interpretación teleológico-funcional de los distintos tipos de la parte especial y del fin de protección de cada norma penal.”¹⁵

Esta teoría de ROXIN, tal como sostuviéramos oportunamente,¹⁶ parte de cuatro postulados que necesariamente han de verificarse en el caso analizado a los efectos de poder imputar un determinado resultado que acontece en el mundo fenoménico como -justamente, el resultado de- una conducta típica. Dichos postulados son:

1º) Relación de causalidad entre una persona y el resultado.

2º) Disvalor de acción: consistente en la existencia de un riesgo jurídicamente relevante, y que el mismo haya sido creado o aumentado por la conducta (activa u omisiva) del agente.

3º) Disvalor de resultado: consistente en que sea efectivamente tal riesgo creado o aumentado por la conducta del agente y a su vez, jurídicamente relevante, el que se materialice, se realice, en el resultado típico.

12. DÍAZ ARANDA, Enrique. “Imputación normativa del resultado a la conducta.” en “La imputación normativa del resultado a la conducta” AA.VV., editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

13. Señala al respecto LARRAURI: “(...) nadie duda en la actualidad, tras largos años de discusión de diversas teorías causales, que las teorías causales son incapaces de delimitar qué actividades deben considerarse típicas. En efecto, este es un juicio eminentemente normativo; por consiguiente, una teoría causal que utilizara criterios valorativos dejaría por ello de ser causal, y una teoría puramente causal no estaría en condiciones -como analizaremos más adelante- de producir limitación alguna respecto del número de acciones que deben tomarse en consideración.”

14. Cfe. ROXIN, CLAUS. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. T. 1º; Ediciones Civitas, Madrid, 1993.

15. BERNARDO FEIJÓO, en “Resultado lesivo e imprudencia”; J.M. Bosch editor y Universidad Externado de Colombia ediciones; año 2003; Bogotá, Colombia. Pág. 174 y 175.-

16. BARRERA JORGE, et AL., Op cit., pág. 73 y ss.

4º) Alcance del tipo o fin de protección del tipo: consistente en que el fin de protección de la norma típica, abarque resultados de la clase de los producidos o realizados por el disvalor de acción. En otras palabras: verificar si el tipo penal en análisis está destinado -o no- a impedir tales sucesos.

II. DISVALOR DE ACCIÓN

Dentro de la Teoría de la imputación objetiva de ROXIN en lo que refiere al disvalor de acción, hallamos ciertos “particularismos”¹⁷ que requieren de un análisis pormenorizado, siendo ellos:

- a) La exclusión de la imputación cuando se disminuye un riesgo.
- b) La exclusión de la imputación cuando falta la creación de un peligro; o en los casos de riesgos permitidos.
- c) La creación de peligro y los cursos causales hipotéticos.

A) Exclusión de la imputación cuando se disminuye un riesgo:

“Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente.” Este es el ejemplo que emplea ROXIN a los efectos de explicar qué es lo que él entiende cómo contenido de la disminución del riesgo.

Se trata de los casos en que el agente de la conducta actúa sobre un curso causal preexistente, y lo modifica de forma tal que, o bien aminora, o bien disminuye el peligro que dicho curso primigenio le generaba al bien jurídico del sujeto pasivo. De allí que se pueda decir que lo caracteriza estos casos es que la participación del agente de la conducta mejora la situación del bien jurídico mediante la disminución de un riesgo o peligro preexistente.

Véase lo trascendente que resulta este criterio de imputación de ROXIN respecto de nuestro ordenamiento jurídico penal, en donde la doctrina y jurisprudencia vernácula mayoritariamente (salvo quizás -dentro de quienes han escrito sobre el tema- Miguel LANGÓN) sostienen como teoría explicativa del nexo de causalidad a la teoría de la causalidad adecuada. Dentro de tal esquema, tendríamos forzosamente que concluir respecto del ejemplo de marras, que el resultado le es imputable al agente de la conducta (siendo responsable penalmente por un delito consumado doloso de lesiones) y ello ya que:

1º) tal resultado era previsible y fue efectivamente previsto por tal agente, y; 2º) tuvo la intención de causar el susodicho resultado (por más que lo pretendiese para evitar un mal mayor).

Es que justamente, fue en virtud de situaciones como las analizadas, que la doctrina clásica echó manos a la causal de justificación Estado de Necesidad (art. 27 CPU). Pero esto significaría considerar la aminoración del riesgo como una lesión al bien jurídico típica de un delito, y ello es lo que en la subespecie falta. Esto es: cualquiera de las soluciones de las que se sirve la doctrina clásica, así como la finalista, no deja de resultar, a todas luces en casos como el expuesto, manifiestamente injustas, y por ende, inadmisibles para un Derecho Penal que atienda a una dogmática inspirada en valores de política criminal.

Ahora bien, ROXIN pone una limitación respecto de la aplicabilidad de este criterio de imputación: la situación es distinta -para él- en caso de que alguien no debilite un peligro existente, sino que lo sustituya por otro, aún cuando su realización sea menos dañosa para el bien jurídico que lo que le hubiere resultado el riesgo o peligro inicial. El ejemplo que brinda al respecto es el siguiente: “A tira a un niño por la ventana de una casa que sufre un incendio y con ello le causa considerables lesiones, pero de esa manera le salva de la muerte entre las llamas”.

Ahora bien, ya en otra ocasión, he sostenido que sería conveniente desatender la negativa de ROXIN de considerar en la subespecie a los casos de *sustitución*; ello ya que de esa forma el campo de aplicabilidad de este instituto sería enorme; y condice plenamente con las valoraciones normativas propias de la dogmática propuesta por ROXIN. Ello ya que, en nuestro derecho, de conformidad con la regulación que tiene la causal de justificación de estado de necesidad, se llegarían a soluciones diametralmente opuestas a las que se arriba

17. Así los denominamos en pormenorizado análisis que hicieramos de estos extremos, en BARRERA, JORGE et Al., “Responsabilidad penal y accidentes de tránsito. Aportes de la Teoría de la Imputación Objetiva.”, editorial AMF, Montevideo, 2006.

en el Derecho Penal Alemán. Por tal motivo es que, dentro del esquema de ROXIN, atendiendo al Derecho alemán, no resulte contradictoria con los principios funcionales de su sistema el sostener -como él hace- que la sustitución de un curso causal lesivo por otro menos lesivo, da mérito a una imputación normativa.

Pero, como dijéramos UT supra, véase que en nuestro derecho desde el momento en que el Estado de Necesidad respecto de terceros no está contemplado como causal de justificación sino como atenuante (art. 46 nal. 2° del C.P.U.), de considerar correcta la observación de ROXIN, los casos no de intervención aminorante en un curso causal lesivo; sino de sustitución de un riesgo por otro de menor lesividad, constituirían un delito consumado únicamente pasible de una alteratoria de atenuación de la pena. Para ser gráficos: en el caso de A al tirar al niño por la ventana, estaría para el Derecho Penal Vernáculo cometiendo un delito de lesiones (leves, graves o gravísimas) atenuado.¹⁸

Amén de las razones fundadas en la regulación de los institutos de justificación en nuestro país, y tal como dijéramos, sustancialmente en lo que al bien jurídico tutelado respecta, no hay diferencias de entidad entre la conducta de quien actúa sobre un curso causal ya existente disminuyendo el grado de lesividad del mismo, y quien crea un curso causal que se superpone al preexistente obteniendo un resultado menos lesivo que el que produciría el riesgo que conllevaba el anterior.¹⁹

Decíamos en oportunidad de analizar este tema:

“Piénsese en el siguiente ejemplo referente a la casuística que nos convoca:

A observa como B viene conduciendo su vehículo de manera errática -propia de quien se encuentra en estado de ebriedad-, pasándose los semáforos en rojo, conduciendo en zig-zag, así como aproximándose peligrosamente al cordón de la vereda. Asimismo, se percata que se acerca de un peligroso cruce (piénsese en una transitada avenida, o en el paso ferroviario); razón por la cuál decide encerrar a B con su vehículo haciendo que éste choque contra el cordón de la vereda, rompiendo el eje delantero de su vehículo y causándole por ello algunas lesiones de menor entidad a las que hubiese sufrido de no haberse detenido antes del mentado cruce.

En este caso, acreditándose todos los extremos fácticos por la Sede Penal, debería de aplicarse la tesis de ROXIN condenarse a A por un delito consumado doloso de lesiones leves o graves, atenuado por la causal alteratoria del art. 46 nal. 2°.

De seguirse la posición aquí sostenida, la conducta de A claramente disminuyó el riesgo que B se estaba generando asimismo y a demás transeúntes y conductores; por lo que no puede imputarse el resultado lesiones a su conducta, puesto que tal conducta no creó o aumentó un riesgo más allá de lo jurídicamente tolerado, sino que, bien por el contrario, lo disminuyó.”²⁰

De forma idéntica parece opinar sobre la subespecie Enrique DÍAZ-ARANDA, quien señala: “En estos supuestos existe un proceso generador de riesgo para el bien jurídico tutelado proveniente de una causa externa ajena al sujeto activo, quien interviene para disminuir la lesión del bien.” véase que el autor mejicano, para nada exige que se trate siempre de una acción que no sustituya un curso causal por otro (aunque menos lesivo). Ello queda patentado en un ejemplo que nos aporta:

“Por ejemplo, el sujeto activo que observa a un peatón que despreocupadamente cruza la calle sin percibir la proximidad de un auto conducido a gran velocidad, ante lo cual empuja al peatón, quien al caer se lesiona. Cierto es que causalmente el sujeto activo ha provocado la lesión y ha querido empujarlo, con lo cual también se puede sostener que pudo aceptar su lesión (dolo), pero también lo es que con ello ha evitado que el peatón hubiese sido arrollado sufriendo lesiones de mayor gravedad o incluso la muerte. En estos supuestos no se puede considerar como típica la conducta dado que no estamos ante un supuesto que el legislador quisiera sancionar con la figura típica de lesiones.”

Pero resulta a mi juicio muy clarificante (sobre todo para calibrar la importancia práctica de este instituto) el ejemplo real que el gran profesor de la Universidad Autónoma de México señala:

“La señora Sonia Domínguez Pérez, quien tiene cinco meses de embarazo, tropieza y cae por las escaleras de un centro comercial, por lo cual tiene que ser trasladada al hospital de emergencia, toda vez que a consecuencia de la caída presenta un fuerte dolor abdominal, así como un sangrado en zona pélvica, y esto lleva a que pierda el sentido, por lo que es atendida de urgencia por el doctor Enrique Herrera, y por los síntomas presentados, y sin que nadie otorgue el consentimiento, decide practicarle de inmediato un aborto, toda vez que muestra un riesgo latente la vida de la madre, por lo que una vez que la señora recobra el conocimiento decide denunciar al doctor por el delito de aborto ante el Ministerio Público, el

18. Cuando para el Derecho Penal Alemán sería una acción típica pero justificada.

19. BARRERA, Jorge et Al., Op Cit., pág. 76.

20. BARRERA, Jorge, et Al., Op cit, pág. 76-77.

cual no ejercita acción penal en contra del doctor, en virtud de que existe una causa de justificación de estado de necesidad.

En el suceso anterior, si consideráramos que el médico Enrique Herrera realizó una conducta típica de aborto sin consentimiento (arts. 330 y 331 del Cód. Penal), estaríamos sosteniendo que realizó una conducta prohibida y que sólo se justifica por el estado de necesidad. Pero con esa solución, también, estaríamos sosteniendo que la conducta de evitar la muerte de la mujer embarazada es la que quiso prohibir el legislador con la figura del aborto sin consentimiento y eso es insostenible, pues las conductas que el legislador ha querido captar son aquellas en que no existe este conflicto entre bienes.²¹

B) Exclusión de la imputación si falta la creación de un peligro; o en los casos de riesgos permitidos

El peligro de lesión de bienes jurídicos que generan ciertas conductas desde una perspectiva ex ante facto sirve como parámetro o criterio a utilizar a los efectos de excluir determinadas conductas que, pese a ser las causantes de resultados, no se pueden imputar al tipo objetivo debido a que no representaban previamente dicho peligro de lesión.²²

Agrega ROXIN que hay que rechazar toda imputación al tipo objetivo, siempre que el autor, si bien no ha disminuido un riesgo para el bien jurídico penalmente tutelado, tampoco lo ha aumentado de manera jurídicamente relevante. “Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas.”

Es así por ejemplo, que -tal como ejemplifica DAMASIO E. DE JESUS-: “En el Barrio de Zähringen, en Friburgo I.Br., Alemania, en una pequeña fortaleza edificada en la parte más alta del bosque, hay una placa en homenaje a un teutón que, a mediados de la década del sesenta murió fulminado por un rayo durante una tormenta. Dice su texto: “Hans Joachim..., teutón de Friburgo alcanzado por un rayo el 1° de agosto de 1965, en las ruinas de la fortaleza de Zähringen.” Al lado de la placa, un mensaje reza: “El acceso a la torre corre por cuenta de su propio riesgo. En caso de aproximarse una tempestad, debe abandonarse la parte alta del bosque.” Es que tal lugar es muy conocido por una especial razón: dadas las características del suelo, durante las tempestades es alcanzado por un gran número de rayos. Tal detalle llevó a la doctrina a formular un ejemplo clásico, el que a continuación veremos:

Fue siempre un problema para la teoría de la relación de causalidad objetiva (antigua imputatio facti) la cuestión referente al riesgo causado a bienes jurídicos de terceros por determinados terceros por determinada conducta en virtud de conocimientos particulares por parte del autor. Supóngase que, en el caso del bosque de Zähringen siempre reseñado por la doctrina, el hijo, conocedor del fenómeno causado por las tormentas, con la finalidad de hacerse de la herencia de su padre, induce a éste a visitar la fortaleza en el mismo momento en que se avecina una tormenta, y éste muere a causa de la descarga que produce un rayo. Si aplicásemos la teoría causal de la *condictio sine qua non*, el hijo respondería por el resultado: si eliminásemos la inducción, la víctima no habría ido a la fortaleza, no encontrando de tal modo su muerte (principio de eliminación hipotética). Estarían presentes, en el hecho típico, el comportamiento doloso, el resultado (muerte del padre), el nexo de causalidad (entre la inducción y el evento) y la tipicidad. Y, estando ausente toda causa excluyente de antijuridicidad, siendo el hijo imputable, respondería por un delito de homicidio doloso consumado, una vez le sea exigible una conducta diversa, y sea evidente el conocimiento potencial de la ilicitud. (...) esa conclusión sin embargo no es correcta (...) la muerte del padre ocurre por efecto de fuerzas naturales no controlables por el hijo, quien no tenía dominio sobre el hecho, no pudiendo -por tanto- ser considerado “autor” en materia penal. De manera que, tal como veremos, en virtud de la teoría de la imputación objetiva, esos agentes -en las hipótesis narradas supra, no son responsables por los resultados fatales acaecidos. Son casos que quedan comprendidos dentro de la falta de un riesgo prohibido.”²³

En definitiva, el recomendar a un pariente a que visite una fortaleza en plena tormenta eléctrica (aún con la expectativa de que caiga allí un rayo y le mate -cosa que viene a suceder-); el pasear por el centro de una ciudad, el subir por las escaleras de un edificio, el tomar una ducha, escalar una montaña, etc., todo ello; no conforman riesgos relevantes sino que refieren a conductas socialmente normales y -generalmente- no peligrosas; no pudiendo considerárseles como creaciones o aumentos de riesgos más allá de lo jurídicamente tolerado o permitido.

Tal como sostuviéramos en otra ocasión al tratar del tema: desde el momento en que señalamos que lo que caracteriza al funcionalismo es el de determinar que el tipo objetivo refiere a una valoración (o mejor

21. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op cit, pág. 63 y ss..

22. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Editorial civitas, Madrid, 1999; págs. 366-7.

23. DAMASIO E. DE JESUS, “Teoría de la imputación objetiva”, editorial B de F, Buenos Aires, 2006, pág. 38 y ss..

dicho: una desvaloración) de conductas de corte normativo; no es de extrañar que la actuación de una persona que se inscriba plenamente en una conducta socialmente normal y, por ende, generalmente no peligrosa, no puede considerarse prohibida, aún cuando, excepcionalmente tal actuación cause una lesión a un bien jurídico penalmente tutelado. Habrá en tal caso una muerte, o una lesión; pero faltará una acción típica de homicidio o una acción típica de lesiones (leves, graves o gravísimas).

Veamos a los efectos de clarificar lo expuesto, un caso real brindado por Enrique DÍAZ-ARANDA: "Otro supuesto de acuerdo con la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal: en el año 2002, en la Unidad CTM "El Risco", operan bandas organizadas, las que se dedican a asaltar y muchas veces terminan matando a las personas que se niegan a entregar sus pertenencias. Maritza Olivares es empleada del C. Carlos Burgos García, a quien le tiene un gran odio debido a que éste siempre la acosa y le hace proposiciones obscenas, quien siempre se la pasa amenazándola de que si no accede a sus proposiciones la despedirá o bien, si ella acepta, le subirá su nivel salarial. Por lo que Maritza, quien vive en dicha Unidad, y cansada de esa situación, planea acceder a sus proposiciones invitando a su jefe a cenar a su casa y estando ahí mandarlo a comprar unas botellas, ya que como éste es muy ostentoso para vestir y siempre anda muy alhajado, espera que en el trayecto lo asalten y lo maten. Es el caso que llega el día esperado por Maritza y Carlos acepta su invitación, por lo que ya estando en casa de Maritza, ésta le comenta que le gustaría mucho tomarse un trago con él, pero que en su casa no hay alcohol, por lo que le pide que vaya a comprar una botella a la esquina, petición a la que Carlos accede, y efectivamente en el trayecto es abordado por unos sujetos, quienes le piden sus pertenencias, éste se opone y sus agresores le disparan con arma de fuego, privándolo de la vida." "(...) En resumen, aunque en todos los supuestos anteriores la finalidad del sujeto activo era la de provocar el resultado típico, ello no basta para imputarle normativamente el resultado y ello es así porque la conducta no aparece ex ante como peligrosa para el bien jurídico tutelado, y por ende no se puede considerar como una conducta prohibida."²⁴

Ahora bien, fuera de los casos como los reseñados de subir una escalera, o visitar una fortaleza durante una tormenta eléctrica, situaciones éstas que -estadísticamente- no conllevan la generación de peligro relevante alguno, siendo jurídica- valorativamente irrelevantes, y por ende atípicas en caso de suscitarse un resultado lesivo; consideremos los casos referidos a las instalaciones industriales, a los deportes riesgosos, a las intervenciones médicas curativas; y; particularmente el tráfico viario. Y estas conductas como v.gr. el tránsito vial generen riesgos jurídicamente relevantes, es algo -tristemente- de notoriedad; bastando para comprobar ello observar la estadística anual de muertes o lesiones causadas en accidentes de tránsito.

Más, no obstante su relevancia jurídica, tales riesgos son, sin embargo, permitidos por el orden normativo.

Tal como ha señalado ROXIN, por "riesgo permitido" se entiende aquella conducta humana que genera un riesgo relevante para los bienes jurídicos penalmente tutelados, pero que de modo general -independientemente de los casos concretos- se encuentra permitida, y, por ello se excluye su imputación al tipo objetivo.

Así, señalamos en anterior oportunidad: dice ROXIN "el concepto de riesgo permitido se utiliza en múltiples contextos, pero sobre su significación y posición sistemática reina la más absoluta falta de claridad", y no parece escapar ROXIN a tal crítica desde el momento en que señala que son riesgos permitidos por el ordenamiento jurídico, cuando debería decir que son permitidos en realidad por el orden normativo; ya que -y tal como admite el mismo ROXIN- no se trata en la subespecie de causales de justificación, sino de conductas riesgosas que son fomentadas por el Ordenamiento Normativo, no alcanzando por ende, jamás la desvaloración de la norma legal penal a tales acciones.²⁵

Ejemplificando lo dicho: mientras un conductor se comporte de conformidad con el orden normativo, cumpliendo con todas las normas referentes al tránsito vehicular; su conducta será atípica aún en los casos en que se produzca causalmente un resultado lesivo.

Siguiendo al maestro alemán, podemos entonces decir que "riesgo permitido" tratase de una conducta humana que genera un riesgo relevante para los bienes jurídicos penalmente tutelados, pero que de modo *general* (esto es: independientemente de los casos concretos) está permitida y por ende, excluye la imputación al tipo objetivo. "Prototipo de riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. No se puede negar que el tráfico viario constituye un riesgo relevante para la vida, salud, bienes materiales, cosa que se prueba irrefutablemente la estadística de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico viario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exigen intere-

24. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op cit, pág. 74/5.-

25. Cfe. CERVINI, Raúl, ADRIASOLA, Gabriel, y PEREIRA GARMENDÍA, Mario, en Prólogo al libro de DAMASIO E. DE JESUS: "Imputación Objetiva", editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

ses preponderantes del bien común. Pero a diferencia de la causa de justificación de estado de necesidad, aquí no se precisa una ponderación de intereses en el caso concreto que pueda llevar a diversos resultados según el peso de los intereses en conflicto, la proximidad del peligro, etc.

Por el contrario, la autorización de la conducción automovilística se basa en una ponderación global, que (si se respetan todas las normas de tránsito) ya no deja surgir el tipo delictivo.

Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superiores (así por ejemplo se realiza por mero aburrimiento) o incluso aunque sirva a intereses reprobables (v.gr. la preparación de un delito), de tal manera que una ponderación según los principios de justificación tendría que resultar contraria a la autorización de tal conducta.

Por tanto como el mantenimiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas del tráfico no es una acción típica.”²⁶

C) Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

En este punto se analiza cómo deben de ser considerados (a los efectos de una imputación normativa de resultados al tipo objetivo) los cursos causales hipotéticos en el mentado juicio sobre la creación o aumento de un riesgo -jurídicamente relevante-.

Sobre esto, hay que distinguir dos variables:

i. Casos de causas sustitutivas humanas: en este punto, ROXIN se plantea si la imputación de una conducta antijurídica puede ser excluida en aquellos casos en que se demuestre que estuviera dispuesto un tercero (autor sustituto) a asumir el hecho, y ello en caso de fallar el agente.

Aclaremos ello mediante un ejemplo que brinda ROXIN: “(...) debe condenarse por homicidio al que (estando en vigor la pena de muerte), actuando como persona privada, echa a un lado por la fuerza al verdugo y acciona en su lugar el funcionamiento de la silla eléctrica. Pues si el legislador sólo le permite una acción típica a determinadas personas o funcionarios, esa restricción sólo se puede imponer eficazmente si la prohibición se mantiene incólume frente a los demás. Sería algo que conduciría a situaciones intolerables el que, contra las reglas legales de competencia, cada cual ya pudiera “detener” impunemente a otros por el hecho de que la policía tenga la facultad de hacerlo en virtud de una orden judicial de arresto.”

Ahora bien, conforme a lo expuesto, ROXIN sostiene que en estos casos, de ninguna manera puede la imputación de la realización del tipo a la acción verse enervada. Sostiene que no se puede negar en tales casos la existencia de un aumento o creación de un riesgo, y ello bajo el argumento que el objeto de protección típico en cualquier caso estaría perdido, y por tanto no era susceptible de ser puesto en peligro por el autor.

Un crudo ejemplo de estas situaciones, nos lo aporta el Profesor mejicano DÍAZ-ARANDA: “En la ciudad de Moreleón, Guanajuato, en fecha 18 de abril del año 2002, acontece el homicidio del niño Raúl Cadenas Zavala, quien en esa fecha contaba 5 años de edad y padecía parálisis cerebral desde la edad de 2 años, y se consigna a la madre del niño, C. María Guadalupe Zavala Jiménez, como presunta responsable del crimen. Al rendir su declaración preparatoria, esta mujer argumenta que en efecto ella privó de la vida a su hijo, pero que lo hizo por el hecho de que su esposo, quien siempre sintió vergüenza de tener un hijo con parálisis cerebral, no obstante que fue él quien le causó dicha enfermedad, ya que a la edad de 2 años, enojado porque su hijo se orinó en la cama, lo golpeó y con las mismas sábanas orinadas le tapó la cara, impidiendo que éste respirara, lo que lo sumió en un estado de coma profundo, y al volver del mismo (coma) presentó la incapacidad referida por la falta de oxigenación al cerebro, aproximadamente diez días antes del evento criminal le dijo: “un día de estos voy a matar a ese estorbo, ni siquiera pueden venir mis amigos a esta casa porque me da vergüenza que lo vean”; refiere además que no obstante el estado de salud del niño, su progenitor continuamente lo lanzaba de la cama en donde tenía que estar postrado, al suelo, provocándole diversas lesiones.” Esta claro que la salvajada a la que fue expuesta dicha criatura (por su madre) no puede más que imputarse al quehacer de dicha madre, y ello, aún ante la argumentación que tal triste deceso ocurriría de todas formas, pero a manos del padre de la víctima (ello claro está, sin perjuicio del reproche jurídico penal que le cabe a éste por violencia doméstica y lesiones).

ii. Casos de causas sustitutivas naturales: a diferencia de los casos anteriores, ROXIN sostiene que la imputación sí se ve excluida cuando el autor de la conducta únicamente modifica una causalidad natural, siempre que no empeore con ello la situación de la víctima en su conjunto.

Aclaremos esto con un ejemplo (también de la factoría de ROXIN): “F circula con su locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de la montaña de tal modo que F ya no puede

26. ROXIN, Claus. Op cit.

frenar a tiempo y se va a estrellar contra las rocas. X cambia las agujas, de manera que la locomotora es desviada desde la vía izquierda a la derecha, que está igualmente bloqueada por el mismo desprendimiento, y F muere en ese lugar.”

Ahora bien, tal como expresáramos, ROXIN en estos casos, reconoce un límite: el llamado Principio de Intensificación. Dicho principio básicamente consiste en que sí será imputable un resultado a una conducta (pese a la existencia de una causa sustitutiva natural) siempre que mediante la misma, se aumente o se anticipe en el tiempo el daño; esto es: siempre que se intensifique el daño.

III. PARTICULARISMOS DEL DISVALOR DE RESULTADO

Así como hemos analizado, siguiendo los postulados de ROXIN, los particularismos que presenta el disvalor de acción; asimismo, debemos proceder a analizar los “particularismos” que presenta la categoría del disvalor de resultado; siendo ellos:

- a) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro.
- b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido- el fin de protección de la norma de cuidado-
- c) Conducta alternativa conforme a derecho: Teoría del incremento del riesgo.-

A) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro

ROXIN propone como ejemplo (multi citado por la doctrina) para estos extremos el caso de una persona que -con intención de matar a su enemigo- dispara contra éste, pero sin lograr matarle. Conducida la víctima a un hospital para su atención médica, muere allí a causa de un incendio que se desata en la habitación en que se hallaba internada. Dice el maestro alemán: “Aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible; un ejemplo de ello nos lo da el caso demostrativo en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital.

Para determinar si efectivamente fue el riesgo no permitido el que se realizó en el resultado típico, propone el mentado autor, realizar dos juicios de peligrosidad: el primer examen de la realización del peligro ex ante, el segundo examen de la realización del peligro ex post facto. De modo que al curso de los hechos realmente producidos, una vez concluida la acción del autor, también se le efectúa un examen de peligrosidad.

(...) Como no se le puede imputar ese resultado porque éste no supone la realización del peligro creado, sólo habrá cometido una acción homicida intentada, y no consumada. Y esto no es, como cree la doctrina tradicional, un problema de dolo, sino una cuestión de realización del tipo objetivo.”

Aplicando los dos juicios que menciona ROXIN en la transcripción ut supra, dice respecto de este caso: “Es decir que, en el caso del ejemplo hay que preguntar si el disparo efectuado por el autor ha aumentado el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mensurable y a tal efecto hay que aplicar el mismo criterio que en el primer juicio de peligro. Pues bien, como la cuestión ha de contestarse negativamente -una estancia en el hospital no fundamenta un peligro relevante de ser víctima de un incendio accidental en el mismo-, hay que negar la realización del peligro y la imputación del resultado.”²⁷

Veamos esto con otro ejemplo: “A, quiere matar a B con un hacha, pero éste no muere de los hachazos, sino por una infección de las heridas provocada por aquéllos. En la muerte por infección también se realiza un peligro creado por los hachazos, y por tanto el resultado es obra del asesino”

Como podrá apreciarse, este tipo de construcciones dogmáticas sirve (también) respecto de los delitos culposos (eliminándose en la subespecie, como es obvio, el marco de una tentativa como conducta “base”); véase:

A conduciendo su vehículo imprudentemente a exceso de velocidad, arrolla en un cruce peatonal a B; quien, al ser conducido al hospital en ambulancia, la misma protagoniza un accidente, a raíz del cual B sufre lesiones mortales. ¿Es, en tal caso A responsable de la muerte de B? Entiendo que no, y ello debido a que el peligro que generó la conducta de A respecto de la vida e integridad física de B (bienes jurídicos tutelados) se agotó en las heridas padecidas por la víctima tras el arrollamiento (debiendo responder A por un delito de lesiones culposas). El que muriese B en un accidente sufrido en una ambulancia que lo transportaba al

27. ROXIN, op. cit.

hospital, claramente refiere a un peligro que generó el conductor de dicho vehículo (o, eventualmente, el otro conductor participante de la colisión). Ex ante, no cierra un juicio de peligrosidad que exceda lo que significa un riesgo para la vida o integridad física de un peatón a causa de un arrollamiento. Ex post, se verifica que el peligro de muerte para B que se realizó en dicho resultado muerte, no fue el generado por las lesiones que le causara A (como sí lo sería si B hubiese muerto por alteración grave del funcionamiento de sus órganos internos, o por infecciones adquiridas en las heridas en el momento de accidentarse); sino que, por el contrario, fue el riesgo suscitado por el conductor de la ambulancia por conducir de modo imprudente (supongamos para el ejemplo: sin prender la sirena, y sin respetar las señales de tránsito).²⁸

B) Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido. Resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado

Cabe advertir, que en todos los supuestos que serán analizados en este literal; estamos ante sujetos que mediante su conducta generan (crean o aumentan) un riesgo jurídico-penalmente relevante; pero que; sin embargo, no es tal riesgo el que se realizara en el resultado típico. Dentro de tal constelación de casos, podemos advertir dos grandes sub grupos:

a) La primera se refiere a los casos en que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado -en su concreta configuración-.

ROXIN da como ejemplo de ello: A, debido a su comportamiento imprudente, no se percató que los frenos de su automóvil se hallan en mal funcionamiento. Conduciendo su vehículo, es sorprendido por un menor en bicicleta que -literalmente- se arroja en frente de su auto, no pudiendo detener la marcha antes de embestirle, y causándole la muerte. Sin perjuicio del estado de sus frenos; una pericia de Policía técnica prueba fehacientemente que, aunque dichos frenos estuviesen perfectamente bien, dada la manera en que el menor se cruzó, y la velocidad del coche (que venía dentro del máximo permitido de 75 Kms por hora) hubiese resultado imposible detener plenamente la marcha y evitar arrollarle; así como; por otra parte, no hubiese el embestir a una menor velocidad evitado el desenlace fatal de la criatura.

Pasando la cuestión en limpio: la conducta imprudente de A consistió en conducir su coche sin tener sus frenos en forma debida. Más sin embargo, no fue tal conducta (pese a haber sido creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado) la que se concretara en el resultado muerte del menor. Por el contrario, fue el comportamiento de éste último el que generara un riesgo que se efectivizó en el resultado muerte.

Si se responsabilizara en el ejemplo, a A por la muerte del menor (y ello por el sólo hecho de tener sus frenos en mal estado, cuando se prueba fehacientemente que tal riesgo nada tuvo que ver con la causación del resultado típico del art. 314 CPU); se estaría penando por la mera violación de la norma de cuidado, sin ninguna otra consecuencia del punto de vista normativo (tal como planteara respecto de la valoración normativa de ROXIN: A mató -causalmente- al menor, pero no "dio muerte" al menor en el sentido de los tipos penales que tratan del homicidio).

b) el otro grupo de casos que se aglutinan en la especie son aquellos que se refieren a la creación o al aumento de un riesgo jurídicamente relevante, siendo tal riesgo causal para el resultado; pero; no obstante en el caso concreto, tal riesgo de producción del resultado no se ve aumentado por dicha superación o exceso. Veamos:

A rebasa la velocidad máxima autorizada en la avenida que transita, más sin embargo, tras conducir de tal modo unas cinco cuadras, disminuye su velocidad, retomando así la velocidad máxima permitida. Momentos después atropella a un menor que se cruza súbitamente por delante del coche; resultando tal accidente, objetivamente inevitable para dicho conductor.²⁹

Como señala ROXIN sobre el ejemplo citado: en constelaciones como ésta el accidente ha sido causado no sólo por la (permitida) conducción del automóvil en sí misma, sino precisamente también por rebasar la velocidad máxima; pues sin ella el vehículo no hubiera estado en ese lugar y sitio preciso al cruzarse el menor en bicicleta; por lo que entonces, nada hubiera sucedido.

Tal como dice ROXIN sobre el ejemplo citado, la prohibición de exceso de velocidad "no quiere impedir que los automóviles pasen en un determinado momento por un determinado lugar. Por tanto, el haber corrido el riesgo prohibido sólo por casualidad ha dado lugar al accidente, de modo que se excluye la imputación al resultado; y para ello no es precisa una clase especial de comprobación de la causalidad."³⁰ Se

28. Cfe. BARRERA, Jorge; et Al., Op cit.

29. Ejemplo extraído de ROXIN, CLAUS. Op. cit. (con modificaciones).

30. ROXIN, CLAUS. Op cit pág.

advierte, por tanto, que en estos casos, no se realiza el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado violado, de allí que fracase la imputación del resultado: el estar en determinado momento y lugar no es una de las consecuencias a cuya evitación tiende el fin de protección del deber de cuidado (de no conducir a exceso de velocidad).

Veamos otro ejemplo “clásico” de ROXIN: “Dos ciclistas de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que va delante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación.”³¹

En este caso, no tiene sentido la imputación del resultado ya que el fin del precepto violado (que impone la iluminación) consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, y no en que se ilumine a otras bicicletas a los efectos de evitar de tal manera eventuales colisiones de terceros (para eso está el alumbrado público).

Véase los siguientes ejemplos (casos verdaderos) que sobre la subespecie aporta DÍAZ-ARANDA:

“En el puerto de Acapulco, Guerrero, un turista paga para abordar junto con un grupo de personas una balsa inflable en forma de banana, que es remolcada por una lancha; el encargado de la prestación del servicio de la banana tiene por funciones poner un chaleco salvavidas de acuerdo al peso corporal de cada una de las personas que abordan y vigilar que éste se encuentre perfectamente abrochado. A Froilán, un turista excedido de peso, deprimido y que no sabe nadar, al prepararse para abordar, le ponen un chaleco salvavidas de una talla inferior para sostener su cuerpo a flote en el agua, ya que el encargado confía en su experiencia de que nunca se ha ahogado nadie bajo esas condiciones. Por lo que inician la excursión en el mar, donde Froilán por su depresión decide quitarse el chaleco; posteriormente una ola impacta a la banana haciendo caer a varios turistas, entre ellos Froilán, quien no hace ningún intento por salvar su vida y se ahoga.

En este supuesto el encargado de la banana desobedeció el deber de cuidado, consistente en que Froilán contara con un chaleco de acuerdo a su peso para sostenerlo a flote por cualquier percance que sucediera, y elevó el riesgo de que se ahogara, e incluso se podría demostrar que si Froilán hubiera traído puesto el chaleco, de todas formas habría muerto dado que el chaleco era de talla inferior e insuficiente para mantenerlo a flote. Pese a todo lo anterior, el fin de la norma que impone el deber de que todos los tripulantes de la banana cuenten con un chaleco salvavidas de acuerdo a su peso es precisamente proteger a los turistas de no morir ahogados, no para proteger a suicidas que se quiten dicho chaleco para después ahogarse, por lo que o se puede imputar la muerte de Froilán a la omisión del lanchero.”

“Un conductor que labora de noche tiene por camino habitual el circular por una zona escolar, en la cual hay señalamientos que indican que la velocidad máxima permitida es de 20 Km./h, incluso hay varios discos con la impresión de niños escolares cruzando. Cierta día, conduce su vehículo por dicha zona escolar a una velocidad de 40 Km./h, a las 22 hs y, precisamente, al salir de una curva aparece repentinamente un adulto que cruzó por la mitad de la calle y no por la zona de cebrá, creada para tal fin, atropellándolo y causándole lesiones. En este supuesto, el conductor desobedeció el deber de cuidado de conducir a una velocidad máxima de 20 Km./h en zona escolar y por tanto se puede decir que elevó el riesgo de provocar lesiones a quien cruzara por el paso de cebrá, e incluso se podría demostrar que en caso de haber conducido sólo a 20 Km./h hubiese podido frenar a tiempo y evitar atropellar al peatón. Pese a todo lo anterior, el fin de la norma que impone el deber de llevar esa velocidad tan baja en zona escolar es proteger a los escolares en horario de clase, no para evitar accidentes con peatones que de forma despreocupada cruzan la calle de noche. A mayor abundamiento, se debe tomar en cuenta que la velocidad de 40 Km./h está permitida para circular en general, por lo que el límite de 20 Km./h sólo es válido para zonas escolares durante el tiempo de funcionamiento del centro educativo.”³²

C) Conducta alternativa conforme a derecho: la Teoría del incremento del riesgo

Tal como señalara anteriormente, se excluye la imputación de un determinado resultado, en todos aquellos casos en que, pese a que el agente de la conducta crea o aumenta un riesgo jurídico-penalmente, se demuestre fehacientemente que de haberse comportado conforme a derecho (observando el deber de cuidado), tal resultado se hubiese producido de todas maneras. Dice ROXIN: “en tales casos no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento.”

Atendamos al siguiente ejemplo: “El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 CMS. del mismo.

31. ejemplo extraído de ROXIN, op. cit.; extraído de un fallo del Tribunal Supremo Alemán.

32. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op cit, pág. 93-4.

Durante el adelantamiento, el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.”

Manifiesta el citado autor sobre esto: “(...) la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal. Agrega que, si a pesar de guardar la distancia requerida el ciclista hubiera muerto, también se habría realizado en ese curso del hecho un riesgo como el que siempre existe en los adelantamientos; pero de ese riesgo le hubiera liberado el legislador al autorizarlo, por lo que el resultado no sería imputable. Si por el contrario, el autor rebasa el riesgo autorizado (permitido) y se produce entonces el resultado como consecuencia del peligro existente en el adelantamiento, el mismo es imputable como realización de un peligro prohibido.”³³

De tales extremos emerge que (sic ROXIN) no existen razones valederas desde un punto de vista normativo para que se vea excluida en la subespecie la imputación del resultado típico a la conducta del agente. Ello ya que el límite máximo del riesgo tolerable lo traza (en el ejemplo) la distancia legal de separación lateral; de allí que todo incremento de tal riesgo haga recaer las consecuencias sobre el autor.³⁴

Agrega ROXIN: “El legislador tiene que insistir también en el cumplimiento de la norma de cuidado precisamente allí donde su observancia ciertamente aumenta claramente la posibilidad de salvaguarda del bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta seguridad.”³⁵

Como se puede observar, de lo reseñado hasta aquí, es claro que para ROXIN, hay que distinguir entre lo que refiere a situaciones en donde no cabe duda alguna que, de haberse comportado el agente de la manera exigida por el ordenamiento normativo (esto es: dentro del riesgo permitido), de todas maneras el resultado típico hubiese acaecido; de aquellas otras situaciones en que, existe una duda acerca de lo que hubiese acaecido en caso de haberse ajustado dicha conducta al riesgo permitido.

Dentro de la constelación de estas últimas situaciones, a ROXIN no le cabe ninguna duda, de que debe de procederse a imputar tal resultado típico a la acción (violatoria del riesgo permitido). Concretamente, el método que propone ROXIN para resolver tales situaciones, consistiría (conforme lo expone BERNARDO FEIJÓO) en tomar una conducta que observe el riesgo permitido y compararla con la conducta realmente efectuada por el agente (conducta que a la vez viola el riesgo permitido). Si dicha conducta aumenta la probabilidad de lesión con respecto a la hipotéticamente permitida, tal lesión del debido cuidado encaja en el tipo penal, por lo que estaremos ante un tipo penal consumado. Por el contrario, si dicho riesgo no se ve incrementado, en tal caso no se puede imputar el resultado. Es decir, en caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado éste se imputa si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido. El autor carga con la duda si no se puede probar que el resultado es realización de otro riesgo que sea irrelevante para el tipo.³⁶

Esta teoría, en consecuencia, se ha hecho pasible de cuatro críticas fundamentales:³⁷

1º) en primer lugar resulta claramente violatorio del principio de legalidad. Ello ya que convierte en típicas, acciones que solamente son pasibles de un disvalor de acción, pero jamás de resultado. No se desvalora la producción típica (mediante un riesgo típico) de un resultado, sino generar riesgos determinados estadísticamente, pero que, en el caso concreto, no se determina si se han realizado en el resultado.

2º) Se trata de una verdadera reminiscencia de la criticable teoría del *versari in re ilícita*, ya que se niega a diferenciar dentro de una conducta desempeñada por un agente, una parte permitida de otra no permitida o prohibida por el orden normativo. Véase: por el sólo hecho de sobrepasar el agente mediante su conducta el riesgo permitido por el orden normativo, se le atribuye todas las consecuencias respecto del curso causal que él puso en marcha; sin entrar a valorar en la especie, si dicho resultado típico se ha causado por el riesgo antinormativo, o por otro riesgo -éste sí- jurídicamente permitido e integrante, asimismo, de la mentada conducta en análisis.

3º) Esta Teoría resulta a mi juicio, violatoria de la Constitución desde que ésta exige -para que se considere una conducta como penalmente relevante- no solamente el que sea violatoria del orden normativo, sino

33. ROXIN, CLAUS. Op. cit.

34. ROXIN, CLAUS. Op. cit.

35. ROXIN, CLAUS. Op. cit.

36. Cfe. BARRERA, JORGE; et Al.; Op cit.; y CASTALDO, Andrea; “La imputación objetiva”, editorial B de F; Buenos Aires, 2002.

37. De conformidad con lo expresado en oportunidad de analizar este tema en relación con los accidentes de tránsito. Vide: BARRERA, Jorge, et Al, Op cit.

también que exista una efectiva lesividad para con el bien jurídico penalmente relevante. Resultando tal lesividad una consecuencia de la señalada conducta antinormativa. Además, de procederse en casos de sospecha de que así sea, a imputar tal resultado a dicha conducta desvalorada; estaríamos violando otro principio constitucional, cual es el *In dubio pro reo*.

4º) Resulta absolutamente incompatible la teoría de marras para con el presupuesto señalado anteriormente del “Fin de protección de la norma”. Esto ya que se parten en ambas posiciones de posturas absolutamente opuestas, que no son pasibles de ser ubicadas dentro de una misma sistemática. Veamos: el criterio del fin de protección de la norma parte del principio de que en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos es preciso constatar que el resultado es la realización de un riesgo típico. Su ratio es que dicha norma de cuidado sólo está referida a determinados riesgos, no teniendo que evitarse la realización de riesgos permitidos.

La teoría del incremento del riesgo, por su parte, considera que en ciertos supuestos no se crea mediante una conducta varios riesgos, sino un riesgo único o conglobante, y que por tal motivo no es pasible de “partirse” en una parte permitida y en otra desvalorada.

Esta última concepción incurre en un error grosero ya que al autor se le reprocha el crear o aumentar un riesgo (para un bien jurídico) mayor al permitido por el orden normativo; pero en la subespecie, no se puede determinar en su caso cuál -efectivamente- el riesgo permitido, y el prohibido.

Por lo expuesto, es que debe de procederse a rechazar dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva a la denominada Teoría del incremento del riesgo; y considerarse a los efectos del disvalor de resultado, únicamente al criterio del fin de protección de la norma. Debiéndose, en casos de duda, esto es: cuando no se pueda determinar con plena certidumbre, que el resultado típico ha sido provocado por un riesgo creado por la conducta -y que fuere tal riesgo de la especie que la norma de cuidado tiene por finalidad evitar-; optar por la no imputación de tal resultado típico a la conducta en análisis.³⁸

IV. PARTICULARISMOS DEL ALCANCE DEL TIPO

Como claramente expresa ROXIN, el que hayamos determinado en nuestro análisis de un caso concreto que estamos ante una conducta, consistente la misma en la creación o aumento de un riesgo -para con un bien jurídico-. Siendo tal riesgo jurídicamente intolerable, esto es, prohibido; así como también, habiéndose constatado que dicho riesgo se concretó en el resultado típico (especialmente considerando a tales efectos que dicho resultado esté cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado). Todo ello, aún no es suficiente -en varios casos concretos- para que le podamos imputar tal resultado a la referida conducta. Esto se debe a que en algunos casos concretos, puede fracasar dicha imputación siempre que el alcance del tipo (esto es: el fin de protección de la norma típica; como ser el no matar, el no lesionar, el no prestar asistencia, etc.) no resulte comprensivo de la clase de resultados como el causado (en análisis).

Encontramos dentro de esta categoría de análisis:

- a) La cooperación en una auto puesta en peligro dolosa.
- b) La puesta en peligro de un tercero consentida por éste.
- c) La imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajena.

A) Cooperación en una auto puesta en peligro dolosa

Dentro de esta subcategoría, ubica ROXIN a todos aquellos casos de incitación o cooperación en acciones de otro, guardando tales acciones una superación a la media normal de peligro; y consistiendo la referida subcategoría en no responsabilizar a quien incita o coopera, respecto de cualquier resultado lesivo derivado de tales conductas (siendo único responsable de los mismos, la propia víctima).

Veamos el siguiente ejemplo que propone ROXIN: “A y B llevaron a cabo una competición con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrera B sufrió un accidente mortal por su propia culpa.”

El Tribunal Supremo Federal Alemán condenó en dicho caso a A por delito de homicidio imprudente por “haber causado al infringir el deber de cuidado un resultado previsible y evitable.”

Analiza ROXIN: “En esa argumentación es totalmente correcto que ya la participación en una carrera irracional, en la que “por una ronda de cervezas se pusieran en juego dos vidas humanas”, creó un peligro que rebasa claramente el riesgo general del tráfico, peligro que también se realizó en el posterior curso de los

38. Cfe. BARRERA, Jorge. Op cit, pág. 95 y ss.

hechos. Pero como se dio una cooperación en una auto puesta en peligro dolosa, de cuyo riesgo era suficientemente consciente B, dada la plena imputabilidad que aún tenía, pese a concurrir la realización del riesgo el resultado no cae dentro del ámbito de protección de la norma y no puede ser imputado. Cuando el Tribunal Supremo Federal hace depender la “infracción del deber” y con ello la punibilidad en la cooperación en auto puestas en peligro “de las circunstancias del caso”, de ese modo ya no se determina la punibilidad según el criterio de la valoración legal, sino según el de una decisión judicial para el caso concreto, y eso es inadmisiblemente. Dado que A no ha realizado ya el tipo objetivo de los par. 222 y 212, quedaría igualmente impune aunque de antemano hubiera aceptado un accidente mortal de su oponente; ese “dolo” tampoco podrá fundamentar punibilidad alguna, porque estaría dirigido a una conducta atípica.”

El fundamento normativo para todo esto lo encuentran los alemanes en la impunidad (conforme a tal ordenamiento penal) de la participación en un suicidio; así como en una autolesión. De allí que concluyan que quien puede provocar impunemente lo más (la auto lesión), con mayor derecho puede provocar (también impunemente) lo menos (la auto puesta en peligro).

Ahora bien, tal tipo de fundamentación dogmática resulta difícil de “importar” a nuestro derecho desde el momento en que el artículo 315 del CPU tipifica la determinación y ayuda (material) al suicidio (salvo que se fundamente la inconstitucionalidad del mismo). Asimismo, se han presentado reparos a esta fundamentación en el Reino de España, por parte de autores de la talla de CERESO MIR, y todo ello por los mismos fundamentos que manifestara anteriormente.

Sin embargo, merece ser considerada como una correcta lectura de la dogmática jurídico penal acorde con el orden jurídico todo (especialmente el Constitucional), lo señalado por SANTIAGO MIR PUIG:

“En cualquier caso, la ineficacia eximente del consentimiento en la conducta voluntaria de matar no implica lógicamente que deba ser igualmente ineficaz el consentimiento en la conducta que pone en peligro imprudentemente la vida. Es éste un comportamiento socialmente mucho más tolerable que el primero. Toda la vida social está impregnada de actividades peligrosas que se estiman lícitas por la ampliación que suponen de la esfera de posibilidades del individuo en orden a configurar su vida. No se trata aquí de que pueda estimarse positivo que el hombre renuncie a su vida, porque no es eso lo que se piensa cuando se valora positivamente el riesgo, sino que dicho riesgo abre posibilidades de vida. Ante la incerteza de la muerte, puede apostarse por su no producción. La situación es distinta ante una acción voluntaria de matar (...) El planteamiento expuesto conduce, pues, a considerar que para una sociedad basada en la libertad resulte positivo y obligado incluso constitucionalmente no obstaculizar la posibilidad de elegir libremente poner en peligro la propia vida, aunque sea exponiéndose a una conducta imprudente de otra persona...”³⁹

Siguiendo lo expresado por MIR PUIG, para que se configure tal delito del art. 315 C.P.U. se exige dolo (tanto respecto de la acción, como respecto de la lesión al bien jurídico vida); y ello ya como manifestara SILVA SÁNCHEZ, en las situaciones de puesta en peligro dolosa, no estamos ante una muerte voluntaria: el que acepta la acción peligrosa no tiene voluntad de morir. Asimismo, en lo referente a la subjetividad del autor de la conducta, tanto en el caso de lesiones dolosas como en la determinación o ayuda al suicidio, la “pretensión de respeto” de la vida se ve afectada de un modo directo y básico, cosa que no se puede afirmar respecto de los “ataques” imprudentes a la vida.⁴⁰ Por otra parte, entiendo que nuestro Derecho debe de recibirse este instituto de la *cooperación en una auto puesta en peligro dolosa*, también porque el fin de protección de la prohibición del homicidio (art. 310, 311, 312, 314 C.P.U.), así como de la determinación o ayuda al suicidio (art. 315 C.P.U.), no abarcan estos casos. En palabras de ROXIN: no se extiende a tales resultados el fin de protección del tipo.

Concuerda ROXIN con la constante jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal Alemán en la que ha mantenido que solamente debe no imputarse la cooperación en una auto puesta en peligro responsable solamente si el sujeto que se pone en peligro a sí mismo es consciente del riesgo en la misma medida que el cooperador. Si el incitador o promotor “se da cuenta de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión”, crea un riesgo que ya no está cubierto por la voluntad de la víctima y cuya realización debe imputársele por tanto al cooperador.⁴¹

39. MIR PUIG, SANTIAGO. ADPCP, 1991, págs. 266 y ss.

40. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; ADPCP, 1987, pág. 456.

41. La exclusión de la imputación en la cooperación en una auto puesta en peligro ajena dolosa abarca un sector importante del grupo de casos en el que la antigua teoría de la “prohibición de regreso” quería rechazar ya en la causalidad del primer causante. El problema que sufría esta postura es que el tema no era de causalidad, sino que la problemática refiere a un tema estrictamente de imputación.

B) La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste

Encuentran su lugar sistémico aquí, todos aquellos casos en los que alguien -a diferencia de la auto puesta en peligro- no se coloca dolosamente en peligro a sí mismo; sino que permite se le coloque en peligro por otra persona y siempre que sea plenamente consciente de ello.

Veamos un ejemplo que aporta ROXIN: "Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta muerto en un accidente causado por el estado alcohólico del conductor."

Si bien tradicionalmente estos casos se resuelven dentro de la esfera de la "Teoría del consentimiento"; en un enfoque más correcto, y dogmáticamente más certero, ROXIN los ubica dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva (concretamente dentro del alcance del tipo): "La forma correcta de plantear la cuestión también debe orientarse en este caso a saber hasta qué punto el tipo conforme a su fin de protección abraza la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Según las valoraciones en que se basa la ley, ese no es el caso cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivale en todos sus aspectos relevantes a una auto puesta en peligro."⁴²

Claro que -y tal como expresara en anterior oportunidad-, la equiparación entre los casos de auto puesta en peligro dolosa y el de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, no puede ser llevada hasta el extremo de exigirse una identidad plena. Y ello ya que, en este último caso, quien se deja poner en peligro, no tiene el mismo dominio sobre el peligro que cuando es él mismo quien se (auto) pone en peligro: esto es, en el primer caso siempre se ubica el quehacer de un tercero que actúa sobre el curso causal generando o aumentando dicho riesgo.

De allí que debamos exigir tres condiciones para poder equiparar estas situaciones con las vistas en el apartado anterior:⁴³

a) que el daño sea consecuencia del riesgo generado o aumentado por el tercero interviniente con la aceptación de la víctima; y no sea producto de otros riesgos concomitantes.

b) que el sujeto puesto en peligro -"víctima"- tenga la misma responsabilidad por la **actuación común** que quien la pone en peligro.

c) que la víctima sea plenamente consciente del riesgo generado o aumentado por el tercero (ello a los efectos de su correcta aceptación),

Dice ROXIN: "(...) estaría excluida la imputación del resultado en la medida en que el "pasajero" conocía el riesgo en toda su extensión y lo ha provocado conscientemente; en cambio; debería tener lugar la imputación si el conductor persuade al pasajero que vacila con buenos motivos, o si le hubiera ocultado o minimizado los riesgos o si el accidente se debió a fallos en la conducción independientes del riesgo aceptado."⁴⁴

C) La atribución a la esfera de responsabilidad ajena

Dentro de esta subcategoría nos encontramos con situaciones en las que se determina que el fin de tutela del tipo penal no comprende a los resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.

Tal como expresáramos⁴⁵, dicha concepción encuentra sus fundamentos (aunque ROXIN minimice tal influencia) en la "Teoría de las esferas o ámbitos de responsabilidad" que establece (si bien matizado según el autor que se siga) que ciertas profesiones observan, dentro del ámbito de su competencia (o rol) consistente en la eliminación y/o vigilancia de ciertas fuentes de peligro, una suerte de monopolio en el ejercicio de tal (competencia), lo que excluye de tales roles a aquellas personas que no guarden tal calidad.

Dice ROXIN: "La ratio de la exclusión de la imputación en estos casos estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse."⁴⁶

Entonces, véase que, si tales personas guardan (por causa de la profesión que desempeñan, sea policía, bomberos, etc.) una competencia monopólica respecto de la prevención y/o eliminación de fuentes de peligro, la consecuencia de ello -desde un punto de vista político-criminal [SIC ROXIN] -debe ser forzosamente

42. ROXIN, CLAUS. Op cit., pág. 395.

43. Cfe. BARRERA, Jorge el Al., pág. 103 y ss.

44. ROXIN, CLAUS. Op. Cit., pág. 395. De más está decir que, en los citados ejemplos, debe de imputarse aquí sí al autor, del incremento o creación de un riesgo jurídicamente prohibido en la medida que se realice en la lesión o muerte causada a algún tercero (independiente del "pasajero" de los casos analizados).

45. BARRERA, Jorge; et Al.; Op. Cit.

46. ROXIN, CLAUS. OP. CIT., pág. 399.

el exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesional.

Véase lo expuesto en el siguiente ejemplo: (sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán, 4, 360); “A conduce en la oscuridad un camión cuya parte trasera va sin alumbrado, y es detenido por una patrulla de policía, que le denuncia para que se le imponga la correspondiente multa. A efectos de seguridad frente a otros vehículos que pudieran llegar, uno de los policías coloca una linterna con luz roja en la calzada. La policía le ordena a A que prosiga la marcha hasta la próxima gasolinera, para lo que el coche patrulla marchará detrás para seguridad del camión sin alumbrado trasero. Pero antes de que A arrancara, el policía vuelve a quitar la linterna de la calzada; y a continuación el camión sin alumbrado es embestido por otro camión, cuyo copiloto resulta lesionado mortalmente.”

Si bien A en los hechos resultó condenado; enmarcada la subespecie dentro de un normativismo, dicho caso encuentra ubicación dentro de este criterio de atribución a la esfera de responsabilidad ajena -aún en los casos en que según el standard de la experiencia de vida, se pueda sostener que es previsible que los policías cometen errores del tipo del ejemplo y ello ya que lo que realmente importa es el determinar que el ciudadano común/el habitante del art. 7º Constitución, no tiene la obligación de vigilar los actos policíacos.

Tal como manifiesta ROXIN, una vez que la policía asume la seguridad del tráfico, todo suceso ulterior entra dentro de su esfera de responsabilidad, y ya por esa razón no se le puede imputar el resultado del ejemplo a A: es que el alcance del tipo ya no abarca el suceso posterior.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La teoría del Imputación Objetiva del resultado, es un tema que dista mucho de haber alcanzado unanimidades. Sólo una cosa es clara respecto de la misma; y ello es que ha venido para quedarse en el centro de la discusión de la dogmática jurídico penal.

Si bien es lícito decir que hay tantas “teorías de la imputación objetiva” como autores se han puesto a escribir sobre ella; lo cierto es que la pionera concepción sistemática de ROXIN (quien remozara aquellas primeras líneas directrices de HÖNIG y LARENZ) nos hace recordar aquella frase célebre de SIR Winston CHURCHILL sobre la democracia: “puede que sea el peor sistema de gobierno; pero es el mejor que hasta ahora ha existido...”. Esto es; puede que la Teoría de la imputación objetiva de ROXIN padezca errores e incoherencias sistémicas (de hecho hemos puesto -humildemente- en alerta acerca de uno, referido a la teoría del incremento del riesgo y su incompatibilidad con la finalidad de protección de la norma de cuidado); pero también es cierto que -hasta la fecha- resulta la compilación más exacta y ordenada de aquellos criterios normativos que -desorganizada y muchas veces incompatiblemente- empleaban los autores finalistas a los efectos de alcanzar no otra cosa que por lo mismo que nos motiva a todos seguir estudiando y criticando -en buen sentido- estas construcciones: la Justicia material en un marco de seguridad jurídica.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN BRASIL (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*

LUÍS ROBERTO BARROSO^{1 2}

Profesor titular de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro - UERJ

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO. III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO. IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

"Basta de acciones. Queremos promesas".
Anónimo

A través de esa manera protestaba el grafito, todavía en pintura fresca, inscripto en la mureta de una ciudad, en el corazón del mundo occidental. La espirituosa inversión de la lógica natural demuestra una de las principales características de esa generación: la velocidad de la transformación, la difusión de las ideas, la multiplicación de las novedades. Vivimos la perplejidad y la angustia de la aceleración de nuestra vida. Los tiempos no están aptos para las doctrinas, sino para mensajes de rápida absorción. Para *jingles*, y no para las sinfonías. El Derecho experimenta una grave crisis existencial. No logra generar los dos productos que le han dado su fama al largo de los siglos. De hecho, la injusticia camina por las calles, con andar tranquilo¹, y la inseguridad es una de las características de nuestra era².

En la aflicción de dichos momentos, involucrada con los acontecimientos, no podrá el intérprete valerse del distanciamiento crítico en relación al fenómeno que tiene que analizar. Al revés, necesita trabajar en medio al humo y la espuma. Quizás ésta sea una excusa aceptable para la frecuente utilización de los prefijos *post* y *neo*: post-modernidad, post-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Lo único que se conoce es que vino después y que tiene la pretensión de ser nuevo. Pero, aún así, uno no está seguro sobre qué precisamente consiste. Todo es todavía incierto. Podrá significar avance. También podrá significar volver hacia el pasado. O, podrá ser solamente un movimiento circular, como uno de esos bandazos de 360 grados.

El artículo que se sigue intentará establecer las causas y las consecuencias ocurridas en el derecho constitucional contemporáneo, alzando sobre las mismas una visión positiva y constructiva. Se intenta ofrecer consuelo y esperanza. Alguien podrá decir que se asemeja a un texto de auto-ayuda. Pero, no hay salida: nadie se escapa de su propio tiempo:

* Este trabajo ha sido escrito, en su mayor parte, durante mi estadía en la Universidad de San Francisco (UFSCA). Agradezco a Jack Garvey por la invitación y también por tornar mi vida más fácil mientras estuve allí. Agradezco, igualmente, a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos y Cláudio Pereira de Souza Neto por haber leído los originales y formulado críticas y sugerencias valiosas, así como a Eduardo Mendonça y Danielle Lins por la ayuda inestimable en las investigaciones y en la revisión original del texto.

1. Bertold Brecht, *Elogio da dialética*. In: *Antología poética*, 1977.

2. John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

En los tres tópicos que se siguen, se hace el esfuerzo de reconstituir, de manera objetiva, la trayectoria hecha por el derecho constitucional en las últimas décadas, tanto en Europa como en Brasil, tomando en consideración tres marcos fundamentales: el histórico, el teórico y el filosófico. En dichos marcos están delimitadas las ideas y los cambios de paradigma que han sensibilizado la doctrina y la jurisprudencia en ese período, generando una nueva percepción de la Constitución y de su papel en la interpretación jurídica de una manera general.

A) Marco histórico

El marco histórico del nuevo derecho constitucional, en Europa continental, fue el constitucionalismo del post-guerra, especialmente en Alemania y en Italia. Ya en Brasil, fue la Constitución de 1988 y el proceso de redemocratización que ella ayudó a protagonizar. A continuación, breve síntesis sobre cada uno de esos procesos.

La reconstitucionalización de Europa, inmediatamente después de la 2ª. Grande Guerra y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, redefinió el lugar ocupado por la Constitución y también la influencia del derecho constitucional sobre las instituciones contemporáneas. La creciente aproximación de las ideas del constitucionalismo con los ideales democráticos producirán una nueva forma de organización política, que podrá ser denominada por diversos nombres: Estado democrático de derecho, Estado constitucional de derecho, Estado constitucional democrático. Sería mala inversión de tiempo y de energía especular sobre las sutilezas semánticas en relación a esa materia.

La principal referencia al desarrollo del nuevo derecho constitucional es la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana³) del año de 1949, y, en especial, el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951. A partir de ese momento hubo una fecunda producción teórica e jurisprudencial, responsable por el ascenso científico del derecho constitucional en el ámbito de los países de tradición romano-germánica. La segunda referencia que merece ser destacada es la Constitución de Italia, de 1947, y el posterior surgimiento de su corte constitucional, en 1956. A lo largo de la década de 70, la redemocratización y la reconstitucionalización de Portugal (1976) e de España (1978) añadieron valor y sustancia al debate acerca del nuevo derecho constitucional.

En la experiencia brasileña, el renacimiento del derecho constitucional ocurrió, de forma semejante, en el ambiente de la reconstitucionalización del país. A pesar de las vicisitudes normativas de menor o mayor grado presente en su texto y la compulsión con la cual esta ha sido modificada a lo largo de los años, la Constitución fue capaz de promover, con extremo éxito, la transposición de un Estado cuyo régimen era autoritario, intolerante y, en determinadas ocasiones, violento para un Estado democrático de derecho.

Más allá de esto: la Carta de 1988 ha propiciado el más largo período de estabilidad institucional de la historia republicana del país. Y no fueron tiempos de poca importancia. A lo largo de su vigencia, se destituyó a través de *impeachment* a un Presidente de la República, hubo un grave escándalo involucrando la Comisión de Presupuesto del Congreso, fueron echados Senadores importantes en la división del poder en la República, fue elegido un Presidente de oposición e integrante del Partido Laboral, surgieron sonoras denuncias acerca del esquema para la financiación de campañas políticas y de ventajas generadas a parlamentares, entre otros episodios. Pero, en ninguno de esos eventos descriptos hubo cualquier sugerencia para que se adoptara una solución que no respetara la legalidad constitucional. En esa materia, caminamos, en un corto tiempo, todos los ciclos del atraso⁴.

3. La Constitución alemana, promulgada en 1949, tiene la designación originaria de "Ley Fundamental", que señalaba su carácter provisorio, concebida para una fase de transición. La Constitución definitiva solamente debería ser ratificada después que el país recuperase su unidad. El 31 de agosto de 1990 fue firmado el Tratado de Unificación que reguló la adhesión de la República Democrática Alemana (RDA) a la República Federal de Alemania (RFA). Sin embargo, después de la unificación no ha sido promulgada una nueva Constitución; desde 3 de Octubre de 1990 la Ley Fundamental vigoraba en toda Alemania.

4. V. Luis Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1988, el derecho constitucional brasileño cambió desde la oscuridad al apogeo en menos de una generación. Acordémonos: una constitución no es solamente técnica. Hay que haber, por detrás de ella, la capacidad de simbolizar y de cautivar la imaginación de las personas hasta nuevos avances. El surgimiento de un sentimiento constitucional en el país es un hecho que merece ser celebrado. Se trata de un sentimiento todavía tímido, pero real y sincero, que involucra un gran respeto hacia la Ley Mayor, al margen de la inestabilidad de su texto. Indudablemente, es un gran progreso. Superamos la histórica indiferencia que se mantuvo en relación a la Constitución. Y, para aquellos que bien lo saben, es la indiferencia, y no el odio, lo contrario del amor.

B) Marco filosófico

El marco filosófico del nuevo derecho constitucional es el post-positivismo. El debate acerca de su caracterización se ubica en la unión de las dos grandes corrientes del pensamiento que ofrecen paradigmas opuestos para el Derecho: el iusnaturalismo y el positivismo. Opuestos, pero, por veces, singularmente complementarios. El panorama actual está marcado por la superación –o, quizás, sublimación– de los modelos en su forma pura y sustituido por un conjunto difuso y amplio de ideas, agrupadas por la denominación genérica de post-positivismo⁵.

El iusnaturalismo moderno, desarrollado a partir del siglo XVI, hizo la aproximación entre la ley y la razón y se transformó en la filosofía natural del Derecho. Fundado en la concepción de principios de justicia con validez universal, se transformó en el combustible de las revoluciones liberales y llegó a su apogeo en las Constituciones escritas y con la codificación. Considerado como metafísico y no científico, el derecho natural fue echado al margen de la historia en razón de la ascensión del positivismo jurídico, en fines del siglo XX. En busca de la objetividad científica, el positivismo empezó a equiparar Derecho y ley, ubicándose lejos de la filosofía y de temas como la legitimidad y la justicia, y logró dominar el pensamiento jurídico de la primera mitad del siglo XX. Su decadencia está emblemáticamente relacionada con la derrota del fascismo en Italia y del nazismo en Alemania, regímenes que promovieron la barbarie basándose en la protección conferida por la legalidad. Con el fin de la 2ª. Guerra, la ética y los valores volvieron al Derecho⁶.

La superación histórica del iusnaturalismo y el fracaso político del positivismo llevaron a un proceso amplio y todavía no acabado de reflexiones acerca del derecho, su función social y su interpretación. El post-positivismo intenta ir más allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del derecho actual: intenta hacer una lectura moral del Derecho, pero sin la necesidad de utilización de categorías metafísicas. La interpretación y aplicación del ordenamiento tendrán que inspirarse en una teoría de la justicia y no podrán aceptar activismos o personalismos, en especial, los judiciales. En ese conjunto de ideas ricas y distintas que procuran un hogar en dicho paradigma en construcción se incluyen la atribución de normatividad a los principios y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el resurgimiento de la razón práctica y de la argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional, el desarrollo de una teoría de derechos fundamentales basada en el fundamento de la dignidad humana. En ese ambiente, se promueve la reaproximación entre el Derecho y la filosofía⁷.

5. Autores precursores en ese debate fueron: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. V. Albert Calsamiglia, Postpositivismo, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: : “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.
6. Para un estudio más profundizado del tema, con referencias bibliográficas, v. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, t. III.
7. V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. Valores e princípios constitucionais tributários, 2005, p. 41: “Desde hace unos treinta años, se observa el retorno de los valores como el camino para la superación del positivismo. A partir de lo que se ha establecido llamar la “virada kantiana” (*kantische Wende*), es decir, la vuelta de la influencia de Kant, ocurrió la reaproximación entre ética y derecho, con la fundamentación moral de los derechos humanos y con la búsqueda de la justicia basada en el imperativo categórico. El libro denominado *A Theory of Justice*, de John Rawls, publicado en 1971, constituyó el certificado de renacimiento de esas ideas”.

C) Marco teórico

En el plan teórico, tres grandes transformaciones modificaron el conocimiento convencional en relación a la aplicación del derecho constitucional: a) el reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución; b) la expansión de la jurisdicción constitucional; c) el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Se sigue, entonces, un análisis singular de cada una de ellas:

1. La fuerza normativa de la Constitución

Uno de los grandes cambios de paradigma que ocurrieron a lo largo del siglo XX fue la modificación del *status* de la norma constitucional, que empezó a ser considerada como norma jurídica. De esa manera, se superó el modelo existente en Europa hasta la mitad del siglo pasado, por lo cual la constitución era comprendida como un documento esencialmente político, una invitación para que los Poderes Públicos efectivamente actuaran. La concretización de sus propuestas quedaba invariablemente vinculada a la actividad del legislador a la discrecionalidad del administrador. Al Poder Judicial no se le reconocía cualquier papel relevante en la realización práctica del contenido de la Constitución.

Con la reconstitucionalización acaecida después de la 2ª. Guerra Mundial, dicho panorama empezó a modificarse. Inicialmente en Alemania⁸ e, poco después, en Italia⁹. Y, muy adelante, en Portugal¹⁰ y en España¹¹. Actualmente, pasó a ser premisa del estudio de la constitución el reconocimiento de su fuerza normativa, del carácter vinculativo y obligatorio de sus disposiciones. Es decir: las normas constitucionales están investidas de plena eficacia, que es la característica de las normas jurídicas, y su no observancia ha de movilizar los mecanismos propios de coacción, o sea, de cumplimiento forzado. Se debe registrar, aún, que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial no eliminó las inevitables tensiones que se generan entre la pretensión de normatividad del constituyente, por un lado, y, por otro, las circunstancias correlacionadas a la realidad fáctica y las eventuales resistencias del *status quo*.

La discusión acerca de la fuerza normativa de la Constitución solamente llegó a Brasil, de manera sólida, a lo largo de la década de 80, teniendo que afrontar las resistencias previsibles¹². Más allá de las complejidades propias de la concretización de cualquier orden jurídica, nuestro país padecía las patologías crónicas, relacionadas al exceso de autoridad y a la insinceridad constitucional. No es novedad, por tanto, que las constituciones hayan sido, hasta entonces, instrumentos de reposición de promesas fluidas y destinadas a la mera función de aconsejar al legislador infraconstitucional, sin aplicabilidad directa e inmediata. Fue el papel de la Constitución de 1988, así como de la doctrina y la jurisprudencia, que se produjeron a partir de su promulgación, el mérito elevado de haber excluido las posiciones más retrógradas.

2. La expansión de la jurisdicción constitucional

Antes del año 1945, en la mayor parte de Europa tenía vigencia el modelo de supremacía del poder Legislativo, en la línea de la doctrina inglesa de soberanía del parlamento y de la concepción francesa de la ley como expresión de la voluntad general. A partir de fines de la década de 40, sin embargo, la nueva ola trajo no solamente nuevas constituciones, sino también un nuevo modelo, inspirado en la experiencia estadounidense: la supremacía de la Constitución. La fórmula involucraba la constitucionalización de los derechos fundamentales, que así se quedaban ajenos al proceso político mayoritario: su protección empezaba a ser responsabilidad del Poder Judicial. Varios países europeos empezaron a adoptar un modelo propio de control de constitucionalidad, asociado a la creación de los tribunales constitucionales.

8. Trabajo seminal en esa materia es el de Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. El texto, el original alemán, correspondiente a su clase inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg, es del año 1959. Existe una versión en portugués: *A força normativa da Constituição*, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.
9. V. Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.
10. V. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss.
11. Sobre esa cuestión, en perspectiva general y acerca del caso específico de España, véase, respectivamente, dos preciosos trabajos de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; y *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.
12. Luís Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; y también *A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tesis de libre-docencia presentada en la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, publicada con el título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data de la 1a. edição). En la década de 60, José Afonso da Silva escribió su célebre tesis *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

Así ocurrió, inicialmente, en Alemania (1951) y en Italia (1956), como señalado anteriormente. Inmediatamente, el modelo de los tribunales constitucionales se expandió por toda la Europa Continental. La tendencia continuó con Chipre (1960) y Turquía (1961). En el flujo de la democratización ocurrida en la década de 70, fueron instituidos tribunales constitucionales en Grecia (1975), en España (1978) y en Portugal (1982). Y también en Bélgica (1984). En los últimos años del siglo XX, fueron creadas cortes constitucionales en los países del este de Europa, como, por ejemplo, en Polonia (1986), Hungría (1990), Rusia (1991), República Checa (1992), Rumania (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovenia (1993). Lo mismo sucedió en los países africanos, como Argelia (1989), Sudáfrica (1996) e Mozambique (2003). Actualmente, en Europa, además del Reino Unido, solamente Holanda y Luxemburgo todavía siguen manteniendo el modelo de la supremacía parlamentaria, sin la adopción de cualquier modalidad de *judicial review*. El caso francés será objeto de una mención específica más adelante.

En Brasil, el control de constitucionalidad existe, por la vía incidental, desde la primera Constitución republicana, de 1891. La denominada acción genérica (o, en la actualidad, conocida por acción directa), cuya finalidad es el control por vía principal –abstracto o concentrado–, fue introducida por la Enmienda Constitucional n.º 16, del año de 1965. Sin embargo, la jurisdicción constitucional se amplió, en realidad, a partir de la Constitución de 1988. La razón fundamental fue la ampliación de su legitimación activa, que amplió el número de las entidades legitimadas para proponerla¹³. Además, se añadió la generación de nuevos instrumentos de control concentrado, como la acción declaratoria de constitucionalidad¹⁴ y la reglamentación de la acción de incumplimiento de precepto fundamental¹⁵.

En el sistema constitucional brasileño, el Supremo Tribunal Federal puede ejercer el control de constitucionalidad (i) en acciones de su competencia originaria (CF, art. 102, I), (ii) por la vía del recurso extraordinario (CF, art. 102, III) y (iii) en procesos objetivos, en los cuales se proponen las acciones directas¹⁶. De 1988 hasta abril de 2005, ya habían sido propuestas 3.469 acciones directas de inconstitucionalidad (ADIn), 9 acciones declaratorias de constitucionalidad y 69 impugnaciones por incumplimiento de precepto fundamental. Como forma de impedir el avance en demasía de los recursos interpuestos ante el Supremo Tribunal Federal, la enmienda constitucional n.º 45, que implementó diversas modificaciones en la disciplina del Poder Judicial, creó la figura de la *repercusión general* de la cuestión constitucional discutida, como requisito de admisibilidad del recurso¹⁷.

3. La nueva interpretación constitucional

La interpretación constitucional es una modalidad de interpretación jurídica. Dicha circunstancia es una consecuencia natural de la fuerza normativa de la Constitución, es decir, del reconocimiento de que las normas constitucionales son normas jurídicas, con todos sus elementos propios. Consecuentemente, se aplican a la interpretación constitucional los elementos tradicionales de la interpretación del Derecho, desde hace mucho definidos como el gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico. Se debe señalar, en este momento, para luego volver al tema, que los criterios tradicionales para la solución de eventuales conflictos normativos son el jerárquico (ley superior prevalece sobre la inferior), el temporal (ley posterior prevalece sobre la anterior) y el especial (ley especial prevalece sobre la general).

Sin perjuicio en cuanto a lo que se ha afirmado anteriormente, es un hecho que las especificidades de las normas constitucionales (v. *supra*) llevaron a la doctrina y la jurisprudencia, desde hace años, a desarrollar o

13. Desde su creación hasta la configuración que le fue dada por la Constitución de 1969, el derecho de proponer la “representación de inconstitucionalidad” era monopolio del Procurador-General de la República. La Constitución de 1988 rompió dicha hegemonía, previendo un expresivo conjunto de legitimados activos en su artículo 103.

14. Introducida por la enmienda Constitucional n.º 3, de 1993. V, también, Ley n.º 9.868, de 10.11.1999.

15. V. Ley n.º 9.882, de 3.12.99. Antes de esa ley, prevalecía el entendimiento que dicho mecanismo no era aplicable.

16. Las acciones directas en el control de constitucionalidad brasileño son la acción directa de inconstitucionalidad (art. 102, I, a), la acción declaratoria de constitucionalidad (arts. 102, I, a, e 103, § 4º) y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión (art. 103, § 2º). Existe, aún, dos hipótesis especiales de control concentrado: la impugnación de descumplimiento de precepto fundamental (art. 102, § 1º) y la acción directa interventiva (art. 36, III). Sobre el tema del control de constitucionalidad brasileño, v. entre varios autores: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; Ronaldo Poletti, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

17. La enmienda constitucional n.º 45/2004 ha introducido el § 3º do art. 102, con la siguiente dicción: “§ 3º. En el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en la demanda, en los términos de la ley, de manera que el tribunal examine la admisión del recurso, solamente habiendo la posibilidad de rehusarla por la manifestación de dos tercios de sus miembros.”

sistematizar un conjunto específico de principios aplicables a la interpretación constitucional. Tales principios, de naturaleza instrumental y no material, son presupuestos lógicos, metodológicos o finalísticos de la aplicación de las normas constitucionales. Estos son en la ordenación que se presenta más adecuada a las circunstancias brasileñas: el de la supremacía de la Constitución, el de la presunción de constitucionalidad de las normas y actos del Poder Público, el de la interpretación conforme la Constitución, el de la unidad y el de razonabilidad o proporcionalidad¹⁸.

Antes de avanzar, cumple hacer una advertencia: la interpretación jurídica tradicional no está superada en su totalidad o en su esencia. Por el contrario, es en su ámbito que continúa siendo solucionada una parte significativa de las cuestiones jurídicas, probablemente la mayoría de ellas. Sin embargo, los operadores jurídicos y los teóricos del derecho empezaron a tomar en consideración, en los tiempos más recientes, de una situación de carencia: las categorías tradicionales de interpretación jurídica no son completamente ajustables a la solución de una serie de problemas conectados con la realización de la voluntad constitucional. A partir de esa toma de conciencia, se empezó un proceso de elaboración doctrinaria de nuevos conceptos y categorías, sistematizados bajo la denominación de la nueva interpretación constitucional, la cual echara mano de un arsenal teórico muy diverso, en un verdadero sincretismo metodológico¹⁹. Se procederá, a partir de ahora, a una breve comparación entre los dos modelos.

La interpretación jurídica tradicional se desarrolló bajo dos grandes premisas: en cuanto al papel de la norma, ella tiene que ofrecer, en su relato abstracto, la solución para los problemas jurídicos; en cuanto al papel del juez, éste tendrá que identificar en el ordenamiento jurídico la norma que deberá ser aplicada al problema bajo análisis, revelando la solución establecida en su contenido. Ello significa decir, la respuesta para los problemas no está presente únicamente en el sistema jurídico, y el intérprete desempeña una función técnica de conocimiento, formulación de los juicios de hecho. En el modelo convencional, las normas son percibidas como reglas, o sea, enunciados descriptivos de conductas que deberán ser observados, aplicables mediante subsunción²⁰.

Con el continuo desarrollo del derecho constitucional, las premisas ideológicas bajo las cuales se levantó el sistema dejaron de ser plenamente satisfactorias: Así: (i) en cuanto al papel de la norma, se verificó que los problemas jurídicos ni siempre están en el relato abstracto del texto normativo. Muchas veces, sólo es posible producir la respuesta constitucionalmente adecuada a la luz del problema, de los hechos relevantes, analizados de manera tópica; (ii) en cuanto al papel del juez, ya no le corresponderá solamente una función vinculada al conocimiento técnico, relegado al simple acto de revelar el contenido de la norma. El intérprete deberá tener una participación decisiva en el proceso de creación del Derecho, con un sentido de complementariedad al trabajo del legislador, en especial cuando realiza la tarea de valorar el sentido de las cláusulas abiertas y de realizar elecciones entre las soluciones posibles.

Dichas transformaciones arriba presentadas, tanto en relación a la norma cuanto al intérprete, son ilustradas de manera elocuente por las distintas categorías con las cuales trabaja la nueva interpretación. Entre ellas, se incluyen las cláusulas generales, los principios, las colisiones de normas constitucionales, la ponderación y la argumentación. A continuación, se expone una breve consideración acerca de cada una de ellas.

Las nombradas cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados poseen términos o expresiones de textura abierta, con gran plasticidad, que fornecen el inicio de la significación que deberá ser complementada por el intérprete, tomando en consideración las circunstancias del caso concreto. La norma en abstracto no contiene todos los elementos necesarios para su aplicación. Al manejar expresiones como orden público, interés social y buena fe, entre tantas otras, el intérprete necesita hacer una valoración entre elementos subjetivos y objetivos presentes en la realidad fáctica, de manera a definir el sentido y el alcance de las normas. Como la solución no se encuentra completa en el enunciado normativo, su función no podrá limitarse a la

18. V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.

19. En el caso brasileño, como en los demás países de constitucionalización reciente, doctrina y jurisprudencia todavía se encuentran en fase de elaboración y maduración, hecho que potencia la importancia de las referencias extranjeras. Ésa es una circunstancia histórica a cual necesitamos enfrentar, evitando dos extremos indeseables, el sometimiento intelectual que implica la importación acrítica de fórmulas ajenas, y, peor que todo, la incapacidad de reflexión propia; y la soberbia intelectual, por la cual se rechaza aquello que no se tiene. En ese ambiente no es posible utilizar modelos puros, concebidos en otros lugares, y hacer el esfuerzo para vivir la vida de los demás. El sincretismo –desde que consciente y coherente– resulta inevitable y deseable. En visión aparentemente diversa v. Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, 2005.

20. Identificada la norma aplicable, se procede al encuadramiento del hecho al texto de la norma jurídica, llegándose hasta la conclusión. Un razonamiento, por tanto, de naturaleza silogística, en el cual la norma es la premisa mayor, el hecho relevante es la premisa menor, y la conclusión es la sentencia.

revelación que allí se encuentra; ella tendrá que ser más profunda, integrando el comando normativo con su propia evaluación²¹.

El reconocimiento de la normatividad de los principios y su distinción cualitativa en relación a las reglas es uno de los símbolos del post-positivismo (v. *supra*). Los principios no son, como las reglas, comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas, sino normas que consagran determinados valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios. La definición del contenido de cláusulas como la dignidad de la persona humana, razonabilidad, solidaridad, eficiencia también transfieren para el intérprete una dosis importante de discrecionalidad. Se puede inferir, de forma precisa, que el menor grado de densidad jurídica de dichas normas no impide que de ellas se extraiga, en su relato abstracto, la solución completa de las cuestiones sobre las cuales inciden. También aquí, por lo tanto, se impone la actuación del intérprete en la definición correcta de su sentido y alcance²².

La existencia de colisiones entre normas constitucionales, tanto en relación a las colisiones entre principios como a las de derechos fundamentales²³, empezó a percibirse como un fenómeno natural – hasta mismo inevitable – en el paradigma del constitucionalismo contemporáneo. Las constituciones modernas son documentos dialécticos, que promueven bienes jurídicos que se contraponen entre la promoción del desarrollo y la protección del medio ambiente, entre la libre iniciativa y la protección del consumidor. En el plano de los derechos fundamentales, la libertad religiosa de un individuo podrá chocarse con la de otro, el derecho a la privacidad y la libertad de expresión viven en una tensión continua, la libertad de reunión de algunos podrá interferir en el derecho de locomoción de los demás²⁴. En la hipótesis de dos normas de igual jerarquía que colisionen en abstracto, es fácil inferir que éstas no pueden fornecer, a través de su relato, la solución del problema. En dichos casos, la actuación del intérprete generará el Derecho aplicable a la realidad fáctica.

El conflicto entre normas constitucionales lleva a la necesidad de ponderación²⁵. La subsunción, por supuesto, no es capaz de solucionar el problema, una vez que es imposible encuadrar el mismo hecho dentro de normas cuyos contenidos son opuestos. Tampoco son útiles los criterios tradicionales de solución de los conflictos normativos – jerárquico, cronológico y de la especialización – cuando la colisión ocurre entre disposiciones originarias de la Constitución. A partir de ese panorama, la ponderación de las normas, bienes o valores (v. *infra*) es la técnica que tiene que ser utilizada por el intérprete, por vía de la cual él (i) hará concesiones recíprocas, intentando, en la mayor medida que sea posible, preservar el contenido de los intereses en disputa o, en casos límites, (ii) procederá a la elección del derecho que va a prevalecer, en concreto, en razón de que ese derecho realiza de manera más adecuada la voluntad constitucional. El concepto clave para la solución en esa materia es el principio instrumental de la *razonabilidad*.

Se llega, por fin, a la *argumentación*²⁶, a la razón práctica, al control de racionalidad de las decisiones establecidas, a través de la técnica de la ponderación, en los *casos difíciles*, que son aquellos que aceptan más de una solución posible y razonable. Las decisiones que involucran la actividad creativa del juez potencian

21. Las cláusulas generales no son una categoría nueva del derecho –desde hace mucho integran la técnica legislativa– y tampoco son exclusividad del derecho constitucional –pudiendo encontrarse en el derecho civil, en el derecho administrativo y en otros dominios–. Sin embargo, ellas son un buen ejemplo de cómo el intérprete es co-participante en el proceso de creación del derecho. Un ejemplo real, ampliamente divulgado por la prensa: en el caso de la muerte de la cantante Cássia Eller, hubo una disputa por la posesión y guarda de su hijo, en la época con cinco años, entre el abuelo materno y la compañera de la artista. El criterio existente en la Constitución y en la legislación prescribía al juez que atendiera al “mejor interés del menor de edad”. Sin el examen de los elementos del caso concreto, no era posible ni siquiera iniciar la solución del problema.
22. Tómese como ejemplo el principio de la dignidad de la persona humana y véase la divergencia en cuanto a la interpretación, manifestada por dos juristas de la nueva generación, creados en el mismo ambiente académico. Ana Paula de Barcellos sitúa el mínimo existencial en el ámbito de la dignidad de la persona humana y de él extrae los derechos a la educación fundamental, a la salud básica, a la asistencia en el caso de necesidad y el de acceso a justicia (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Daniel Sarmento diverge de esa posición, pues entiende que es inadecuada la elección de determinadas prestaciones sociales, con la exclusión de otras, que a su vez son igualmente derechos fundamentales, como el derecho a la “salud curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).
23. Nótese que hay derechos fundamentales que presentan la forma de principios (libertad, igualdad) y otros la forma de reglas (irretroactividad de la ley penal, anterioridad tributaria). Además, hay principios que no son derechos fundamentales (libre iniciativa).
24. Sobre el tema de las restricciones a los derechos fundamentales, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tesis de doctorado presentada al programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro – UERJ.
25. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.
26. Sobre el tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: A nova retórica*, 1996 (1a. edição do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989 (1a. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Notas sobre direito, argumentação e democracia. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999

el deber de la fundamentación, en virtud de no quedarse completamente legitimadas por la lógica de la separación de los Poderes –por ésta última, el juez se limita a aplicar, bajo un caso concreto sometido a su cognición, la decisión abstracta hecha previamente por el legislador. En orden a asegurar su legitimidad y la racionalidad de su interpretación en dichas situaciones, el intérprete deberá, en medio a otras consideraciones: (i) reconducir su decisión siempre al sistema jurídico, a una norma constitucional o legal que la fundamente –la legitimidad de una decisión judicial se basa en su vinculación con una deliberación mayoritaria, sea del constituyente o del legislador; (ii) utilizarse de un fundamento jurídico que pueda ser generalizado para los demás casos que se pueda considerar como equiparables, es decir, que tenga la pretensión de universalidad: decisiones judiciales no deben ser casuísticas; (iii) llevar en cuenta las consecuencias prácticas que su decisión podrá producir en el mundo de los hechos²⁷.

En síntesis: el neoconstitucionalismo o el nuevo derecho constitucional, en la acepción desarrollada en este trabajo, identifica un conjunto amplio de transformaciones ocurridas en el Estado y en el derecho constitucional, en medio de las cuales se pueden señalar, (i) como *marco histórico*, la formación del Estado constitucional de derecho, cuya consolidación ocurrió a lo largo de las décadas finales del siglo XX; (ii) como *marco filosófico*, al post-positivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y con una reaproximación entre Derecho y ética; y (iii) como *marco teórico*, al conjunto de cambios que incluyen la fuerza normativa de la Constitución y la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Ese conjunto de fenómenos ha resultado en un proceso extenso y profundizado de la constitucionalización del Derecho.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

A) Generalidades

La expresión *constitucionalización del Derecho* es de uso reciente en la terminología jurídica y podrá comportar múltiples sentidos. A través de ella se intenta caracterizar, por ejemplo, cualquier ordenamiento jurídico en el cual hubiera una Constitución dotada de supremacía. Como esa es una característica común de un significativo número de sistemas jurídicos contemporáneos, faltaría especificidad a la expresión. No es, por tanto, en ese sentido que en nuestro trabajo la utilizamos. Ella podría servir para identificar, además, el hecho de que la constitución formal incorpora en su texto varios temas pertinentes a las ramas del Derecho infraconstitucional. Se trata del fenómeno que empezó, de cierta forma, con la constitución portuguesa de 1976, que tuvo continuidad a través de la Constitución española de 1978 y, llevado al extremo, por la Constitución brasileña de 1988. Aunque esta sea una situación imbuida de características propias, no es desde ella que, específicamente, se estará analizando en este trabajo²⁸.

La idea de constitucionalización del Derecho aquí explorada está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico²⁹. Los valores, los fines públicos y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución empiezan a condicionar la validez y el sentido de todas las normas del derecho infraconstitucional. Es intuitivo que la constitucionalización influya sobre la actuación de los tres Poderes, incluso y principalmente en sus relaciones establecidas con los particulares. Pero, más original aún: influye, también, en las relaciones entre los particulares. Fíjese cómo dicho proceso, relacionado con otras nociones tradicionales, interferirá en las relaciones arriba referidas.

27. Sobre el tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. tb. Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978.

28. Aunque no se pueda negar que la presencia, en la Constitución, de normas cuyo contenido pertenece a otras ramas del Derecho (civil, administrativo, penal) influya en la interpretación del derecho infraconstitucional correspondiente. Volveremos a ese punto específico más adelante.

29. Algunos autores han utilizado los términos *impregnare* e *impregnación*, que en el idioma portugués pueden adquirir una connotación peyorativa. V. Louis Favoreu –notable divulgador del derecho constitucional en Francia, fallecido el 2004–, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “Se quiere designar aquí, principalmente, la constitucionalización de los derechos y de las libertades, que nos conduce a una impregnación de las ramas del derecho, al mismo tiempo que llevan a su transformación”. Y, también, Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

En relación al *Legislativo*, la constitucionalización (i) limita su discrecionalidad o libertad, (ii) impone determinados deberes a la actuación para la realización de derechos y programas constitucionales. Tomando en perspectiva la *administración pública*, además de, igualmente (i) limitar su discrecionalidad y (ii) imponerle deberes de actuación, aún (iii) fornece fundamento de validez para la práctica de los actos de aplicación directa e inmediata de la Constitución, independientemente de la interposición del legislador ordinario. En cuanto al *Poder Judicial*, (i) sirve de parámetro para el control de constitucionalidad por el desempeñado (difuso y concentrado), así como (ii) condiciona la interpretación de todas las demás normas del sistema. Por fin, en lo que respecta a los particulares, establece limitaciones a su autonomía de la voluntad, en dominios como el de la libertad de contratar o del uso de la propiedad privada, subordinándolos a los valores constitucionales y al respeto de los derechos fundamentales.

B) Origen y evolución del fenómeno

El estudio que se viene desarrollando hasta ahora demuestra la evolución del derecho constitucional en Europa y en Brasil a lo largo de las últimas décadas. Este proceso, que pasa por los marcos históricos, filosóficos y teóricos arriba expuestos, conduce al momento actual, cuya característica distintiva es la constitucionalización del Derecho. La aproximación entre constitucionalismo y la democracia, la fuerza normativa de la constitución y la difusión de la jurisdicción constitucional fueron los ritos de paso para el modelo actual³⁰. El lector atento ya habrá percibido, sin embargo, que la secuencia histórica presentada y las referencias doctrinarias señaladas no son válidas para las tres principales experiencias constitucionales: la del Reino Unido, la de los Estados Unidos y la de Francia. El caso francés será objeto de análisis más adelante. Sobre los otros dos, hacemos ahora una síntesis breve.

En relación al Reino Unido, los conceptos no se aplican. Aunque haya sido el Estado precursor del modelo liberal, con la consecuente limitación al poder absoluto y la afirmación del *rule of the law*, necesita una constitución escrita y rígida, que es uno de los presupuestos, como el propio nombre sugiere, de la constitucionalización del Derecho. Se podría argumentar, es verdad, que existe entre los británicos una Constitución histórica y que ella es, incluso, más rígida que la mayoría de las constituciones escritas existentes en el mundo. O podríamos reconocer el hecho de que el Parlamento Inglés adoptó, en el año de 1998, el "*Human Rights Acts*", incorporando al derecho interno la Convención Europea de los Derechos Humanos³¹, no sería posible soslayar un argumento más: la inexistencia del control de constitucionalidad y, más propiamente, la existencia de una jurisdicción constitucional en el sistema inglés³². En el modelo británico vale la supremacía del parlamento y no la de la Constitución.

Ya en relación a los Estados Unidos, la situación es diametralmente opuesta. Cuna del constitucionalismo escrito y del control de constitucionalidad, la constitución americana –que es la misma desde 1787– tuvo desde sus primeros momentos el carácter de documento jurídico y, por tanto, siempre fue posible su aplicación directa e inmediata por parte el Poder Judicial. De hecho, la normatividad amplia y la judicialización de las cuestiones judiciales poseen sus bases en la doctrina de *El Federalista* y su precedente jurisprudencial consolidado desde 1803, fecha del juzgamiento del caso *Marbury V. Madison* por la Suprema Corte estadounidense. Por dicha razón, la interpretación de todo el derecho desde la óptica de la Constitución es una característica histórica de la experiencia americana, y no puede ser considerada como una singularidad contemporánea³³. El gran debate doctrinario es acerca de la legitimidad y dos límites de la actuación del Poder Judicial en la aplicación de valores sustantivos y del reconocimiento de los derechos fundamentales que no se encuentran expresos en la Constitución (v. *infra*).

30. Algunos autores procuran elaborar un conjunto de condiciones para la constitucionalización del Derecho. Es el caso de Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 e ss., que incluye entre ellas: (i) una Constitución rígida; (ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución; (iii) la fuerza vinculante de la Constitución; (iv) la "sobreinterpretación" de la Constitución (su interpretación extensiva, con el reconocimiento de sus normas implícitas) (v) la aplicación directa de las normas constitucionales; (vi) la interpretación de las leyes conforme a la Constitución; (vii) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

31. La nueva ley entró en vigencia solamente en el año 2000.

32. Sobre esto, y en desarrollo en cierto modo sorprendente, debe registrarse la aprobación del *Constitutional Reform Act*, en 2005, que previó la creación de una Corte Suprema (In: www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm, sitio visitado el 8 de agosto de 2005). Señálese la curiosidad de que, no obstante, fue aprobado –aunque no existiera una Constitución escrita– un acto que la reforma.

33. Veáanse, a éste propósito, como ejemplos, la jurisprudencia que se produjo en materia de derecho procesal penal, por la sumisión del *common law* de los estados a los principios constitucionales. En *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, se consideró ilegítima la búsqueda y aprehensión hecha sin autorización judicial, como exige la 4ª enmienda. En *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, se entendió que la 6ª enmienda aseguraba para todos los acusados en procesos criminales el derecho a un abogado. En *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436,

Existe razonable consenso de que el marco inicial del proceso de constitucionalización del Derecho fue establecido en Alemania. En ese país, bajo el régimen de la Ley Fundamental de 1949 y consagrando desarrollos doctrinarios que ya venían de más lejos, el Tribunal Constitucional Federal consolidó que los derechos fundamentales, más allá de su dimensión subjetiva de protección de las situaciones individuales, desempeñan otra función: la de instituir un orden objetivo de valores³⁴. El sistema jurídico debe proteger determinados derechos y valores, no solamente por el beneficio que puedan traer a una o a algunas personas, sino por el interés general de toda la sociedad en su satisfacción. Tales normas constitucionales condicionan la interpretación de todas las ramas del Derecho, sea público o privado, y vinculan los poderes estatales. El primer gran precedente en la materia fue el caso *Luth*³⁵, fallado en 15 de enero de 1958³⁶.

A partir de dicho precedente, basándose en el conjunto de derechos fundamentales de la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional promovió una verdadera “revolución de ideas”³⁷, especialmente en relación al derecho civil. De hecho, al largo de los años subsecuentes, la Corte invalidó dispositivos del BGB, impuso la interpretación de sus normas de acuerdo a la Constitución y determinó la elaboración de nuevas leyes. Así, por ejemplo, para dar eficacia al principio de la igualdad entre hombres y mujeres, se introdujeron cambios legislativos en materia de régimen matrimonial, derecho de los ex-cónyuges después del divorcio, poder familiar, nombre de la familia y con relación al derecho internacional privado. De la misma manera, el principio de la igualdad entre los hijos legítimos y naturales generó reformas en el derecho a la filiación³⁸. Fueron proferidas, también, decisiones interesantes en el tema de las uniones homosexuales (homo-afectivas)³⁹ y en el derecho de los contratos⁴⁰.

1966, se impone a la autoridad policial, ante el abordaje a un sospechoso, que se le comunique que A) tendrá el derecho de permanecer callado, b) Todo lo que hable podrá ser utilizado en contra de él mismo en un tribunal; c) tendrá el derecho a consultar un abogado antes de ser interrogado y éste podrá estar presente durante el interrogatorio. D) en el caso de que no tenga condiciones financieras para soportar los costos de un abogado, el Estado se lo asignará uno. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para un análisis objetivo e informativo sobre este y otros aspectos, en lengua portuguesa, V. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: José Adércio Leite Sampaio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

34. Sobre la cuestión de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la literatura en lengua portuguesa, V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214, y Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371.
35. Los hechos subyacentes eran los siguientes. Erich Lüth, presidente del Club de prensa de Hamburgo, incitaba el boicot a una película cuyo director era el Sr. Veit Harlan, cineasta que mantenía relaciones con el régimen nazi en el pasado. La productora y la distribuidora de la película obtuvieron, en la jurisdicción ordinaria, decisión favorable a la cesación de dicha conducta, por considerar que violaba el § 826 del Código Civil (BGB) (“Quien, de manera atentatoria a las buenas costumbres, dañar a alguien está obligado a la reparación de los daños causados”). El Tribunal Constitucional Federal reformó la sentencia, en nombre del derecho fundamental a la libertad de expresión, que debería influenciar la interpretación del Código Civil.
36. *BverfGE* 7, 198. Traducción libre y editada a partir de la versión publicada en Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37. “Los derechos fundamentales son, antes de todo, derechos de defensa del ciudadano ante el Estado; sin embargo, las disposiciones de derechos fundamentales de la ley fundamental se incorporan también a un orden objetivo de valores, que como decisión fundamental es válida para todos los ámbitos del derecho. (...) ese sistema de valores –que encuentra su punto central en el seno de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana...– ofrece dirección e impulso para el legislativo, la administración y para el poder judicial, proyectándose, también, sobre el derecho civil. Ninguna disposición del derecho civil podrá contradecirlo, debiendo ser interpretadas de acuerdo a su espíritu. (...) La expresión de una opinión, que continúe una invitación a un boicot, no está en contradicción, necesariamente, con las buenas costumbres, en el sentido del § 826 del Código Civil (BGB). Puede encontrar justificación constitucional en la libertad de expresión, desde que sean ponderadas todas las circunstancias del caso”. Esa decisión es bastante comentada por numerosos autores nacionales, entre los cuales: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, quién describe brevemente otros dos casos: “Blinkfüer” e “Wallraf”; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 e ss..
37. Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 85.
38. Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 87-8, con identificación de cada una de las leyes. La jurisprudencia a la cual se refiere en la secuencia del párrafo fue localizada a partir de referencias contenidas en ese texto.
39. En un primer momento, en nombre del principio de la igualdad, una ley de 16 de febrero de 2001 disciplinó las uniones homosexuales, terminando con la discriminación existente. En un segundo momento, esa ley fue objeto de una verificación de inconstitucionalidad, bajo el fundamento de que estaría en contradicción con el art. 6°, I de la Ley Fundamental, por lo cual “el matrimonio y la familia son puestos bajo la protección particular del Estado”, al legitimar otra especie de institución de derecho de familia, paralela al matrimonio heterosexual. La Corte no acogió el argumento, sosteniendo que la nueva ley no impedía el matrimonio tradicional y tampoco concedía a la unión homosexual cualquier modalidad de privilegio en relación a la unión convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, con votos disidentes de los jueces Papier y Hass, v. sitio www.bverfg.de, visitado el 4 agosto 2005).
40. Un contrato de fianza prestado por la hija, en favor de su padre, que tenía por objeto cantidades muchas veces superiores a su capacidad financiera fue considerado inválido por ser atentatorio a la moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); un pacto nupcial en que la mujer, embarazada,

En Italia, la constitucionalización entró en vigencia el 1° de enero de 1948. El proceso de constitucionalización del Derecho, sin embargo, solamente empezó en la década de los sesenta, consumándose en la década siguiente. Acordémonos de que la Corte Constitucional italiana sólo se instaló en 1956. Antes de eso, el control de constitucionalidad fue ejercido, por fuerza de la disposición constitucional transitoria VII, por la jurisdicción ordinaria, que no le proporcionó la vitalidad necesaria. Por el contrario, en ese periodo hubo la formulación, por la Corte de Casación, de la distinción entre las normas *preceptivas*, de carácter vinculante y aplicables por los tribunales, y de las normas *de principio o programáticas*, destinadas solamente al legislador y no aplicables directamente por el Poder Judicial. Así, durante los nueve primeros años de su vigencia, la Constitución y los derechos fundamentales en ella previstos no repercutieron sobre la aplicación del derecho ordinario⁴¹.

Sólo con la constitución de la Corte Constitucional –y, por cierto, desde su primera decisión– la normas constitucionales relacionadas a los derechos fundamentales empezaron a ser directamente aplicables, sin intermediación del legislador. La Corte desarrolló un conjunto de técnicas de decisiones⁴², habiendo enfrentado, durante los primeros años de su actuación, la arraigada resistencia de las instancias ordinarias y, en especial, de la Corte de Casación, generando una disputa denominada, en cierta época, como “la guerra de las cortes”⁴³. Como ejemplo del ocurrido en Alemania, la influencia de la constitucionalización del Derecho y de la propia Corte Constitucional se manifestó en decisiones de inconstitucionalidad, en convocatorias a la actuación del legislador y en la reinterpretación de las normas infraconstitucionales vigentes.

De 1956 a 2003, la Corte Constitucional profirió 349 decisiones involucrando cuestiones constitucionales relacionadas con el código civil, de las cuales 54 declararon la inconstitucionalidad de dispositivos de aquél, en decisiones de la siguiente naturaleza: 8 de invalidación, 12 interpretativas y 34 aditivas⁴⁴ (sobre las características de cada una de ellas, ver nota del párrafo anterior). Fueron producidos fallos en temas que incluían adulterio⁴⁵, uso del nombre del marido⁴⁶ y derechos sucesorios de hijos ilegítimos⁴⁷, en medio a otros. En el plano legislativo, bajo la influencia de la Corte Constitucional, fueron aprobadas, a lo largo de los años, modificaciones profundas acerca del derecho de familia, inclusive en relación al divorcio, al derecho a la adopción y al derecho al trabajo. Dichas alteraciones, llevadas a cabo por las leyes especiales, provocaron la denominada “descodificación” del derecho civil⁴⁸.

En Francia, el proceso de constitucionalización del Derecho tuvo un inicio mucho más tardío y todavía experimenta una fase de afirmación. La Constitución de 1958, como se sabe, no previó el control de

renunció a los alimentos en nombre propio y en nombre de su hijo fue considerado nulo, pues se consideró que no puede prevalecer la libertad contractual cuando hay dominación de una parte sobre la otra (1 BvR 12/92, del 6 febrero de 2001, unánime, v. sitio www.bverfg.de, visitado el 4 de agosto de 2005); un pacto sucesorio que imponía al hijo mayor del emperador Guillermo II el deber de casarse con una mujer que presentase determinadas condiciones allí impuestas fue considerado nulo por violar la libertad de matrimonio (1 BvR 2248/01, del 22 marzo de 2004, unánime, v. sitio www.bverfg.de visitado el 4 de agosto de 2005).

41. Sobre el tema, v. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 1952; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e Therry Di Manno, Code Civil e Costituzione in Italie. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.
42. Además de las decisiones declaratorias de inconstitucionalidad, la Corte emplea diferentes técnicas, que incluyen: 1) decisiones interpretativas, que corresponden a la interpretación conforme a la Constitución, con la posibilidad de ser establecida (a) con el rechazo de la verificación de inconstitucionalidad, pero con la afirmación de una interpretación compatible o (b) con la aceptación de la verificación de inconstitucionalidad, con declaración de inconstitucionalidad de la interpretación que venía siendo practicada por la jurisdicción ordinaria, permaneciendo vigente, en ambos casos, la disposición atacada; 2) decisiones manipuladoras, en las cuales la aceptación de la verificación de inconstitucionalidad y, además de la declaración de invalidez de la disposición, la Corte va más allá, profiriendo (a) sentencia adictiva, exponiendo la norma a la situación originariamente no contempla en la misma, cuando la omisión implique violación al principio de igualdad; y (b) sentencia sustitutiva, por la cual la Corte no solamente declara la inconstitucionalidad de determinada norma, como también introduce en el sistema, a través de declaración propia, una norma nueva. Sobre el tema, v. Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.
43. Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l’Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 107.
44. Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l’Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 103.
45. Sentencia 127/1968, j. 16 diciembre 1968, Rel. Bonifácio, v. sitio www.cortecostituzionale.it, visitado en 4 de agosto de 2005. La Corte invalidó el artículo del Código Civil que trataba de manera distinta el adulterio del marido y de la esposa. El realizado por la esposa siempre sería causa suficiente para la disolución de la unión conyugal, en cambio el hecho por el marido solamente sería la sencilla hipótesis de “injuria grave a la mujer”.
46. Sentencia 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. sitio www.cortecostituzionale.it, visitado en 4 de agosto de 2005. La Corte profirió sentencia adictiva para permitir que la mujer excluyera el nombre de su marido después de la separación (ocurrida por culpa del marido), prerrogativa que no estaba prevista en el artículo 156 del Código Civil.
47. Sentencia 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. sitio www.cortecostituzionale.it, visitado en 4 de agosto de 2005. La Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 565 del Código Civil, en la parte que excluía del beneficio de la sucesión legítima a los hijos naturales reconocidos.
48. Irti, *L’età della decodificazione*, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

constitucionalidad, ya en el modelo europeo, ya en el modelo estadounidense, habiendo elegido una fórmula diferenciada: la del control previo, ejercido por el Consejo Constitucional en relación a algunas leyes, antes de que éstas fueran vigentes⁴⁹. De ese modo, no existe en el sistema francés, en términos técnicos, una verdadera jurisdicción constitucional. No obstante, algunos avances significativos y constantes vienen ocurriendo, empezando por la de cisión de 16 de junio de 1971⁵⁰. A ella se siguió la Reforma de 29 de octubre de 1974, ampliando la legitimidad para provocar la actuación del Consejo Constitucional⁵¹. Vagarosamente, empiezan a incorporarse al debate constitucional francés temas como la impregnación del orden jurídico por la Constitución, el reconocimiento de la fuerza normativa de las normas constitucionales y el uso de la técnica de interpretación conforme la Constitución⁵². El proceso de constitucionalización del Derecho, vale la advertencia, enfrenta vigorosa resistencia de la doctrina más tradicional, que ante dicho proceso verifica diversas amenazas, y también la usurpación de los poderes del Consejo del Estado y de la Corte de Casación⁵³.

C) La constitucionalización del Derecho en Brasil

1. El derecho infraconstitucional en la Constitución

La Carta de 1988, como consignado anteriormente, posee la virtud suprema de simbolizar el retorno de la democracia en Brasil y también de haber contribuido de forma decisiva para el más largo periodo de estabilidad política de la historia del país. Fíjese: éste hecho significa mucho. Pero no se trata, por supuesto,

49. En su concepción original, el Consejo Constitucional se destinaba, sobre todo, a preservar las competencias de un Poder Ejecutivo fuerte contra las invasiones del Parlamento. Sus principales funciones eran tres: a) el control de regimientos de cada una de las cámaras (Asamblea Nacional y Senado), para impedir que se invadiesen de poderes que la Constitución no les asigna, como sucedió en la III e IV Repúblicas; b) el papel de la "justicia electoral", respecto a las elecciones presidenciales, parlamentares o a los referendos; c) la delimitación del dominio de la ley, fiscalizando la adecuada división entre las competencias legislativas y reglamentares. Ésta última función se ejercía en tres situaciones: la del art. 41, asociada a la invasión por la ley parlamentaria de competencia propia del gobierno; la del art. 61, línea 2, que permitía al primer-ministro provocar el control acerca de la inconstitucionalidad de una ley, después de su aprobación, pero antes de su promulgación; y la del art. 37, línea 2, relativa a modificación, a través de la vía del decreto, de las leyes que poseían carácter reglamentar. Con la reforma constitucional del año de 1974, el control de constitucionalidad de las leyes empezó a ser la actividad principal del Consejo, aproximándolo de una corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.
50. De manera objetiva, la decisión n.º 71-44 DC, de 16.07.71 (In: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, visitado em 26 jul. 2005), consideró que la exigencia de autorización previa, administrativa o judicial, para la constitución de una asociación violaba la libertad de asociación. Su importancia, sin embargo, fue el reconocimiento de que los derechos fundamentales previstos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del año de 1789, y en el preámbulo de la Constitución de 1946, se incorporaba a la Constitución de 1958, por fuerza de la referencia constante en el preámbulo de esa, figurando, por tanto, como parámetro para el control de constitucionalidad de las leyes. Esa decisión reforzó el prestigio del Consejo Constitucional, que empezó a desempeñar el papel de protector de los derechos y de las libertades fundamentales. Además, consagró el "valor positivo y constitucional" del preámbulo de la Constitución y asentó la idea del "bloque de constitucionalidad". Esa expresión significa que la Constitución no se limita a las normas que son contenidas o que pueden ser extraídas, sino que incluye otros textos normativos de su texto, que en el caso eran la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del año de 1789, y en el preámbulo de la Constitución de 1946, así como los principios fundamentales de las leyes de la República, a los cuales el referido preámbulo hacía referencia. Sobre la importancia de esa decisión, v. Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, *Dalloz*, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, *Was it France's Marbury v. Madison?*, *Ohio State Law Journal* 35910, 1974; J.E. Beardsley, *The Constitutional council and Constitutional liberties in France*, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para un análisis más detallado de la decisión, v. L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Específicamente sobre el , v. Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.
51. Desde entonces, el derecho de provocar la actuación del Consejo Constitucional, que antes era prerrogativa solamente del Presidente de la República, del Primer-Ministro, del Presidente de la Asamblea Nacional y del Presidente del Senado, se extendió también, a sesenta diputados o a sesenta senadores. El control de constitucionalidad se tornó un importante instrumento de actuación de la oposición parlamentaria. Entre los años de 1959 y 1974, fueron proferidas solamente 9 (nueve) decisiones acerca de leyes ordinarias (por iniciativa del Primer-Ministro y del Presidente del Senado) y 20 (veinte) acerca de las leyes orgánicas (pronunciamiento obligatorio) De 1974 hasta 1998, hubo 328 provocaciones (*saisine*) al Consejo Constitucional. Los datos constan de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul. 2005.
52. V. Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 190-2.
53. Véase la discusión del tema en Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. En la conclusión del libro, que documenta el Coloquio de Rennes, en septiembre de 1996, François Terré, al presentar lo que correspondería a la conclusión del evento, formuló áspera crítica al ascenso de la influencia del Consejo Constitucional: "Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction e le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, le cas échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel" (p. 409).

de la Constitución de nuestra madurez institucional, sino que debe ser considerada como la Constitución de nuestras circunstancias. Por los vicios y por las virtudes, su texto final, expresa una heterogénea mezcla de intereses legítimos de los trabajadores, clases económicas y categorías funcionales, añadidos a paternalismos, reservas del mercado y corporativismos de distintos géneros. La euforia constituyente –saludable e inevitable después de tantos años de exclusión de la sociedad civil– llevaron a una Carta que, además de analítica, puede ser considerada como prolija y corporativa⁵⁴.

Cuanto al punto relevante para el trabajo, es mayor o menor relevancia, tratados por la Constitución. La catalogación de dichas previsiones empieza por reglas generales y llega hasta reglas extremadamente específicas, que llevan al lector del espanto al hastío. Así ocurre con el derecho administrativo, civil, penal, laboral, procesal civil o penal, financiero y presupuestario, tributario, internacional y, además, hay, de igual manera igual, un título dedicado al orden económico, en el cual se incluyen normas sobre la política urbana, agrícola y sistema financiero. Y otro dedicado al orden social, dividido en varios capítulos y secciones, que empieza por el tema de la salud e llega hasta el tema de la protección y derechos de los indígenas.

Aunque el fenómeno de la constitucionalización del Derecho, tal y como analizado en este trabajo, no pueda ser confundido con la presencia de normas de derecho infraconstitucional en la Constitución, existe un espacio natural de superposición entre los dos temas. Con efecto, en la medida que los principios y reglas específicos de una disciplina ascienden a la Constitución, su interacción con las demás normas de su respectivo sistema cambia de cualidad y empieza a tener un carácter subordinante. Se trata de la constitucionalización de las fuentes del Derecho dentro de aquélla materia. Dicha circunstancia no siempre es deseable⁵⁵, interfiere en los límites de la actuación del legislador ordinario y también en la lectura constitucional que será hecha por el Poder Judicial en relación al tema que fue constitucionalizado.

2. La constitucionalización del derecho infraconstitucional

En los Estados de constitucionalización más tardía, como Portugal, España y, sobre todo, Brasil la constitucionalización del Derecho es un fenómeno más reciente, aunque sea también bastante intenso. Se verificó, entre nosotros, el mismo movimiento translatoivo ocurrido inicialmente en Alemania y, en seguida, en Italia: el paso de la Constitución para el centro del sistema jurídico. A partir de 1988, y más precisamente en los últimos cinco o diez años, la Constitución empezó a disfrutar no solamente de una supremacía en sentido formal, sino de una supremacía material, axiológica, potenciada por la apertura del sistema jurídico y por la normatividad de sus principios. Con gran ímpetu, exhibiendo su fuerza normativa sin precedentes, la Constitución ingresó en el paisaje jurídico del país y también en el discurso de los operadores del derecho.

En el centro del ordenamiento jurídico ya no está más ubicado el viejo Código Civil. Fíjese que el derecho civil desempeñó en Brasil –como en otros países– el rol de un derecho general, que precedió muchas áreas de especialización, y que confirió cierta unidad dogmática al ordenamiento. La propia teoría general del derecho era objeto de estudio dentro del derecho civil, y sólo en épocas más recientes adquirió autonomía didáctica. En el caso brasileño, se debe registrar, el Código Civil ya venía perdiendo influencia en el ámbito del propio derecho privado. Lo que sucede es que, a lo largo del tiempo, en la medida que el código envejecía, innumerables leyes fueron editadas, empezando a formar microsistemas autónomos en relación al propio código, en temas como alimentos, sociedades empresariales, filiación, locación, consumidor, niños y adolescentes y sociedades mercantiles. A ejemplo del caso italiano, también entre nosotros ocurrió la “descodificación” del derecho civil⁵⁶, fenómeno que no fue afectado sustancialmente por la promulgación del nuevo Código Civil del año de 2002, con vigencia a partir de 2003⁵⁷.

54. Sobre el tema, v. Luís Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

55. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, en el plano del derecho penal, han condenado, por ejemplo, la constitucionalización de los “crímenes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, João José Leal, *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

56. Sobre el caso italiano, v. Pietro Pelingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: El Código Civil, con seguridad, perdió su centralidad que tenía anteriormente. El papel unificador del sistema, tanto en sus aspectos más tradicionalmente civilistas como en aquellos de relevancia publicista, es desempeñado de manera cada vez más incisiva por el texto Constitucional”. Sobre el caso brasileño, véanse, entre otros: Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 6521; e Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

57. El nuevo Código Civil, cuya vigencia tuvo inicio el año de 2003, fue severamente criticado por sectores importantes de la doctrina civilista. Gustavo Tepedino se refirió a él como “retrogrado y demagógico”, añadiendo: “De parte del presidente se espera el veto; del Poder Judicial, que atenúe el desastre” (*Revista trimestral de direito civil* 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin y Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraran inconstitucional el proyecto del Código Civil, en dictamen publicado con el título de “Um projeto de

En ese ambiente, la Constitución empieza a no ser considerada ya sólo como apenas un sistema tomado en sí propio –con su nuevo orden, unidad y armonía– sino como una nueva manera de mirar e interpretar todos las demás ramas del Derecho. Dicho fenómeno, denominado por algunos autores como *filtraje constitucional*, consiste en que todo orden jurídico debe ser leído y analizado bajo la lente de la Constitución, de manera a implementar los valores en ella consagrados. Conforme señalado anteriormente, la constitucionalización del derecho infraconstitucional, no tiene como su característica principal la inclusión en la Ley Mayor de normas propias de otros dominios, sino la reinterpretación de sus institutos bajo una nueva óptica constitucional⁵⁸.

A partir de tales premisas, toda interpretación jurídica puede ser considerada también como interpretación constitucional. Cualquier operación de concreción del Derecho involucra también la aplicación directa o indirecta de la Ley Mayor. Es posible la aplicación de la Constitución:

a) *Directamente*, cuando una pretensión se basar en una norma del propio texto constitucional. Por ejemplo: la solicitud de una inmunidad tributaria (CF, art. 150, VI) o el pedido de nulidad de una prueba obtenida a través de un medio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

b) *Indirectamente*, cuando una pretensión se funda en una norma infraconstitucional, por dos razones:

(i) antes de aplicar la norma, el intérprete deberá verificar si ella es compatible con la Constitución, porque, en el caso de no ser, no deberá hacerla incidir en el caso. Ésta operación estará siempre presente en el razonamiento del operador jurídico, aunque no sea por él explicitada;

(ii) al aplicar la norma, el intérprete deberá orientar su sentido y alcance a la realización de los fines constitucionales.

En síntesis: la Constitución se ubica en la actualidad en el centro del sistema jurídico y, por ende, irradia su fuerza normativa, imbuida de supremacía formal y material. De esa manera, funciona no solamente como parámetro de validez para el orden infraconstitucional, sino también como vector de interpretación de todas las normas del sistema.

3. La constitucionalización del Derecho y sus mecanismos de actuación práctica

La constitucionalización del Derecho, como ya anticipado, posee repercusiones sobre los diferentes Poderes estatales. Al legislador y al administrador se les imponen deberes negativos y positivos de actuación, en orden a que observen los límites y promuevan los fines dictados por la Constitución. Por otro lado, la constitucionalización es un elemento generado directamente por la jurisdicción constitucional, que en Brasil puede ser ejercida, difusamente, por los jueces y por los tribunales, y de manera concentrada por el Supremo Tribunal Federal. Esta realización concreta de supremacía formal y axiológica de la Constitución involucra diferentes técnicas y posibilidades interpretativas, que incluyen:

a) el reconocimiento de la revocación de las normas infraconstitucionales anteriores a la constitución (o a la enmienda constitucional), cuando con ella incompatibles;

b) la declaración de inconstitucionalidad de las normas posteriores a la constitución, cuando con ella incompatibles;

c) la declaración de inconstitucionalidad por omisión, con la consecuente convocación a la actuación del legislador⁵⁹;

d) la interpretación conforme a la constitución, que podrá significar:

(i) la lectura de la norma infraconstitucional de la forma que mejor realice el sentido y el alcance de los valores y fines constitucionales a ella subyacentes;

Código Civil na contramão da Constituição”, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000, por no traducir la supremacía de la dignidad de la persona humana frente a los aspectos patrimoniales y por violar el principio de la prohibición del retroceso. En sentido opuesto, v. Judith Martins Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005; e Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005 e *O novo Código Civil e seus críticos*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005.

58. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: “La principal manifestación de preeminencia normativa de la Constitución consiste en que todo orden jurídico debe interpretarse bajo la luz de ella y sometida a su filtraje”. V. también, Paulo Ricardo Schier, *Filragem constitucional*, 1999

59. Eso cuando el Supremo Tribunal Federal no prefiera producir una decisión integrativa, como, por ejemplo, la sentencia adictiva del derecho italiano. Esta actuación involucra siempre la controvertida cuestión de la actuación en la cualidad de legislador positivo (v. *infra*).

(ii) la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, que consiste en la exclusión de una determinada interpretación posible de la norma – generalmente la más obvia – y la afirmación de una interpretación alternativa, compatible con la Constitución⁶⁰.

Debemos, todavía, profundizar un poco más el argumento, especialmente con relación a la interpretación conforme a la Constitución. El control de constitucionalidad es una modalidad de interpretación y aplicación de la Constitución. Más allá de otras especulaciones, hay consenso de que es papel del Poder Judicial pronunciar la invalidez de enunciados normativos incompatibles con el texto constitucional, negándoles eficacia. Si así no fuera, en la línea del conocimiento convencional, él no podría innovar en el orden jurídico, creando un dispositivo hasta entonces inexistente. En otros términos: el Poder Judicial estaría autorizado a producir la invalidación de un acto del Poder Legislativo, pero no podrá reemplazarlo por un acto suyo⁶¹.

Ahora bien, las modernas técnicas de interpretación constitucional –como es el caso de la interpretación conforme a la Constitución– continúan vinculadas a ese presupuesto, al cual agregan un elemento inexorable. La interpretación jurídica difícilmente es unívoca, ya porque un mismo enunciado, al afectar diferentes circunstancias de hecho, puede producir normas diversas⁶², ya porque, aun teóricamente, un enunciado puede admitir varias interpretaciones, en razón de los múltiples significados que poseen sus términos. La interpretación conforme a la Constitución, por lo tanto, puede involucrar (i) una simple determinación del sentido de la norma, (ii) su no incidencia a una determinada situación de hecho o (iii) la exclusión, en virtud de configurarse como inconstitucional, de una de las normas posibles de ser extraídas del texto. En cualquier de dichos casos, no hay declaración de inconstitucionalidad del enunciado normativo, permaneciendo la norma en el ordenamiento. A través de ese mecanismo se reconcilian el principio de la supremacía de la Constitución y el principio de la presunción de constitucionalidad. Naturalmente, el límite de la interpretación está en las posibilidades semánticas del texto normativo⁶³.

D) Algunos aspectos de la constitucionalización del Derecho

1. Derecho Civil⁶⁴

Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho civil, pasaron, en los últimos dos siglos, por tres fases distintas, que van desde la indiferencia a la convivencia intensa. El marco inicial de esa trayectoria fue la Revolución Francesa, que generó para cada uno de ellos su objeto de trabajo: al derecho constitucional, una Constitución escrita, promulgada en 1791; al derecho civil, el Código Civil napoleónico, de 1804. A pesar de la contemporaneidad de los dos documentos, derecho constitucional y derecho civil no se relacionaban y tampoco se comunicaban entre sí. Obsérvese cada una de las etapas de ese proceso de aproximación lenta y progresiva:

60. Con respecto a la segunda posibilidad, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189

61. En ese sentido, v. STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: "Al declarar la inconstitucionalidad de una ley en tesis, el STF – en su función de Corte Constitucional – actúa como legislador negativo, pero no tiene el poder de actuar como legislador positivo, en orden a crear una norma diversa de la instituida por el Poder Legislativo". Se soslaya, en esta instancia, la discusión minuciosa del tema, que abriga innumerables complejidades, incluso y notadamente en razón del reconocimiento de que jueces y tribunales, en múltiples situaciones, desempeñan una actividad de coparticipación en la creación de la norma.

62. La doctrina más moderna ha establecido una distinción entre enunciado normativo y norma, basándose en la premisa de que no hay interpretación del texto en abstracto. Enunciado normativo es el texto, el relato contenido en el dispositivo constitucional o legal. Norma, a su vez, es el producto de la aplicación del enunciado a una determinada situación, es decir, la concretización del enunciado. Desde un mismo enunciado es posible extraerse diversas normas: Por ejemplo: del enunciado del art. 5º, LXIII de la Constitución –el preso tiene el derecho de permanecer callado – se extraen normas diversas, incluso las que aseguran el derecho a no auto-incriminación del sospechoso en general (STF, *DJU* 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) y, incluso, es deponente en la CPI (STF, *DJU* 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre el tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

63. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. "Al juez no le es permitido mediante "interpretación conforme a la Constitución" generar un significado diferente a una ley cuyo contenido y sentido resultan evidentes" (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); en la del Supremo Tribunal Federal brasileño: "si la única interpretación posible para adecuar la norma a la Constitución contraría el sentido unívoco que el Poder Legislativo pretendió darle, no se puede aplicar el principio de la interpretación conforme a la Constitución, que implicaría, en realidad, la creación de la norma jurídica, que es privativa del legislador positivo" (STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

1ª. fase: *Mundos apartados*

Al inicio del constitucionalismo moderno, en Europa, la Constitución era vista como una *Carta Política*, que servía como referencia para reglamentar las relaciones entre Estado y ciudadano, y, por otro lado, el Código Civil era el documento jurídico que reglamentaba las relaciones entre particulares, habitualmente mencionado como la “Constitución del derecho privado”. En esa etapa histórica, el papel de la constitución era limitado, funcionando como una mera convocación a la actuación de los Poderes Públicos, y su concretización dependía, como regla general, de la intermediación del legislador Sin fuerza normativa propia, no tenía aplicabilidad directa e inmediata. El Código napoleónico, a su vez, realizaba adecuadamente el ideal burgués de protección de la propiedad y de la libertad de contratar, generando seguridad jurídica a los protagonistas del nuevo régimen liberal: el contratante y el propietario. Ese modelo inicial de comunicación rota fue siendo paulatinamente superado.

2ª. fase: *Publicización del derecho privado*

El código napoleónico y los respectivos modelos que él inspiró –incluso el brasileño– tenía sus sustentáculos en la libertad individual, en la igualdad formal entre las personas y en la garantía absoluta del derecho a la propiedad. A lo largo del siglo XX, con el advenimiento del estado social y la percepción crítica de la desigualdad material entre los individuos, el derecho civil empieza a superar el demasiado individualismo, ya no siendo el reino soberano de la autonomía de la voluntad. En nombre de la solidaridad social y de la función de las instituciones como la propiedad y el contrato, el Estado empieza a interferir en las relaciones entre particulares, a través de la creación de las normas de orden público. Dichas normas se destinan, sobre todo, a la protección del lado más débil de la relación jurídica, como; el consumidor, el locatario, el empleado. Es la fase del *dirigismo contractual*, que consolida la publicización del derecho privado⁶⁵.

3ª. fase: *Constitucionalización del derecho civil*

“Ayer los códigos; hoy las constituciones. La revancha de Grecia contra Roma”⁶⁶. La fase actual es marcada por el paso de la Constitución para el centro del sistema jurídico, desde donde pasa a actuar como filtro axiológico mediante el cual debe leerse el derecho civil. Hay reglas específicas en la Constitución que imponen el fin de la supremacía del marido en el matrimonio, la plena igualdad entre los hijos, la función social de la propiedad. Y los principios que se difunden por todo el ordenamiento, como la igualdad, la solidaridad social, la razonabilidad. No es el caso de delinear las múltiples situaciones de impacto de los valores constitucionales sobre el derecho civil, específicamente, –y sobre el derecho privado, en general⁶⁷. Pero hay dos desarrollos que merecen destaque, por la dimensión de las transformaciones que generaron.

El primero de ellos es el principio de la *dignidad de la persona humana* en la nueva dogmática jurídica. Con el fin de 2ª. Guerra Mundial, se verifica el inicio de la reconstrucción de los derechos humanos⁶⁸, que se irradian a partir de la dignidad de la persona humana⁶⁹, referencia que empezó a constar de los

64. Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; A constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:76, 1999; *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003; Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino: *Temas de direito civil*, 2004; *Problemas de direito civil constitucional* (coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional. In: *Revista Del Rey Jurídica* 1323, 2004; Luiz Edson Fachin: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord.), 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; Heloisa Helena Barboza, Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, *Revista da Faculdade de Direito*, UERJ, 1998-99; Teresa Negreiros: *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato. Novos paradigmas*, 2002; Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, Constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.
65. Sobre el tema, v. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, 2004, p. 18.
66. La primera parte de la frase (“ayer los Códigos, hoy las Constituciones”) fue pronunciada por Paulo Benavides, al recibir la medalla Teixeira de Freitas, en el Instituto de los Abogados Brasileños, en el año 1998. El complemento fue hecho por Eros Roberto Grau en discurso publicado en apartado por el IAB: “Ayer los códigos; hoy las Constituciones. La revancha de Grecia sobre Roma, tal como ocurrió, en otro plano, en la evolución del derecho de la propiedad, antes justificado por su origen, ahora legitimado por sus fines: la propiedad que no cumple su función social no merece cualquier protección jurídica”
67. Para este fin, v. Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil constitucional*, 2000, obra colectiva en la cual se discute la constitucionalización del derecho civil en ámbitos diversos, incluyendo el derecho de las obligaciones, las relaciones de consumo, el derecho a la propiedad y del derecho de familia. Sobre el tema específico de la buena fe objetiva, véanse Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999; e Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998
68. Este es el título celebrado del célebre trabajo de Celso Lafer *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sobre el tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991
69. El contenido jurídico de la dignidad humana se relaciona con la realización de los derechos fundamentales o humanos, en sus tres dimensiones: individuales, políticos y sociales. Sobre el tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios. O princípio*

documentos internacionales y en las constituciones democráticas⁷⁰, habiendo figurado en la Carta brasileña de 1988 como uno de los fundamentos de la República (art. 1º, III). La dignidad humana impone límites a la actuación positiva del Estado de suplir las necesidades vitales básicas⁷¹, expresándose a través de diferentes dimensiones⁷². En el tema objeto de este trabajo, el principio promovió una despatrimonialización⁷³ del derecho civil y su repersonalización⁷⁴, con énfasis en los valores existenciales y del espíritu, como también en el desarrollo de los derechos de la personalidad, tanto en su dimensión física como psíquica.

El segundo desarrollo doctrinario que merece nota especial es la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las relaciones privadas⁷⁵. El debate remite al caso *Luth* (v. *supra*), que superó la rigidez de la dualidad público-privado al admitir la aplicación de la Constitución a las relaciones particulares, inicialmente regidas por el Código Civil. El tema involucra complejidades y no será profundizado por nosotros en este trabajo. Las múltiples situaciones susceptibles de existencia en el mundo real no comportan solución unívoca⁷⁶. Sin embargo, con excepción de la doctrina de la jurisprudencia estadounidense (y, aún así, con atenuaciones), existe razonable consenso de que las normas constitucionales se aplican, en determinada medida, a las relaciones particulares. La divergencia en esa materia se encuentra, precisamente, en la determinación de la manera y de la intensidad de esa incidencia. Doctrina y jurisprudencia se dividen en dos corrientes principales:

a) la de la eficacia indirecta y mediata de los derechos fundamentales, a través de la actuación infraconstitucional y de la atribución de las cláusulas abiertas;

b) la de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, a través de un criterio de ponderación entre los principios constitucionales de la libre iniciativa y de la autonomía de la voluntad, de uno de los lados, y del derecho fundamental en cuestión, del otro lado.

da dignidade da pessoa humana, 2002; Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2004; José Afonso da Silva, *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, *Revista de Direito Administrativo* 212/89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, *Revista Interesse Público* 4/2, 1999. Véanse dos expertos representativos del entendimiento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1998, p. 102: “[E]l principio de la dignidad de la persona humana está en la base de todos los derechos constitucionalmente consagrados, sea de los derechos y libertades tradicionales, sea de los derechos, sea de los derechos a la participación política, sea de los derechos de los trabajadores o de los derechos a prestaciones sociales”; y Daniel Sarmento *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, p. 59-60: “El principio de la dignidad de la persona humana representa el epicentro axiológico del orden constitucional, irradiando sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico y balizando no solamente los actos estatales, sino todo el complejo de relaciones privadas que se desarrollan en el seno de la sociedad civil y del mercado”.

70. Como, e.g., en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, en la Constitución Italiana de 1947, en la Constitución alemana de 1949, en la Constitución portuguesa de 1976 y en la Constitución española de 1978
71. Sobre el tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305: “El contenido básico, el núcleo esencial del principio de la dignidad de la persona humana, es compuesto por el mínimo existencial, que consiste en un conjunto de prestaciones materiales mínimas sin las cuales no se podrá afirmar que el individuo se encuentra en una situación de dignidad (...) una propuesta de concretización del mínimo existencial, tomando en consideración el orden constitucional brasileño, deberá incluir los derechos a la educación fundamental, a la salud básica, al auxilio en caso de necesidad y al acceso a la justicia”.
72. En denso estudio, Maria Celina Bodin de Moraes, *Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *decompone el contenido jurídico de la dignidad humana en cuatro principios: igualdad, integridad física y moral (psicofísica), libertad y solidaridad*.
73. El término fue recogido en Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente el primero a utilizarlo fue Carmine Donisi, Verso la ‘depatrimonializzazione’ del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (de acuerdo con investigación realizada en Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).
74. Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000: “(A) aferición de la constitucionalidad de un diploma legal, ante la repersonalización impuesta a partir de 1988, debe tomar en consideración la primacía de la protección de la dignidad humana en relación a las relaciones jurídicas patrimoniales”. En relación a repersonalización del derecho civil, v. también Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.
75. Sobre este tema, dos tesis de doctorado desarrolladas en el ámbito del Programa de Postgrado en Derecho Público de la UERJ, ambas aprobadas con distinción y alabanza y publicadas bajo edición comercial: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005. Además, trabajos de excelente calidad han sido producidos sobre esa materia, entre los cuales Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Rodrigo Kaufmann, *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luís Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2004, mecanografiado, tesis de libre-docencia presentada en la Universidad de São Paulo — USP; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, 2004; e Thiago Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004.
76. Véanse, por ejemplo, algunas de ellas: a) puede un equipo de fútbol prohibir el acceso a su cancha de periodistas de un determinado vehículo de comunicación que haya hecho críticas a su equipo (libertad de trabajo y de prensa)?; b) puede una escuela judaica impedir el ingreso de estudiantes no judíos (discriminación en razón de religión)?; puede el empleador prever en el contrato de trabajo la dispensa por causa justa en caso de embarazo (protección de la mujer y de la procreación)?; e) puede un periodista ser dispensado por haber emitido una opinión contraria a la del dueño del periódico (libertad de opinión)?

El punto de vista de la aplicabilidad directa e inmediata se revela más adecuado a la realidad brasileña y ha prevalecido en la doctrina. En la ponderación que deberá ser emprendida, como en la ponderación en general, deberán ser tomados en consideración los elementos del caso concreto. Para la realización de esa específica ponderación entre la autonomía de la voluntad *versus* otro derecho fundamental en cuestión, merecen destaque los siguientes factores: a) la igualdad o desigualdad material entre las partes (*e.g.*, si una multinacional renuncia contractualmente a un derecho, dicha situación es distinta de aquella en la que un humilde trabajador hace lo mismo); b) la manifiesta injusticia o la falta de razonabilidad de un criterio (*e.g.*, la escuela que no admite como sus alumnos los hijos de padres divorciados); c) preferencia por los valores existenciales frente a los patrimoniales; d) riesgo para la dignidad de la persona humana (*e.g.*, nadie puede sujetarse a sanciones corporales)⁷⁷.

El proceso de constitucionalización del derecho civil, en Brasil, avanzó de manera progresiva, siendo ampliamente absorbido por la jurisprudencia y por la doctrina, incluso la doctrina civilista. Por cierto, la propia doctrina civilista, en gran medida, realizó esa aproximación inevitable⁷⁸. Todavía se levantan, aquí y allá, objeciones de diversas naturalezas. Pero el hecho es que las resistencias, basadas en una visión más tradicional del derecho civil, cayeron en su mayor parte. Ya no hay quién rehúse, de manera abierta, el impacto de la Constitución sobre el derecho privado⁷⁹. La interacción con el derecho constitucional potencia y eleva las dos ramas del derecho, hecho que no genera ninguna pérdida para la secular tradición de la doctrina civilista.

2. Derecho Administrativo⁸⁰

El derecho constitucional y el derecho administrativo tienen orígenes y objetivos comunes: el advenimiento del liberalismo y la necesidad de limitación del poder del Estado. Sin embargo, hicieron caminos distintos, bajo la influencia del paradigma francés. De hecho, el derecho constitucional estuvo durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX asociado a categorías políticas, es decir, sin fuerza normativa o aplicabilidad directa y inmediata (*v. supra*). El derecho administrativo, a su vez, se desarrolló como una

77. Para una visión profundizada del tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

78. En el caso de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, esta es una de las principales líneas del Programa de Postgrado en Derecho Civil, en que fueron pioneros los doctrinadores Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. En la Universidad Federal de Paraná, se destacan los trabajos del Profesor Luiz Edson Fachin. En la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, los de la Profesora Judith Martins Costa. En la PUC de São Paulo, los del Profesor Renan Lotufo. En la Universidad Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

79. Gustavo Tepedino, O direito civil e a legalidade constitucional, *Revista Del Rey Jurídica* 1323, 2004: "Al contrario del escenario de los años 80, no hay hoy en día civilista que niegue abiertamente la eficacia normativa de la Constitución y su provecho para, al menos de manera indirecta, auxiliar en la interpretación constructiva de la norma infraconstitucional". En seguida, en preciosa síntesis, el autor identifica las cuatro objeciones más frecuentes a la aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho civil: a) no cabe al constituyente, sino al legislador, que constituye una instancia más próxima de la realidad de los negocios, la regulación de la autonomía privada; b) la baja densidad normativa de los principios constitucionales generaría excesiva discrecionalidad a los magistrados; c) la estabilidad milenaria del derecho civil quedaría afectada por la inestabilidad del juego político-constitucional; d) el control axiológico de las relaciones de derecho civil, mas allá de los límites claros del lícito y del ilícito, podría significar gran ingerencia en la vida privada.

80. Sobre las transformaciones del derecho administrativo en la actualidad, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; e *Direito regulatório*, 2003; Caio Tácito, O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro, *Revista de direito administrativo* 202.1, 1995; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998; Maria Sylvania di Pietro, *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquía, terceirização e outras formas*, 1999; Carlos Ari Sunfeld, *Direito administrativo ordenador*, 2003; Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Marcos Juruena, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; Paulo Modesto, A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; Humberto Ávila, Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: *O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; Alexandre Aragão, *Agências Reguladoras*, 2002; Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de direito administrativo* 239.1, 2005. V. tb. Luís Roberto Barroso: Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: Idem; Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Idem; Para la formación de la doctrina administrativista en Brasil, préstesele el debido y merecido homenaje a Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1ª edição de 1957, e Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1ª edición de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 a Revista de Direito Administrativo, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, 1ª edición de 1980, e, depois, *Curso de direito administrativo*, tuvo influencia decisiva en el desarrollo de un derecho administrativo en la perspectiva de la ciudadanía y no de la Administración.

rama del conocimiento jurídico imbuida de autonomía y permaneció vinculado a la disciplina de la Administración Pública. La existencia de una jurisdicción administrativa sin relación directa con la actuación judicial y el prestigio del Consejo del Estado francés generaron al derecho administrativo una posición de destaque en el ámbito del derecho público⁸¹, involucrándolo con la continuidad y con la estabilidad de las instituciones⁸². Solamente después de la 2ª. Guerra Mundial, bajo el movimiento de constitucionalización, dicha situación iba a cambiar.

No se pretende rehacer el historial de la relación establecida entre derecho constitucional y derecho administrativo, que suelen hacer los administrativistas en general⁸³, pues desviaría el foco del análisis que se busca emprender. En el contexto presente, tres conjuntos de circunstancias deben ser tomados en consideración en el ámbito de la constitucionalización del derecho administrativo: a) la existencia de una amplia cantidad de normas constitucionales vinculadas a la disciplina de la Administración Pública; b) la secuencia de transformaciones sufridas por el Estado brasileño en los últimos años; c) la influencia de los principios constitucionales sobre las categorías del derecho administrativo. Dichas circunstancias se añaden para la configuración del modelo actual, en el cual diversos paradigmas están siendo superados o analizados bajo una nueva perspectiva.

La presencia de dispositivos sobre la Administración Pública en las Constituciones modernas tiene su inicio con las Cartas italiana y alemana, en precedentes que posteriormente fueron ampliados por los Textos de Portugal y España. La Constitución brasileña de 1988 posee varios dispositivos sobre la Administración Pública (v. *supra*), incluso con una censurable presencia de detalles y conteniendo un verdadero estatuto con relación a los servidores públicos. Por otro lado, contiene asimismo algunas virtudes, como la disociación de la función administrativa y de la actividad del gobierno⁸⁴ y la enunciación expresa de principios sectoriales de derecho administrativo, que, en su redacción original, eran los de la legalidad, de la impersonalidad, de la moralidad y de la publicidad. La Enmienda Constitucional n.º 19, de 4.06.98, añadió a éste conjunto el principio de la eficiencia. A propósito, la tensión entre la eficiencia⁸⁵, por un lado, y la legitimidad democrática, por otro, es una de las marcas de la Administración Pública en la actualidad⁸⁶.

Exceptuándose esto, debe señalarse que el perfil constitucional del Estado brasileño, en los dominios administrativos y económicos, fue modificado por un conjunto amplio de reformas económicas, llevadas a efecto por enmiendas y por la legislación infraconstitucional, y que pueden ser agrupadas en tres categorías: la extinción de determinadas restricciones al capital extranjero, la flexibilización de los monopolios estatales y la desestatización. Tales transformaciones modificaron las bases sobre las cuales se daba la actuación del Poder Público, tanto en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos como a la exploración de las actividades económicas. La reducción expresiva de la actuación emprendedora del Estado transfirió su responsabilidad principal para el ámbito de la regulación y fiscalización de los servicios delegados a la iniciativa privada y de las actividades económicas que exigen régimen especial. En ese contexto, fueron creadas las agencias reguladoras, vía institucional por la cual se consolidó la mutación del papel del Estado en relación al orden económico⁸⁷.

Por fin, más decisivo que todo para la constitucionalización del derecho administrativo fue la incidencia en su dominio de los principios constitucionales –no solamente los específicos, pero, sobre todo, los de carácter general, que se irradian por todo el sistema jurídico. También aquí, a partir de la centralidad de la dignidad humana y de la preservación de los derechos fundamentales, se alteró la calidad de las relaciones establecidas entre la Administración y el administrado, con la superación o reformulación de los paradigmas tradicionales⁸⁸. Dentro de ellos es posible destacar:

81. Sobre el tema, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.
82. A propósito, v. el célebre artículo de Georges Vedel, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre el tema, v. también Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.
83. V. por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para una visión extremadamente crítica del origen y evolución del derecho administrativo, v. Gustavo Binenbojm, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.
84. V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.
85. La ley n.º 9.784, de 29.01.99, que reglamenta el proceso administrativo en la esfera federal, enuncia como principios de la administración pública, entre otros, los de la legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa, contradictorio, seguridad jurídica, interés público y eficiencia.
86. V. Luís Roberto Barroso, *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 303-4.
87. Las agencias reguladoras, como categoría abstracta, no recibieron disciplina constitucional. El texto de la Constitución, sin embargo, hace mención a dos de ellas: la de telecomunicaciones (art. 21, XI) y la de petróleo (art. 177, § 2º, III).
88. Sobre este tema específico, v. los proyectos de doctoramiento de Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, e de Arícia Corrêa Fernandes, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*,

a) la redefinición de la idea de la supremacía del interés público sobre el interés privado

Con relación a éste tema, debe hacerse, en primer lugar, la distinción necesaria entre interés público (i) *primario*—es decir, el interés de toda la sociedad, sintetizado en valores como justicia, seguridad y bien estar social— y (ii) *secundario*, que es el interés de la persona jurídica de derecho público (Unión, los Estados y los Municipios), mezclándose con el interés de la Hacienda Pública, o sea, del erario⁸⁹. Pues bien: el interés público secundario jamás disfrutará de una supremacía *a priori* y abstracta ante el interés particular. Si ambos entran en ruta de colisión, le corresponderá al intérprete proceder a la ponderación de dichos intereses, en base a los elementos normativos y fácticos relevantes para el caso concreto⁹⁰.

b) la vinculación del administrador a la Constitución y no solamente a la ley ordinaria

En este punto se supera la idea restrictiva de vinculación positiva del administrador a la ley, en la lectura convencional del principio de la legalidad, por la cual su actuación estaba basada por aquello que el legislador hubiera determinado o autorizado. El administrador puede y debe actuar teniendo por fundamento directo la Constitución e, en muchos casos, independientemente de cualquier manifestación del legislador ordinario. El principio de la legalidad cambia, de esa forma, para el principio de la constitucionalidad o, quizá más propiamente, para el principio de la juridicidad, comprendiendo su subordinación a la Constitución y a la ley, en este orden.

c) la posibilidad del control judicial del mérito del acto administrativo

El conocimiento convencional en materia de control del acto administrativo limitaba la cognición de los jueces y tribunales de los aspectos de la legalidad del acto (competencia, forma y finalidad) y no de su mérito (motivo y objeto), ya incluso en este punto la conveniencia y la oportunidad de su práctica. Pero; las cosas ya no son así. No sólo los principios constitucionales generales ya mencionados, sino también los específicos, como la moralidad, la eficiencia, y, sobre todo, la razonabilidad-proporcionalidad permiten el control de la discrecionalidad administrativa (observándose, naturalmente, la contención y la prudencia, para que no se sustituya la discrecionalidad del administrador por la del juez)⁹¹.

Un último comentario debe señalarse sobre este punto: hay autores que se refieren al cambio de algunos de los paradigmas tradicionales del derecho administrativo como caracterizadores de una *privatización del derecho público*, que empieza a estar sometido, por ejemplo, a algunas categorías del derecho de las obligaciones. Sería, en cierta medida, a la *publicización del derecho privado*. En realidad, es la aplicación de los principios constitucionales que lleva determinados institutos del derecho privado hacia el derecho público. El fenómeno en cuestión, por tanto, no es el de la publicización de uno ni el de la privatización del otro, sino el de la constitucionalización de ambos. Esto implica una dilución del rigor de la dualidad derecho público-derecho privado, produciéndose áreas de confluencia y haciendo con que la distinción pase a ser más cuantitativa que cualitativa⁹².

2003, ambos presentados al programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, bajo mi dirección, v. tb. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; e Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 2391, 2005

89. Esta clasificación, cuyo origen es italiano, es poco difundida en la jurisprudencia brasileña. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 429 e ss

90. Para una profundización de esa discusión, v. mi prefacio al libro de Daniel Sarmento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 200 . V. tb., naturalmente, el mismo libro, en el cual constan los textos de gran valía sobre el tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Alexandre Araújo. El texto de Humberto Ávila fue el pionero en la discusión de la materia. Bajo otro enfoque, merece referencia el trabajo de Fábio Medina Osório, Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?, *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

91. Sobre los principios constitucionales de la Administración Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; Romeu Bacellar, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; Ruy Samuel Espindola, Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas, *Interesse Público* 2157, 2003

92. No es posible profundizar en el tema, que es rico e intrincado, sin un desvío de ruta que sería largo y sin cabida bajo las circunstancias de este trabajo. Véanse, sobre la cuestión: Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: "De esa forma, la inevitable alteración de los límites entre el derecho público y el derecho privado, de tal modo que la distinción deja de ser cualitativa y pasa a ser cuantitativa, no siempre pudiendo definirse cuál exactamente es el territorio del derecho público y cuál es el territorio del derecho privado. En otras palabras, pueden probablemente determinarse los ámbitos del derecho público o del derecho privado por la primacía del interés público o

3. Derecho Penal

La repercusión del derecho constitucional sobre la disciplina de los crímenes y de las penas es amplia, directa e inmediata, aunque no tenga sido explorada de manera vasta y sistemática por la doctrina especializada. La Constitución tuvo impacto sobre la validez y la interpretación de las normas de derecho penal, así como sobre la producción legislativa sobre la materia. En primer lugar, por la previsión de un amplio catálogo de garantías, insertados en el Art. 5º (v. *supra*). Además, el texto constitucional impone al legislador el deber de criminalizar determinadas conductas⁹³, así como de impedir la tipificación de otras⁹⁴. A esto se agrega la circunstancia de que algunas tipificaciones previamente existentes son cuestionables desde la perspectiva de los nuevos valores constitucionales y de la transformación de las costumbres⁹⁵, así como pueden ser excepcionadas en algunas de sus incidencias concretas, si alcanzan un resultado constitucional indeseable⁹⁶.

La constitucionalización del derecho penal genera un conjunto estimulante y controvertido de ideas, que deben someterse al debate doctrinario y a la consideración de la jurisprudencia. Gran parte del pensamiento jurídico no cree en las potencialidades de las penas privativas de la libertad, que solamente deberían ser utilizadas en hipótesis extremas, cuando no existan medios alternativos eficaces para la protección de los intereses constitucionalmente relevantes⁹⁷. Los bienes jurídicos constitucionales tienen una ordenación jerárquica, de manera que la gravedad de la punición debe ser graduada en función de esa lógica⁹⁸. La disciplina jurídica vinculada con determinada infracción o con la pena aplicable no debe *ir más allá*, pero tampoco no *llegar, hasta lo necesario* para la protección de los valores constitucionales en cuestión. En el primer caso, habrá inconstitucionalidad por falta de razonabilidad o proporcionalidad⁹⁹, en el segundo, por omisión en la forma de actuar prescripta por la Constitución¹⁰⁰.

privado, no ya por la inexistencia de la intervención pública en las actividades del derecho privado o por la exclusión de la participación del ciudadano en las esferas de la administración pública. La alteración posee enorme significado hermenéutico, y es preciso que sea absorbida por los operadores”.

93. Como, por ejemplo, en los casos de racismo, tortura, acción de grupos armados contra el orden constitucional, crímenes ambientales o violencia contra el niño, entre otras referencia expresas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4
94. Como, por ejemplo: “Art. 53. Los Diputados y Senadores son inviolables, civil y penalmente, por cualesquiera de sus opiniones, palabras y votos”; Art 5º XVI – todos pueden reunirse pacíficamente, sin armas, en locales abiertos o públicos, independiente de autorización (...); XVII – es plena la libertad de asociación para fines lícitos, siendo prohibida la de carácter paramilitar”.
95. Es el caso de los tipos previstos en el Código Penal (CP), como la seducción (art. 217), adulterio (art. 240) o de escrito obsceno, así descrito “Art. 234. Hacer, importar, exportar, adquirir o tener bajo su guarda para fin de comercio, distribución o de exposición pública, escrito, dibujo, pintura, estampa o cualquier objeto obsceno: Pena – detención, de 6 (seis) meses a 2 (dos) años o multa”.
96. Dos decisiones del Supremo Tribunal Federal ejemplifican el argumento. En la primera, se concedió *habeas-corpus* en favor de un joven acusado de violación, por haber mantenido relaciones sexuales con una chica de doce años. Por mayoría, la Corte decidió que la presunción de violencia art. 224 del CP es relativa y que el crimen no se configuraba, en base a los elementos recogidos en el caso concreto – consentimiento de la víctima y su apariencia de tener más de 14 años – que tornarían extremadamente injusta la aplicación literal del dispositivo del Código Penal (STF, *DJU*20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). En otro caso, la Corte suspendió la acción penal promovida contra una ex-alcaldesa municipal, por la contratación de buena fe, pero sin concurso público, de un único barrendero. El fundamento utilizado fue *la insignificancia jurídica del acto apuntado como delictuoso, generando falta de causa justa para la acción penal* (STF, *DJU*11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre el tema de la interpretación consonante a la equidad, de modo a evitar la incidencia inicua de la regla, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.
97. El presente párrafo se beneficia de la discusión de las ideas traídas por Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações* mecanografiado, 2005, trabajo final presentado dentro de la asignatura *Interpretación constitucional* del Programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro – UERJ. Señaló la autora: “Al mismo tiempo en que lo funda y lo autoriza, La Constitución reduce y limita el derecho penal, en la medida en que solamente autoriza la criminalización de conductas que afecten de manera sensible un bien jurídico esencial para la vida en comunidad. Éste es el papel del derecho penal: actuar como última *ratio*, cuando sea absolutamente necesario y no haya otros mecanismos de control social aptos para impedir o punir aquellas lesiones”.
98. Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: “En el ámbito del Derecho Penal, ante los objetivos del estado Democrático de Derecho establecidos expresamente en la misma Constitución (erradicación de la pobreza, reducción de las desigualdades sociales y regionales, derecho a la salud, protección al medio ambiente, protección integral al niño y al adolescente, entre otros), los delitos que deben ser penalizados con (mayor) rigor son exactamente aquellos que, de una manera u otra, obstaculizan/dificultan/impiden la concretización de los objetivos del Estado Social y Democrático. Entendemos ser posible, así, afirmar que los crímenes de defraudación de tributos, lavaje de dinero y corrupción (por citar solamente algunos) merecen por parte del legislador un tratamiento más severo que los crímenes implicados con las relaciones meramente individuales (desde que cometidos sin violencia o grave amenaza)”.
99. Es el caso de la disciplina legal generada por la ley 9.677/98 (Ley de los remedios) a la adulteración de los cosméticos. El delito es equiparado a la adulteración de medicamentos que, a su vez, prevé penas mínimas superiores a la del crimen de homicidio, para la falsificación, corrupción, adulteración o alteración de producto destinado a fines terapéuticos o medicinales (CP, art. 273 e § 1º, a). Sobre el tema, v. Miguel Reale Júnior, *A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*, *Revista dos Tribunais* 763415, 1999. Otro ejemplo es el de la Ley nº 9437/97, que en su art. 10 prevé la punición con penas asemejadas al porte de arma de fuego y de arma de juguete. Sobre la proporcionalidad en el ámbito del derecho penal, v. Ingo Sarlet, *Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, *Revista de Estudos Criminais* 1286, 2003.
100. Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mecanografiado, 2005, p. 15, considera de “dudosa constitucionalidad” la previsión legal de extinción de la penalización de crímenes

Una hipótesis específica de constitucionalización del derecho penal suscitó candente debate en la sociedad y en el Supremo Tribunal Federal. La legitimidad o no de la interrupción del embarazo en las hipótesis de feto anencefálico. En la acción ajuiciada se pidió la interpretación conforme la Constitución de los dispositivos del Código Penal que tipificaban el crimen de aborto, para declarar su no incidencia en aquella situación de inviabilidad fetal. La gran cuestión teórica en discusión era saber si, al declarar o no la incidencia del Código Penal a una determinada situación, debido a tal hecho generar un resultado inconstitucional, estaría el STF interpretando la Constitución –que es su papel– o generando una nueva hipótesis de no punición del aborto, invadiendo la competencia del legislador¹⁰¹.

No es el propósito de este estudio –cuya finalidad es establecer un análisis panorámico– recorrer caso a caso el impacto de la Constitución sobre los diferentes segmentos del derecho. La constitucionalización, como ya observado, se manifiesta de manera difusa por los diferentes dominios, aunque en grados variados. Las ideas generales presentadas son válidas, por tanto, para todas las ramas, incluyéndose al derecho laboral, al derecho comercial, al derecho ambiental, al derecho procesal y a varios otros.

E) Constitucionalización y judicialización de las relaciones sociales

La constitucionalización, en la línea de argumento aquí desarrollada, expresa la irradiación de los valores constitucionales por el sistema jurídico. Esa difusión de la Ley Mayor por el ordenamiento ocurre por la vía de la jurisdicción constitucional, que contiene la aplicación directa de la Constitución a determinadas cuestiones; la declaración de inconstitucionalidad de las normas con ella incompatibles; la interpretación conforme la Constitución, para atribución de sentido a las normas jurídicas en general. En el caso brasileño, debe enfatizarse, la jurisdicción constitucional es ejercida ampliamente: desde el juez estadual al Supremo Tribunal, todos interpretan la Constitución, con la posibilidad, incluso, de rehusar la aplicación de la ley o de otro acto normativo que consideren inconstitucional¹⁰².

Junto a ése ejercicio amplio de jurisdicción constitucional, hay otro fenómeno que debe destacarse. Bajo la Constitución de 1988, aumentó de manera significativa la demanda por justicia en la sociedad brasileña. En primer lugar, por la descubierta de la ciudadanía y por la toma de conciencia por parte de las personas acerca de los propios derechos. En seguida, por la circunstancia de haber el texto constitucional creado nuevos derechos, introducido nuevas acciones y ampliado la legitimación activa para la tutela de los intereses, mediante representación o sustitución procesal. En ese ambiente, jueces y tribunales pasaron a desempeñar un papel simbólico importante en el imaginario colectivo. Este hecho conduce a un último desarrollo de naturaleza política, que es analizado en el párrafo siguiente.

Una de las estimulantes novedades de Brasil en los últimos años fue la virtuosa ascenso del Poder Judicial. Con la devolución de las libertades democráticas y las garantías de la magistratura, jueces y tribunales dejaron de ser un órgano técnico especializado y empezaron a desempeñar un papel político, dividiendo espacio con los poderes Legislativo y Ejecutivo. Dicha circunstancia generó una modificación sustantiva en la relación de la sociedad con las instituciones judiciales, imponiendo reformas estructurales y suscitando cuestiones complejas acerca de la extensión de sus poderes.

Pues bien: en razón de ése conjunto de factores –constitucionalización, aumento de las demandas por justicia y ascenso institucional del Poder Judicial– se verificó en Brasil una expresiva judicialización de cuestiones políticas y sociales, que pasaron a tener en los tribunales su instancia decisoria final¹⁰³. Fíjese abajo, de

contra el orden tributario, en razón del pago del tributo antes y, incluso, después del recibimiento de la denuncia. La materia es disciplinada por el art. 34 de la ley n.º 9.249/95 y por el artículo 9º de la Ley n.º 10.684/2003.

101. STF, ADPF n.º 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, el STF decidió conocer la acción y apreciarle el mérito. Algunos de los argumentos presentador por la autora da acción, la Confederación Nacional de las Trabajadoras de la Salud fueron los siguientes: (i) atipicidad del hecho: por el derecho positivo brasileño, la vida se extingue; el feto anencefálico no llega siquiera a tener vida cerebral (principio de legalidad); (ii) exclusión de la potencial punición: el Código Penal determina la no punición en casos de riesgo de muerte para la madre y en caso de violación; en dichas situaciones, por involucrar feto con potencialidad de vida, son más drásticas que las de la anencefalia, que solamente no fue prevista expresamente debido a la inexistencia de recursos tecnológicos para el diagnóstico, cuando de la elaboración del Código Penal, en el año 1940 (interpretación evolutiva); (III) violación del principio de la dignidad de la persona humana, tanto en la versión de integridad física como psíquica, por la imposición de sufrimiento intenso e inútil a la mujer, obligándola a llevar al fin un embarazo inviable.

102. La Constitución de 1988 mantuvo el sistema ecléctico, híbrido o mixto, combinando el control por vía incidental y difuso (sistema estadounidense), que existía desde el inicio de la República, con el control por vía principal y concentrado, implementado con la EC n.º 16/95 (sistema continental europeo). V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

103. El tema es todavía poco explorado por la doctrina V., con todo, el trabajo-investigación elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999.

manera ilustrativa, algunos de los temas y casos que fueron objeto de pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal o de otros tribunales, en el periodo reciente:

(i) Políticas públicas: la constitucionalidad de los aspectos centrales de la reforma del sistema de jubilaciones y pensiones (contribución efectiva de los inactivos) y de la reforma del Poder Judicial (creación del Consejo Nacional de Justicia);

(ii) Relaciones entre los Poderes: determinación de los límites legítimos de actuación de las Comisiones Parlamentares de Investigación (como la quiebra de sigilo y la orden de prisión) y del papel del Ministerio Público en la investigación criminal;

(iii) Derechos fundamentales: legitimidad de la interrupción del embarazo en determinadas hipótesis de inviabilidad fetal;

(iv) Cuestiones conectadas al cotidiano de las personas: legalidad del cobro por los planes telefónicos, el incremento del valor de los boletos del transporte colectivo o la fijación del reajuste de la mensualidad de los planes de salud.

Los métodos de actuación y de argumentación de los órganos judiciales son, como ya es sabido, jurídico, pero la naturaleza de su función es innegablemente política, aspecto que es enfatizado por la ejemplificación descrita arriba. Sin embargo, aunque el Poder Judicial también desempeñe un poder político, tiene asimismo características diversas con relación a los demás Poderes. Es decir, sus miembros no son elegidos bajo un criterio electoral, tampoco por procesos mayoritarios. Y es bueno que sea así. La mayor parte de los países del mundo reserva una parcela del poder para que sea desempeñado por agentes públicos seleccionados, basándose en el mérito y en el conocimiento específico. Preservado, de manera ideal, de las pasiones políticas, el juez tiene la responsabilidad de decidir con imparcialidad, basándose en la Constitución y en las leyes. Pero el poder de los jueces y de los tribunales, como todo poder establecido en un Estado democrático, es representativo. Significa decir: es ejercido en nombre del pueblo y debe rendir cuentas directamente a la sociedad.

En este punto específico hay una cuestión que solamente en épocas más recientes empieza a despertar el interés de la doctrina en Brasil, que es el tema de la legitimidad democrática de la función judicial, sus posibilidades y límites. Respecto al control de constitucionalidad de las normas, ya existe alguna literatura producida recientemente¹⁰⁴. En cuanto al control de constitucionalidad de las políticas públicas, la temática sólo ahora empieza a ser estudiada¹⁰⁵. Es importante invertir las últimas energías en esa materia.

En sentido amplio, la jurisdicción constitucional involucra la interpretación y aplicación de la Constitución, siendo como una de sus principales expresiones el control de constitucionalidad de los actos normativos. En Brasil, esa posibilidad existe desde la primera Constitución republicana (control incidental o difuso), habiendo sido ampliada después de la enmienda constitucional n.º 16/65 (control principal o concentrado). La existencia de fundamento normativo expreso, añadido a otras circunstancias, aplazó el debate en el país sobre la legitimidad del desempeño de la corte constitucional en un rol generalmente denominado como *contra-mayoritario*¹⁰⁶: órganos y agentes públicos no elegidos por el pueblo tienen el poder de rechazar o conformar leyes elaboradas por los representantes escogidos a través de la voluntad popular.

A lo largo de los últimos dos siglos, se impusieron en la doctrina dos grandes líneas de justificación de ese papel de las supremas cortes/tribunales constitucionales. La primera, más tradicional, tiene raíces en la soberanía popular y en la separación de Poderes: la Constitución, expresión mayor de la voluntad del pueblo, debe prevalecer sobre las leyes, manifestaciones originadas de mayorías parlamentares. De esa manera,

E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002, e Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para un análisis crítico de esos dos trabajos. V. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, Sentidos da judicialização da política: Duas análises, *Lua Nova* 57:113, 2002.

104. En el derecho comparado, en el cual el tema es debatido desde fechase mucho, v., véanse, como ejemplos, Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (la publicación original sucedió entre los años 1787 y 1788), y, en especial, *O Federalista n.º 78*; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 1931; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985; John Rawls, *A theory of justice*, 1999; Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, 1989; Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, 1993; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejamos: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2005; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

105. V. Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005; y Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Enfoques iniciales de la cuestión pueden ser encontrados en Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

106. La expresión "dificultad contramayoritaria" (*the counter-majoritarian difficulty*) fue construida por Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1a. edição é de 1962.

en el desempeño de su función de aplicación del Derecho, debe el Poder Judicial afirmar dicha supremacía, rehusando la validez de una ley que se considere inconstitucional. La segunda, que involucra la realidad más compleja de la nueva interpretación jurídica, busca legitimar el desempeño del control de constitucionalidad en otro fundamento: la preservación de las condiciones esenciales para el funcionamiento del estado democrático. Al juez constitucional corresponde asegurar determinados valores sustantivos y la observancia de los procedimientos adecuados de participación y deliberación¹⁰⁷.

La cuestión del control de las políticas públicas involucra, de manera igual, la demarcación del límite adecuado entre la materia constitucional y la materia a ser sometida al proceso político mayoritario. Por un lado, la Constitución protege a los derechos fundamentales y determina la adopción de políticas públicas para realizarlos. Por otro, atribuye las decisiones sobre la inversión de recursos y las opciones políticas que se deben perseguir, en cada momento, por los poderes Legislativo y Ejecutivo. Para asegurar la supremacía de la Constitución, pero no la hegemonía judicial, la doctrina empieza a volver su atención para el desarrollo de parámetros objetivos de control de las políticas públicas¹⁰⁸.

El papel del Poder Judicial, de una manera general, y del Supremo Tribunal, en particular, en relación a la interpretación y efectivación de la Constitución, es el combustible de un debate permanente en la teoría/filosofía¹⁰⁹ constitucional contemporánea, en todo el mundo. De la misma forma que las nubes, el tema ha recorrido trayectorias variables, en función de vientos circunstanciales, y ha adquirido las formas más diversas: activismo *versus* contención judicial; interpretativismo *versus* no-interpretativismo, constitucionalismo popular *versus* supremacía judicial. La terminología inmediatamente utilizada termina por traicionar los orígenes del debate: la discusión existente acerca de la materia en los Estados Unidos, desde los primordios del constitucionalismo en aquél país. A continuación, una palabra sobre la experiencia estadounidense.

La actuación pro-activa de la Suprema Corte, al inicio de la experiencia constitucional americana, fue una bandera del pensamiento conservador. No hay novedad en eso: allí se encontró apoyo para la política de la segregación racial¹¹⁰ y para la invalidación de la legislación social en general¹¹¹, culminando en el conflicto entre el Presidente Roosevelt y la Corte¹¹². La situación cambió diametralmente a partir de la década de 50, cuando la suprema Corte, bajo las presidencias de Warren e Burger, empezó a producir jurisprudencia cua-

107. Sobre el tema, veáanse Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

108. V, en especial, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005. En dos trechos, sintetiza la autora, de manera feliz, los dos polos de la cuestión: en un Estado Democrático no se puede pretender que la Constitución invada el espacio de la política en una versión sustancialista radical y elitista, en que las decisiones políticas son transferidas desde el pueblo y sus representantes, a los reyes filósofos de la actualidad: los juristas y los operadores del derecho, de una manera general. Sin embargo, en otra parte: "Si la Constitución contiene normas en las cuales se estableció fines prioritarios, y si tales disposiciones son normas jurídicas de superioridad jerárquica y de centralidad en el sistema, no habría sentido concluir que la actividad de definición de políticas públicas – que van o no a realizar esos fines – debe ser totalmente ajena al control jurídico. En suma: no se trataba de absorción del político por el jurídico, sino solamente de la limitación del primero por el segundo" (énfasis del original)

109. Los conceptos de teoría y filosofía constitucional no se confunden, pero vienen acercándose, como observó Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 87 e ss.: "Tradicionalmente, la teoría de la constitución se destinaba a la identificación, análisis y descripción sobre qué 'es' una constitución. Hoy, con todo, enfoca también el ámbito de las indagaciones que versan sobre qué la constitución 'debe ser', i. e., incorpora dimensiones racional-normativas, las cuales se sitúan en el espacio de lo que se ha denominado "filosofía constitucional".

110. En *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], juzgado en 1857, la Suprema Corte consideró inconstitucionales tanto las leyes estatales como las federales que pretendiesen conferir ciudadanía a los negros, que eran vistos como seres inferiores y no tenían la protección constitucional. En la más condenada decisión del constitucionalismo estadounidense, la Suprema Corte se alineó a la defensa de la esclavitud. Muchos años pasaron hasta que el tribunal pudiera recuperar su autoridad moral y política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

111. A partir de fines del siglo XIX, la Suprema Corte se hizo intérprete del pensamiento liberal, fundado en la idea de *laissez faire*, por la cual el desarrollo es mejor fomentado con la menor interferencia posible por parte del Poder Público. La decisión que de manera más clara simbolizó ese período fue proferida en el año 1905 en el caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), en la cual, en nombre de la libertad de contrato, se consideró inconstitucional una ley de Nueva York que limitaba la jornada de trabajo de los panaderos. Bajo el mismo fundamento, la Suprema Corte invalidó innumerables otras leyes. Ese período quedó conocido como la era *Lochner*.

112. Elegido el año 1932, después de la crisis de 1929, Franklin Roosevelt deflagró el *New Deal*, programa económico y social caracterizado por la intervención del Estado en el dominio económico y por la edición de amplia legislación social. En base a la doctrina desarrollada en la era *Lochner*, la Suprema Corte empezó a declarar inconstitucionales dichas leyes, generando un conflicto con el Poder Ejecutivo. Roosevelt llegó a enviar un proyecto de ley para el Congreso, ampliando la composición de la Corte – *Court-packing plan* –, que no logró ser aprobado. La Suprema Corte, sin embargo, terminó por cambiar su orientación y abdicó del examen de mérito de las normas de carácter económico y social, teniendo como marco la decisión proferida en *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379) del año 1937.

lificada como progresista en materia de derechos fundamentales¹¹³, incluyendo negros, presos y mujeres, así como las cuestiones involucradas con la privacidad y el aborto¹¹⁴.

En los años siguientes, el debate central en la teoría constitucional norteamericana contrapuso, de un lado, los liberales (o progresistas), favorables al *judicial review* y a alguno grado de activismo judicial, y, de otro lado, los conservadores favorables a la contención judicial y a teorías como el originalismo y el no-interpretativismo¹¹⁵. Desde hace algún tiempo, en virtud del amplio dominio republicano y conservador, con reflejos en la jurisprudencia de la Suprema Corte, algunos juristas liberales empiezan a cuestionar lo que se denomina “supremacía judicial” y defendiendo un todavía impreciso constitucionalismo popular, con el acto de “sacar la Constitución de los tribunales”¹¹⁶.

El debate, en su esencia, es universal y se ubica cerca de las tensiones y superposiciones entre constitucionalismo y democracia. Es importante señalar, sin embargo, que la idea de democracia no se resume al principio mayoritario, o sea, al gobierno de la mayoría. Hay otros principios que deben ser preservados y hay derechos de la minoría que deben ser respetados. Ciudadano es un concepto diferente del concepto de elector; gobierno del pueblo no es lo mismo que gobierno del electorado¹¹⁷. En general, el proceso político mayoritario se mueve motivado por intereses; en cambio, la lógica democrática se inspira en valores. Y, muchas veces, sólo el Poder Judicial podrá preservarlos¹¹⁸. El déficit democrático del poder Judicial, generado por la dificultad contra-mayoritaria, no es necesariamente mayor que el del Poder Legislativo, cuya composición puede estar afectada por disfunciones diversas, entre las cuales la utilización de la máquina administrativa, el abuso del poder económico, la manipulación de los medios de comunicación¹¹⁹.

El papel del Poder Judicial y, en especial, de las cortes constitucionales debe ser el de resguardar el proceso democrático y promover los valores constitucionales y tribunales supremos, superando el déficit de legitimidad de los demás Poderes, cuando sea el caso. Pero, por otro lado, sin descalificar su propia actuación, lo que sucederá en el caso de que el Poder Judicial actúe de manera abusiva, no realizando los princi-

113. Véase el registro de ese cambio en Larry D. Kramer, Popular constitutionalism, circa 2004, *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of counter-majoritarianism”.
114. Earl Warren presidió la Suprema Corte de 1953 hasta 1969; Warren Burger de 1969 hasta 1986. Algunas decisiones paradigmáticas de esos períodos fueron: *Brown vs. Board of Education* (1954), que consideró inconstitucional la política de segregación racial en las escuelas públicas, *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidó una ley estadual que incriminaba el uso de la píldora contraceptiva reconociendo un derecho implícito a la privacidad; y *Roe vs. Wade* (1973), que consideró inconstitucional ley estadual que criminalizaba el aborto, aun antes del tercer mes de embarazo. En el dominio del proceso penal, fueron proferidas las decisiones contundentes ya mencionadas (*V. supra*) en casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) y *Miranda vs. Arizona* (1966)
115. La crítica de índole conservadora, estimulada por el largo período de gobiernos republicanos, vino embalsada por una corriente doctrinaria denominada originalismo, defensora de la idea poco consistente de que la interpretación constitucional debería ceñirse a la intención original de los creadores de la Constitución. Sobre el tema, v. Robert Bork, *The temptation of América*, 1990, e William Rehnquist, The notion of a living Constitution, *Texas Law Review* 54:693, 1976. En sentido opuesto, v. Morton J. Horowitz, Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism, *Harvard Law Review* 107:30, 1993, e Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 302 e s. Para un análisis amplio de esa temática en lengua portuguesa, V. Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005
116. Véanse algunos textos escritos en los últimos años. En favor del “popular constitutionalism”, v.: Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The dignity of legislation*, 1999; Richard D. Parker, “Here the people rule”: *A popular constitutionalist manifest*, 1994. En defensa do “judicial review”, v.: Christopher L. Eisgruber’s, *Constitutional self-government*, 2001; Erwin Chemerinsky, In defense of judicial review: A reply to professor Kramer, *California Law Review* 92:1013, 2004; Frederick Schauer, Judicial supremacy and the modest Constitution, *California Law Review* 92: 1045.
117. Christopher L. Eisgruber, Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31.
118. La jurisdicción constitucional se legitimó, históricamente, por el inestimable servicio prestado a dos ideas centrales que se fusionaron para crear el moderno Estado democrático de derecho: Constitucionalismo (i. e., poder limitado y respeto de los derechos fundamentales) y democracia (soberanía popular y gobierno de la mayoría). El papel de la corte constitucional es asegurar que todos esos elementos convivan en armonía, siendo su función, además, la atribución delicada de detener la mayoría cuando ella pase por encima del procedimiento democrático o vulnere los derechos fundamentales. Un buen ejemplo fue la decisión del STF reconociendo el derecho público subjetivo, asegurado a las minorías legislativas, de ver instaurada Comisión Parlamentar de Investigación (CPI de los bingos). Ante la inercia de los líderes partidarios de indicar los nombres de los representantes de sus agremiaciones, la Corte concedió mandado de seguridad para que el mismo Presidente del Senado designase los nombres faltantes. V. *Inf. STF 393*, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.
119. V. Vital Moreira, O futuro da Constituição. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: En la fórmula constitucional primordial, “todo poder reside en el pueblo”. Pero la verdad es que, en la formulación de Sternberger, “no todo el poder viene del pueblo”. Hay el poder económico, el poder mediático, el poder de las corporaciones sectoriales. Y, por veces, esos poderes se sobreponen al poder del pueblo”.

pios constitucionales y, en su lugar, ejerciendo preferencias políticas¹²⁰. Además, en los países de tradición democrática menos enraizadas, es deber del tribunal constitucional funcionar como garante de la estabilidad institucional, mediando los conflictos entre los tres Poderes o entre éstos y la sociedad civil. Son sus dos grandes roles: resguardar los valores fundamentales y los procedimientos democráticos, así como asegurar la estabilidad institucional.

En Brasil, sólo en tiempos más recientes se empezó a estudiar el equilibrio entre la supremacía de la Constitución, interpretación constitucional por parte del Poder Judicial y proceso político mayoritario. El texto prolijo de la Constitución, la falta de funcionalidad del Poder Judicial y la crisis de legitimidad que involucra el Ejecutivo y el Legislativo hacen de la tarea un tanto cuanto compleja. Los diversos otros ingredientes de la vivencia brasileña espantan los riesgos del tedio o del marasmo, aunque provoquen sustos paralizantes. La difícil tarea de construir las instituciones de un país que se atrasó en la historia exige energía, idealismo e inmunización contra la amargura. Un hecho es irrefutable: nadie se escapa de su propio tiempo.

IV. CONCLUSIÓN

El nuevo derecho constitucional o neoconstitucionalismo se desarrolló en Europa, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, en Brasil, en el período posterior a la Constitución de 1988. El ambiente filosófico en que se generó fue el del post-positivismo, teniendo como principales cambios de paradigma, en el plano teórico, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y la elaboración de diferentes categorías de interpretación constitucional.

Fruto de dicho proceso, la constitucionalización del Derecho genera la irradiación de los valores contenidos en los principios y reglas presentes en la Constitución por todo el ordenamiento jurídico, sobre todo por la vía de la jurisdicción constitucional, en sus diferentes niveles. También es a partir de ella que se hace posible la aplicación directa de la constitución a diversas situaciones, la inconstitucionalidad de las normas incompatibles con la Carta Constitucional y, principalmente, la interpretación de las normas infraconstitucionales conforme a la Constitución, circunstancia que irá conformar su sentido y alcance. La constitucionalización, el crecimiento de la demanda por justicia por parte de la sociedad brasileña y el ascenso institucional del Poder Judicial han generado, en Brasil, una intensa judicialización de las relaciones políticas y sociales.

Tal hecho maximiza la importancia del debate, en la teoría constitucional, acerca del equilibrio que debe haber entre la supremacía constitucional, interpretación judicial de la Constitución y proceso político mayoritario. Las circunstancias brasileñas, en el marco actual, refuerzan el papel desempeñado por el Supremo Tribunal Federal, incluso en razón de la crisis de legitimidad que enfrentan el Legislativo y el Ejecutivo, no solamente en razón de un fenómeno coyuntural, sino por una disfunción institucional crónica.

120. Luís Roberto Barroso, *Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário*. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, p. 314-5: "Como ya referido, la Constitución, sin embargo, no ocupa ni puede pretender ocupar todos los espacios jurídicos dentro del Estado, so pena de asfixiar el ejercicio democrático de los pueblos en cada momento histórico. Respetadas las reglas constitucionales y dentro del espacio de sentido posible de los principios constitucionales, el poder Legislativo está libre para hacer las escojas que le parezcan mejores y más consonantes a los anhelos de la población que lo eligió.

La disputa política entre las diferentes visiones alternativas y plausibles acerca de cómo desarrollar de manera concreta un principio constitucional es propia del pluralismo democrático. La absorción institucional de los conflictos por las diversas instancias de mediación, con la consecuente superación de la fuerza bruta, da el toque de civilidad al modelo. Pero no es posible pretender derrotar la voluntad mayoritaria, en espacio en el cual ella debe prevalecer, por la vía oblicua de una interpretación jurídica sin lastro constitucional. Al actuar de esa forma, el intérprete estaría usurpando tanto el papel del constituyente como del legislador.

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

JUAN IGNACIO FRASCHINI

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS RENTAS DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN. III. GRAVABILIDAD DE LAS RENTAS DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR NO RESIDENTES EN EL NUEVO SISTEMA. IV. EL EP DE SERVICIOS COMO CONTRIBUYENTE DEL IRAE. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 18.083, se modifica sustancialmente la tributación de las prestaciones de servicios realizadas por no residentes, derogándose el IRIC instantáneo sobre las remuneraciones por servicios técnicos prestados a contribuyentes del IRIC y apareciendo en su lugar el Impuesto a la Renta de los No Residentes (IRNR), tributo que grava los servicios prestados tanto en Uruguay como desde el exterior (en el caso de los servicios técnicos) sin prever mecanismo alguno para evitar la doble imposición. Asimismo, si los servicios son prestados en Uruguay, cobra relevancia la figura del Establecimiento Permanente (EP), fundamentalmente por la incorporación a nuestro sistema de lo que llamaremos el “Establecimiento Permanente de Servicios” (EPS).

A diferencia de lo que ocurre en el marco de un Convenio para Evitar la Doble Imposición (CDI), donde el EP es un factor de atribución de Potestad Tributaria de las ganancias empresariales, el EP cumple también un rol determinante a nivel interno, provocando la *tax liability* del no residente en un país. En Uruguay, por su parte, determina una tributación por el Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas (IRAE) y no por el IRNR. Parece claro entonces que, a los efectos de lograr la imprescindible certeza jurídica que un inversor requiere, resulta necesario definir con la mayor precisión posible qué casos configuran un EP y cuales no.

Uno de estos casos es el nuevo EPS. Copiado casi textualmente del Modelo ONU de CDI de las Naciones Unidas, esta modalidad de EP tuvo la finalidad de posibilitar la tributación en la fuente¹ de ciertas actividades que, por no realizarse a través de un lugar fijo de negocios, quedaban fuera del concepto clásico de EP, evitando discusiones acerca de la gravabilidad de la prestación de servicios como renta empresarial, renta del trabajo fuera de la relación de dependencia o regalía.

El objetivo de este trabajo es describir la problemática y las diversas soluciones que se han dado a nivel de los CDI, desarrollar las diversas modalidades de tributación en Uruguay que, de acuerdo al nuevo sistema, la prestación de servicios internacionales puede originar y, fundamentalmente, analizar el “Establecimiento Permanente de Servicios”.

1. Entendida como el lugar donde el servicio es prestado y no donde es utilizado o desde donde se hace el pago. Ver Resoluciones de las VII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de Caracas del año 1975 en Revista Tributaria II, Nro. 8, p.306.

II. LAS RENTAS DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN.

A) En el modelo OECD

1. Postura tradicional

Basados en el modelo de tratado que la OECD elaboró por primera vez en el año 1963 y que, en esencia, se ha mantenido hasta la fecha², la gran mayoría de los CDI no contienen definición alguna sobre la tributación de la prestación de servicios, especialmente respecto a la asistencia técnica y a los servicios de consultoría³. En consecuencia, la posibilidad de gravar la contraprestación por el servicio en el Estado de la fuente, ha sido fundada considerando dicha “renta” como:

- *Ganancia de una empresa.*

En este caso, los ingresos obtenidos por la prestadora del servicio, solamente son gravables en la fuente, en tanto sean la remuneración de actividades desarrolladas a través de un lugar fijo de negocios (EP – Art. 7). Esta postura tiene como fundamento que una empresa no puede ser considerada partícipe de la vida económica de un Estado y, por tanto, sujeta a imposición en él, hasta tanto no tenga a su disposición un EP en el situado.^{4 5}

El EP aparece entonces como un pequeño logro del Principio de la Territorialidad, ya que se autoriza al Estado de la fuente a gravar las rentas que provengan de actividades que, dentro de su territorio, se ejerzan con cierta intensidad, a través de instalaciones que las doten de estabilidad y permanencia. Pero al mismo tiempo, es una limitación a dicho Estado, ya que aquellas ganancias que no puedan ser atribuidas al EP o que provengan de actividades accidentales, sin un sustrato fijo, no deberían ser por él gravadas.

Al condicionar la gravabilidad de la prestación de servicios a la existencia de un EP, podrían surgir problemas respecto a la determinación de los ingresos a ser gravados y a la recaudación del tributo. Además, como el concepto mismo de EP requiere de cierta duración (existe consenso en un mínimo de 6 meses), podría darse el caso que una prestación de servicios planificada por un plazo menor, por consecuencias inesperadas se extienda más allá de lo previsto, configurando de este modo EP con carácter retroactivo y obligando tanto a la empresa prestataria como a la receptora, a efectuar reliquidaciones y complejos trámites administrativos.⁶

- *Servicios personales independientes.*

Los CDI basados en modelos de la OECD anteriores al año 2000, contienen en su art. 14 una disposición relativa a la tributación de los “servicios personales independientes”, estableciendo que dichos ingresos solamente pueden ser gravados en la fuente, en la medida que puedan ser atribuidos a una “base fija” que el prestador tenga a disposición para cumplir sus actividades. Este artículo engloba a una gran cantidad de servicios, tradicionalmente vinculados a las profesiones liberales: científicos, literarios, artísticos, educacionales, médicos, legales, contables, etc.

2. A pesar de las nuevas “versiones” del modelo aparecidas en 1977, 1992 y 2003 y de las modificaciones introducidas además en 1994, 1995 y 2000, el “espíritu”, la numeración del articulado y las principales disposiciones contenidas en el primer modelo no han sufrido grandes cambios.

3. Hay lógicamente excepciones y algunas de ellas se mencionarán *infra cap. II*, num 3.

4. Ver Comentarios de la OECD al Art. 7 inc.1 en VAN RAAD, Kees: *Materials on Internacional & EC Tax Law*, 4ta. Edición, Internacional Tax Center Leiden, La Haya 2004, p.130.

5. Con este criterio y con la propia definición de EP, en tanto no requiere que “el lugar fijo de negocios” tenga de por sí carácter productivo o sea rentable, la OECD parecería acoger la *teoría de la pertenencia económica* de EHRENZWEIG o MICHEL, para quienes lo único relevante es que las instalaciones que definen al EP integren la economía de un país. De este modo, hay un aparente apartamiento de la *teoría de la realización* de CARROL, según la cual solo serían EP aquellas instalaciones que tuvieran carácter productivo. Aparente porque en el “catálogo negativo” (como lo define KLUGE, Volver: *Das internationale Steuerrecht*, CH Beck 2000, p.771) del Art. 5 inc. 4 se excluyen del concepto de EP, lugares y actividades que difícilmente puedan ser catalogadas como “productivas” (depósitos, instalaciones auxiliares o actividades preparatorias). Ver también XAVIER, Alberto: *Derecho tributario internacional*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2005, P.331ss.

6. Esto ocurre frecuentemente con el “EP de construcción”, donde se presume absolutamente que existe EP siempre y cuando el proyecto se extienda más allá de 12 meses (modelo OECD) o de 6 meses (modelo ONU).

El problema con esta norma es que su alcance, en la práctica, se ve acotado a los servicios prestados por personas físicas⁷. Además, no existe una verdadera diferencia entre la definición de “base fija” y la de “lugar fijo de negocios” del EP y no es fácil determinar qué actividades quedan comprendidas en el Art. 14 (rentas derivadas predominantemente del factor productivo trabajo) y cuales se desarrollan en forma empresarial (Art.7). Esto determinó que la OECD en el año 2000 eliminara el art. 14 del modelo.⁸

- *Regalías.*

Una tercera posibilidad es otorgar a la prestación de servicios, especialmente los denominados “técnicos”, el mismo tratamiento que a las regalías. Esto posibilita una tributación en la fuente en aquellos CDI que, como el de Uruguay con Alemania y Hungría, se apartan del modelo y admiten que los pagos por regalías sean gravados en el país desde el cual proceden. De seguirse estrictamente el modelo OECD, las regalías procedentes de un Estado y cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado, solamente pueden ser gravadas en el país de la residencia, salvo que el beneficiario efectivo de las regalías realice negocios en el EF a través de un EP y el derecho o la propiedad respecto al cual se paga está efectivamente conectada a dicho EP.

A pesar de ello, los comentarios al modelo se encargan de excluir del ámbito de aplicación de este artículo a la prestación de servicios⁹, distinguiendo al *know-how* (comprendido dentro del término *royalty*, en tanto “información concerniente a experiencias industriales, comerciales o científicas”), de la *pura asistencia técnica*¹⁰, los *servicios post-venta* y las *opiniones dadas por un ingeniero, un abogado o un contador*, entre otros.¹¹

- *Otros ingresos.*

WARD sugiere que los pagos por asistencia técnica que no pueden ser catalogados como regalías o como ganancias de empresas, deberían ser tratados como “otros ingresos” (Art. 21) y, de este modo, tributables únicamente por el Estado de la residencia, siempre que los mismos no hayan sido obtenidos a través de un EP.¹²

- *Conclusión.*

En aquellos CDI que siguen estrictamente al modelo OECD, la discusión sobre la naturaleza de los ingresos derivados de la prestación de servicios solo tiene relevancia en un plano meramente teórico, ya que en la realidad, la opción entre considerarlos “ganancias de empresas”, “servicios personales independientes”, “regalías” u “otros ingresos”, tiene exactamente el mismo efecto: en todos los casos solamente tendrá Potestad Tributaria el Estado de la fuente, si quien presta el servicio lo hace a través de un EP.

2) Nuevas tendencias

Sin perjuicio de la situación descripta, la OECD ha tomado conciencia que muchos de sus Estados son reuentes a aplicar con exclusividad el Principio del EP, considerando que un Estado tiene Potestad Tributaria sobre toda prestación de servicios verificada en su territorio, haya sido realizada a través de un EP o no, porque hoy en día un no residente puede prestar servicios y desarrollar actividades empresariales a un nivel sustancial, sin requerir para ello de un lugar fijo de negocios.

7. Si bien el texto del artículo habla de “residente” y no especifica su naturaleza de persona física o entidad y la propia OECD entiende que también podría resultar aplicable a estas últimas, del contexto del modelo y de la práctica de los Estados al respecto, puede concluirse que solo se aplica a personas físicas en el ejercicio independiente de su profesión. Además, si este no fuera el caso, no tendría sentido la observación efectuada por México en el año 1995 a esta disposición, entendiéndola aplicable también a compañías prestadoras de servicios profesionales. El modelo de convenio USA del año 1996 despeja toda duda al respecto, ya que comienza el artículo 14 diciendo: *Income derived by an individual who is a resident of a contracting state (...)*. Lo mismo acontece con el Tratado entre Uruguay y Alemania, cuyo Art. 14 dice: *Las rentas que una persona natural domiciliada (...)*.
8. Ver el fundamento de la exclusión del art. 14 en VAN RAAD, ob.cit., p.228.
9. Entre los países miembros de la OECD, España y Portugal se reservaron el derecho de gravar a través del art. 12 a la asistencia técnica conectada con regalías propiamente dichas. Asimismo, entre los países no miembros, Argentina, Filipinas, Tailandia, Brasil, Marruecos y Túnez, luego de reservarse el derecho de gravar las regalías en la fuente, también se reservaron el derecho de incluir a la asistencia técnica dentro de la definición de regalía. Ver VAN RAAD, ob.cit., p.213-215.
10. GNAZZO entiende que el concepto “asistencia técnica” engloba tanto regalías (rentas por el uso o concesión del uso de bienes intangibles y, como tales, de capital) y servicios personales (rentas derivadas predominantemente del trabajo), para lo cual resulta indiferente que los mismos sean prestados en forma individual o a través de una entidad. Siguiendo a VALDÉS COSTA y a los comentarios de la OECD, afirma que el uso de un bien incorporal y el asesoramiento suelen ser concomitantes, por lo que en estos casos hay que descomponer el contrato en dos (regalía por un lado y servicios por otro) o, de no ser ello posible, darle al todo el tratamiento correspondiente a la parte principal. Ver GNAZZO, Edison: *Tributación de la Asistencia Técnica*, Revista Tributaria XVI, Nro.92, p.375-376.
11. Ver num. 11.4 de los comentarios al Art. 12 en VAN RAAD, ob.cit., p.203.
12. WARD, D. y AVERY JONES, J.F.: *The Other Income Article of Income Tax Treaties*, British Tax Review, 1994, p.367.

Como consecuencia de lo anterior, el Working Party No. 1 de la Comisión Fiscal de la OECD, que tiene dentro de sus cometidos la actualización del modelo y de sus comentarios, propuso en el mes de diciembre de 2006 una serie de nuevos párrafos a los comentarios al art. 5, que contienen un proyecto de nueva disposición que las partes podrán incluir o no al negociar cada tratado¹³. Dicha propuesta, parte de la premisa de que la tributación de los servicios en la fuente aún es posible cuando no puedan ser atribuidos a un lugar fijo de negocios, siempre y cuando exista presencia física del prestador del servicio en el Estado de la fuente. Además, la Potestad Tributaria debe estar acotada a las actividades efectivamente desarrolladas en el territorio y la base imponible no puede ser el ingreso bruto sino la renta neta.¹⁴ En consecuencia, proponen como ejemplo el siguiente agregado al art. 5:

«Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2 and 3, where an enterprise of a Contracting State performs services in the other Contracting State

a) through an individual who is present in that other State during a period or periods exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period, and more than 50 percent of the gross revenues attributable to active business activities of the enterprise during this period or periods are derived from the services performed in that other State through that individual, or

b) during a period or periods exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period, and these services are performed for the same project or for connected projects through one or more individuals who are performing such services in that other State or are present in that other State for the purpose of performing such services, the activities carried on in that other State in performing these services shall be deemed to be carried on through a permanent establishment that the enterprise has in that other State, unless these services are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if performed through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph.”

Como se puede apreciar, dado que este nuevo EP de servicios puede configurarse sin que exista el “lugar fijo de negocios” del inc.1º del art. 5 ni, lógicamente, los ejemplos del inc. 2º (oficina, taller, sedes de dirección, minas, etc.) o inc. 3º (EP de construcción), se trata de una ampliación del concepto clásico. De este modo, el ejemplo contenido en los Comentarios del consultor que presta servicios de capacitación en diversas sucursales de una misma empresa y que, a pesar de existir coherencia comercial, no configura el clásico EP por ausencia del requisito geográfico¹⁵, sí podría ser un EP en esta definición alternativa.

De acuerdo entonces al grupo de trabajo No. 1, el propósito de esta disposición, que solo resulta aplicable a servicios efectivamente prestados en el territorio de un Estado por una empresa extranjera a una tercera parte residente en dicho Estado¹⁶, es posibilitar la tributación en la fuente de empresas no residentes que estén en un país por un período de tiempo lo suficientemente largo (183 días), sin importar el hecho de que la presencia en un punto geográfico determinado de dicho país, sea lo suficientemente larga como para hacer de dicho punto un lugar fijo de negocios.¹⁷ Estaríamos en presencia de una nueva clase de EP temporal (como el ya existente de construcción), donde lo relevante es la permanencia en un Estado durante cierto período¹⁸, a diferencia del tradicional EP físico y del EP agente.

Lamentablemente, los nuevos Comentarios propuestos no contienen una definición del término “servicios”, lo cual ocasionará problemas interpretativos y cada Estado terminará recurriendo a su derecho interno¹⁹. Además, la disposición proyectada es, como veremos, similar a la definición de EPS contenido en el modelo ONU y recoge con cierto retraso las resoluciones del Congreso de la IFA de Montreal de 1982, donde se recomendó que los convenios limiten la tributación de la prestación de servicios en la fuente a que exista un EP, a que la persona que presta los servicios permanezca durante un tiempo mínimo o a que la remuneración derivada de esos servicios exceda un monto mínimo.

A pesar de su escasa originalidad, esta propuesta es un reconocimiento de la vigencia del Principio de la Territorialidad y debe ser bienvenida.²⁰

13. OECD, Working Party No. 1, *The tax treatment of services: proposed commentary changes*, Public discussion draft, 8 December 2006, <http://www.oecd.org/dataoecd/2/20/37811491.pdf>.

14. Idem, num.42.21 ss.

15. Ver Comentario al Art. 5, num 5.4. en VAN RAAD, ob.cit., p.102.

16. OECD, Working Party No. 1, *The tax treatment of services: proposed commentary changes*, num.42.29, 42.30 y 42.31.

17. Idem, num.42.28.

18. Y eventualmente la importancia de los ingresos así obtenidos en relación a las actividades globales de la empresa, si es que se opta por el criterio a).

19. En base a la “cláusula lex-foi” del art. 3 num. 2 de los tratados, la cual prescribe que cualquier expresión no definida en un CDI tendrá el significado que se le atribuye en la legislación interna relativa a los impuestos objeto del tratado, salvo que del contexto del CDI surja una interpretación diferente.

20. Según Stefan BENDLINGER muchos Estados ya han incorporado con agrado esta propuesta a sus negociaciones en trámite, porque no hace depender la tributación de claras rentas empresariales a los requisitos de un EP. Ver *Die Dienstleistungsbetriebstätte im DBA-Recht* en Steuer und Wirtschaft International (SWI), Heft 4/2007, Linde Verlag Wien.

B) En el modelo ONU

En 1980 la ONU publicó su Modelo de CDI entre Países Desarrollados y Países en vías de Desarrollo, el cual fue precedido por un Manual para la Negociación de Tratados Fiscales Bilaterales (1979), que contiene ciertos apartamientos del modelo OECD en beneficio de los países importadores de capital.²¹

Respecto al tema de este trabajo, el Grupo de Expertos de la ONU prestó particular importancia al problema de la erosión de la base imponible que provoca la deducción de los servicios de consultoría y reconoció que muchos servicios no eran pagados para hacer posible procesos de producción, sino simplemente para transferir ganancias a los países exportadores de capital.²² En la discusión generada, se mencionó que, en algunos casos, las patentes y los procesos industriales solo eran licenciados a los países en desarrollo luego de haber sido completamente explotados en otro lugar, incluso luego de llegar a la obsolescencia.²³

Asimismo, se reconoció la dificultad de distinguir entre los royalties como ingresos del capital y los pagos recibidos por servicios en base a la definición de regalías contenida en el inciso 3º del art. 12. Dada la amplia definición de “información relativa a experiencias industriales, comerciales o científicas”, algunos países tienden a encuadrar en ella la provisión de trabajo intelectual y servicios técnicos.²⁴ Esto hace que la prestación de servicios esté sujeta a retención en la fuente, ya que el art. 12, a diferencia del modelo OECD, permite que las regalías sean gravadas en la fuente sin que exista EP, limitando únicamente el monto de la retención.

Además, se consideró que los pagos recibidos por estudios e investigación de naturaleza técnica o científica, o por consultoría o servicios de management, involucran generalmente grandes sumas de dinero y deberían ser tratados como renta empresarial, gravable en ciertas circunstancias por los países en vías de desarrollo.²⁵ Estas circunstancias que, tradicionalmente, implicarían la configuración de un EP, fueron limitadas al cumplimiento de un requisito personal y otro temporal: la prestación de los servicios debe ser realizada por empleados de la empresa o por personas contratadas para ello y debe durar al menos 6 meses.

Estas limitaciones fueron igualmente criticadas porque, como resultado del avance tecnológico, las actividades podrían tener una corta duración y resultar igual sumamente rentables para la empresa prestadora. Además, el período durante el cual el personal de la empresa no residente permaneciera en el territorio del Estado de la fuente era irrelevante respecto al derecho de dicho Estado de gravar el correspondiente ingreso. Sin perjuicio de ello, al ser el objetivo de un tratado la promoción del comercio internacional y el desarrollo, la idea detrás de estos límites es que una empresa se vea alentada a iniciar operaciones auxiliares o preparatorias, sin quedar inmediatamente sujeta a imposición, facilitando un compromiso a más largo plazo.²⁶

Luego de dichas deliberaciones, la disposición que significa un nuevo literal b) al párrafo 3 del Art. 5 quedó redactada del siguiente modo:

The furnishing of services, including consultancy services, by an enterprise through employees or other personnel engaged by the enterprise for such purpose, but only if activities of that nature continue (for the same or a connected project) within a Contracting State for a period or periods aggregating more than six months within any twelve-month period.

Finalmente, respecto a la prestación de servicios profesionales fuera de la relación de dependencia, el modelo ONU extiende la Potestad Tributaria del Estado de la fuente para aquellos casos donde no exista la “base fija” del modelo OECD, pero el prestador haya permanecido más de 183 días dentro de un período de 12 meses en dicho país.

C) La práctica de los Estados

De acuerdo a un estudio del IBFD, aproximadamente el 25% de los tratados celebrados entre 1980 y 1997 contienen una provisión específica, similar a la propuesta en el modelo ONU, respecto a la prestación de servicios.²⁷ En 2004, KOSTERS detectó 220 tratados que contienen dicha disposición y, excepto por dos de ellos, todos fueron celebrados entre países en vías de desarrollo.²⁸ A modo de ejemplo, ella se encuentra

21. Tanto el modelo de convenio como el manual fueron actualizados en el año 2001.

22. MANSURY, R.: *Tax treaties from the Perspective of a non-OECD Country en Taxation and Investment Flows*, OECD, Paris, 1994, p.150

23. Ver *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developer and Developing Countries*, ONU, New York, 1979, p.75.

24. Ver *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developer and Developing Countries*, ONU, New York, 2001, p.104.

25. Idem, p. 72 y 105.

26. Idem, p.72-73.

27. WIJNEN, W.F.G. y MAGENTA, M., *The UN Model in Practice*, IBFD, 1997, p.576.

28. KOSTERS, Bart: *The United Nations Tax Convention and it's Recent Developments*, Asia-Pacific Tax Bulletin, January /February 2004, IBFD, p.8.

presente en los tratados celebrados entre Argentina-Reino Unido, España-Argentina, Argentina-Canadá²⁹, Alemania-China, Canadá-Indonesia, Canadá-Chile, USA-China, Australia-China, Australia-Tailandia, Austria-Arabia Saudita, etc. Asimismo, China ha adoptado este EP de servicios en su legislación interna³⁰, iniciativa que ha sido seguida por nuestro país en la Ley 18.083.

Otra opción de gravar la prestación de servicios en la fuente, especialmente respecto a aquellos servicios considerados “técnicos” y en función de lo dispuesto en el modelo ONU, ha sido su inclusión dentro de la definición de *regalías* del inciso 3° del art. 12. Como ya vimos, hubo ciertos países que se reservaron el derecho de gravar las regalías en la fuente y, asimismo, de considerar incluidas en tal concepto a los servicios de asistencia técnica. Esto se ha visto reflejado en una serie de tratados, como los celebrados por Argentina con España y Canadá³¹, Reino Unido, Holanda y Noruega. Sin embargo, dichos CDI no contienen una definición expresa de asistencia técnica, lo cual puede provocar problemas de calificación si los Estados parte recurren a la cláusula “*lex-foi*”.

Otros tratados, fieles al Principio de la Territorialidad e inspirados en el Art. 14 del Modelo del Grupo del Pacto Andino, confieren expresamente Potestad Tributaria al Estado donde los servicios son prestados. Tal es el caso del convenio Chile-Argentina respecto a “las rentas obtenidas por empresas de servicios profesionales y asistencia técnica de cualquier naturaleza”.

Por su parte, en los tratados de Uruguay con Alemania y Hungría el propio acápite del Art. 12 lleva por nombre “Regalías y remuneraciones de servicios técnicos”, los cuales se definen como: *las cantidades de cualquier clase pagadas a personas que no sean empleadas del deudor de los pagos, por servicios prestados en los ámbitos de la gestión, técnica, administración o asesoramiento*. En lo que a Uruguay respecta, corresponde pues distinguir, como dice ROSETTO, entre los conocimientos al alcance de cualquier profesional (comprendidos en la definición de los servicios profesionales independientes del art. 14 o prestados en forma empresarial por una entidad –art.7), de aquellos que implican un conocimiento altamente especializado, fuera del alcance de la generalidad de quienes desarrollan la profesión (servicios técnicos propiamente dichos, art. 12).

Por último, los tratados entre países desarrollados suelen seguir fielmente el modelo OECD o, tratándose de Estados Unidos, su propio modelo del año 1996, gravando las prestaciones de servicios siempre que sean obtenidas a través de un EP (Art.7) o una base fija (Art. 14). Una excepción quizá lo constituya el viejo tratado entre Estados Unidos y Reino Unido del año 1975, el cual en su art. 12 numeral 3° lit b) incluye como regalía al suministro de asistencia de naturaleza subsidiaria, prestada para posibilitar la aplicación o goce de un derecho o propiedad intangible.³²

Veamos ahora cómo se regula impositivamente la prestación de servicios por no residentes en nuestro país, a nivel exclusivamente interno, luego de la reforma tributaria.

III. GRAVABILIDAD DE LAS RENTAS DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR NO RESIDENTES EN EL NUEVO SISTEMA

A) “Servicios” prestados desde el exterior a usuarios de Zonas Francas.

Los servicios prestados y las enajenaciones de bienes inmateriales a usuarios de Zonas Francas por no residentes, se encuentran exonerados tanto del IRAE como del IRNR (art. 151 del Decreto 150/007 y art. 23 inciso final del Decreto 149/007). Esta exoneración es lógica pues se trata de rentas que derivan de actividades realizadas en el exterior y, por tanto, no estrictamente de “fuente uruguaya”. Además, no le resultan aplicables la ficción que analizaremos en el numeral siguiente respecto a los servicios técnicos, ya que los usuarios de Zonas Francas no son contribuyentes del IRAE (arts. 9 y 52 lit P) T4 TO 1996).

29. Ver GOTTLIEB, Gabriel, *Asesoramiento técnico prestado desde el exterior: beneficios de los tratados para evitar la doble imposición*, La Ley, 1996-C, 1494.

30. Ver VAN DER BRUGGEN, Edwin: *International Tax Aspects of Providing Consulting Services on the Premises of the Client*, ABAC Journal, Vol. 21, Nro.2.

31. Ver GOTTLIEB, ob.cit.,1499.

32. Este tratado recoge un concepto de asistencia técnica similar al manejado por GNAZZO en ob.cit., esto es, que dicho término incluye una regalía propiamente dicha y una prestación de trabajo que a ella le accede. El nuevo tratado del año 2001 entre EEUU y Reino Unido, que aún no ha entrado en vigor, eliminó esta ampliación de la definición. Ver VAN RAAD, ob.cit., p.1140 y 1154.

B) “Servicios técnicos” prestados desde el exterior a contribuyentes del IRAE.

1) Antecedentes – el IRIC instantáneo

La Ley 14.252 creó el IRIC instantáneo sobre la “asistencia técnica” prestada a sujetos pasivos del IRIC anual por personas físicas o entidades domiciliadas en el exterior. Esta norma fue modificada por la Ley 15.767, que introdujo una hipótesis de exoneración cuando los honorarios estuvieren gravados en el país del prestador del servicio y no existiere *tax credit* por el impuesto devengado en Uruguay.

La creación de este típico *withholding tax* tuvo la finalidad teórica de evitar subsidiar a fiscos extranjeros, pero en la práctica la DGI la utilizó como una norma de control frente a la eventual deducción de gastos ficticios o el incremento artificial de gastos reales³³, tema que adquiere una especial relevancia tratándose de transacciones entre partes vinculadas.³⁴

Respecto a la definición de “asistencia técnica”, la doctrina mayoritaria y el propio TCA opinaban que debía restringirse al asesoramiento en materia industrial, mecánica, productiva o similar³⁵, mientras que la DGI entendía que el concepto era amplio, abarcando el asesoramiento en cualquier tipo de materia y la ejecución material de tareas para el beneficiario de los servicios.³⁶

Con la intención de adaptar la normativa local a la tendencia internacional y de terminar con las polémicas en torno al mencionado concepto³⁷, la Ley 17.453 del año 2002 modificó las disposiciones existentes y sustituyó el término “asistencia técnica” por “servicios técnicos”, brindando una definición muy similar a la contenida en los CDI celebrados por Uruguay y ampliando considerablemente el elenco de servicios gravables.

2) Solución actual

Si bien en virtud del art. 1 del nuevo Título 4 (IRAE) y art. 1 del nuevo Título 7 (IRPF) del TO 1996, Uruguay continúa siendo uno de los escasos países aferrados al Principio de la Territorialidad, el art. 7 del título 4 contiene algunas excepciones al principio. En lo que al objeto del presente trabajo respecta, el inc.3 de dicho artículo hace una ficción y considera de fuente uruguaya a “**las obtenidas por servicios prestados desde el exterior a contribuyentes de este impuesto**” (IRAE). Esta disposición se reitera en el inc. 2 del art. 3 del nuevo Título 8 TO 1996 (IRNR).

Por su parte, el art. 21 del Decreto 149/007 estima la renta de fuente uruguaya en un 5% del total del ingreso, siempre que los ingresos comprendidos en el IRAE que obtenga el usuario de los servicios no superen el 10% de sus ingresos totales.

En consecuencia, en virtud del nuevo sistema, las remuneraciones pagadas a quienes, **desde el exterior**, presten servicios a contribuyentes del Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas, estarán sujetas a retención por parte de la entidad pagadora en concepto de Impuesto a la Renta de los No Residentes.

Este fragante apartamiento del Principio de la Territorialidad fue oportunamente criticado por VALDÉS COSTA con la introducción del IRIC instantáneo en el año 1974, porque resulta discriminatorio y dificulta la introducción de tecnología al agravar la doble imposición internacional.³⁸ Además, en un plano teórico, no se justifica un diferente tratamiento entre la importación de bienes y la importación de servicios, donde el precio corresponde a un pago de capital y no a una renta atribuible a un factor de producción.³⁹ En este sentido, el Working Party Nro.1 de la OECD también ha afirmado enfáticamente que el mero hecho de que el

33. HOUNIE, Isabel: *Panorama del IRIC sobre servicios técnicos a tres años de las modificaciones de la Ley 17.453*, Revista Tributaria XXXII, Nro. 186, p.324; BLANCO, Andrés: *IRIC sobre regalías y servicios técnicos: análisis jurídico de las modificaciones introducidas por la Ley No 17.453*, Revista Tributaria XXIX, Nro. 169, p.432.

34. Ver al respecto COSTA, Leonardo: *El IRIC uruguayo y los contratos de servicios entre empresas vinculadas frente a un proceso de integración*, Revista Tributaria XXIV, Nro.139, p.373ss.

35. En las VII Jornadas Latinoamericanas de Caracas del año 1975 se establece que la asistencia técnica “cubre los servicios de asesoramiento de carácter industrial, tecnológico o similar, pero no los servicios profesionales propiamente dichos”. Ver en Revista Tributaria II, Nro. 8, p.306. Asimismo, ver sentencias del TCA Nro. 366/89, 930/93 y 10/05 entre otras.

36. Ver ROSSETTO, Jorge: *El Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio*, Parte I, Rosgal, Montevideo 1975, p.43-44; SHAW, José Luis: *El Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio* en Manual de Derecho Financiero, Vol.III, FCU, Montevideo 1988, p.141ss.

37. HOUNIE, ob.cit., p.325.

38. VALDÉS COSTA, Ramón: *Los tratados tributarios entre países desarrollados y países en vías de desarrollo*, Revista Tributaria II, Nro.7, p.193.

39. Ver XAVIER, ob.cit., p.345-347, para quien solo en el país de residencia, frente a la contabilidad global de la empresa, es posible determinar si existe o no utilidad tributable.

pagador del servicio sea residente de un Estado, no constituye un nexo suficiente para otorgar Potestad Tributaria sobre dicho ingreso a ese Estado.⁴⁰

El Estado uruguayo busca con esta norma neutralizar el efecto de la deducción del pago por el servicio prestado y la consecuente erosión de la base imponible, resultado que de todas formas puede alcanzarse no admitiendo la deducción de dicho gasto. Además, si se tiene presente la deducción proporcional del art. 20 del T4, por la diferencia de alícuotas entre el IRAE y el IRNR, la empresa residente sólo podrá deducir el 48% de ese gasto, lo cual en lugar de una erosión significa un ilegítimo engrosamiento de la base imponible a favor del fisco uruguayo. Ese 48% puede incrementarse proporcionalmente a la tasa de imposición efectiva que el no residente tenga en el exterior, pero la deducción nunca podrá superar al 100% del costo.⁴¹

3) Concepto de “servicios”

El art. 11 del Decreto 149/2007 que reglamenta el IRNR aclara que **“solamente se considerarán de fuente uruguaya las rentas derivadas de la prestación de servicios de carácter técnico, prestados en los ámbitos de la gestión, técnica, administración o asesoramiento de todo tipo”**. De este modo, a través de un Decreto y, por tanto, en forma ilegal, se restringe el ámbito de aplicación de la ley a hipótesis en las que los servicios tengan carácter “técnico”, recurriendo para ello a la definición de la Ley 17.453.

Siguiendo el excelente análisis de BLANCO, puede decirse que “servicios técnicos” son aquellos prestados por quien (persona física o entidad) tiene un especial conocimiento o habilidad científica o tecnológica (en sentido amplio), cuya causa consiste en el aprovechamiento de dicho conocimiento, cuyo objeto implique el desarrollo del mismo y en los cuales el prestador asume un rol eminentemente activo en su cumplimiento. Dentro de este concepto quedarían incluidos todos los servicios de asesoramiento, sea cual sea la materia, incluso los servicios de naturaleza comercial, jurídica, financiera y contable que antes quedaban excluidos doctrinaria y jurisprudencialmente de la definición de asistencia técnica y los servicios que, prestados por quien tenga un conocimiento especializado, supongan además la ejecución material de tareas por parte del prestador en beneficio del prestatario.⁴² Por su parte, quedan excluidos servicios como los de transporte y aquellos brindados por agentes de ventas en el exterior, ya que su causa no es el aprovechamiento y su objeto no es el desarrollo de habilidades científicas o tecnológicas.⁴³

En definitiva, todos los servicios prestados desde el exterior a contribuyentes del IRAE y que impliquen el desarrollo de un conocimiento especializado, científico o tecnológico por parte del prestador, están gravados en Uruguay por el IRNR, sin que, a diferencia de lo que acontecía en el viejo IRIC instantáneo, se prevea mecanismo alguno para evitar su doble imposición internacional.

Veamos ahora qué sucede cuando el servicio (en sentido amplio) es prestado efectivamente en Uruguay.

C) “Servicios” prestados en Uruguay por no residentes⁴⁴:

1) Sin Establecimiento Permanente

De acuerdo al Principio de la Territorialidad, todo servicio prestado en Uruguay se encuentra gravado sin importar el domicilio, la residencia o la nacionalidad del prestador. El tipo de gravamen dependerá del grado de vinculación que se tenga con el territorio nacional, el cual se mide en función de los criterios de la Residencia y el EP. Así, si el prestador es una entidad que no ha sido constituida de acuerdo a las leyes nacionales o una persona física que no tiene su residencia fiscal en Uruguay, y que no actúan a través de un EP, será contribuyente del IRNR.

2) A través de un “EP físico”

En otro escenario, la persona física o la entidad no residente, presta servicios en Uruguay a través de un EP, esto es, de un “lugar fijo de negocios en la República” por medio del cual un “no residente realice todo o

40. OECD Working Party Nro.1, ob.cit., Num. 42.18

41. Si la tasa en el exterior fuera del 10%, por ejemplo, se podría deducir el 88% del gasto, pero si la tasa extranjera es de 20%, la carga total sería 32%. En este caso se puede deducir el 100% del gasto, pero la deducción no se incrementa un 28%.

42. BLANCO, ob.cit, p.432-433.

43. Idem, p.433. Asimismo, ver al respecto consultas 4182 y 4358 de la DGI.

44. A los efectos de este trabajo, no se tienen en cuenta aquellos servicios vinculados a los proyectos de construcción o instalación de equipos o maquinaria compleja que pueden llegar a configurar un “EP de construcción” si tienen una duración mayor a los 3 meses, independientemente que cuenten para su realización de un EP físico o no.

parte de su actividad” (Art. 10 T4 TO 1996) o tiene un EP a su disposición, preste los servicios a través de él o no, porque nuestra ley recoge el cuestionable fuero de atracción global del EP⁴⁵.

En una primera hipótesis, si el prestador es una persona física, con EP en Uruguay, nuestra normativa presenta un vacío. En efecto, tratándose del IRNR, el Art. 5 del T8 establece como contribuyentes a “las personas físicas y demás entidades, no residentes en territorio nacional, en tanto no actúen en dicho territorio mediante establecimiento permanente”.⁴⁶ Por lo tanto, si el no residente tiene EP en Uruguay⁴⁷, no sería un contribuyente del IRNR.

Sin embargo, en el Art.9 lit. B) del T4, se establece claramente que el contribuyente es el “**EP de entidades no residentes** en la República” y **la persona física no es considerada una entidad** en el contexto de la ley o de los decretos, ya que son varias las normas que distinguen entre ambas. Además, el acápite del Art. 10, que define al EP, dice “Establecimientos Permanentes **de entidades no residentes**”, aunque luego diga lisa y llanamente “no residente”, sin distinguir entre su eventual naturaleza, y el Art. 11 define las rentas imputables al EP como la “totalidad de las rentas obtenidas en el país por **la entidad** del exterior”.

Finalmente, esta persona física no tributaría IRPF porque el mismo grava a las personas físicas residentes en territorio nacional (Art.5 T7). En consecuencia, este no residente no quedaría comprendido en ningún aspecto subjetivo de los hechos generadores de los referidos impuestos.

Sin perjuicio de que este vacío se encuentra en la ley y no correspondería ser colmado reglamentariamente, la DGI probablemente interpretará que el término “entidad” comprende tanto a personas físicas (entidad física) como no físicas (entidad jurídica, moral) y, de ser necesario, un decreto saldría con idéntica interpretación. Pero la Ley 18.083 es clara: cuando se refiere a las personas no físicas, las llama entidades y sujeto pasivo del IRAE son los EP solo de “entidades no residentes”.

Independientemente de lo antedicho, a los efectos de este análisis se hará como si dicho vacío no existiera. De este modo, tanto una entidad como una persona física no residente, puede tener a su disposición efectiva en territorio uruguayo un “EP físico”, a través del cual preste los servicios contratados.

La definición del EP físico o material contenida en el inciso primero del Art. 10 del T4 coincide con la definición del Art.5 de los Modelos OECD, ONU y USA y, por tanto, con la casi totalidad de los CDI existentes. Dado que dicha definición ya ha sido objeto de exhaustivos análisis, basados fundamentalmente en los Comentarios al Art. 5 del modelo OECD, simplemente nos limitaremos a mencionar los requisitos indispensables para su configuración:

- *un lugar de negocios* – se entiende por tal a cualquier espacio, objeto físico o conjunción de objetos físicos a disposición efectiva del no residente, sin importar el título, utilizados para desarrollar una actividad empresarial.

- *fijo* – debe existir, por un lado, una conexión entre el lugar y un determinado punto geográfico y, por otro, es necesario cierto grado de permanencia en el territorio del Estado, que se estima en 6 meses.

- *por medio del cual el no residente realice toda o parte de su actividad* – la actividad no tiene que ser necesariamente productiva ni permanente, sino que basta que las operaciones posean cierta regularidad y sean, en principio, llevadas a cabo por personas.⁴⁸

Esta definición se complementa con la enumeración de algunos casos que, *prima facie*, podrían ser considerados EP, aunque de acuerdo a la OECD hay que verificar si en cada caso existe un “lugar fijo de negocios”. Así, por ejemplo, una “oficina” o una “sede de dirección” que no disponga de instalaciones materiales “fijas” no configurarían un EP.⁴⁹ Por otro lado, analizando justamente dicha posibilidad, hay quienes entienden que la enumeración del inciso segundo no implica una concretización de la definición general, sino una extensión de la misma. Esta es la posición de, por ejemplo, el Bundesfinanzhof alemán, el cual ha sostenido que “las sedes de dirección” son EP *qua definitione*, ya que no requieren de ningún lugar fijo.

45. De acuerdo al art. 11 T4, los EP deben computar en la liquidación del impuesto **todas las rentas obtenidas en el país por la entidad del exterior**, hayan sido obtenidas a través del EP o no, en un claro apartamiento del art. 7 del modelo OECD, según el cual el Estado de la fuente tiene Potestad Tributaria siempre que las ganancias de la empresa sean atribuibles al EP.

46. El art. 13 del Decreto Reglamentario menciona como contribuyentes del IRNR a las “personas físicas y entidades no residentes” que no sean contribuyentes del IRPF ni del IRAE.

47. Lo cual es perfectamente posible porque las definiciones de EP y Residencia no coinciden. Así, sería el caso de un no residente que tuviera una oficina, un taller o un agente en Uruguay con poder para celebrar contratos en su nombre y no permaneciera 183 días ni tuviera el centro de sus intereses económicos o personales (presunción de residencia por cónyuge e hijos menores) en Uruguay. Sobre los criterios de la ley uruguayana para configurar la residencia fiscal ver FRASCHINI, Juan Ignacio: *La incorporación del principio de residencia fiscal al sistema tributario uruguayo*, Revista Tributaria XXXIII, Nro. 193, p.475ss.

48. En principio, porque existen numerosos ejemplos en derecho comparado en los cuales la actividad de la empresa se realiza “con” la instalación de maquinaria y no “por medio de ella”, existiendo de todos modos en estos casos sendos EP (oleoductos, instalación y mantenimiento de equipos, etc.)

49. XAVIER, ob.cit., p.334.

Sin perjuicio de lo anterior, si el prestador del servicio utiliza el “lugar fijo de negocios” para prestar servicios de carácter auxiliar (por ejemplo a un contrato de *royalty*) o preparatorio, no se configuraría EP por la exclusión del numeral 6 del inciso 3 del Art.10 T4.⁵⁰ En este caso, sería un contribuyente del IRNR y no del IRAE.

Finalmente, podría suceder que el no residente comience a desarrollar sus actividades sin un EP, en cuyo caso la empresa prestataria efectuaría una retención sobre el importe acordado por concepto de IRNR y, por servirse luego de “un lugar” o de ciertas instalaciones en forma regular, configure un EP. En este factible escenario, se entiende que el EP existe desde el comienzo mismo de las actividades, lo cual significará en la práctica dificultades para el prestador (trámites administrativos, contabilidad suficiente, reliquidación del tributo) y para el prestatario, quien si bien dejaría de ser *ipso facto* agente de retención del IRNR, querrá tener la certeza de que, a juicio de la DGI, efectivamente tal extremo se ha verificado. Similares dificultades pueden plantearse en el caso de una persona física no residente que dispone de un EP en Uruguay y que luego se convierte en residente. En esta situación, esa persona física dejaría de tributar IRAE (salvo que luego ejerza la opción o quede preceptivamente incluido) y pasa a ser un contribuyente del IRPF.

3) A través de un “EP Agente”

Una tercera posibilidad que tiene el no residente para quedar sujeto al IRAE es contar en Uruguay con una persona que “ostente y ejerza habitualmente en la República poderes que la faculten para concluir contratos” en su nombre, lo cual se conoce como “EP agente”.

Este EP personal corresponde distinguirlo de agentes independientes como los comisionistas y corredores, quienes normalmente tienen un mandato sin representación, son enteramente libres para organizar su trabajo, seleccionar a sus empleados y a su clientela, actúan dentro del giro de sus negocios y asumen el riesgo empresarial. Tienen responsabilidad, pero no subordinación y no están sometidos al control del principal, quien confía en sus conocimientos y aptitudes. Por el contrario, el EP agente tiene un poder para celebrar contratos en nombre de la empresa, depende económicamente de ella y está sometido a su dirección, sin asumir el riesgo empresarial.

De acuerdo al literal a) del párrafo 4 del Art. 10 T4, el EP agente existe siempre y cuando este representante dependiente no realice las actividades que integran el “catálogo negativo” (auxiliares o preparatorias) o que, sirviéndose de un “lugar fijo de negocios” realice exclusivamente dichas actividades.

4) A través de un “EP de servicios”

Finalmente, el no residente puede igualmente llegar a tributar IRAE en caso de configurar un EPS, tal como lo veremos en el capítulo siguiente.

5) Resumen

En virtud de lo expuesto, el prestador del servicio no residente tributará en Uruguay IRNR con una tasa del 12% sobre la contraprestación por el servicio prestado (ingreso bruto) siempre que no tenga a su disposición en Uruguay un EP. De configurarse alguna de las modalidades de EP analizadas, el no residente deberá tributar IRAE por todas sus rentas de fuente uruguaya, sean estas atribuibles al EP o no, a una tasa del 25% sobre la renta neta. Si el prestador es una persona física (profesional independiente) que, por permanecer 183 días en territorio nacional, se convierte en residente, pasará a tributar IRPF y el EP, en su caso, dejará de existir a efectos fiscales.

VI. EL EP DE SERVICIOS COMO CONTRIBUYENTE DEL IRAE.

El literal H) del inciso 2° del Art. 10 T4, copiado claramente del modelo ONU aunque con una diferencia sustancial respecto al mismo (que lo empeora), extiende la definición de EP a los casos de “prestación de servicios”. Así, de acuerdo a la ley uruguaya, la expresión EP comprende: “*La prestación de servicios, incluidos los de consultoría, por un no residente mediante empleados u otro personal contratado en la República, siempre que tales actividades se realicen (en relación con el mismo proyecto u otro relacionado) du-*

50. La función del catálogo negativo o situaciones expresamente excluidas que contiene el inciso 3 del Art. 5 de los Convenios y de nuestro propio Art. 10 T4 es evitar la tributación en la fuente de aquellas actividades poco relacionadas con la obtención de ganancias y, por lo tanto, resulta problemático realizar la atribución de ganancias al EP. Ver Comentarios al Art.5 en VAN RAAD, ob.cit., p.108.

rante un período o períodos que en total excedan de seis meses, dentro de un período cualquiera de doce meses”.

A continuación, intentaremos analizar los distintos extremos que deben verificarse para que una empresa no residente tenga un EPS en Uruguay.

A) Requisito objetivo: “servicios, incluidos los de consultoría”

En primer lugar, este EP se verifica únicamente con “la prestación de servicios, incluidos los de consultoría” y, al igual que su fuente, la ley 18.083 no define ninguno de los dos términos, sea en forma positiva o negativa.

Como dice VAN DER BRUGGEN, todo parece indicar que el término es una “*catch all phrase*” que comprende todos los servicios relativos al desarrollo de una empresa o un negocio⁵¹, sin importar su exacta naturaleza (financiera, comercial, informática, de producción, de marketing, etc.).

Sin embargo, a nivel de un CDI puede intentarse una definición negativa en función de aquellos ingresos derivados de actividades que se encuentran específicamente reguladas en otras disposiciones. Así, podrían quedar fuera las regalías por concepto de *know-how* (Art.12), los servicios personales independientes (Art.14) y servicios personales dependientes (Art.15), los servicios vinculados a la construcción e instalación de maquinaria (Art.5 inc.3 lit a)) y los servicios de carácter auxiliar o preparatorio (Art. 5 inc.4). Como veremos, los servicios personales independientes sí quedarían comprendidos en el EPS uruguayo, si el profesional se sirve de empleados u otro personal contratado.

1) Servicios

Si bien en el título 4 del TO1996 no existe ninguna norma que defina el término “servicios”, sí la hay en el título 10, en materia del IVA, donde se encuentra gravada toda “*prestación a título oneroso que, sin constituir enajenación, proporcione a la otra parte una ventaja o provecho que constituya la causa de la contraprestación.*”

BLANCO señala que esta definición residual negativa comprende a las prestaciones de hacer o de no hacer, conceptos que intrínsecamente comportan una ejecución extendida por un cierto lapso, que puede ser reducido a una duración mínima, pero en forma muy excepcional a un instante preciso, como en el caso de la circulación de bienes.⁵² En similar sentido, BERGSTEIN entiende que esta noción es amplísima, comprensiva de toda clase de situaciones o conductas – excluidas las enajenaciones – que proporcionen a la otra parte una ventaja.⁵³

Por su parte, la Real Academia define “servicio” como toda “*prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales*”⁵⁴ y, en el ámbito jurídico, NICOLIELLO habla de toda “*actividad económica de carácter terciario, o sea que, a diferencia de la agropecuaria o industrial, resulta de la sola acción profesional*”.⁵⁵

En forma preliminar, podría decirse entonces que “servicio” es toda actividad que una persona física o entidad, desarrolla durante cierto período de tiempo a cambio de una contraprestación, que satisface una necesidad del prestatario y que no consiste en la enajenación de un bien (sea este material o incorporal).

Si bien estas actividades tendrían, en principio, la potencialidad de originar en Uruguay un EP, de haber sido la ley nacional fiel a dicho Principio, habrían quedado incluidas solo aquellas realizadas a través de la conjunción de capital y trabajo (“servicios empresariales”). Pero este no es el caso, porque nuestro sistema considera como empresariales las rentas obtenidas por el EP, “cualquiera sea el factor utilizado” (Art.3 lit. A) T4), aunque luego por vía reglamentaria (y consecuentemente ilegal) se eliminan las rentas puras de capital.⁵⁶

51. VAN DER BRUGGEN, ob.cit.

52. BLANCO, Andrés: *El aspecto temporal del hecho generador del IVA en las prestaciones de servicios*, Revista Tributaria XXIV, Nro. 137, p.126.

53. BERGSTEIN, Jonás: *La exportación de servicios y los servicios de asesoramiento. Notas a propósito del literal “A” del art. 1 del Decreto Nro.386/000 del 28 de diciembre de 2000*, Revista Tributaria XXVIII, Nro.164, p.612.

54. Diccionario de la Lengua Española, voz *servicios*, num.20, Real Academia Española, 21 Edición, Tomo II, Espasa

55. NICOLIELLO, Nelson: *Diccionario Jurídico*, Montevideo, 1995, p.166.

56. Art. 1 Decreto 208/2007. Si, cualquiera sea el factor utilizado, las rentas de los EP son empresariales a juicio del legislador, esto incluye a las rentas puras de capital y el Poder Ejecutivo no tiene potestad alguna para dejarlas fuera. Sin perjuicio de ello, la solución es compatible, aunque debió extenderse también a las rentas puras del trabajo, por ser intrínseco al concepto mismo de EP la obtención de rentas empresariales.

Al quedar excluidas las rentas puras del capital, podría interpretarse que lo mismo acontece con el contrato de *know-how*, comprendido dentro de las regalías de acuerdo a los Comentarios al Art. 12 Modelo OCDE.⁵⁷

En efecto, la OCDE distingue entre *know-how* y *contract for the provision of services*, donde los servicios son prestados en el marco de un proyecto, con un resultado esperado, por alguien que puede utilizar conocimientos especiales en su desempeño, pero que no se compromete a suministrar a la otra parte dichos conocimientos. En el *know-how*, por el contrario, el proveedor transfiere *información relativa a experiencias comerciales, industriales o científicas*, como un maestro a su aprendiz, con el propósito de que este último adquiera dichos conocimientos y los utilice por sí mismos, pero sin garantizar el resultado de dicha utilización. En el contrato de servicios, el prestador no transfiere sus conocimientos, sino que los utiliza para satisfacer una necesidad del prestatario.

Por consiguiente, en el caso del *know-how* existe una cesión del derecho a utilizar ciertas experiencias a cambio de un precio (renta pura del capital), pero estas experiencias requieren, para su uso, de una previa e imprescindible transferencia de conocimientos. La pregunta es pues, si esta transferencia es una actividad incluida dentro del concepto de "prestación de servicios" y si, de verificarse los restantes requisitos legales, podría configurar un EPS. En nuestra opinión, la respuesta es, por dos razones, negativa.

En primer lugar, al ser el *know-how* una parte de un contrato de transferencia de tecnología en el cual se concede el derecho al uso de bienes inmateriales (patentes, modelos de invención, etc.), siendo esta última la finalidad propiamente dicha del mismo, son ingresos provenientes *predominantemente* del factor capital (regalía) o rentas puras del capital.⁵⁸ Como dice SHAW, la determinación de si una renta deriva en forma predominante de un factor u otro, no depende del monto de capital aplicado o de la cantidad de trabajo utilizado, sino de la trascendencia cualitativa de cada factor en el desarrollo de la actividad.⁵⁹ Se trata de servicios que acceden al contrato de *royalty*, pero que no modifican la naturaleza de las rentas que derivan del mismo, rentas que se encuentran, como vimos, reglamentariamente excluidas de nuestro EP.⁶⁰

En segundo lugar, la cesión del derecho al uso de cierta información acontece, al igual que en el caso de una venta, en un momento preciso y si, tal como puede acontecer con una venta, ciertos servicios post transacción son prestados para capacitar al prestatario para hacer uso del bien "cedido" o "vendido", estos servicios tienen una clara naturaleza accesoria a dicho contrato, por lo que quedarían comprendidos, como veremos *infra num 5*, en la exclusión que realiza el inciso 3 del art. 10 T4.

En consecuencia, en la práctica quedan únicamente comprendidos en este ámbito aquellos servicios que originen rentas empresariales propiamente dichas o rentas del trabajo fuera de la relación de dependencia, excepto los servicios vinculados a la construcción o instalación de maquinaria, ya que ellos ingresarían dentro del concepto de "EP de construcción" del literal g) del inciso 2° del art. 10 T4, y los de carácter auxiliar o preparatorio.

2) Consultoría

Los servicios de consultoría tampoco se encuentran definidos ni en el modelo ONU ni en nuestro derecho. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, "consultoría" es la "actividad del consultor", esto es, de una "persona experta en una materia sobre la que asesora profesionalmente".⁶¹ Consultoría tendría entonces un contenido más restringido que "asesoría", concepto este que, siguiendo la interpretación de BERGSTEIN, equivaldría a servicios personales, esto es, aquellos cuya esencia es una actividad o energía humana.⁶²

Consultoría significaría entonces el suministro de una opinión calificada, la cual pasará a estar a disposición del destinatario para el cumplimiento de una necesidad específica, vinculada normalmente a la toma de decisiones. Comprendería pues aquellos servicios de asesoramiento prestados en forma profesional, por quien tiene un conocimiento especializado en alguna materia. En este sentido, existiría una coincidencia con la definición de "servicio técnico" ya analizada, quedando incluidos dentro del EPS el asesoramiento en

57. En el numeral 11.1 de los Comentarios, el contrato de *know-how*, en tanto "*information concerning industrial, commercial or scientific experience*", es definido como aquel en el cual "*one of the parties agrees to impart to the other, so he can use them for his own account, his special knowledge and experience which remain unrevealed to the public*".

58. Aunque no en el criterio sustentado por la DGI en el sentido de que puro equivale a 100% de un factor o del otro, criterio de imposible verificación fáctica.

59. SHAW, José Luis, ob.cit., p.36-37.

60. El art. 125 del Decreto 840/988, reglamentario del IRIC, consideraba como regalía a las "simples informaciones sobre mejoras, perfeccionamientos y otras novedades relacionadas con patentes de invención, procedimientos patentables y similares."

61. Diccionario de la Lengua Española, voz *consultor*, num.3, Real Academia Española, 21 Edición, Tomo II, Espasa

62. BERGSTEIN, ob.cit., p.618.

materia tecnológica, informática, científica, industrial, agropecuaria, legal, contable, comercial, financiera, recursos humanos, etc.

B) Requisitos geográficos:

1) Los servicios deben ser “prestados” “en” Uruguay.

En segundo lugar, si bien nuestro texto se aparta sensiblemente de su modelo al no mencionar explícitamente que las actividades deben realizarse “*within a Contracting State*”, debe entenderse de todos modos que la actividad de prestación de servicios tiene que realizarse materialmente en territorio uruguayo. Esto, que podría resultar evidente, no lo es.

En efecto, el modelo ONU habla de “*furnishing*”, acción y efecto de “*furnish*”, lo cual significa “*suministrar, facilitar*”⁶³ y equivale a una de las definiciones de “prestar” (*dar o comunicar*)⁶⁴, por lo que “prestación” puede entenderse como la “*acción y el efecto de*”⁶⁵ dar o comunicar algo. Consecuentemente, un servicio puede ser consecuencia de una actividad realizada en un Estado (el diseño de un plan o una estrategia, la opinión de un experto, etc.) y cuyo resultado final, producto, sea comunicada en otro Estado. En este caso, el servicio, estrictamente, es “prestado” en Uruguay, lugar donde, en realidad, el mismo sería utilizado e explotado, criterio que tradicionalmente la doctrina latinoamericana ha entendido aplicable para definir la fuente de las regalías y no para los servicios.

Asimismo, el resto de la definición no ayuda, ya que un no residente puede contratar personal en Uruguay para desarrollar actividades en otro Estado por un período mayor a 6 meses y luego prestar (“en el sentido de comunicar”) el resultado de dichas actividades en Uruguay. Tal sería el caso de un experto nacional que fuera contratado por una consultora extranjera para trabajar en el exterior en un proyecto cuyo resultado será prestado a un cliente local. De este modo, podría llegar a quedar configurado un EPS de dicha firma de consultoría extranjera.

Además, podría pensarse *a contrario sensu* que si el legislador nacional excluyó el giro “*within a Contracting State*” fue porque consideró que a los efectos del EPS uruguayo, resultaba irrelevante el lugar donde las actividades materiales se llevaran a cabo.

Sin embargo, este literal H) queda “comprendido” dentro de la expresión “establecimiento permanente” y consecuentemente, el legislador habría entendido que, a través de él, el no residente realiza todo o parte de su actividad en la República, no debiendo variar su tributación de la realizada por entidades que, al ser constituidas de acuerdo a las leyes nacionales, son consideradas residentes.

Por otro lado, de entenderse que las actividades del EPS pueden ser realizadas en el exterior, no tiene sentido alguno un tratamiento tributario diferente del IRNR previsto en el inciso 3 del Art.7 T4 ya analizado, por el solo hecho de que en estos servicios “prestados desde el exterior” hayan participado durante más de 6 meses personal contratado en la República. Así, habría un nuevo apartamiento del Principio de la Territorialidad basado en la circunstancia transcripta, que tendría consecuencias incluso mayores (aunque no necesariamente económicas) para el no residente, quien sería en este caso sujeto pasivo del IRAE.

A esto hay que agregar que la *ratio legis* de la disposición del modelo ONU fue, como se vio, permitir la tributación en la fuente de aquellas actividades que, si bien se realizaban dentro del territorio de un Estado, no eran hechas a través de un “lugar fijo”. Pero la realización de la actividad material en el país a través de la presencia física de personal es y continúa siendo un elemento decisivo.⁶⁶ Por ello VOGEL entiende que el término “*furnishing*” equivale a “*performed*” (realizado, llevado a cabo)⁶⁷ y no a utilizado, explotado o pagado, por lo que si ciertos planes u opiniones fueron elaboradas en el exterior y luego enviadas al estado de la fuente, eso no constituye “*furnishing*” en la fuente, ya que es claro que fueron realizadas en otro lado.⁶⁸

Finalmente, esta es también la posición de la OECD respecto a la disposición proyectada, porque “*no es suficiente que los servicios relevantes sean suministrados al residente de un Estado; estos servicios tienen que ser llevados a cabo en dicho Estado*”.⁶⁹

63. HARPER COLLINS, Spanish Dictionary, voz *furnish*, College Edition, Harper Collins Publishers, New York 1990.

64. Diccionario de la Lengua Española, voz *prestar*, num.3, ob.cit..

65. Idem, voz *prestación*.

66. Ver al respecto MAISTO, Guglielmo: *Los servicios de asistencia técnica y los servicios personales independientes en los modelos de tratados*, Anuario de Derecho Tributario, T.II, p.28

67. HARPER COLLINS, ob.cit. voz “*perform*”.

68. VOGEL, Klaus: *On Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, 1997, p.310

69. OECD Working Party Nro 1, ob.cit., num.42.31

2) Los servicios deben ser prestados por un “no residente”

En cuanto al segundo requisito geográfico, la actividad debe ser desarrollada por un no residente. Como ya fuera mencionado respecto al EP físico, en el caso de servicios prestados por profesionales independientes también podría suceder que el profesional (con motivo de la prestación de servicios) cumpla con algunos de los requisitos del Art. 14 y se transforme en residente. Podría incluso suceder que en forma simultánea a la configuración de la residencia en Uruguay se reúnan también los requisitos de un EPS (por permanecer 183 días), existiendo la incógnita de qué impuesto debería tributar. Tal como está redactada la disposición, parece claro que este “no residente” devenido en “residente” no puede configurar un EPS y, sin perjuicio de que pueda ejercer la opción del Art. 5 T4 o deba tributar preceptivamente IRAE por superar las 4.000.000 UI (Art. 7 Decreto 150/007), sería un contribuyente del IRPF.

C) Requisito personal: los servicios deben ser “prestados” por medio de empleados o personal contratado en la República.

En tercer lugar, el texto legal exige que los servicios sean prestados mediante “empleados u otro personal”, lo cual supone la presencia física en territorio uruguayo de personas físicas, descartando aquellos servicios que son prestados sin intervención humana. Quedarían fuera del EPS entonces, situaciones en las cuales los servicios son realizados a través de máquinas y equipos automatizados (cajeros automáticos, slots, web-servers, etc.), sin perjuicio de que dichas instalaciones puedan configurar un EP físico.

El Working Party Nro.1 menciona como ejemplo del requisito geográfico, un caso que resulta enteramente aplicable al aspecto personal, esto es, el de una empresa de telecomunicaciones que proporciona servicios a un Estado a través de un satélite situado fuera de dicho Estado⁷⁰. Para la OECD, no puede existir EP porque los servicios no son realizados en dicho Estado, a lo que hay que agregar que para nuestra ley tampoco lo sería, ya que un satélite no puede ser considerado “empleado o personal” de la empresa.

VAN DER BRUGGEN propone también como ejemplos el de un doctor que realiza diagnósticos con la ayuda de sofisticados medios de comunicación remotos adheridos a un sujeto, la capacitación mediante videoconferencia y la intervención de computadoras y solución de problemas informáticos a través de Internet. Analizando el inciso 3 literal b) del Art. 5 del modelo ONU, entiende que son todos casos donde puede argumentarse que los servicios son prestados “en parte” en la fuente, pero sin la presencia física del prestador del servicio y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la disposición referida.⁷¹

El texto exige que los servicios sean prestados por “empleados” de la propia empresa, sin que la categoría, cargo jerárquico o poder de decisión tenga relevancia alguna, quedando incluidos los directores y administradores. Asimismo, puede tratarse de “empleados” u “otro personal contratado”, sin importar su nacionalidad, domicilio o residencia, lo que incluye tanto a profesionales independientes como empleados de otras empresas, sean estas residentes o no. En esta última hipótesis, puede llegar a plantearse la duda de cuál es la empresa que tiene el EP en Uruguay.

En efecto, podría suceder que una entidad residente (E) contrate los servicios de consultoría de una entidad del exterior (C), quien a su vez, para ese proyecto específico, contrata en Uruguay los expertos de otra compañía residente en un tercer país (P). De reunirse los restantes requisitos, ¿quién tendría un EP en Uruguay? Lo más lógico sería suponer que el EP sería de C, quien es a quien E le contrató un determinado servicio y es, en definitiva, la responsable ante E de su correcta realización. Mientras E obtenga el resultado querido, poco importa que C lo haya hecho mediante su propio personal o el de otras empresas. Sin embargo, del texto legal podría entenderse que el EP es de P, quien presta servicios “mediante su personal” contratado en la República.⁷²

Por otro lado, la norma uruguaya se aparta sustancialmente del modelo ONU por cuanto exige la contratación en la República. Esta circunstancia, ¿se requiere también para los “empleados” del no residente? ¿o es un requisito adicional al “otro personal” que dicha entidad contrate? Parecería que esta última interpretación sería la más adecuada, ya que no tendría sentido que una entidad no residente que preste servicios en Uruguay durante más de 6 meses, no configure EP porque sus empleados fueron contratados en el exterior.

70. Idem, num.42.31

71. VAN DER BRUGGEN, ob.cit., p.23

72. Esta posibilidad pero a nivel de tres CDI que contengan la disposición del modelo ONU es comentada por VAN DER BRUGGEN, ob.cit., p.24.

De todos modos, este requisito de que el personal sea “contratado en la República” resulta verdaderamente absurdo y es una limitación que no se justifica a nivel de derecho interno.

En efecto, en el caso *supra* planteado, basta pensar en la hipótesis de que la empresa C, en lugar de contratar el personal de P, contrata un experto nacional para cumplir con el contrato con E y, a tales efectos, lo hace viajar a otro país para firmar el contrato de arrendamiento de servicios profesionales, evitando, de ese modo, la configuración del EPS. Este requisito de la contratación en la República no es más que una válvula de escape y se presta fácilmente a abusos.

Finalmente, corresponde destacar que los profesionales independientes que no utilicen personal para realizar sus actividades no podrían configurar un EPS. En su caso, podrán configurar un EP físico o tributarán como residentes si permanecen en territorio uruguayo por más de 183 días. Además, la renta obtenida por estos profesionales es considerada empresarial, siempre y cuando subcontraten servicios fuera de la relación de dependencia con personas físicas o jurídicas residentes (Art.3 inc.3° Decreto 150/2007).

D) Requisito temporal: seis meses dentro de un período cualquiera de doce, en relación con el mismo proyecto u otro relacionado.

Finalmente, nuestro EPS no requiere que las actividades sean prestadas a través de un lugar fijo de negocios, sino que las mismas tengan una duración mínima de 6 meses, dentro de un período cualquiera de doce. Esta duración debe ser medida en relación a la empresa no residente y no en relación a los individuos que realizan las actividades, ya que no es necesario que el empleado o el personal contratado sea el mismo durante todo el período. De lo contrario, contratando distintas personas o cambiando los empleados a los efectos de que su permanencia en Uruguay no alcance los seis meses, se podría fácilmente evitar el EP.

Asimismo, como el aspecto temporal debe medirse “durante un período o períodos que en total excedan los seis meses”, no se requeriría que la prestación del servicio sea permanente, todos los días, sino que, en su conjunto, las actividades tengan una duración de seis meses o que la empresa esté presente durante dicho período para cumplir con el objeto de su contrato. Como bien dice el Working Party Nro.1 de la OECD “*mientras, en un día determinado, al menos un individuo esté realizando los servicios de la empresa, o esté presente a tales efectos, ese día debe ser incluido en el período o períodos a que refiere la disposición*”⁷³

Otro aspecto importante es que ni en la norma uruguaya ni en el modelo ONU se define mes, por lo que cabría preguntarse si basta la presencia en un día⁷⁴ o una semana de determinado mes para considerar que fueron realizadas en “un mes”, o se requieren 183 días calendario. En nuestra opinión, esta última sería la interpretación más plausible, ya que si bien en el artículo de la residencia se habla de 183 días y no 6 meses, pudiendo alegarse que si el legislador hubiera querido contar los días calendario habría recurrido a la misma solución, no debe dejarse de lado que este EPS fue prácticamente copiado del modelo ONU e insertado en una compleja ley, que no fue votada y mucho menos discutida artículo por artículo. En todo caso, si con este EP se pretende que, por su grado de conexión, una empresa o un profesional prestador de servicios tribute como un residente, ampliando el ámbito de imposición del IRAE, no sería lógico que tal vinculación esté dada por un día o dos en un mes cualquiera.

Por otro lado, analógicamente con el otro “EP temporal”, el “EP de construcción”, puede decirse que el EPS no deja de existir sino hasta tanto no culmine definitivamente el trabajo o el mismo sea abandonado, sin tener importancia las interrupciones temporales o zafrales.⁷⁵

En cuanto al comienzo del cómputo del plazo, ¿el EP existe desde la firma del contrato entre prestador y prestatario o desde que las actividades físicamente comienzan a prestarse en Uruguay? Al respecto, en conjunción con el requisito geográfico, parecería que la fecha del contrato es irrelevante y el plazo comienza a computarse con el inicio de las actividades en Uruguay. A esto hay que agregarle la utilización del sustantivo “prestación” que, como bien dice BLANCO, consiste en una “*actividad física o intelectual... y no en la mera existencia de una relación no contractual entre prestador o prestatario o de una obligación de raíz contractual.*” Lo que importa, sigue el autor, es la ejecución de las prestaciones y no la mera exis-

73. Ob Cit, num. 42.38

74. Esta ha sido la posición de China respecto a su tratado con Hong Kong, por ejemplo, posición que el State Administration of Taxation mantuvo hasta seis meses atrás, cuando entendió que si una empresa de Hong Kong no tenía personal prestando servicios en China continental durante 30 días calendario, ese “mes” debería ser descartado (DIPN 44 del 26 de diciembre de 2006).

75. OECD Commentary en VAN RAAD, ob.cit., p.106

tencia de una relación jurídica. La ley refiere al “*sustrato objetivo de un vínculo entre dos partes y no el vínculo mismo*”⁷⁶

Quedan por tanto excluidas del cómputo, las actividades (preparatorias o no) que la empresa comience a realizar en el exterior a los efectos de cumplir con el contrato en Uruguay. Esta es también la solución que brinda la OECD respecto al “EP de construcción”, el cual existe desde el momento en que el contratista inicia su trabajo, incluyendo cualquier tarea preparatoria, como la instalación de una oficina.⁷⁷

Asimismo, las actividades deben realizarse en función de un “mismo proyecto u otro relacionado”, lo que hay que analizar desde la perspectiva de la empresa prestadora del servicio y no de la prestataria. Así, una empresa puede tener dos contratos distintos de provisión de servicios a un mismo cliente (asesoramiento impositivo por un lado y entrenamiento en el área de management por otro) y, si bien estos dos proyectos pueden estar relacionados para el cliente (porque sirven al cumplimiento de un plan de expansión de la empresa, por ejemplo), no debería concluirse que están relacionados en el sentido prescripto en la norma.⁷⁸

En cuanto a este sentido, los comentarios al modelo ONU nada dicen, reenviando a los comentarios de la OECD respecto al “EP de construcción”. Así, una obra de construcción debe ser considerada como una unidad, aunque esté basada en diferentes contratos, siempre y cuando forme parte de un todo con coherencia comercial y geográfica⁷⁹. Consecuentemente, un proyecto de consultoría puede ser visto como una “unidad” independientemente de si el contrato para dicha “unidad” fue celebrado con uno o más clientes. Por ejemplo, si una empresa es contratada para asesorar *in situ* la instalación de una planta, no tiene importancia si a tales efectos fue contratada durante 4 meses por la sociedad madre y los últimos 4 meses por la subsidiaria local.⁸⁰

En cuanto a este problemático aspecto de los “proyectos conexos”, el Working Party Nro.1 de la OECD propone una solución que parece adecuada, ya que con dicho término se pretendería cubrir aquellos casos en los que los servicios son prestados en el contexto de proyectos separados pero llevados a cabo por una misma empresa, siempre y cuando dichos proyectos involucren la provisión de servicios de una misma o similar naturaleza y en el contexto de contratos celebrados con una misma empresa o con empresas vinculadas.⁸¹

Por último, las actividades deben computarse dentro de un período cualquiera de doce meses, independientemente del año fiscal o calendario por el que el prestador del servicio esté siendo gravado, lo cual podría significar en una mayor carga impositiva para la empresa, si no existiera coincidencia entre Uruguay y el país de residencia en la forma de determinar dicho período.

E) Excepción: servicios “auxiliares o preparatorios”.

De acuerdo a los numerales 5 y 6 del inciso 3 del art. 10 T.4, no existe EP cuando el lugar fijo de negocios tenga por finalidad realizar actividades de carácter auxiliar o preparatorio. Por lo tanto, si los servicios prestados tuvieran esta naturaleza, no tendrían la potencialidad de configurar EP (aún cuando el prestador dispusiera en Uruguay de un lugar fijo de negocios) y su duración tampoco debería ser tenida en cuenta para el cómputo del plazo (si, por ejemplo, resultan accesorios a un contrato de arrendamiento de servicios “principal”).

De acuerdo a los Comentarios al Modelo OCDE, un lugar dedicado a realizar las actividades descriptas en los literales *e* y *f* (nuestros numerales 5 y 6) podría llegar a contribuir a la productividad de la empresa, pero los servicios prestados son tan lejanos a la realización actual de las ganancias que resulta difícil atribuir cualquier ganancia a ese lugar de negocios. A modo de ejemplo, no constituirían EP aquellas instalaciones cuya exclusiva finalidad sea la publicidad, el suministro de información, la investigación científica o los servicios en el marco de un contrato de *know-how*.⁸² Estas actividades se consideran auxiliares porque no integran una parte esencial y significativa de la actividad de la empresa. Claro que si la empresa se dedicara exclusiva o principalmente a prestar dichos servicios, habría plena coincidencia en el objeto y existiría, por tanto, EP.⁸³

76. BLANCO, *El aspecto temporal...*, p.132

77. Idem.

78. OECD Working Party Nro 1, ob.cit., num.42.39

79. VAN RAAD, ob.cit., p.106

80. VAN DER BRUGGEN, ob.cit., p.26.

81. Ob. Cit., num.42.40

82. OCDE, Comentarios al Art. 5 num.23 en VAN RAAD, ob.cit., p.108.

83. Ver idem, num.24

En definitiva, si la prestación de servicios resulta accesorio a una venta, a una licencia o a cualquier otra transferencia de tecnología, un EP no comenzaría a existir, sin importar cuál sea la duración del contrato. Si, por otro lado, la prestación de servicios tiene naturaleza principal, los servicios preparatorios o auxiliares a dicho contrato, no deben considerarse para el cómputo de los 6 meses de plazo.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo a todo lo expuesto, la prestación de servicios se encuentra gravada en nuestro país de la siguiente manera:

- A nivel de los CDI con Alemania y Hungría, las remuneraciones por servicios técnicos tributan en Uruguay hasta un máximo del 10% de su importe bruto (Art. 12), salvo que sean obtenidos a través de un EP, en cuyo caso rige el art. 7 y no hay limitación alguna. En el caso de los servicios “no técnicos”, si la actividad es realizada por una persona física, resulta aplicable el art. 14 y los ingresos serán gravables por Uruguay siempre que el prestador haya permanecido efectivamente más de 183 días en nuestro país. Si la actividad es realizada por una entidad, los ingresos serán gravables en Uruguay en la medida que exista un EP y los mismos le puedan ser atribuidos (Art. 7).

- A nivel interno corresponde distinguir entre los
 - *servicios prestados desde el exterior a usuarios de Zonas Francas*, los cuales permanecen exonerados,
 - *servicios técnicos prestados desde el exterior a contribuyentes del IRAE*, en cuyo caso se encuentra gravado por el IRNR y los
 - *servicios prestados en Uruguay por no residentes*, los cuales se encuentran gravados por el IRNR o el IRAE, si el prestatario tiene un EP en Uruguay.

En cuanto a la prestación de servicios técnicos por no residentes, la solución es, como se vio, fuertemente criticable, ya que agrava la doble imposición internacional y no existe fundamento alguno para gravar dichos pagos por el mero hecho que el servicio es “utilizado” en Uruguay.

Respecto al EPS, su inclusión en derecho interno no cumple lógicamente la finalidad de obtener Potestad Tributaria sobre ciertas actividades que, de otro modo, podrían quedar excluidas de ella, sino que equipara la tributación de residentes y no residentes cuando, por el volumen y la duración de la actividad, no existe justificación para un tratamiento diferente. Se amplía de este modo la tributación en base a IRAE en defecto del IRNR, lo cual podrá significar en una mayor recaudación o no, dependiendo de si el 25% sobre la renta neta se traduzca en un mayor importe que el 12% sobre el ingreso bruto.⁸⁴ Claro que el camino escogido podría haber sido otro, en forma de nuevo hecho generador del IRAE, sin desvirtuar el concepto clásico de EP al posibilitar que servicios prestados fuera de la relación de dependencia y, como tales, rentas predominantemente del trabajo, sean gravadas a través de un mecanismo conceptualmente previsto para las rentas empresariales. Si el ánimo hubiera sido meramente recaudador, también se podría haber incrementado la tasa del IVA en aquellas prestaciones de servicios realizadas por no residentes⁸⁵ o, directamente, no admitir la deducibilidad del gasto en la empresa pagadora.

Por otro lado, esto puede traer como consecuencia que determinados aspectos de la prestación de servicios (planificación, investigación, diseño, recolección de información, etc.) sean realizados fuera del país, ya que el prestador podría intentar minimizar el tiempo de permanencia en Uruguay para no configurar este EP, si la tributación por IRAE le fuera más gravosa.

Sin perjuicio de ello, esto no es un invento del legislador patrio, sino una copia casi textual del modelo ONU, que otros países como China también han recogido en su sistema interno. Y si bien hay ciertos aspectos que deberían ser reglamentados (definición de “prestación de servicio”, “consultoría”, “mes”, “proyecto conexo”, etc.) y otros indudablemente modificados (la contratación de personal en Uruguay), nuestro país acompaña (y no a destiempo) las nuevas tendencias que, como vimos, se han propuesto internacionalmente en esta materia.

Montevideo, julio de 2007.

84. Ver ERMOGLIO, Enrique: *El establecimiento permanente en el proyecto de reforma tributaria*, Revista Tributaria XXIV, Nro.196, p.77.

85. Como acontece en Tailandia. Ver VAN DER BRUGGEN, ob.cit., p.30.

EL PAPEL CENTRAL DE LOS USUARIOS EN EL DERECHO ENERGÉTICO

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Coruña

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. LOS CIUDADANOS Y EL PODER PUBLICO. III. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS CIUDADANOS. IV. LOS SERVICIOS DE INTERES GENERAL. V. LOS USUARIOS Y LOS SERVICIOS PUBLICOS. VI. EL INTERES GENERAL EN EL LEVANTAMIENTO DE LA OPA DE GAS NATURAL SOBRE ENDESA.

I. INTRODUCCION

Los nuevos enfoques y aproximaciones que hoy podemos encontrar al tratar sobre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración pública suelen coincidir en la centralidad de la persona, del ciudadano, del particular, o del administrado. Es, me parece, la consecuencia de poner en orden un marco general en el que por bastante tiempo prevaleció una idea de la Administración como poder conformador y configurador de lo público desde los esquemas de la unilateralidad. No digamos ya en materia de servicios públicos y de servicios de interés general, dónde el usuario se ha convertido, afortunadamente, en el centro de atención de su tratamiento jurídico.

La filosofía política de este tiempo parece tener bien clara esta consideración del papel de la persona en relación con el poder público. Desde este punto de vista, la persona no puede ser entendida como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones y resoluciones públicas. Definir a la persona, al ciudadano, como centro de la acción administrativa y del ordenamiento jurídico-administrativo en su conjunto supone considerarlo como el protagonista por excelencia del espacio público, de las instituciones y de las categorías del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración. Es decir, a la hora de construir las políticas públicas, a la hora de levantar los conceptos del Derecho Administrativo debe tenerse presente la medida en que a su través se pueden mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, esta reflexión se antoja evidente pues éstos existen y se justifican precisamente para atender mejor a los ciudadanos en sus necesidades colectivas.

Afirmar el protagonismo de la persona no quiere decir atribuir a cada individuo un papel absoluto, ni supone propugnar un desplazamiento del protagonismo ineludible y propio de los gestores democráticos de la cosa pública. Afirmar el protagonismo de la persona es colocar el acento en su libertad, en su participación en los asuntos públicos, y en la solidaridad. Si nos atenemos al sentido promocional del poder público, el que sigue el artículo 9.2 de la Constitución española, podemos afirmar que, en efecto, generar las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, es una de las finalidades constitucionales de la Administración pública. En este sentido, las decisiones en materia de servicios públicos y de servicios de interés general deben estar presididas por este medular precepto constitucional pues de lo que se trata es de que los servicios públicos y los servicios de interés general sean entornos de humanización y de ejercicio de la libertad solidaria por parte de todos los ciudadanos. Los países con mejores servicios suelen ser países dónde se facilita la libertad, dónde se puede elegir entre diversas opciones.

Desde un punto de vista moral entiendo que la libertad, la capacidad de elección –limitada, pero real- del hombre es consustancial a su propia condición, y por tanto, inseparable de su ser mismo, y plenamente realizable en el proyecto personal de cualquier ser humano de cualquier época. Pero desde un punto de vista social y público, es indudable un efectivo progreso en nuestra concepción de lo que significa la libertad real

de los ciudadanos. Qué duda cabe que el poder público, si es sensible a las demandas reales de los ciudadanos de disponer de mejores servicios, puede contribuir, como manda la Constitución, a colaborar a que, en efecto, la libertad y la igualdad sean cada vez de mejor calidad.

En el orden político, bien lo sabemos, se ha entendido en muchas ocasiones la libertad como libertad formal. Siendo así que sin libertades formales difícilmente podemos imaginar una sociedad libre y justa, también es verdad que es perfectamente imaginable una sociedad formalmente libre, pero sometida de hecho al dictado de los poderosos, vestidos con los ropajes más variopintos del folklore político. Los servicios públicos y los servicios de interés general, en la medida en que están presididos por la universalidad, la asequibilidad y la calidad, garantizan a la ciudadanía en su conjunto una serie de medios y posibilidades que ayudan a la realización del libre desarrollo de la personalidad en la sociedad.

Desde la perspectiva del usuario de dichos servicios se comprende mejor, mucho mejor, la naturaleza y la funcionalidad de los principios de continuidad y regularidad ya que constituyen un derecho del propio usuario, no tanto una característica esencial, que lo es también, del servicio público o del servicio de interés general. Si se quiere, se puede expresar esta idea con otras palabras: el interés general, en cuya virtud se ha establecido el correspondiente servicio, reclama que se garantice durante toda la vigencia del mismo la universalidad, la asequibilidad, y la calidad, en un marco de continuidad y regularidad en la prestación. Estos parámetros legales van a hacer posible la vuelta al Derecho Administrativo, a un nuevo Derecho Administrativo, menos pendiente del privilegio y de la prerrogativa y más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios, de los ciudadanos.

II. LOS CIUDADANOS Y EL PODER PÚBLICO

En realidad, la cuestión de la centralidad del usuario de los servicios, sean públicos o de interés general, constituye una cuestión que nos aproxima al nudo gordiano de las relaciones entre el poder y la persona, entre el poder y el ciudadano. Por eso, pienso que algunas consideraciones sobre la naturaleza del poder en la democracia y la centralidad de la persona ayudan sobremanera a situarnos en el plano general del encuadramiento del tema que tiene, como es obvio, notas y connotaciones propias de la filosofía moral o política.

En efecto, las recientes transformaciones en el orden conceptual, metodológico y práctico que hoy están transformando la realidad del espacio público, nos ayudan a profundizar precisamente en el protagonismo de la persona para el Derecho Público en general, y para el derecho de los servicios públicos y de los servicios de interés general en particular.

Ha sido relativamente frecuente que bajo la consabida formulación del gobierno para el pueblo y por el pueblo se haya introducido en la mente de no pocos responsables y dirigentes públicos la idea de que el poder, en algún momento, pertenece, siquiera sea por derecho propio, a los propios gobernantes o administradores de la cosa pública. Ha sido, y es, ésta, una tentación bien sutil que termina por propiciar esa peligrosa separación entre el conjunto del pueblo y los dirigentes públicos que Alain MINC ha bautizado como una de las lacras de nuestro tiempo que invariablemente encontramos en los sistemas políticos abiertos, en mayor o menor medida.

Primera y principal reflexión: el poder, el gobierno, la administración pública, es de las personas, de los ciudadanos, que deben ser más conscientes de todo lo que supone la definición, análisis, ejecución y evaluación de políticas públicas. La ciudadanía, el pueblo, si se quiere utilizar esta expresión, debe tomar conciencia de su papel central en el sistema político y debe, además de reclamar y exigir una mayor eficacia en la prestación de los servicios generales, asumir su función central y protagonista en el conjunto del entramado social y organizarse de verdad, con libertad, profesionalmente, para la defensa de sus intereses colectivos. Desde este punto de vista cobra especial relevancia la inteligente alianza que se ha hecho en muchos países para que servicios de naturaleza social, siendo de responsabilidad pública, sean prestados efectivamente por instituciones sociales realmente preparadas para ello debido a su acreditada profesionalidad y eficacia. Edgar MORIN demostró años atrás las bondades de abrir las políticas sociales a la libre asociación de los poderes públicos con las instituciones sociales realmente preparadas para tratar humanamente con los excluidos, los desfavorecidos.

El ciudadano está en el centro, en el corazón del sistema político, por lo que el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas, sino como un instrumento de servicio objetivo a la entera sociedad. Como un instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de los ciudadanos. El pueblo y el poder, o el poder y el pueblo, son realidades cada más abiertas que plantean un cambio profundo en el esquema de fundamentación y de funcionamiento de la ciudadanía en su

conjunto. Pero, para ello, es menester tener bien presente que hoy en día esta tarea pasa por intentar que el poder se oriente a la humanización de la realidad y a la efectividad de los derechos humanos de todos sin excepción.

El poder público, bien lo sabemos, se justifica en función de hacer posibles los fines existenciales del ser humano. Es más, el poder público se legitima en la medida en que su ejercicio se orienta hacia este objetivo. El fundamento jurídico del poder público reside en la constitución natural del orden colectivo necesario para el cumplimiento de las funciones sociales fundamentales. Dicho orden, y por tanto su autoridad, se funda en la naturaleza del hombre. Así se entiende perfectamente que el poder político se encuentra subordinado al bien general de todos los ciudadanos.

Vivimos, no obstante, una situación en la que este modelo, guste más o menos, está en crisis. La crisis de valores morales unida a la crisis del llamado Estado del bienestar, han afectado al funcionamiento del sistema, desvirtuando algunos de sus elementos esenciales. Efectivamente, hemos asistido al desmoronamiento de un sistema basado en el intervencionismo, en el que el Estado y la administración pública estaban presentes en todos los rincones de nuestra vida. El sistema, a pesar de los pesares, continua vigente, si bien con más o menos presencia e intensidad según países y regímenes políticos. En efecto, rara es la situación en la que no tenemos que contar, hasta para las más pequeñas tareas, con la presencia del gobierno de España, de la Comunidad Autónoma, del Ayuntamiento, o de alguna empresa o ente dependiente de éstos. El resultado es que, finalmente, el Estado, omnipresente para todo, se muestra incapaz para responder a las cuestiones esenciales que necesita la ciudadanía debido a que se le encomienda toda una panoplia de actividades que exceden con mucho de sus posibilidades y auténticas funciones. Esa ineficacia obedece a múltiples razones, pero la que me interesa destacar en este momento es que el tiempo de la definición unilateral del interés público pasó. Hoy el interés general se define desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

En realidad, esta crisis, de la que se venía hablando hace años, sólo ha tomado verdadero cuerpo en el momento en que se ha producido un crecimiento desmedido del gasto público porque se pensaba que la solución a los males sociales era más Estado, más funcionarios, más decretos, más gasto público, cómo si el sector público fuese la solución mágica para cualquier problema social. Hoy la sociedad pienso que ha tomado conciencia de esta situación y reclama nuevas fórmulas, nuevos enfoques y nuevas soluciones desde una consideración más abierta y plural del interés general.

La crisis fiscal se produjo sencillamente por la imposibilidad de seguir aumentando los impuestos para sufragar el déficit público. Todos los Estados, al margen de las ideologías, se han lanzado a poner remedio a este importante problema de sus economías, pues nadie puede mantener indefinidamente un ritmo de gastos superior a los ingresos.

Paralelamente, en segundo lugar, hemos conocido una crisis de confianza en los poderes públicos y, en especial, en la administración pública como consecuencia de una cierta cultura en la que el manejo de los asuntos públicos se producía desde los fríos y mecánicos esquemas de una estructura que con frecuencia estaba demasiado alejada de las necesidades reales del pueblo. Los ciudadanos, por otra parte, percibían que las administraciones públicas eran aparatos extremadamente caros, ineficientes e incapaces de dar unos servicios adecuados a los más elementales exigencias de calidad del progreso económico y social: administraciones públicas caras y funcionarios pendientes de sus cuestiones corporativas más que de la tarea de servicio objetivo al interés general. Ciertamente, la afirmación puede ser injusta si se realiza desde la generalidad pero, en alguna medida responde al pensamiento de muchos, muchos ciudadanos.

Por todo ello, uno de los objetivos principales de la actuación política de los gobiernos es reformar de la administración pública, inspirándose las actuaciones que se llevan a cabo en conseguir que la administración sirva efectivamente al ciudadano, auténtico propietario del aparato público. Se trata de hacer realidad el lema «una administración pública más eficaz, que cueste menos y que piense más en el ciudadano», que es la rúbrica que encabeza la práctica totalidad de los procesos de reforma administrativa de vanguardia en nuestro entorno.

En definitiva, no se trata más que de dar cumplimiento a los principios que están recogidos en nuestra Constitución, que proporciona el marco normativo y de valores suficiente para devolver al ejercicio del poder político su sentido originario.

En efecto, los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir del ciudadano, de la persona, en función de sus necesidades colectivas porque, como dispone la Constitución Española «la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales (...) y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y descentralización (...), con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE). Además, la programación y ejecución del gasto público, «responderá a los principios de eficacia y economía» (artículo 31.2 CE).

La configuración del Estado social y democrático de Derecho supone una nueva funcionalidad de la administración pública. En efecto, la administración pública, al gestionar los intereses colectivos, no tiene ya que imponerse a los ciudadanos. Más bien, debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad y, por tanto, del pueblo en la elaboración de los criterios rectores que impulsen los intereses colectivos. En otras palabras, la administración ya no es dueña del interés público sino que está llamada, por su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas. Quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia administración pública de manera que tengan una decisiva participación en la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos. Esta aproximación, no lo oculto, se apoya en la consideración, prevista en la Constitución, de que los derechos fundamentales y la dignidad de la persona son los fundamentos del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE). De esta manera, se puede entender que los poderes públicos tengan la misión de crear un clima en el que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales y colaborar con la propia administración en la definición de los intereses públicos. Los derechos fundamentales ya no son solamente ámbitos exentos de la actuación de los poderes públicos, como ha reconocido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, sino elementos y líneas directrices del conjunto de la actividad de la administración. En este contexto, en esta dirección, pienso que estaremos más cerca de un aparato público que oferte servicios de calidad y que promueva los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En realidad, la necesidad de las reformas viene justificada precisamente porque el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes locales, como partes del Estado que son, están al servicio de la persona y no al revés, como ha venido siendo la norma en los últimos tiempos, sobre todo de la mano de ese Estado del Bienestar que debemos reinventar para que sea, efectivamente, de bienestar para el hombre, no de malestar o de laminación de la iniciativa y de la responsabilidad de las personas, de los ciudadanos. Menos bienestar para una élite que se lucra y beneficia del manejo y la gestión de los intereses generales y más y mejor bienestar para el conjunto del pueblo.

Es necesario, además, no olvidar que este tiempo que nos ha tocado vivir es una época de constantes y acelerados cambios. En concreto, parece que ya nadie duda de la crisis del llamado Estado del Bienestar. Ciertamente, los síntomas de agotamiento son evidentes. Pero, una actitud responsable, lejos de recrearse en el ocaso de un modelo que ha fracasado, debe asumir que el sistema se ha ido desmoronando porque no ha sido sensible precisamente a sus propios postulados. El gasto público se ha disparado sin criterios de racionalidad y la burocracia, la todopoderosa burocracia, ha sido la principal protagonista olvidándose, una vez más, que el verdadero eje de toda política pública está y se encuentra, en el hombre, en la persona, que no sólo es sujeto de derechos, sino que es destinatario de servicios y bienes, muchos de los cuales están en franca relación con su libre desarrollo que, como ha sentenciado solemnemente el artículo 10.1 de nuestra Constitución, repito, es uno de los fundamentos del orden político y la paz social.

Muestra de esa concepción de lo público son todos los casos en que las iniciativas sociales están sustituyendo a la, hasta ahora omnipresente, administración pública. Lo público debe abrirse a la realidad, a la legítima fuerza de las iniciativas sociales que representan la autenticidad y la espontaneidad del pueblo. Me parece que también ya se encuentra en el museo de las ideas esa interpretación cerrada, pétrea y hasta autoritaria de lo público. Sobre todo porque hoy más que nunca el interés público se nos presenta más vinculado a la efectiva promoción de los derechos de las personas. Para ello, debe ir desapareciendo la versión burocrática que apuesta por una fórmula única fuertemente centralizada. La fuerza de la libertad, los derechos de la ciudadanía y los nuevos tiempos, aconsejan otras orientaciones de los intereses colectivos.

Las libertades públicas formales son un test negativo sobre la libre constitución de la sociedad. No podrá haber libertad real sin libertades formales. Pero la piedra de toque de una sociedad libre está en la capacidad real de elección de sus ciudadanos. Y esa capacidad de elección mucho tiene que ver con la posibilidad de poder optar por servicios públicos y de interés general que permitan a las personas un mayor y de más calidad desarrollo libre de su personalidad en la sociedad.

Afirmar que la libertad de los ciudadanos es el objetivo primero de la acción pública significa, pues, en primer lugar, perfeccionar, mejorar, los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de Derecho como marco de libertades. Pero en segundo lugar, y de modo más importante aún, significa crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar –libremente– su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado. Creadas esas

condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano.

El centro de la acción pública es la persona. Desde este principio básico de actuación es posible establecer algunas de las líneas fundamentales que, desde una perspectiva que podríamos denominar -de un modo genérico- ética, configuran las nuevas políticas públicas entre las que se cuenta la existencia de servicios públicos y de interés general de calidad.

Desde este punto de vista, la persona, el individuo humano, no puede ser entendido como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones públicas. Definir a la persona como centro de la acción pública significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino, sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la vida pública.

III. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS CIUDADANOS

La caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo, en España, necesarios replanteamientos de dogmas y criterios que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferentes en su configuración, y en sus consecuencias, a los del nacimiento del Estado-Providencia y a las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, conceptual e institucionalmente, a los nuevos tiempos pues de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia, o, en otros términos, el Derecho del poder para la libertad, como ha señalado atinadamente GONZALEZ NAVARRO. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, este punto de vista es fundamental porque introduce una nueva manera de acercarse a este sector del Derecho Administrativo.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado al arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo hemos acudido a la aproximación subjetiva, a la objetiva y a la consideración mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático. Desde este punto de vista es menester sobrevolar, y superar, la atalaya, el observatorio, desde el que se construido un Derecho Administrativo, especialmente en materia de servicios públicos, en el que lo capital y central eran los privilegios o las prerrogativas del poder público.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece, es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto MAYER que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Hoy, el interés general se define, no ya unilateralmente por el Estado, sino a través de una justa e inteligente alianza entre el poder y los agentes sociales que, en cualquiera de sus modalidades, deben tener como elemento central la garantía de los derechos de los ciudadanos desde parámetros de solidaridad.

Es decir, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su "status quo", debe estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de

exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea. Y es también el caso de los servicios públicos, en los que las exigencias de universalidad, asequibilidad y calidad, determinan nuevas fórmulas que subrayen la posición central de los usuarios como tendremos ocasión de examinar en el conflicto jurídico planteado con ocasión de la reciente OPA de Gas Natural sobre Endesa.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución "in toto" de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías por otro radicalmente distinto, sino de estar pendientes de la realidad constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones que componen el Derecho Administrativo. Desde este punto de vista, el Derecho Público se nos presenta ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho que denominamos dinámico, abierto, plural y complementario. Ello no quiere decir que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que haga buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo, anteriormente referida, como el Derecho del poder para la libertad. En este marco conceptual encuentra su explicación el nacimiento de los servicios de interés general y la posición central del usuario como correlato necesario de la relevancia que ha adquirido en el Derecho Administrativo la función de garantía de los derechos de los ciudadanos como tarea fundamental a la que hoy está convocado.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las Ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más consciente de su posición institucional en el sistema democrático.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía- finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución "sirve con objetividad los intereses generales". Es decir, si en la democracia los agentes públicos son gestores de funciones de titularidad ciudadana y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en una capital sentencia de 7 de febrero de 1984 a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la autoridad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y la sumisión del aparato administrativo a los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, "potestas variandi", potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos del actual y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la

misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la administración pública sino, más bien, hacer posible y facilitar. En este sentido, la perspectiva central del ciudadano nos lleva también a buscar y encontrar nuevas figuras jurídicas que pongan al día la teoría de los servicios públicos en relación con los derechos fundamentales. De esta tarea surge el servicio de interés general que elimina la titularidad pública de determinados servicios, salvo los que en cada momento puedan ser esenciales para la comunidad, facilitando la entrada a las iniciativas sociales. Es decir, tanta libertad como sea posible y tanta intervención pública como sea imprescindible.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio, por parte de la burocracia, llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático y cerrado que se agotó en sí mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares. En esta dimensión unilateral y cerrada del Estado de Bienestar, los servicios públicos eran la prolongación de la larga mano del Estado en la sociedad: su titularidad era pública en todos los casos, fueran de contenido social o económico. Y, sobre todo, esta perversa manera de entender el Estado de Bienestar buscaba, ahora lo sabemos bien, hacerse cargo de todos los aspectos de la vida del ciudadano, desde la cuna hasta la tumba. En el fondo, se trataba de tener a la sociedad a merced del aparato público a partir de la máxima: tanta intervención como sea posible y tanta libertad como sea imprescindible. Ahora las cosas suceden, al menos teóricamente, de otra forma y se apuesta por la centralidad de la persona, de manera que la titularidad de los servicios públicos de naturaleza económica ha caído a manos de los servicios de interés general, y los de contenido social probablemente no muy tarde seguirán el mismo camino.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la fetén, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse en cada momento por interés general. Más que en la presencia de la administración pública, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia del interés general, que debe regularse en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucían algunas novelas de Pío BAROJA sobre la actuación de funcionarios que disfrutaban vejando y humillando a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que es menester seguir trabajando para que la ciudadanía pueda afirmar sin titubeos que la administración pública ha asumido su papel de organización al servicio y disposición del pueblo. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la administración pública sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la administración pública y sus potestades, privilegios y prerrogativas. En este contexto también se explica la penetración de versiones más abiertas que han ido desterrando la vieja construcción, vertical y autoritaria, del servicio público, presentándonos la categoría del servicio de interés general, que ni es una traición al Derecho Administrativo ni

una manifestación de la tan cacareada huída del Derecho Administrativo. Más bien, todo lo contrario. Resulta que ahora, como luego estudiaremos, estamos ante un nuevo Derecho Administrativo que tiene una tarea fundamental, mayor en intensidad que antes puesto que la garantía de los derechos de los usuarios ha dado lugar a que la propia Administración disponga de determinados poderes que permitan que la universalidad, la asequibilidad y la calidad del servicio sean una realidad.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor GARCIA DE ENTERRIA de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Está aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y la de los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo VON IHERING, el gran problema de las reformas administrativas se haya en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de los dirigentes, no tanto en los cambios normativos. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo, insisto, es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester citar, aunque sea de pasada, los artículos 9, 10, 24, 31, 53 y 103, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera que se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

La administración pública (estatal, autonómica o local porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la administración pública en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia, pues, a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, o bien a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza, arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente

florece la arbitrariedad, sorprendentemente “in crescendo” a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

La referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy relevante sobre cual pueda ser el elemento clave para caracterizar la administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y mando. Por eso, como señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de nuestra Constitución, que la administración pública está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio que era la principal característica que acompañaba a los monarcas de entonces. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos, lo cierto es que la administración pública debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Además, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Ordenamiento a que puede someterse la administración pública es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el Derecho elegido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está insito en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho Privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la administración pública justifique racionalmente porqué en determinados casos acude al Ordenamiento privado. El caso, por ejemplo, de los servicios de interés general, calificado por determinado sector doctrinal como manifestación de la huída del Derecho Administrativo, acaba resultando sorprendentemente un ejercicio de vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que existen núcleos básicos en los que es menester seguir los criterios públicos de mérito y capacidad, de publicidad y concurrencia y, sobre todo, de garantía de principios como los de regularidad y continuidad así como la garantía de determinadas características que trae consigo, en materia de servicios públicos, la posición central del usuario: universalidad, asequibilidad y calidad.

La idea de servicio tiene mucho que ver, me parece, con la crisis fenomenológica de este concepto en un mundo en el que prima ordinariamente el éxito económico, la visualización del poder y el consumo impulsivo, que trae consigo esta especie de capitalismo insolidario que aspira a manejar como marionetas a los ciudadanos. Hoy, estar al servicio de los ciudadanos parece tantas veces algo ingenuo, que no reporta utilidad y que, por ello, es un mal que hay que soportar lo mejor que se pueda. La inversión del problema, insisto, es una cuestión cultural en la que se trabaja poco porque requiere desarrollos de largo plazo poco atractivos para el hoy y ahora en el que vive sumida una clase política que renuncia normalmente a proyectos de largo alcance. Promover el valor del servicio público como algo positivo, incardinado en el progreso de un país, como algo que merece la pena, como algo que dignifica a quien lo practica..., constituyen reflexiones que se deben transmitir desde la educación en todos los ámbitos. Si estas ideas no se comparten, no sólo en la teoría, por más normas, estructuras y funcionarios que pongamos en danza, estaremos perdiendo el tiempo derrochando el dinero del común. De ahí que este criterio constitucional que define la posición institucional de la administración pública sea central en la reforma y modernización permanente del aparato administrativo.

La caracterización como objetivo de ese servicio es otra nota constitucional de gran alcance que nos ayuda a encontrar un parámetro al cuál acudir para evaluar la temperatura constitucional de las reformas emprendidas. La objetividad supone, en alguna medida, la ejecución del poder con arreglo a determinados criterios encaminados a que resplandezca siempre el interés general, no el interés personal, de grupo o de facción. Lo cuál, a pesar del tiempo transcurrido desde la Constitución de 1978, no podemos decir que se encuentre en una situación óptima pues todos los gobiernos han intentado, unos más que otros, abrir los espacios de la discrecionalidad y reducir las áreas de control, por la sencilla razón de que erróneamente se piensa tantas veces que la acción de gobierno para ser eficaz debe ser liberada de cuantos más controles, mejor. Es más, existe una tendencia general en distintos países a que el gobierno vaya creando, poco a poco, estructuras y organismos paralelos a los de la administración clásica con la finalidad de asegurarse el control de las decisiones que adoptan. En el fondo, en estos planteamientos late un principio de desconfianza ante la Administración pública que, en los países que gozan de cuerpos profesionales de servidores públicos, carece de toda lógica y justificación.

Por otra parte, no se puede olvidar que las reformas administrativas deben inscribirse en un contexto en el que la percepción ciudadana y, lo que es más importante, la realidad, trasluzcan el seguimiento, siempre y en todo caso, del interés general como tarea esencial de la Administración pública, en general, y de sus agentes, en particular. Pero interés general no entendido en las versiones unilaterales y cerradas de antaño sino desde la consideración de que el principal interés general en un Estado social y democrático dinámico reside en la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos, especialmente por parte los más desfavorecidos. El aseguramiento y la garantía de que tales derechos se van a poder realizar en este marco ayuda sobremanera a calibrar el sentido y alcance del concepto del interés general en el nuevo Derecho Administrativo.

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente, sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo. La proyección de estos principios en materia de servicios públicos ha producido el alumbramiento de un concepto de gran presente, y futuro, como es el de servicio de interés general, en el que se cumple a la letra esa definición moderna del Derecho Administrativo que entiende el ejercicio del poder para el bienestar general e integral de los ciudadanos.

Partiendo de la posición central de los derechos fundamentales de la persona, tal y como explicamos en el epígrafe anterior, resulta que éstos "constituyen la esencia misma del régimen constitucional" (sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1986) y son "elementos esenciales del Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica" (sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981). Como nervio central de la Constitución que son los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer "el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales" (sentencia de 16 de octubre de 1984), por lo que, lógicamente, la acción netamente administrativa de los poderes públicos debe estar orientada a que precisamente los derechos fundamentales resplandezcan en la realidad, en la cotidianidad del quehacer administrativo. En este sentido, una parte muy considerable del Derecho Administrativo que denominamos Constitucional debe estar abierto a proyectar toda la fuerza jurídica de los derechos fundamentales sobre el entero sistema del Derecho Administrativo: sobre todos y cada uno de los conceptos, instituciones y categorías que lo conforman. Obviamente, la tarea comenzó al tiempo de la promulgación de la Constitución, pero todavía queda un largo trecho para que, en efecto, las potestades públicas se operen desde esta perspectiva. Ciertamente, las normas jurídicas son muy importantes para luchar por un Derecho Administrativo a la altura de los tiempos, pero las normas no lo son todo: es menester que en el ejercicio ordinario de las potestades, quienes son sus titulares estén embebidos de esta lógica constitucional, pues, de lo contrario, se puede vivir en un sistema formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Los derechos fundamentales, como sabemos bien, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. En origen, cumplían su papel como espacios exentos a la intervención del poder, lo cuál ha sido relevante para, sobre esta formulación, construir una nueva funcionalidad desde su inserción en el Estado social y democrático de Derecho entendido desde una perspectiva dinámica. Así,

además de barreras a la acción de los poderes públicos, empezaron a entenderse, también, como valores o fines directivos de la acción de los poderes públicos como bien apuntara entre nosotros PEREZ LUÑO.

Ahora, cuando la administración pública actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo profesional la sensibilidad constitucional, por lo que debe acostumbrarse a asumir su papel de poder comprometido en la efectividad de los parámetros constitucionales, entre los que los derechos fundamentales encuentran un lugar muy destacado.

Los derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional desde el principio, “son los componentes estructurales básicos, tanto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política” (sentencia de 11 de abril de 1985). Es decir, informan el conjunto del Derecho Público y, por tanto, la construcción del nuevo Derecho Administrativo debe partir de su consideración, lo que trae consigo, como sabemos, la necesidad de releer y replantear tantas y tantas instituciones que, entre nosotros, se han explicado desde una perspectiva demasiado, en ocasiones, pegada a la prerrogativa y al privilegio.

En este contexto, se entiende perfectamente que el ya citado artículo 9.2 de la Constitución implique, no sólo el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas o de los grupos en que se integran sino que, y esto es lo relevante en este momento, demanda de los poderes públicos la tarea de facilitar el ejercicio de las libertades, lo que poco tiene que ver con una Administración que se permite, nada más y nada menos, que interferir en el ejercicio de determinadas libertades públicas y derechos fundamentales.

Quizás algún lector podrá pensar que aquí se mantiene una posición absoluta sobre los derechos fundamentales. En modo alguno. Los derechos fundamentales, salvo el derecho a la vida, pueden estar sometidos, en determinados casos, a límites derivados del orden público, porque aunque sean muy importantes, no pueden ser el expediente para la comisión de delitos o para la apología del terrorismo, obviamente. También pueden delimitarse por razones de interés general: es el caso, por ejemplo, de la propiedad inmobiliaria y el plan urbanístico. Igualmente, es el caso de la expropiación forzosa, puede ser que el ejercicio del derecho de propiedad deba ceder ante relevantes exigencias de la denominada utilidad pública o interés social. Se puede afirmar, en este contexto, que ni el interés general, ni los derechos fundamentales son absolutos. A renglón seguido es menester matizar que lo que es absoluto, en la mejor tradición kantiana, es la persona humana, que nunca puede tener la condición de medio porque no lo es; es una realidad a la que el Derecho Público debe prestar atención para que el conjunto de la acción administrativa esté dirigida precisamente a hacer posible el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales por todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos.

IV. LOS SERVICIOS DE INTERES GENERAL

El servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para DUGUIT y su escuela de Burdeos, precisamente del “servicio público”, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la “noción imposible” para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la constitución del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado y Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autorizatoria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de FORSTHOF todo lo invade y todo lo controla "desde la cuna hasta la tumba". Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución pública configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático de Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del "status quo".

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar veremos como el servicio público en sentido técnico – jurídico apenas cuenta y, no se si en su lugar, pero la realidad manifiesta la emergencia de los denominados servicios de interés general, o servicios de interés económico general y, por ende, produciéndose una ilusionante vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con él, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado – Sociedad, pierde su sentido jurídico - administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el servicio público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución aparentemente contradictorios y, sin embargo, bien complementarios. Me refiero, claro está, al artículo 38 y al 128.

El artículo 38 dispone:

"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación"

Por su parte, el artículo 128 establece:

"1.- Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general"

2.- Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado social y democrático de Derecho, por lo que los poderes públicos tienen la tarea preservadora, garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por ley, la reserva al Estado en exclusiva de determi-

nados servicios denominados esenciales. Evidentemente, está posibilidad debe ser motivada en la Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. Pienso que, en cualquier caso, el régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del servicio público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaje en el marco constitucional como fórmula habitual de prestación de los servicios públicos. Aunque, repito, en determinados casos, se pueda reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general, que habrán de concretarse y puntualizarse convenientemente, lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy sigan teniendo vigencia los motivos de la “publicatio”, en la versión de solidaridad social (DUGUIT) o procura existencial (FORSTHOF), sin embargo la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la “publicatio” – salvo excepciones – sino la técnica autorizadora – “ordenatio” – cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión solidaria que le es inherente. Entonces, la administración pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo precisamente a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se pueden olvidar, derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general.

No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre servicio público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del servicio público, es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego del binomio libertad - interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para el Derecho Administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o no, existe un gradual proceso de despublicación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización, que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los servicios públicos. En Europa, tras los Tratados fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del Mercado Único se llama libre competencia y que, por ello, la administración pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la administración pública ceda inerte ante los encantos del mercado. Tampoco, por otra parte, es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía HEGEL para alejarse de los postulados del mercado.

Algunos autores piensan que la pérdida de sentido de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos- sólo faltaría- no son conscientes de que precisamente a través del alumbramiento de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, o el del servicio de interés económico general, el Derecho Administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y adquiriendo protagonismo desconocido.

No se trata, pues, de certificar sólo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico – administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba VON IHERING, la mejor regulación del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el Derecho Administrativo en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el Derecho Comunitario Europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados servicios públicos de naturaleza económica.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general la función de garante del Estado aparece en todo su vigor a través de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y dónde mejor se contempla esa nueva función del Estado.

Sin embargo, frente a los nostálgicos del servicio público, que son los mismos que nos han inundado de pesimismo enarbolando la bandera de la huída del Derecho Administrativo, me atrevo, con modestia, a afirmar que hoy asistimos a una vuelta al Derecho Administrativo, eso sí, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y a partir de la necesaria superación de apriorismos y prejuicios metodológicos del pasado.

Los que nos dedicamos al estudio del Derecho Administrativo hemos comentado tantas veces que nuestra disciplina se caracteriza por hundir sus raíces en las movedizas arenas de la realidad, que sabemos, y somos testigos cualificados, de que los diferentes sentidos e interpretaciones que acompañan a los conceptos de nuestra disciplina son deudores precisamente del cambiante marco constitucional por el que discurrieron en el pasado y por el que discurren en el presente. Quizás, por ello, el proceso de liberalización y desregulación que hoy nos toca vivir es una oportunidad para seguir defendiendo el Derecho Administrativo como ese Derecho del poder para la libertad, de manera que la función de garantía de esa libertad, en el marco del Estado social, es su principal señal de identidad.

Para algunos, las consecuencias de la realidad que es, valga la redundancia, la que es, han traído consigo un injusto proceso al servicio público tal y como señala REGOURD. No es, sin embargo, un ajuste de cuentas metodológico o conceptual, Dios me libre, a la tradición del Derecho Administrativo francés; por cierto, de la que todos hemos aprendido tantas cosas. En su momento, como quería DUGUIT, sí que el servicio público era la piedra angular que justificaba la propia existencia del Estado. Luego, algunos, como ALESSI, señalaron que había tantas nociones del servicio público como autores se han acercado a su conceptualización. VEDEL llamó la atención sobre la elasticidad y flexibilidad de una noción que, para él, era perversa precisamente por su imposibilidad de definición. WALINE nos alertó sobre la condición de “etiqueta” del servicio público. En fin, que no negamos su trascendencia en el pasado, pero afirmamos que en el presente ya no tiene apenas razón de ser como no sea en los supuestos, en verdad excepcionales, de reservar al sector público en exclusiva servicios esenciales.

Antes de la crisis definitiva del concepto, se puede hablar de dos momentos difíciles para nuestra categoría. La primera crisis se puede datar en la segunda mitad del siglo XIX cuando al Estado no le queda más remedio que asumir las prestaciones asistenciales básicas como la sanidad y la educación. Y, además, se hace con la titularidad de los servicios económicos de mayor trascendencia, especialmente lo que hoy denominaríamos grandes inversiones públicas. Aparece entonces, con su proverbial magisterio a la cabeza de la Escuela de Toulouse, HAURIOU, quien nos dejaría, para mí, la mejor definición del servicio público: “servicio técnico prestado al público de manera regular y por una organización pública”. Era el momento de aquella fenomenal polémica sobre la esencia del Derecho Administrativo entre los grandes: JEZE, seguidor de DUGUIT, de los de Burdeos – el servicio público – y VEDEL, a la zaga de la Escuela de Toulouse – el poder público o las famosas cláusulas exorbitantes - .

En lo que se refiere a la actividad económica, el Estado asume la titularidad renunciando a la gestión en virtud de la conocida doctrina del concesionario interpuesto. Así, la declaración del servicio público implica desde el principio la titularidad pública, mientras que la gestión se confía a los particulares. Más adelante, el espacio local, que siempre es el mejor laboratorio del Derecho Administrativo, nos lleva, de la mano de los fabianos en el Reino Unido, a los supuestos de municipalización de servicios públicos. En 1929, la gran depresión trae consigo la quiebra de los grandes concesionarios, por lo que será el Estado, y ya no digamos en Europa tras la II Gran Guerra,, quien tenga que correr con la responsabilidad, también, de la prestación directa de los servicios.

La segunda crisis, en la que todavía estamos instalados de algún modo, viene de la mano del nuevo ídolo del altar de las ideas públicas, como señala el profesor FERNANDEZ RODRIGUEZ: la competencia. En efecto, la competencia, la liberalización, es la palabra que utilizan las fuentes originarias y derivadas del Derecho Comunitario Europeo. Es, se dice, el dominio de la economía. Estamos en el apogeo de los economistas y de las Escuelas de Friburgo – la competencia es la clave del desarrollo económico (EUCKEN) - , de Viena – principio de no intervención pública (HAYEK), de Chicago – guerra a los monopolios (FRIEDMAN) - , o de “Public Choice” – la realidad en cada caso aconsejará si lo procedente es la iniciativa pública o privada (BUCHANAN) - .

Ciertamente, si alguien puede detener, parar el fundamentalismo económico en la vida social, es un Derecho Administrativo para el que la clave, en materia de servicios públicos – en sentido amplio – es prestar servicios que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos. Este es el “punctum dolens” de nuestra reflexión: lo decisivo no es quien preste el servicio sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas. Es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios.

En este contexto se comprenderá la aseveración de Pierre DEVOLVÉ cuando afirma categóricamente que el servicio público es la principal amenaza para las libertades públicas. Por tanto, el nuevo concepto de servicio económico de interés general que se alumbra en el marco de Derecho Comunitario Europeo es la expresión del moderno Derecho Administrativo y el concepto desde el que contemplar la posición del Estado en la nueva economía.

Por un lado, el avance científico y tecnológico ha arrumbado esa versión estática de la “publicatio” que antaño justificaba la existencia del servicio público en la insuficiencia de capital privado para asumir los grandes servicios económicos y sociales. Y, por otro, no podemos negar guste o no, que la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos Estados que, además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los servicios públicos tradicionales.

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por mor de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el Mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, “despublicatio”, no son más que términos jurídico – económicos o económico – jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

Finalmente, quiero señalar que el iuspublicista no debe, no puede permanecer insensible ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la Política Económica han traído consigo esta segunda y definitiva crisis del servicio público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general, que, como sabemos, procede del Derecho Comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué?. Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con “publicatio” y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas “public utilities” garantizadas por la regulación – sin más- de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbró el metaconcepto de servicio económico de interés general o el de servicio de interés general. Por eso, en el vigente artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia”

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo “interés general”. Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como “objetivos fundamentales de la Comunidad”.

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión el nuevo artículo 16 de la versión consolidada que establece lo siguiente:

“... a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a partir de la interpretación del artículo 90.2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los servicios públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo “la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del servicio público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares”.

En la sentencia del 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no sólo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí dónde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la Autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Llegados a este punto, en sede de servicio público, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos o perplejos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de servicio público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del servicio público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos: servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligación de servicio público y empresa Pública

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde la Comisión se refiere a otro concepto de gran trascendencia, cual es el concepto de servicio universal sorprendiendo que no haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de servicio público y el servicio público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las Autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico. En el Derecho Español, tras haber sido configuradas las telecomunicaciones en 1987 como servicios esenciales de titularidad estatal reservadas al sector público, hoy, la ley de 2003, reconoce su condición de servicios de interés general. Ello es muy importante porque desaparece la titularidad estatal aunque no su presencia, ya que es necesario también velar por la mejor satisfacción del interés general. De ahí que hoy este sector sea un sector regulado. Regulación que aconseja que se eviten las posiciones de dominio, por una parte, y, por otra, que determinadas prestaciones, lleguen al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad y calidad. Pues bien, esta dimensión positiva del quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, la igualdad y la calidad supone la existencia de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que se encuentra el servicio universal. El sentido de estas obligaciones es bien sencillo: garantizar un mercado libre de posiciones dominantes entre los empresarios y de usuarios mal atendidos.

Las telecomunicaciones son, por tanto, un servicio económico de interés general, con unas obligaciones de servicio público, siendo el servicio universal, me parece, la más destacada. En el Derecho Comunitario, desafortunadamente, no se distingue con claridad suficiente el concepto de servicio económico de interés general y servicio público. Quizás, como ocurre en la polémica doctrinal referida al concepto de servicio universal, porque para muchos sigue pesando lo suyo la clásica noción de servicio público y, por ello, no resisten la desaparición del concepto y se felicitan porque el "nuevo servicio público" sea el servicio universal.

De acuerdo con el artículo 22.1 de la nueva Ley de 2003, el servicio universal se define como "el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible". Calidad, accesibilidad y asequibilidad podrían ser las tres notas que hoy caracterizan el concepto de servicio universal en materia de

telecomunicaciones y que supondrían obligaciones de servicio público en la medida en que la Administración debe garantizar su efectividad.

La obligación de servicio universal es una obligación de servicio público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de las telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido) que pasan de ser servicios públicos “*stricto sensu*” o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, sólo faltaría, el acceso de cualquier ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuales sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal sólo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de servicio público. Insisto, otra cosa, bien distinta es que, en efecto, se admita que la representación del nuevo concepto de servicio público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de servicio público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el servicio público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del régimen de servicio público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. Como ha señalado RAPP, no se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado.

Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de servicio público y de la economía de mercado. Atinada porque acierta a contextualizar la cuestión y, actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del Derecho Administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que el relativismo y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio Derecho Administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de servicio público – continuidad, regularidad – y del mundo del mercado – no monopolio – en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del Derecho Administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

La ley de 2003, que profundiza en la libre competencia del sector, introduce, como parece lógico una vez transmitido cierto tiempo desde la liberalización, mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio. Es, me parece, una medida de sentido común y de sentido jurídico relevante para evitar que la libre competencia pueda ser ficticia o aparente. Además, y esto es lo que me interesa destacar ahora, se refuerza la protección jurídica de los usuarios, ampliándose el elenco que elementos de la obligación del servicio universal.

En efecto, como se reconoce en la propia exposición de motivos, la ley de 2003, el legislador “recoge la ampliación de las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal.” En concreto, en el artículo 22, se incluyen, a las que ya establecía el legislador de 1998, el acceso funcional a internet y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permiten un mayor control del gasto por los usuarios”

El contenido mínimo del servicio universal lo fija el Reglamento y se resume en los siguientes extremos. Todos los ciudadanos pueden recibir conexión a la red pública telefónica fijo y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. Todos los abonados al servicio telefónico deben disponer gratuitamente de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial, que, como mínimo, será de ámbito provincial. Que exista una oferta suficiente de teléfonos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional. Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios. Ahora, de acuerdo con la nueva ley, se añaden, como comenté anteriormente, dos

nuevas obligaciones para los operadores que - artículo 23 – designe el Ministerio para atender el servicio universal.

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del Derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quién hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del servicio público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad, continuidad...son notas del servicio público que son válidas también para servicios de interés general, como se denominan hoy los servicios públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la administración pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el Derecho Administrativo se presenta como el Derecho del Poder para la libertad.

V. LOS USUARIOS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El reciente auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 por el que se suspendió cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de la relevancia jurídica de los usuarios en el mundo del suministro del gas y la electricidad. El tema es central a los efectos de este trabajo porque invita nada menos que a reflexionar sobre el papel de los usuarios de los servicios de interés general en el Derecho Público moderno.

Es conocido que el Tribunal Supremo argumentó, como más adelante analizaremos "in extenso", que a la hora de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los intereses en conflicto, debe partirse del dato de que el interés de los usuarios en este sector es preferente al de los accionistas. Por una razón obvia: porque en estos sectores son usuarios o consumidores todos los residentes en España, de dónde se infiere que el derecho de los usuarios a buenos servicios a buenos precios es un corolario necesario de la progresiva liberalización de estos mercados. Es decir, mientras el derecho de los accionistas atiende a un determinado grupo de personas, lo cierto es que los usuarios, potenciales y reales del mercado del gas y de la electricidad, son todos los residentes en España, por lo que su protección adquiere mejor condición que la de los accionistas porque están en la misma médula del interés general.

Primar el interés de los accionistas sobre el de los usuarios constituye una peculiar manera de entender el interés general basado en consideraciones parciales. Estamos en presencia de mercados de transición del monopolio a la liberalización en los que las situaciones de concentración o de posición dominante es casi seguro que van a afectar a los precios y a la calidad de los servicios.

Por otra parte, no podemos olvidar que la competencia es otro relevante parámetro de interés público pensado para abrir los monopolios al pluralismo, a la búsqueda precisamente de ambientes de mayor libertad de elección para los usuarios, que podrán optar por las compañías de su preferencia. Por tanto, limitar un mercado en transición a la liberalización es probable que no contribuya a mejorar las posibilidades de libertad de elección de dichos usuarios.

La competencia es un medio ideado para que el usuario sea el centro de estos mercados. Si se perjudica su posición jurídica cercenando su capacidad de elección, entonces se estará impidiendo el ejercicio de la libertad y, por ello, dificultando que los españoles dispongan de mejores servicios a mejores precios. Restringir la libertad sin causa justa es un ejercicio de autoritarismo incompatible con el estado de evolución social en el que estamos.

En los casos de servicios de interés general como el que nos referimos, gas y electricidad, parece más claro que el papel del usuario deba ser central pues precisamente la razón de la desregulación de estos sectores está presidida por la idea de que se prime el derecho a elegir del ciudadano, lo que se puede alcanzar más fácilmente desde la competencia que desde el monopolio. Es más, habría que pensar que en las condiciones económicas y sociales actuales en Europa debieran ir desapareciendo poco a poco los servicios

públicos, según los casos y con intensidades diferentes, de manera que el problema de la tensión entre servicio público y libertad se resuelva pensando más en los ciudadanos que en el poder público. De alguna manera, la pugna entre poder y derechos fundamentales ha de ir resolviéndose poco a poco al servicio de la centralidad de la persona. Por eso, servicios tan importantes como la educación o la sanidad podrían ser considerados de interés general, lo que implicaría incluso una responsabilidad mayor del Estado en la garantía de la calidad, universalidad y asequibilidad de dichas prestaciones, pero no su titularidad pública, algo hoy trasnochado y periclitado.

Bien sabemos, sobre todo en el Derecho español, que los ciudadanos no disponen de un genérico y abstracto derecho a la prestación de un servicio público, salvo en el caso de los denominados servicios mínimos y obligatorios de los gobiernos y administraciones locales. Sin embargo, la perspectiva del ciudadano como usuario, como consumidor, que no cliente, de actividades y prestaciones de interés general, le sitúa en una nueva consideración que, a los efectos de este trabajo, debe tenerse bien en cuenta. Me refiero a que en estos supuestos en los que el ciudadano consume servicios de interés general, su posición jurídica participa también, de algún modo, y con mayor razón, de la posición de protagonismo que con carácter general se le atribuye al ciudadano en el marco de los postulados generales del Estado social y democrático de Derecho.

La Constitución española se refiere a los consumidores y usuarios, a ambos, en el artículo 51, cuyo parágrafos 1 y 2 disponen:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos especiales, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca”.

El constituyente reconoce a los usuarios y consumidores como dos colectivos diferentes aunque con rasgos comunes pues, de lo contrario, probablemente los hubiera regulado en preceptos distintos. Podría señalarse, a los efectos que ahora interesan, que el usuario es un consumidor de servicios públicos o de servicios de interés general. Interesa retener en todo este epígrafe, que los poderes públicos, según dispone el mandato constitucional de referencia, tienen como función central defender a los usuarios de servicios públicos y de servicios de interés general. Se trata pues de una consideración que se explica y se justifica atendiendo a la consideración central de la persona, del ciudadano, en relación con las prestaciones públicas o de interés general. Es decir, en el estatuto o régimen jurídico del usuario, este principio de la Constitución debe tenerse muy presente, de forma y manera que la defensa de los usuarios no se quede reducida a una mera declaración de intereses y alcance virtualidad práctica en los concretos servicios, sean públicos o de interés general, establecidos en cada momento.

El precepto, además, prevé una defensa especial de los usuarios en materia de seguridad, salud y legítimos intereses económicos. Ciertamente, la consideración de los legítimos intereses económicos de los usuarios va a tener más predicamento en sede de servicios de interés general que en materia de servicios públicos, por obvias razones. Además de establecer procedimientos especiales de protección para la salud y la seguridad de los usuarios, también debe recordarse que, en esta materia, los poderes públicos fomentarán la constitución de asociaciones y organizaciones que puedan expresar los intereses comunes de los usuarios, ordinariamente para cada servicio, sea público o de interés general. Cómo la Constitución no distingue entre servicios públicos, esenciales y de interés general, tampoco debe distinguir el intérprete, de manera que la expresión se refiere indistintamente a dichas modalidades de servicios.

En materia de servicios públicos, incluso en aquellos cuya gestión se confía al sector privado, no está claro del todo que la matriz jurídica que los regule sea privada o pública. GIANNINI ha hablado, para estos supuestos, de derecho privado especial porque, obviamente, existen componentes esenciales de Derecho Público que no se pueden desconocer puesto que, en estos casos, el servicio se establece con fondos públicos, fondos que están especialmente vinculados a una reserva esencial de principios de Derecho Público que no se pueden desconocer. En el caso de los servicios de interés general, dónde ya no hay titularidad pública de la actividad, por sorprendente que pueda parecer, como intenté demostrar en el epígrafe anterior, resulta que se certifica una clara vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que la garantía de los derechos más importantes del usuario a la universalidad, asequibilidad y calidad del servicio son de cuenta de la Administración, aunque el servicio esté prestado por empresas privadas. Junto a ello, también en los servicios de interés general el usuario tiene derecho a la continuidad y regularidad en las prestaciones, lo que ha de ser garantizado igualmente por la Administración pública. Que esto sea sí supone para el Derecho Administrativo, y sobre todo para la administración pública, una congruente intensificación de las técnicas

de supervisión, control e inspección de dichos servicios con el objetivo precisamente de garantizar la calidad, universalidad y asequibilidad de las prestaciones.

La administración pública no siempre es consciente de este nuevo papel que juega, lo que en ocasiones puede poner en entredicho cuestiones tan estratégicas como la continuidad del suministro en supuestos extraordinarios por no disponer de los medios personales y materiales acordes con las nuevas funciones que la Ley y la realidad le encomienda.

En los casos de servicios públicos como la educación, el régimen jurídico del usuario está disciplinado por normas de Derecho Público puesto que los usuarios se encuentran, por sorprendente que parezca, en situación de especial sujeción. Sin embargo, si atendemos al sentido actual de las reformas, también en los llamados servicios públicos de naturaleza social, es probable que la fuerza de la libertad y la victoria de los derechos fundamentales en su pugna con las características clásicas del servicio público, terminen por dar entrada a los presupuestos de la libertad solidaria dotando al usuario de una posición realmente central en la construcción y desarrollo de estos servicios o actividades de interés general, educación incluida.

Por tanto, la denominada vuelta al Derecho Administrativo en los servicios de interés general y el llamado Derecho Privado Especial que se aplica a las formas indirectas de gestión de servicios públicos, nos muestran un nuevo panorama en el que, poco a poco, se va sustituyendo la preeminente posición de la Administración en beneficio de la centralidad del usuario.

En los servicios de interés general se rompe con el dogma de la titularidad pública de la actividad. Se pasa de la "publicatio" a la "ordenatio". Es decir, cambia uno de los presupuestos formales más significativos del servicio público. Sin embargo, las notas caracterizadoras del servicio público permanecen, no sólo inalteradas, en el servicio de interés general, sino intensificadas en alguna medida. La continuidad, la regularidad, la igualdad y la neutralidad, también distinguen el régimen de los servicios de interés general. En estos casos, la Administración pública responde de una serie de obligaciones de servicio público, así llamadas en las leyes correspondientes, que los operadores han de cumplir para facilitar las exigencias de universalidad, asequibilidad y calidad inherentes a cualquier servicio público o de interés general.

Los principios de igualdad y neutralidad, de aplicación a los servicios públicos y a los servicios de interés general, garantizan la universalidad y el libre acceso, sin que se puedan establecer discriminaciones injustificadas. En el caso de las telecomunicaciones, por ejemplo, la obligación de servicio universal implica que las empresas que presten el servicio dispongan, para las personas con minusvalías, determinados requisitos y complementos en los sistemas de telefonía fija que demuestran hasta que punto la intensidad de la sensibilidad social es en estos supuestos una de las características de la prestación de estos servicios abiertos al mercado y con una intensa responsabilidad pública.

La posición central del usuario es independiente de que el régimen sea de servicio público o de interés general. En el caso del servicio de interés general tendrá, es verdad, más libertad para seleccionar el servicio que más le convenga. En el caso del servicio público, ordinariamente es más complicado que exista libertad de elegir servicio. Pero en ambos casos, los usuarios disponen de un derecho a prestaciones continuas, regulares, iguales, asequibles y de calidad.

Del nuevo derecho fundamental a una buena administración pública se deriva el correspondiente derecho de los usuarios a buenos servicios públicos y a buenos servicios de interés general. Probablemente, la traducción a términos concretos de este nuevo derecho de los ciudadanos en general, y de los usuarios de servicios públicos o de servicios de interés general en particular se refiera a los estándares de calidad que han comenzado a codificarse en las llamadas cartas de servicios, un instrumento de origen anglo-sajón que ayuda sobremanera a que el usuario conozca desde el principio la tabla de las obligaciones que debe cumplir el prestador del servicio, sea público o privado.

Ciertamente, este derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos y de los servicios de interés general, debe ser reconocible para el usuario a partir de algunos parámetros concretos, como pueden ser las notas que clásicamente configuraron en el pasado y configuran en la actualidad los servicios públicos: igualdad, neutralidad, continuidad y regularidad. Además, como las cartas de servicios incorporan ordinariamente obligaciones concretas del prestador del servicio, en caso de incumplimiento se podrán impugnar ante la jurisdicción competente en cada caso.

En los supuestos de huelga de estos servicios, la Administración ha de garantizar unos servicios mínimos razonables que permitan atender con regularidad las exigencias del servicio. El usuario, además, tiene en estos casos un obvio derecho a conocer con antelación la situación de la huelga y su duración a los efectos oportunos.

Una de las claves para entender el sentido de la evolución histórica de los servicios se refiere a la naturaleza jurídica del usuario. Según los postulados de la Escuela de Burdeos, cuna del servicio público, éste surge

de un acto unilateral de la propia Administración, del Ente público que presta el servicio. Pero ese acto está condicionado, como señala DUGUIT, a que el usuario emita una declaración de voluntad solicitando ser admitido a dicho servicio en los términos establecidos en la norma que lo disciplina. Una vez que el usuario es aceptado al servicio, entonces se convierte en titular de una situación jurídica objetiva, estatutaria, regida por las normas del servicio, que son por definición, mudables. Así las cosas, resulta que el usuario, ni tiene derecho subjetivo alguno a ser admitido al servicio ni a que la prestación en que éste consista se realice en determinadas condiciones, ni siquiera a oponerse a una eventual decisión de supresión del servicio. Es la consecuencia de concebir el servicio desde la unilateralidad, desde la consideración del usuario como súbdito, como un administrado al que la administración pública ha de aceptar al servicio. Algo que con el paso del tiempo y la llegada de los servicios públicos de naturaleza económica e industrial se terminó por la sencilla razón de que se tomó conciencia de que el interés general en estos casos descansa precisamente en la prestación de determinadas actividades de relevancia pública a determinados ciudadanos, que adquieren un papel activo puesto que a fin de cuentas el servicio está pensado y construido para ellos.

En la actualidad, con la consagración del principio de igualdad y el reconocimiento de que los poderes públicos tienen la obligación de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sea real y efectiva, las cosas van a ser distintas. Efectivamente, ahora el acceso no es un privilegio del aparato público sino un derecho de los ciudadanos. Hoy existe el derecho subjetivo a acceder en condiciones de igualdad al servicio público de que se trate y también el usuario del servicio tiene derecho a que éste se preste en las condiciones previstas en las normas que disciplinan el régimen jurídico y el funcionamiento del servicio. En este punto, las diferencias entre los servicios públicos y los servicios de interés son mínimas pues en ambos casos la administración pública tiene la obligación de asegurar y garantizar que la prestación se realice en unas determinadas condiciones que integran el derecho, del que hoy tanto se habla y se escribe, a buenos servicios públicos. Derecho que es el corolario necesario del más amplio derecho fundamental de todo ciudadano a una buena administración y a un buen gobierno de las instituciones públicas.

Con el advenimiento del Estado social de Derecho y su correlato, el Estado del bienestar, la participación ciudadana se convierte en el elemento del que se echa mano para suplir la llamada falta de legitimidad de la Administración. Empieza a hablarse de participación orgánica, de participación en la definición, análisis, ejecución, implementación y evaluación de los servicios públicos. En realidad, la participación de los interesados en el procedimiento administrativo adquiere gran relevancia y los usuarios y sus representaciones juegan un papel importante en orden al establecimiento de las normas reguladoras de los servicios, no así, por obvias razones, en lo referente a la gestión. Aparecen las cartas de servicios y las Autoridades independientes o neutrales, quizás llamadas así para encubrir precisamente la falta de autonomía de la que pueden gozar quienes están nombrados por el poder político, con el objetivo de ser garantes de los derechos de los usuarios en los servicios regulados.

VI. EL INTERES GENERAL EN EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA OPA DE GAS NATURAL SOBRE ENDESA

A) Introducción

El reciente auto de la sala tercera del Tribunal Supremo por el que se alzó la suspensión del acuerdo del consejo de ministros de febrero del año anterior autorizando con condiciones la OPA de Gas Natural sobre Endesa, de fecha 15 de enero de 2007, plantea un interesante debate sobre el significado y funcionalidad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y, sobre todo, acerca de la operatividad del Derecho Administrativo entendido como el Derecho del servicio objetivo al interés general en un mundo en el que el mercado campa tantas veces a sus anchas derribando y saltándose toda suerte de límites, incluso los provenientes de la realización jurídica de los intereses generales.

El argumento que utilizó el Tribunal Supremo, por auto de 28 de abril de 2006 en cuya virtud suspendió la OPA de Gas Natural sobre ENDESA, de acuerdo con el artículo 130 de la ley jurisdiccional de 1998, se centró en la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto junto a la posibilidad de que, de acordarse la ejecución del acuerdo, el recurso perdiese su finalidad legítima. Criterios que, acertadamente, llevaron a la sala a suspender el acuerdo. La preferencia del interés general, concretado en la superioridad de los intereses generales de usuarios y consumidores sobre el derecho de accionistas e inversores en bolsa, tal y como acreditó entonces la sala, parece, atendiendo a la operación mercantil proyectada y a los informes de

los órganos reguladores, un dato de primera magnitud en orden a la medida cautelar. En el mismo sentido, tal y como señaló el Tribunal Supremo en su auto del mes de abril de 2006, a partir de los informes técnicos de la Comisión Nacional de la Energía y del Tribunal de Defensa de la Competencia, se puede producir, de mediar la Opa, una situación de irreversibilidad que haría inviable una sentencia anulatoria del acuerdo del Consejo de Ministros.

El auto de 28 de abril de 2006 acordó la suspensión. El 26 de junio del mismo año, la misma sala del Tribunal Supremo rechazó, por los mismos argumentos que fundaron la resolución de 28 de abril de 2006, la improcedencia la recurso de súplica.

Cómo es sabido, las petición de la medida cautelar fue instada por Endesa y el recurso de súplica por el abogado del Estado y los codemandados: Gas Natural e Iberdrola. Meses después, el 17 de noviembre para ser más exactos, Endesa pide a la sala la modificación de la medida cautelar establecida a su favor el 28 de abril de 2006 y su sustitución por la medida cautelar consistente en la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones representativas del capital social de Endesa que pudiera adquirir Gas Natural de liquidarse la OPA. El abogado del Estado, sin compartir los argumentos esgrimidos por la representación procesal de Endesa, expresa su acuerdo con la revocación de la suspensión de la OPA. Por su parte, Gas Natural solicita que se rechace el incidente cautelar por entender que es un fraude procesal, se opone a la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones de Endesa que pueda adquirir Gas Natural de liquidarse la OPA y, para lo que ahora interesa, también pide que se deje sin efecto los autos de 28 de abril y de 26 de junio levantándose, para ello, la suspensión cautelar del acto recurrido. Iberdrola igualmente se opone a la modificación y sustitución de la medida cautelar que plantea Endesa pero también se muestra partidaria de la revocación de la suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros.

Es decir, la suspensión acordada el 28 de abr de 2006, ratificada el 26 de junio del mismo año, por sendos autos de la sala tercera del Tribunal Supremo, es levantada, por la misma sala, el 15 de enero de 2007.

Para analizar el régimen jurídico del levantamiento de la medida cautelar, me parece pertinente traer a colación los artículos 130.1 y 132. 1 y 2 de la ley jurisdiccional vigente, que son los preceptos, junto a la exposición de motivos de la ley, que el juzgador ha de tener presente para resolver el levantamiento de una medida cautelar.

El 130.1 señala:

“Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuándo la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

Por su parte, el artículo 132 dispone:

“1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto a las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.”.

Conviene, también, tener en cuenta la propia exposición de motivos de la ley de 1998 en punto a las medidas cautelares porque, como es sabido, en esta materia el legislador asumió buena parte de las reclamaciones y sugerencias que doctrina y jurisprudencia venían realizando en los últimos tiempos, sobre todo desde la proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las prerrogativas de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos en caso del recurso contencioso-administrativo:

“De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la nueva regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción. Se parte de la base de que la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que estime necesario. La ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para la adopción consiste en que la ejecución del acto a la

aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso o causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede ya constituir la única medida cautelar posible. La Ley introduce, en consecuencia, la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponde al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas cautelares “inaudita parte debitoris”-con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada- así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho”.

B) El régimen jurídico del levantamiento de las medidas cautelares

A tenor de lo dispuesto en el artículo 132.1 puede afirmarse que una vez adoptada la medida cautelar, ésta ordinariamente estará vigente hasta que recaiga la sentencia por la sencilla razón que el sentido y fundamento de su concesión se halla, previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, en que el recurso no pierda su finalidad legítima, lo que suele acontecer en los supuestos en que se puedan producir situaciones irreversibles. Esto es, la medida cautelar está destinada a llegar hasta el momento de la sentencia salvo que concurran, dice el precepto citado, nuevas circunstancias: si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera adoptado la medida cautelar.

Es, por tanto, el cambio de las circunstancias el único motivo que admite el legislador para que pueda prosperar el levantamiento o modificación de las medidas cautelares adoptadas. Se trata de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” a la materia. Si han cambiado las circunstancias sobre las que se ha establecido la medida cautelar, lo que procede es analizar la incidencia de esas circunstancias sobre su modificación o levantamiento, ya que es posible que en estos casos los propios argumentos jurídicos utilizados para la cautelar aconsejen, sobre nuevas circunstancias, una decisión distinta como pueda ser su modificación parcial o levantamiento. El quid de la cuestión reside, pues, en la mutación o no de los hechos, no, como señala el legislador en el párrafo segundo del artículo 132, en atención a los avances que se vayan haciendo en el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, como también dispone el legislador, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Como quiera que en el auto de 28 de abril de 2006 constan los criterios de valoración que utilizó el Supremo para disponer la suspensión, la cuestión del levantamiento de la medida cautelar se contrae a analizar si ahora el Tribunal Supremo aprecia la existencia de nuevas circunstancias que de manera suficiente permitan levantar la suspensión. Es decir, hemos de examinar hasta que punto se razona satisfactoriamente el cambio de perspectiva desde la apreciación de la modificación de circunstancias.

En mi opinión, como ahora comentaremos, al entender el Supremo que no se dan las nuevas circunstancias, no procedería el alzamiento de la cautelar. Sin embargo, en una exégesis al margen del régimen jurídico estricto que diseña la ley jurisdiccional para la materia, el Tribunal Supremo acoge una versión del principio dispositivo a partir del carácter rogatorio de la jurisdicción que deja en mal lugar el sentido y funcionalidad que la propia Constitución atribuye a la función judicial de la actividad administrativa en el artículo 106, sobre todo en la medida en que en el proceso contencioso administrativo el Juez o tribunal correspondiente controla la actividad administrativa así como los intereses públicos que la justifican. Intereses que, es obvio, son los generales.

El Tribunal Supremo, al conceder el alzamiento de la medida al margen del artículo 132.1 a partir del denominado principio dispositivo y de una determinada mutación del interés público, que no se justifica, inicia un camino singular en la materia que contrasta con el esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia por engarzar la ratio decidendi de las cautelares, como decía la exposición de motivos de la ley de 1956, en la incidencia del interés público, criterio que con el antiguo artículo 122 de la ley en la mano, salvo que se acudiera a la exposición de motivos de la ley, apenas tuvo aplicación hasta 1979 más o menos. Y, sin embargo, es el elemento básico y fundamental a considerar en un trámite procesal en el que se trata de analizar la ejecutividad de un acto o una norma administrativa, ejecutividad que como sabemos, se basa en el interés general.

Hace algunos años, 1986, me ocupé específicamente de este asunto y llegué a la conclusión de que el interés general debiera, junto con la irreversibilidad de la situación generada por la ejecución del acto, constituir el criterio central para la adopción y, en su caso, levantamiento de la medida cautelar.

La pregunta es, ¿han cambiado las circunstancias del caso de manera que los mismos criterios de valoración de la cautelar, no otros, aconsejen levantar la medida?. A ello, como señala el Tribunal Supremo se aplica la representación procesal de Endesa, consciente de que ese es el único argumento posible para llevar al ánimo del Tribunal la necesidad de levantar la medida adoptada ante el cambio de circunstancias.

C) Las nuevas circunstancias

La vieja ley jurisdiccional de 1956 contemplaba en el párrafo 4 del artículo 124 el levantamiento de la suspensión del acto administrativo en los siguientes términos:

“Levantada la suspensión al término del recurso o por cualquier otra causa, la Administración o persona que pretendiera tener derecho a indemnización de los daños causados por la suspensión deberá solicitarlo ante el Tribunal por el trámite de incidentes...”.

Si comparamos el régimen actual con el de 1956 nos encontramos con que hoy por hoy, como consecuencia de la tarea de la doctrina y de la jurisprudencia, el régimen del levantamiento o alzamiento de la medida cautelar está regulado de una manera más precisa. En concreto, la jurisprudencia entendió, auto del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1985, que el precepto al emplear el término “o por cualquier otra causa” se refería a los supuestos en que sobrevienen a la suspensión ya acordada circunstancias nuevas. Así, el Supremo dispuso que “la posibilidad de que la sala pueda reconsiderar la procedencia de la medida cautelar adoptada por cambio de circunstancias encuentra su apoyo no sólo en los principios que informan este tipo de procesos, sino también en la norma habilitante contenida en el apartado cuarto del artículo 124 de la ley jurisdiccional tal y como ha dicho la doctrina jurisprudencial en los autos de 12 de diciembre de 1962, de 12 de septiembre de 1963 y 31 de julio de 1967, pues si bien razones de seriedad o seguridad jurídica imponen mantener una medida de suspensión acordada si subsisten las circunstancias y éstas fueron correctamente apreciadas; su cambio o alteración exige una respuesta de acomodación al motivo legitimador nuevo, ya que el antiguo perdió su vigencia o virtualidad”.

Es más, el cambio de circunstancias sin más puede que no implique el levantamiento o modificación de la medida cautelar. Dichas nuevas circunstancias, de acuerdo con los criterios de valoración que en su día aconsejaron la adopción de la cautelar, han de aconsejar al Juez o Tribunal el levantamiento de la medida cautelar. Se trata de que las nuevas circunstancias lleven al juzgador, de acuerdo con la ponderación de los intereses en conflicto y con la posibilidad de que el recurso pierda su finalidad legítima, a la convicción racional del levantamiento de la medida cautelar.

En estos casos, cómo ya señalara en su día el Tribunal Supremo en el citado auto de 1985, la decisión del Juez o Tribunal no debe ir “en contra de lo que el interés público exija; dado que tal y como ha dicho la sala (sentencia de 14 de febrero de 1975) habrán de ponderarse en todo caso las circunstancias concurrentes, ya que la suspensión no puede imponerse a las exigencias del interés público, pues este es prevalente en la medida en que el interés público exija precisamente el cumplimiento del acto o disposición cuestionada”.

El artículo 132.2 excluye de la posibilidad del levantamiento o la modificación de las medidas cautelares varios supuestos que hemos de tener muy presentes, pues en su virtud no se podrá fundar la decisión del alzamiento de la suspensión. A saber, no se podrá alzar la cautelar en atención a los avances que se vayan haciendo durante el proceso en cuestiones de fondo o de forma, por una obvia razón: la medida cautelar no se analiza desde la legalidad, su eventual levantamiento tampoco, bien sea por argumentos materiales o formales. La medida cautelar se adopta en el marco de los efectos del acto o de la disposición tras una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto que haga perder al recurso su finalidad legítima.

El legislador también excluye la posibilidad del levantamiento de una decisión del juzgador a partir de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar. Ello significa, ni más ni menos, que el juzgador no puede utilizar para resolver sobre el alzamiento de la suspensión argumentos o criterios de exégesis distintos de los empleados en la resolución sobre la pertinencia de la suspensión. Por una poderosa razón: porque los criterios de valoración utilizados para la adopción de la cautelar son los que establece el legislador en el artículo 130 y en el caso de la decisión sobre el levantamiento parece congruente que, mediando nuevas circunstancias, serán los mismos criterios de valoración los que aconsejen, o no, el alzamiento de la suspensión. El artículo 132.1 señala, insisto, que procede el levantamiento si cambian las circunstancias en cuya virtud se hubiera dictado la suspensión. Es

decir, han de ser circunstancias directamente conectadas a los argumentos que el 28 de abril llevaron al Tribunal Supremo a acordar la suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros.

En el caso de la petición de alzamiento de la suspensión instada por Endesa, el Tribunal Supremo entiende en su auto de 15 de enero de 2007 que no se producen las nuevas circunstancias del artículo 132.1 de la ley de 1998. Para la representación de Endesa esas nuevas circunstancias residen en la OPA de Eon sobre Endesa, autorizada con condiciones por las autoridades españolas y por la Comisión europea a través de la dirección general de competencia. Igualmente, se considera que la entrada del grupo Acciona en el capital de Endesa es también una situación fáctica, sobrevenida y relevante que, a juicio de los solicitantes del alzamiento de la suspensión, hará todavía más remota la posibilidad de que triunfe la OPA de Gas Natural. Es decir, se trata de consideraciones de orden netamente económico y mercantil que se presentan para intentar llevar al ánimo del Tribunal Supremo que ahora la posición de los accionistas de Endesa podría verse perjudicada si se mantiene la suspensión al no poder éstos optar por considerar la oferta que consideren más ventajosa para sus intereses, de manera que, dicen, en la actualidad los efectos de la medida cautelar no están recayendo de forma predominante sobre Gas Natural sino sobre terceros y fundamentalmente sobre el proceso de OPAS en su conjunto. Por ello, se pide el alzamiento de la suspensión y que, en su lugar, se acuerde la suspensión de los derechos políticos de las acciones de Endesa que adquiera Gas Natural al liquidarse la OPA y, asimismo, la suspensión de la obligación de cumplir las condiciones a que el acuerdo impugnado ha subordinado la aprobación de la operación. Por su parte, el abogado del Estado, Gas Natural e Iberdrola se oponen a la modificación instada por Endesa pero se muestran conformes con que la medida cautelar adoptada el 28 de abril quede sin efecto, aunque no por las razones esgrimidas por la representación de Endesa.

La fundamentación del levantamiento de la cautelar en la existencia de nuevas circunstancias constituye la tesis de Endesa. Nuevas circunstancias, insisto, que se centran en la existencia de una oferta competidora a Gas Natural que ha sido autorizada y que se plantea en mejores condiciones, según parece, que la hacen más atractiva a los accionistas de Endesa que la de Gas Natural. Pues bien, según el auto del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007, “el argumento no puede ser aceptado, pues la circunstancia alegada no cabe calificarla de hecho novedoso, no tenido en cuenta por la sala en sus anteriores resoluciones. Los autos del pleno de la sala por los que se acordó y confirmó la suspensión de la eficacia del acuerdo del consejo de ministros ya contemplaron la posibilidad de que la OPA de Eon fuera autorizada (...) si bien descartaron la trascendencia de ese dato a la hora de adoptar la resolución, habida cuenta de que centraron su decisión en otro aspecto, al entender que la operación de concentración presentaba una doble faceta, una mercantil y otra pública, para razonar a continuación que esta segunda faceta podía y debía ser objeto de un enjuiciamiento independiente, en el que el interés primordial que había que proteger era el de los consumidores y usuarios, por encima del de los accionistas”.

Es decir, la OPA de Eon ya fue objeto de análisis jurídico con anterioridad por lo que no se trata de nuevas circunstancias. Pero es que, además, la OPA de Eon se refiere a un mercado notoriamente diferente al afectado por la OPA de Gas Natural sobre Endesa, que se refiere al marco territorial español por una parte, y, por otra, a distintas posiciones en el mercado del gas y de la electricidad.

El argumento fundamental de la sala el 28 de abril de 2006 al adoptar la suspensión fue efectivamente la consideración del interés general de usuarios y consumidores, que es superior al de accionistas en un mercado que afecta prácticamente a la totalidad de la población residente en España. Argumento que recuerda ahora el propio Tribunal Supremo trayendo a colación parágrafos completos del auto de 28 de abril de 2006 en los que se pone de manifiesto que incluso desde el punto de vista mercantil existe un interés público representado por la fiabilidad y seguridad de los mercados secundarios de valores, mientras que desde la perspectiva pública resulta que existe un indudable interés público en la defensa de la competencia, “por cuyo mantenimiento, decía el auto de 28 de abril de 2006, debe velar el consejo de ministros, evitando que los efectos restrictivos que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios a peores precios”. Es decir, la posición central de los usuarios es bien destacada por el Tribunal Supremo en el acuerdo de suspensión, por lo que, para levantar la cautelar lo razonable sería que, junto a la acreditación de la desaparición de la situación irreversible que haga perder al recurso su finalidad legítima, se garantizara que ya no existe perjuicio a los intereses de usuarios y consumidores.

Por otra parte, como recuerda el Tribunal Supremo en su auto de 28 de abril de 2006, los intereses de los accionistas o el daño que a juicio de la representación de Gas Natural se produjera a la libertad de empresa y a la transparencia y agilidad del mercado de valores son “sin lugar a duda intereses muy dignos de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuándo se enfrentan al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos”. Esta afirmación la realiza la sala del Tribunal Supremo porque entiende congruentemente que en un proceso contencioso administrativo, sea la fase que

sea, es un proceso en el que se analiza en derecho una actuación administrativa que, a tenor del artículo 106 de la Constitución, se proyecta igualmente sobre el interés público que ha de justificar y fundar cualquier actuación administrativa. Esto es así por la sencilla y elemental razón de que siendo el interés público el pilar del privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, es lógico y coherente que sea también el interés general un criterio muy, pero que muy revelante en orden a determinar la procedencia o no de la paralización temporal de la ejecutividad administrativa. Por eso, insisto, el legislador de 1956 entendió en la exposición de motivos de la ley jurisdiccional de 1956 que la incidencia del interés público es clave en orden a cualquier decisión que haya de adoptarse sobre la procedencia, o no, de la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido.

El auto de 15 de enero de 2007, pues, reconoce que para la sala “los intereses verdaderamente relevantes a efectos de la suspensión cautelar del acuerdo impugnado fueron principalmente el interés en la preservación de la competencia en el mercado del sector energético, la consiguiente protección de los consumidores y usuarios y también el interés institucional de Endesa en su subsistencia como proyecto empresarial”.

La presentación de la oferta de Eon fue analizada jurídicamente, dice el auto de 15 de enero, “bien que para ser rechazada su trascendencia en el expediente, toda vez que con anterioridad al auto de 28 de abril de 2006, mediante la providencia de 9 de marzo de 2006, se abrió un específico trámite de alegaciones sobre tal cuestión” Es decir, ahora la sala tras reconocer que la posible incidencia de la OPA de Eon fue analizada incluso con anterioridad a la adopción de la cautelar el 28 de abril de 2006, cita varios pasajes de dos votos particulares que, aunque son opiniones jurídicas muy respetables, no fueron, sin embargo, atendidas en dicho auto. Me parece que vale la pena glosar brevemente alguno de estos razonamientos porque parece que, en alguna medida, su pensamiento, el de estos votos, va a servir a la nueva mayoría de la sala a sostener que los intereses de los accionistas, el interés de la empresa Endesa, será el que al fin y a la postre, de la mano de la aplicación del principio dispositivo, será el criterio fundamental que funde la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

El auto de 15 de enero de 2007 se refiere a los dos votos particulares. Es de suponer que cuándo se citan expresamente alguno de sus párrafos será porque la nueva mayoría del Tribunal Supremo ahora entiende que esa doctrina tiene relevancia en orden a la decisión sobre el levantamiento de la medida cautelar. En uno de ellos aparece de forma bien patente la idea de que los intereses de los accionistas de Endesa resultan perjudicados con la suspensión: “...la adopción de medidas cautelares no sólo conllevará una situación de provisionalidad en el gobierno de las empresas afectadas, dilatada en el tiempo, que con alta probabilidad influirá negativamente en su dirección y gestión. Más aún, producirá una situación perjudicial para los propios accionistas, quienes quedarán privados durante toda la pendency del pleito de aprovechar tanto la oferta de Gas Natural como la de Eon”. En el mismo sentido el segundo voto particular que también recoge expresamente el auto de 15 de enero, señala que “los intereses privados de los accionistas estarán mejor protegidos permitiendo el juego de las ofertas en competencia. La suspensión acordada paraliza ambas ofertas hasta una fecha incierta. Mientras esta suspensión dure quedará impedido no sólo que los accionistas de la demandante puedan aceptar la oferta competidora sino también la mejora de la oferta primera que, eventualmente, pudiera ser planteada”.

Sin embargo, el criterio más solvente, desde mi punto de vista, para despejar cualquier duda jurídica que pudiera haber sobre la OPA de Eon como circunstancia habilitante, según el artículo 132, para aconsejar el levantamiento de la suspensión, la encontramos en el auto de la sala de 26 de junio de 2006 que resuelve el recurso de súplica frente al auto de 28 de junio en los siguientes términos “no ha perdido objeto la suspensión por el hecho de que ya está suspendida la OPA en otro proceso, o por efecto de la presentación de una OPA competidora, pues en ambos casos cabe que la suspensión se alze, en cuyo caso operaría la que se acuerda en esta pieza separada. Aunque el interés de uno de los impugnantes de la OPA sea obtener un mayor precio de las acciones, no debe olvidarse que hay otros demandantes cuyos intereses son también dignos de protección, y además está el interés público que debe ser especialmente valorado conforme al artículo 130 de la ley jurisdiccional”. Llama la atención, y no poco, la reiteración con que el auto de 28 de abril y el de 26 de junio fundamentan la suspensión en consideraciones concretas sobre el interés público, doctrina que parece coherente de acuerdo con la exégesis y doctrina que han estudiado las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en el que la referencia al interés público, concretado y materializado sobre el caso concreto, permite llegar a soluciones presididas por el sentido que tiene el derecho administrativo como el derecho del poder para la libertad, en feliz expresión del profesor González Navarro. Quizás por ello, para levantar la suspensión, lo razonable sea argumentar sobre esta materia hasta el punto de demostrar jurídicamente que, sobre todo, el interés de consumidores y usuarios, severamente perjudicado con la OPA de Gas Natural, ha desaparecido como consecuencia de las nuevas circunstancias

que aconsejarían el alzamiento de la cautelar. Sin embargo, veremos cómo la nueva doctrina del Tribunal Supremo no camina por la senda del régimen jurídico diseñado en la ley de 1998 sino a partir de principios generales sobre la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa y la aplicabilidad del principio dispositivo a este proceso.

En fin, sobre la cuestión de la OPA de Eon, el auto de 15 de enero de 2007 es claro y terminante: “A tenor de estos párrafos de las resoluciones recaídas en la pieza de medidas cautelares, se colige que la sala no dejó de tener presente que existía una oferta competidora y valoró que también la suspensión cautelar de la primera redundaría sobre la imposibilidad temporal de optar por una o por otra. Así las cosas, la presentación y ulterior aprobación de la OPA competidora por el grupo Eon no constituye procesalmente una circunstancia nueva a efectos del artículo 132.1 de la ley “. Si el único requisito establecido en la ley de 1998 para fundar el levantamiento de la medida cautelar reside en el cambio de circunstancias que hubieran aconsejado la suspensión, al menos tal y cómo está redactado el artículo 132.1 de la ley de 1998, podríamos preguntarnos, de nuevo, si lo razonable jurídicamente hubiera sido dar aquí por terminado la cuestión planteada y haber denegado el alzamiento solicitado.

Sin embargo, las cosas sucedieron de otra forma. A renglón seguido, tras esta declaración categórica y solemne de no atender al argumento de la representación procesal de Endesa en orden a la consideración de la existencia de las nuevas circunstancias, el Tribunal Supremo entra a estudiar jurídicamente el siguiente argumento de quienes solicitan el alzamiento de la medida cautelar. Veamos: lo determinante, para el levantamiento, según el nuevo argumento, no es la existencia de la oferta de Eon, sino que dicha opción ha sido autorizada y que, según parece, resulte más atractiva para los accionistas que la planteada por Gas Natural, con lo que lo más probable es que la OPA de Gas Natural no prospere, que es lo que cabría presumir en enero de 2007. Es decir, como resume el auto de 15 de enero de 2007, “la circunstancia nueva que a juicio de Endesa justifica la reconsideración de la vigencia de la suspensión aquí acordada es la práctica imposibilidad de que el acuerdo del consejo de ministros impugnado en este recurso llegue a desplegar su eficacia, por ser, a la vista de la evolución de los acontecimientos, altamente improbable que la OPA de Gas Natural triunfe”. Claro, Endesa, como reconoce el Tribunal Supremo, es consciente de que el gran obstáculo para conseguir el levantamiento de la suspensión es “el mayor valor que la sala dio al interés de los consumidores y usuarios frente a los accionistas (interés este último que es el que ahora se sitúa en primer lugar) y por eso trata de despejar ese obstáculo alegando que el interés de la protección de los consumidores y usuarios no será veraz perturbado por la modificación o revocación de la medida cautelar. Ahora bien, sustenta, sigue diciendo el auto de 15 de enero de 2007, esta apreciación en un presupuesto argumental que constituye la piedra angular de todo su razonamiento, cuál es el de que la OPA de Gas Natural no va a prosperar porque la del grupo Eon es mejor y Gas Natural no está en condiciones de igualarla, pero al razonar así está basando toda su construcción argumental más en hipótesis y conjeturas que en hechos ciertos y acreditados”. Con otras palabras, esta idea es ratificada por el mismo auto cuándo señala que “Endesa sostiene su argumentación en una perspectiva sobre el probable éxito de la oferta del grupo Eon, pero las conjeturas que realiza en tal sentido podrían ser dialécticamente contrarrestadas por conjeturas de índole opuesta. Hallándonos así, ante conjeturas e hipótesis que se mueven tanto en un sentido como en el contrario, no puede aceptarse en este incidente cautelar que demos preferencia a las primeras frente a las segundas, hasta el extremo de dar por supuesto que la OPA de Eon es la que va a triunfar y se va a liquidar”.

Por tanto, tampoco en este supuesto procede levantar la suspensión. Insisto, una vez que se ha analizado concienzuda y pormenorizadamente la alegación de Endesa relativa a la existencia de circunstancias sobrevenidas que aconsejen el alzamiento, lo razonable sería dar por terminada la argumentación jurídica y resolver la improcedencia del levantamiento por no haberse acreditado la concurrencia de la causa que para esta situación dispone el artículo 132.1 de la ley jurisdiccional. A pesar de ello, el Tribunal Supremo decide analizar también la conveniencia de alzar la suspensión acordada para decretar, en caso de que la OPA hubiera de ser liquidada a favor de Gas Natural, que a partir de ese momento quedasen suspendidos los derechos políticos correspondientes a las acciones adquiridas de acuerdo con el principio de proporcionalidad del artículo 726.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, según el cual una de las notas características que debe definir a una medida cautelar es la de no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. Sin embargo, para la sala tercera del Tribunal Supremo, no resulta tampoco convincente la apelación a este precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que “desde el punto de vista del gravamen o perjuicio sobre el demandado (en este caso el codemandado Gas Natural) resulta notorio que la situación para él sería más perjudicial y gravosa, especialmente desde la perspectiva de la suspensión de los derechos políticos de las acciones adquiridas, porque éstas, como consecuencia de la suspensión, habrían sido objeto de una transmisión irreversible en tiempo en que por razón de aquella

suspensión aparecerían mermadas en parte de su valor, pues sería transmitido el mensaje de que Gas Natural no podría inicialmente ni tomar el control ni ejercer influencia en el gobierno de la empresa adquirida". Por otra parte, como también recuerda el auto de 15 de enero en relación con esta cuestión, la suspensión de los derechos políticos es una medida expresamente prevista en el artículo 60 de la ley del mercado de valores para supuestos distintos de los contemplados en este caso, "ya que tal privación se articula como un reproche para quien adquiere un porcentaje significativo de acciones eludiendo la obligación de formular una OPA, mientras que aquí estamos ante el caso contrario, esto es, ante una OPA ya formulada y en trámite".

El Tribunal Supremo también descalifica jurídicamente la alegación de Endesa relativa a la aplicación del reglamento comunitario CE 139/2004 "no sólo porque la operación contemplada en el acto administrativo aquí impugnado no tiene trascendencia comunitaria, sino porque el precepto de ese reglamento referido a la suspensión de derechos políticos (artículo. 7.2.b) contempla la situación previa al pronunciamiento de la Comisión, mientras que en este caso nos hallamos ante un supuesto en que el consejo de ministros ya ha adoptado su decisión y las dos ofertas competidoras ya han sido aprobadas".

La OPA de Eon, pues, no constituye, en opinión del Tribunal Supremo, en su auto de 15 de enero de 2007, una "novedad jurídicamente susceptible de convertirse en palanca para levantar la suspensión acordada o sustituirla por la de suspender los derechos políticos y la ejecución de las condiciones impuestas en el acto objeto del litigio".

D) Régimen jurídico de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

En la regulación anterior a 1998, el régimen aplicable a la suspensión del acto administrativo en vía de recurso contencioso administrativo se encontraba en el artículo 122 y siguientes de la Ley de 1956 y, como admitió la jurisprudencia en algunos casos, dada la insuficiencia normativa de tal régimen, procedía la aplicación analógica de las normas de la ley de enjuiciamiento civil propias de las medidas cautelares. Sin embargo, en la exposición de motivos de la ley de 1998, en la que, como hemos señalado, se diseña un novedoso y completo sistema de protección cautelar en el orden jurisdiccional contencioso administrativo que recoge las distintas aportaciones de la doctrina y jurisprudencia de los últimos años. Cualquiera que conozca la literatura jurídica sobre la materia puede constatar que el tema de la justicia cautelar ha sido, sino el asunto central de estos años, uno de los principales argumentos para buscar nuevos enfoques desde los que mejorar sustancialmente el régimen de 1956. En este sentido, la cita realizada al principio de este epígrafe de la exposición de motivos de 1998 constituye una buena prueba de que ello es así. Por ejemplo, podemos leer en dicho preámbulo, tras constatar la antigüedad e insuficiencia de la regulación anterior que "la nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de las medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de seguir de guía a su adopción". Esto es, se trata de un completo régimen aplicable, como "regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza". Señala además la exposición de motivos, por si quedara alguna duda sobre el criterio central a tener presente por el juzgador al resolver sobre la medida cautelar, que éste "consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto". Por tanto, es razonable pensar que si este el argumento medular para adoptar la cautelar, su levantamiento, mediando circunstancias nuevas, ha de poder sustentarse en la desaparición, consecuencia de esas circunstancias novedosas, del criterio, en su caso, determinante de la adopción de la medida cautelar.

Por otra parte, la disposición final 1 de la ley de 1998 establece la supletoriedad de la ley de enjuiciamiento civil en lo no previsto en la ley de la jurisdicción contencioso administrativo, de dónde se infiere sin forzar el razonamiento, que serán de aplicación las normas procesales civiles en ausencia o laguna de disposición aplicable en la ley de 1998, lo que, en caso del levantamiento o alzamiento de la cautelar en modo alguno debiera acontecer desde la concreción y detalle con que está regulada esta vicisitud de la medida cautelar en el artículo 132 de la ley de 1998, precepto que, por supuesto, supera el viejo artículo 124 de la ley de 1956. Si esto es así, cómo parece, podemos volver a preguntarnos hasta que punto el Tribunal Supremo, una vez despejada la duda jurídica sobre la operatividad de las nuevas circunstancias en orden al alzamiento, puede acudir a otros argumentos extra legem para autorizar el levantamiento de la cautelar. Insisto, la lectura del artículo 132 de la ley de 1998 permite concluir que lo adecuado a Derecho será que una vez que se dicte la medida cautelar, esta permanezca en vigor hasta que recaiga la sentencia, de manera que sólo excepcionalmente procederá el levantamiento cuándo cambien las circunstancias en cuya virtud se hubiere acordado la

medida cautelar. Circunstancias que, parece obvio, han de estar directamente conectadas con la pérdida de consistencia de los argumentos que hayan llevado al juzgador a adoptar la medida cautelar, sin que sea posible que el Juez o Tribunal pueda, en orden alzamiento de dicha medida, pueda modificar los criterios de valoración que aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

En esta línea me parece pertinente, y bien fundamentado, lo dicho por el magistrado Oscar González en el voto particular al auto de 15 de enero al glosar la exposición de motivos de la ley de 1998, ya que dicho preámbulo actualiza “considerablemente la regulación de la materia”, lo que implica que “sus disposiciones tienen una pretensión agotadora de las medidas, dejando escaso margen a la aplicación de normas procedentes de otros sectores del Ordenamiento jurídico, en aquellos aspectos en que existe una regulación específica”, dice atinadamente el voto particular. Obviamente, cuándo no existe una regulación específica, o la que hay es problemática o confusa, entonces si que no hay el menor problema en aplicar las reglas generales de la interpretación de las normas. Pero cuándo la interpretación no ofrece dudas porque no se da el supuesto legitimador del alzamiento de la medida, entonces resulta más que discutible acudir a normas o principios jurídicos que hasta podrían desnaturalizar el sentido del proceso contencioso administrativo desde la luz del propio artículo 106 de la Constitución.

Por tanto, como se puede leer en el voto particular a que hago referencia, “cuándo el artículo 132 establece el principio general de vigencia de las medidas cautelares adoptadas hasta la terminación del proceso por alguna de las causas previstas en la ley, no admite, fuera de estos supuestos, la modificación o revocación de las medidas durante el curso del proceso salvo si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera adoptado”.

La lectura del párrafo segundo del artículo 132 mantiene, como hemos señalado, el principio general de mantenimiento de la medida cautelar adoptada, como dice el voto particular que comentamos, “al margen de los avatares que se vayan produciendo en el proceso, pues ni su revocación o modificación será procedente en función del análisis de las cuestiones de forma o de fondo que configuran el debate, y tampoco en razón de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”.

Por todo ello, al no haberse acreditado cambio en las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera acordado la suspensión, de acuerdo con el régimen jurídico establecido en la ley de 1998, lo procedente hubiera sido el mantenimiento de la medida que, además, es la regla general. Antes de pasar a examinar cuál poderosa razón capaz de excepcionar el régimen general fue la que abonó la decisión sobre el alzamiento de la cautelar, me parece que en este momento puede ayudar a comprender mejor la problemática en la que nos encontramos un repaso a los criterios sobre los que el Tribunal Supremo acordó la medida cautelar el 28 de abril de 2006, en el bien entendido de que, de mantenerse la actualidad de dichas razones, muy, pero que muy intensa y definitiva deberá ser la argumentación que de pie al levantamiento de la medida cautelar.

E) Criterios para la adopción de la medida cautelar

El auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 por el que se suspendió cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los intereses en conflicto. Tarea en la que debe partirse de la posición jurídica del interés de los usuarios en un sector, el del gas y la electricidad, en el que prácticamente todos los habitantes estamos concernidos. ¿Será, pues, que la centralidad de los usuarios y consumidores, por relevante que sea el interés de los accionistas o de los inversores, deba tener un lugar medular en la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto?. Esta pregunta es despejada en el auto de 28 de abril de 2006 en atención, cómo no podía ser de otra manera, del régimen jurídico que la nueva ley de 1998 establece para las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Por una razón obvia: porque en estos sectores son usuarios o consumidores todos los residentes en España, de dónde se infiere que el derecho de los usuarios a buenos servicios a buenos precios es un corolario necesario de la progresiva liberalización de estos mercados. Es decir, mientras el derecho de los accionistas atiende a un determinado grupo de personas, lo cierto es que los usuarios, potenciales y reales del mercado del gas y de la electricidad, son todos los residentes en España, por lo que su protección adquiere mejor condición, y mayor intensidad, que la de los accionistas si nos situamos desde la perspectiva del interés general.

Primar el interés de los accionistas sobre el de los usuarios constituye una peculiar manera de entender el interés general basado en consideraciones parciales. Estamos en presencia de mercados de transición del

monopolio a la liberalización en los que las situaciones de concentración o de posición dominante es casi seguro que van a afectar a los precios y a la calidad de los servicios.

Por otra parte no podemos olvidar que la competencia es otro relevante parámetro de interés público pensado para abrir los monopolios al pluralismo, a la búsqueda precisamente de ambientes de mayor libertad de elección para los usuarios, que podrán optar por las compañías de su preferencia. Por tanto, limitar un mercado en transición a la liberalización es probable que no contribuya a mejorar las posibilidades de libertad de elección de dichos usuarios.

La competencia es un medio ideado para que el usuario sea el centro de estos mercados. Si se perjudica su posición jurídica cercenando su capacidad de elección, entonces se estará impidiendo el ejercicio de la libertad y, por ello, dificultando que los españoles dispongan de mejores servicios a mejores precios. Restringir la libertad sin causa justa es un ejercicio de autoritarismo incompatible con el estado de evolución social en el que estamos.

El Tribunal Supremo se pronunció en dos ocasiones sobre la petición de suspensión cautelar del acuerdo del Consejo de Ministros que daba vía libre a la OPA de Gas Natural sobre la eléctrica Endesa. Por auto de 28 de abril de 2006 decretó la procedencia de la medida cautelar y por auto de 26 de junio del mismo año resolvió la improcedencia del recurso de súplica interpuesto por la representación de Gas Natural contra la suspensión del citado acuerdo del Consejo de Ministros. A nosotros nos interesa, a los efectos de este trabajo, llamar la atención sobre la doctrina del Tribunal Supremo en orden a la aplicación al caso concreto de los dispuesto en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998 cuándo señala que el juez o tribunal, para pronunciarse sobre la procedencia de la medida cautelar, ha de valorar circunstanciadamente los intereses en conflicto. Y, en esta materia, como es bien sabido, si es el interés general el presupuesto que justifica la ejecutividad de los actos administrativos, es lógico que para decidir sobre la paralización temporal de la eficacia de un acto sea necesario también analizar en que medida el interés general reclama precisamente la ejecución o la suspensión. Pues bien, en atención a este pronunciamiento que todo juez o tribunal contencioso administrativo ha de realizar se plantea la consideración del interés general.

El objeto del recurso contencioso administrativo era el acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006 por el que se supedita la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa por parte de Gas Natural a determinadas condiciones.

Pues bien, cuándo el Tribunal Supremo estudia la procedencia o no de la medida cautelar, señala que siendo la OPA una operación mercantil también es verdad que tiene elementos relativos a la competencia puesto que evidentemente la OPA, de salir adelante, producirá evidentes efectos en el mercado. Por eso, como dice el Tribunal Supremo en su auto de 28 de abril de 2006, tal y como recuerda ahora el auto de 15 de enero de 2007: "aunque prime la voluntad de los accionistas, que serán en último término quienes decidan si la operación prosperará o no en función del porcentaje de la aceptación de la oferta, contiene también, la OPA un interés público representado por la seguridad y la fiabilidad de los mercados secundarios de valores, cuya protección está atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores". Y, por lo que se refiere a la dimensión que afecta a la competencia, también señala el Tribunal Supremo que desde este punto de vista existe "un interés público indudable, que no es otro que la defensa de la competencia, por cuyo mantenimiento, en la medida de lo posible, debe velar el Consejo de Ministros, evitando que los efectos restrictivos de la competencia que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios a mayores precios".

Es decir, la perspectiva del usuario resulta central en esta cuestión como componente fundamental del interés público a considerar. ¿Sería posible mantener la eficacia de una disposición en cuya virtud se puedan generar peores servicios a mayores precios?. ¿Dónde quedaría, entonces, ese derecho al buen funcionamiento de los servicios de interés general?. ¿Es qué no constituye un elemento esencial de estos servicios su universalidad, su calidad y asequibilidad?.

Por tanto, si la competencia se restringe, si un mercado en transición a la competencia se cierra por admitir agentes que dominen la situación, parece que los usuarios estarían en peores condiciones que si se mantuviera la competencia en unas condiciones de razonabilidad que, según el auto del Tribunal Supremo, no se producen en este caso porque la competencia quedaría en entredicho al aparecer, fruto de la OPA, un gigante en una clara posición de dominio real del mercado del gas y la electricidad.

Claro, ahora sabemos que la OPA de Gas Natural se retiró, pero entonces postular este vaticinio como dato indubitable equivalía a trabajar sobre conjeturas lo que, por más probables que puedan parecer, no parece que sea un argumento de peso para la decisión judicial, ya que la posición contraria, dadas las reglas de funcionamiento de estos mercados, también admitiría algún grado de hipótesis, siquiera fuese mínimo.

El Tribunal Supremo se refiere en su resolución de abril de 2006, tras admitir que una operación de estas características produciría daños irreversibles, al interés de los accionistas, al daño que se produciría a la libertad de empresa, y a la transparencia y agilidad del mercado de valores. En este momento me interesa reseñar sobremanera la primera de estas cuestiones ya que es, para mí, la médula de la adopción de la medida cautelar y, por ello, habría de estar presente en su alzamiento pues si la posición de los usuarios y consumidores de gas y electricidad, de mantenerse la OPA quedarán en la misma situación, no acierto, desde el punto de vista jurídico, a explicar la razón del levantamiento de la suspensión de la OPA salvo que se acojan otros criterios, que son los que estudiaremos en el siguiente epígrafe. En efecto, como dice el auto de 28 de abril de 2006, estos intereses, los de los accionistas, son muy dignos de protección, “pero su intensidad debe rebajarse al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos”. Ciertamente, en un sector como el de la energía los usuarios representan una parte muy sustancial de la población que se encuentra directamente concernida por el uso de dichos servicios. Por tanto, se trata de un interés, cuantitativamente considerado, de mayor calado que el del interés, por supuesto legítimo, de una parte, por muy importante o relevante que esta sea. También es un interés, además de extenso, más intenso porque afecta con mayor fuerza y relieve a las condiciones de vida de los consumidores y usuarios, ya que se trata de la prestación de servicios de interés general muy relacionados con la calidad de vida de los ciudadanos.

Por otra parte, el Tribunal Supremo señaló en este auto que “no puede hablarse de que haya un interés público en que la OPA prospere, ni en que el Consejo de Ministros deba mejorar a través de su acuerdo la competencia existente, sino sólo mantenerla, no cabe olvidar que cualquiera que sea el número de los inversores en Bolsa a los que pueda afectar la operación, siempre será menor que el de los usuarios, ya que en los mercados de la electricidad y el gas están afectados todos los residentes en España, pues son servicios de primera necesidad hoy imprescindibles en cualquier hogar, comercio o industria, y que además inciden de modo directo en el presupuesto de dichos usuarios e indirectamente en la cesta de la compra, repercutiendo en el índice de precios al consumo”. Realmente, no es fácil encontrar resoluciones judiciales que expliquen mejor la dimensión jurídico-administrativa del interés público. En el caso de autos, nunca mejor dicho, se mantiene, como no podía ser menos, que el interés público ha de venir representado por el interés de los usuarios, que son la mayoría de los residentes en España, no sólo los nacionales. Además, todavía se da una vuelta de tuerca más al concepto de interés público puesto que se alude a un dato difícil de combatir como es el del presupuesto de los usuarios, a la cesta de la compra de la mayoría de los residentes en España. Efectivamente, frente a estas consideraciones, el interés que puedan tener los accionistas de tal o cual empresa cede, en extensión e intensidad, salvo que se entendiera que el interés de una parte fuera superior al del conjunto, algo que desde la consideración de lo que es, ha sido, y debe ser el Derecho Administrativo, me parece sencillamente inaceptable.

Por si hubiera quedado insuficientemente explicado el sentido en que el Tribunal Supremo entiende al interés público, señala que “el mantenimiento de un mercado competitivo, con las menores barreras de entrada posible, con el mayor número viable de operadores actuando, en el que la posición de dominio de alguno de ellos no sea extrema, constituye el pilar imprescindible de una economía de mercado, en orden a la libre determinación de los precios, de tal forma que los usuarios resulten beneficiados por esa competencia con la obtención de mejores servicios a mejores precios”.

En efecto, la competencia no es fin en si misma, sino un medio para que los usuarios dispongan de libertad para elegir los servicios que mejor se adecuen a sus necesidades. La competencia en un sistema de libre mercado obliga a los prestadores de los servicios a estar permanentemente pensando en cómo ofrecer mejores servicios a mejores precios. Al final, el interés público que está ínsito en la competencia repercute esencialmente en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios.

En el auto de 26 de junio de 2006, por el que se resuelve el recurso de súplica ante la suspensión otorgada por el Tribunal Supremo, los recurrentes vuelven a plantear la cuestión de si los derechos de los accionistas de Endesa son preferentes sobre los intereses de los usuarios, intereses, los de los accionistas que según se solicita, deben ser valorados con preferencia sobre otros, incluidos los de los consumidores, ya que éstos, según los recurrentes, tienen su protección en el régimen de tarifas establecidos en las leyes que regulan los mercados del gas y la electricidad. El Tribunal Supremo, en el auto de referencia, vuelve a señalar que “ya en el auto se explicaron las razones por las que se consideró prevalente el interés de los consumidores que, frente a lo que ahora se dice, no son ajenos los avatares anticompetitivos en los mercados energéticos, habida cuenta de que la formación de la tarifa, e incluso en la calidad y continuidad de los servicios, influyen decisivamente factores externos, cuya conformación responde a la situación de los respectivos mercados, especialmente los costes de los servicios, los déficits presupuestarios que en ellos se incluyen, y las variacio-

nes de suministro a los productores, muy sensibilizados en las centrales de ciclo combinado". Es decir, el interés de los usuarios en recibir buenos servicios a buenos precios está en un plano de mayor relevancia que las consideraciones sobre las técnicas de determinación de las tarifas, extremo ciertamente importante, pero que no puede ser considerado desde una óptica unilateral ya que el compuesto buenos servicios-buenos precios está directamente vinculado al interés público que detrás de la protección de la competencia en estos mercados de tanta trascendencia para la calidad de vida de los residentes en nuestro país.

F) El principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo

Llegados a este punto, toda vez que los parámetros hermenéuticos que ofrece la ley de 1998 parecen insuficientes para el levantamiento de la medida cautelar, nos encontramos con que la sala tercera del Tribunal Supremo estima que el argumento del abogado del Estado ha atenderse. Argumento inteligente, desde luego, pero que desde la perspectiva del interés general que entiendo está presente y se proyecta con intensidad en los procesos contencioso administrativos, resulta sorprendente. Veamos sino los términos en los que el auto del Tribunal Supremo de 15 de enero se refiere a la cuestión. De entrada se admite por el supremo órgano judicial que el razonamiento de la abogacía del Estado es novedoso, aunque objetivo, pues "la parte recurrente, que pidió y obtuvo la suspensión cautelar del acto impugnado, ha sido la que de forma sobrevenida ha instado su modificación o subsidiaria revocación". Es decir, ¿qué debe acontecer en un proceso contencioso administrativo, sometido al Derecho Administrativo, si a quien beneficia la cautelar concedida a su solicitud decide en un momento determinado, seguramente en función de sus intereses, instar su alzamiento o levantamiento?. Si estuviéramos en presencia de un proceso civil, la contestación no tendría especiales problemas, como no es difícil de colegir. Sin embargo, en el seno de un proceso contencioso administrativo, en un incidente en el que el interés general ocupa, ha ocupado, y seguirá ocupando un lugar central, las cosas no se pueden despachar de igual manera que si estuviéramos en un proceso mercantil, salvo que la nueva doctrina sea la de la privatización gradual del Derecho Administrativo hasta convertirlo en un simple instrumento para la realización de pretensiones privadas, por legítimas que éstas sean.

Ciertamente, cómo reconoce el abogado del Estado, según señala el auto de 15 de enero, las circunstancias alegadas por Endesa no son nuevas. A pesar de ello, de que no se da el presupuesto legitimador del alzamiento según el artículo 132 de la ley jurisdiccional vigente, entiende que "procede acceder a la revocación porque, cualesquiera que fueran las razones en su día sostenidas en su día por los recurrentes y cualquiera que fuera el fundamento de la decisión de la sala, ahora se trata de retirar una medida a petición de parte, siendo de recordar, dice el abogado del Estado, que se adoptan siempre a iniciativa y en beneficio de parte (artículo 130 LJCA), sin que puedan adoptarse ni mantenerse de oficio, de manera que si quien pidió y obtuvo la medida pide ahora que se revoque, esta petición basta por sí misma para que se proceda con arreglo a lo solicitado".

El razonamiento del abogado del Estado reclama algún comentario. Es verdad que la medida ha de solicitarse. Por supuesto, si no se solicita, no se puede conceder porque la jurisdicción contencioso administrativa es rogatoria. Ahora bien, que esto sea así, no quiere decir, ni mucho menos que, como se dice, el artículo 130.1 signifique que las cautelares se adoptan siempre a iniciativa y en beneficio de parte sin más. Se adoptan a iniciativa y beneficio de parte siempre que, tras una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, el juzgador estima que, de no concederla, el recurso podría perder su finalidad legítima. Es decir, si la cautelar viene exigida por el interés general, es obvio que el juzgador la va a otorgar, y si el levantamiento, a su vez, se opone al interés general, es razonable que el Juez o Tribunal la deniegue. Por una razón de naturaleza constitucional, porque el artículo 106 atribuye a los Jueces y Tribunales la función del control de la actividad administrativas y de los fines que la justifican. El día en el que desaparezca del control judicial de la Administración la consideración del interés general, ese día es probable que el Derecho Administrativo haya desaparecido. Por tanto, entendiéndolo que siempre ha de buscarse un argumento para defender la posición que corresponda, la afirmación de que la medida cautelar en el orden contencioso administrativo se adopta en beneficio de parte sin más matizaciones o modulaciones es sencillamente inaceptable.

Pues bien, la sala, que va a terminar acogiendo esta tesis, se manifiesta partidaria de la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa como regla general con algunas excepciones que han de tener carácter restrictivo. El carácter rogatorio caracteriza, es verdad, la esencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Es más, el acceso a la jurisdicción es a instancia de parte. Ahora bien, que la jurisdicción sea rogatoria no puede significar que se desconozca la propia naturaleza del Derecho que regula dicha jurisdic-

ción, que es, al menos por ahora, el Derecho Administrativo, Derecho que tiene mucho que ver con el control de los actos y normas administrativas y los fines de interés público que los presiden. No podemos olvidar que estamos en un supuesto de paralización temporal de un acuerdo del consejo de ministros que ha sido suspendido precisamente porque en la operación hermeneútica de ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, se ha acreditado, como hemos señalado anteriormente, que el interés general aconseja dicha cautelar. Por eso, si se admite sin más que las cautelares quedan única y exclusivamente en manos de las partes, entonces se estaría proclamando que la voluntad de las partes es, más o menos, la dueña del proceso incidental, lo cual ciertamente repugna el sentido que tienen estas medidas en el orden contencioso administrativo, al menos hasta ahora. Es más, siguiendo la tesis del abogado del Estado, la sala dice en el auto de 15 de enero de 2007 que “las medidas cautelares sólo pueden ser adoptadas por el órgano judicial previo impulso de las partes y no de oficio (a diferencia de otros Ordenamientos, en que estas medidas provisionales de oficio por el Tribunal está expresamente prevista y autorizada) y respecto de las cuales el principio dispositivo presenta un vigor aún mayor que el desempeñado en el proceso principal”. He aquí, pues, el principal argumento que utiliza la sala el 15 de enero de 2007 para levantar la suspensión. Un argumento que no está previsto en la ley de 1998, que parece contradecir el carácter de permanencia de la medida cautelar adoptada hasta que termine el proceso contencioso y que se colige de un principio procesal que, en mi opinión, no puede ser traído sin modulaciones al proceso contencioso administrativo.

Una de las preguntas que al estuudio de las medidas cautelares le plantea este cambio de rumbo que ahora parece seguir el Tribunal Supremo es si constituye un argumento suficientemente sólido como para justificar la admisión de nuevos supuestos de levantamiento de la cautelar al margen de la ley.

Se trata de un razonamiento desproporcionado, desconectado de la jurisprudencia hasta ahora recaída en la materia y, sobre todo, insisto, al margen de los criterios que el legislador ha establecido para levantar las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo. El voto particular formulado por el magistrado Oscar González abunda en esta idea cuándo señala que “el hecho de que la ley haya especificado de forma taxativa los supuestos excepcionales en que cabe la revocación o modificación de las medidas cautelares adoptadas, impide extender a otros supuestos esta posibilidad”. Porque, en efecto, el levantamiento es una excepción que sí ha de interpretarse restrictivamente. No al revés como parece colegir la sala al deducir del principio dispositivo el principio general de la disponibilidad de las cautelares en función del interés de la parte como si fuera posible, y legítimo, que pudiera instrumentalizarse el proceso incidental en función de las diferentes y variadas pretensiones que por un proceso principal puede atravesar la voluntad de una determinada parte procesal. En virtud de este razonamiento, por mor de una peculiar interpretación jurídica, se cambia el sentido del artículo 132 de la ley que establece la excepcionalidad del levantamiento cuándo concurren nuevas circunstancias. Ahora, la suerte de las cautelares queda única y exclusivamente en manos de las partes, parece que sin afectación alguna, pues, al interés general. Es más, ¿qué pasaría si dentro de unos días Endesa solicitara de nuevo la adopción de la cautelar?. De seguirse a pies juntillas esta doctrina se llegaría a una conclusión tan irracional como que habría que volver a acordarla porque esa es la voluntad de la parte. Por tanto, como señala el voto particular, “ni siquiera por vía de interpretación pueden los órganos judiciales ampliar los términos de las normas más allá de lo que resulte de sus palabras, cuándo éstas son claras, como en el caso presente, pues ello desbordaría los límites que la Constitución les impone en su artículo 117, de actuar sometidos al imperio de la ley”.

Por otra parte, si la medida cautelar, como quiere el legislador, alcanza su pleno sentido en evitación de que el recurso pierda su finalidad legítima, resulta que dejarla al albur de la pretensión de parte chocaría frontalmente con su propia funcionalidad pues podría operar al margen de este presupuesto esencial, lo que es abiertamente incongruente y contradictorio. Como dice el voto particular, “si la razón fundamental para su adopción no es otra, como indica el artículo 130, que la de preservar la finalidad legítima del recurso, de tal forma que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, pueda ejecutarse, lo lógico será que si el Tribunal sentenciador ha considerado en el auto que resuelve la pieza de medidas cautelares que existe un grave riesgo de que la ejecución del acto recurrido impedirá aquella finalidad, no parece razonable que antes de terminar el proceso se deje sin efecto la medida, con el peligro de que la sentencia que se dicte quede inejecutada”.

En realidad, entender implícito en el artículo 130 de la ley jurisdiccional el principio dispositivo como causa de levantamiento o modificación de la cautelar en su día otorgada constituye probablemente una interpretación que va más allá de lo razonable y de la aplicación de las reglas generales de la exégesis normativa. Así me parece que lo entiende el voto particular al auto de 15 de enero de 2007 que estamos comentando al decir que “si el legislador hubiera querido que a petición de la propia parte solicitante de la medida concedida podía dejarse sin efecto la misma, lo habría dicho expresamente, al igual que enumeró los otros

supuestos en que estableció esta posibilidad. Es este un elemental principio hermenéutico recogido por la doctrina y jurisprudencia al establecer los criterios de interpretación de las normas: “*inclusius unus, exclusius alterius*”. Pero es que además esto se infiere, sin mayores dificultades, de los términos imperativos que usa el precepto –“estarán en vigor”, dice-, lo que implica que esta vigencia únicamente puede ser alterada en los escasos supuestos previstos no en otros”.

Si se admite, sin más, la plena disponibilidad de las medidas cautelares en función de los intereses de las partes, entonces es muy posible que comencemos una peligrosa senda en la que, además de facilitar la desnaturalización del sentido de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, éstas se conviertan en mero instrumento de las partes para satisfacer sus eventuales pretensiones, lo que en un incidente, como el cautelar, en el que el interés general juega una baza muy relevante, es ciertamente inquietante desde la perspectiva del control judicial de los intereses públicos que fundan, o deben fundar la acción administrativa. Pretender que el alzamiento de una medida cautelar, por el hecho de que lo haya pedido una parte, y no se haya opuesto el abogado del Estado, no tenga consecuencias prácticas en orden a la posible quiebra del sentido propio de la suspensión de la OPA atenta a la naturaleza jurídica de la propia medida. Es más, atender a un supuesto de alzamiento de una medida cautelar, otorgada por razones de interés general, porque lo pida la parte a quien beneficia y el defensor de los intereses generales no se oponga, es un ejercicio jurídico que, insisto, abre el camino a la desvirtuación de la funcionalidad de las medidas cautelares.

Desde este punto de vista, desde la consideración del principio dispositivo, todavía podemos, de nuevo, formularnos una pregunta de difícil contestación. ¿Qué ocurriría si, más adelante, por razones parciales, la parte que obtuvo primero la suspensión y luego el alzamiento, solicita otra vez la cautelar y no se opone el abogado del Estado?. Según la nueva doctrina, habría que concederla. Entonces, cómo lúcidamente argumenta el voto particular del magistrado Oscar González, “hay que pensar que se está utilizando el proceso con fines espúrios, pues el principal fundamento de su pretensión, que no es otro que el daño que a la competencia se ocasione con el acto autorizador recurrido, ya no le interesa o le resulta indiferente, con lo que la sentencia estimatoria que pretenda en su demanda, irá dirigida, mas que a una “*restitutio in integrum*”, a lograr fórmulas subsidiarias de cumplimiento, lo que evidentemente contradice la esencia del proceso”. Proceso, el incidental, que no se puede aislar de las reglas establecidas en el artículo 130, especialmente de la operación jurídica de ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, entre los que siempre tienen una decisiva trascendencia, como no podría ocurrir de otro modo en un proceso contencioso administrativo, los intereses generales.

Llegamos a este punto, la sala, en el auto de 15 de enero de 2007, tras referirse expresamente a la tutela judicial efectiva, dónde efectivamente ha de inscribirse la denominada tutela judicial cautelar, como corolario derivado del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1, tras analizar los artículos 130 y 132 de la ley jurisdiccional, entiende que el principio general de vigencia de la cautelar adoptada hasta la terminación del proceso contencioso administrativo, “no establece tanto una exclusión del principio dispositivo cuanto más bien una cláusula de protección del beneficiario de la medida cautelar adoptada frente a cualesquiera interesados en su revocación o modificación, cláusula que no desapodera por completo al promotor y beneficiario de la medida de las facultades de disposición sobre la misma, sino que le ampara ante cualquier intento no consentido de privación de la tutela cautelar otorgada”. El razonamiento, correcto desde una consideración procesal civil, tropieza con el no pequeño problema de que en el proceso incidental cautelar en el contencioso administrativo resulta que es menester ponderar los intereses en conflicto y si el interés general aconsejara la cautelar, no parece congruente que pudiera concederse el alzamiento mientras dicho interés general se oriente hacia la paralización del acto administrativo impugnado. De lo contrario, hasta podría pensarse que la parte podría jugar a su arbitrio con los intereses generales, algo en sí mismo contradictorio con la propia esencia del sentido que la Constitución atribuye a la función judicial en relación con la actuación administrativa.

La sala reconoce, como no podía ser de otra manera, la regla general de inalterabilidad de la cautelar acordada hasta el fin del proceso contencioso. Ahora bien, a juicio de la sala, dicha regla deja de tener sentido, “cuándo es el propio beneficiario de la tutela cautelar quien solicita su atenuación o revocación, más aún si las demás partes no se oponen a esa petición, pues estando orientada la medida provisional ya obtenida a la salvaguarda de su posición procesal, no puede negarse a esta parte la posibilidad de aligerar o desistir de esa protección, si considera que la posible eficacia del éxito de su pretensión procesal no sufre por ello”. El razonamiento, siendo entendible en el marco de un proceso en el que se ventilen cuestiones de orden civil, no es admisible, insistimos, en el seno de un proceso incidental cautelar contencioso administrativo porque, como fácilmente se comprenderá, el interés general nunca, nunca, puede quedar al arbitrio de las partes.

El fundamento, pues, de la concesión del alzamiento de la cautelar, reside, como señala el auto de 15 de enero de 2007 en que “partiendo de la base de que la adopción de las cautelares implica que la sala deberá resolver en consecuencia y acordar la terminación de la pieza separada, pues partiendo de la base de que la adopción de las cautelares tiene en la ley jurisdiccional carácter rogado (de manera que si no se solicitan no le cabe a la sala adoptarlas y el pleito sigue su tramitación sin ellas), y que su finalidad no es salvaguardar el orden jurídico abstracto, objetivo institucional de las cosas, al margen del proceso principal, sino la efectividad de la sentencia favorable a la concreta pretensión del solicitante y beneficiario de la medida, no tiene sentido mantenerla si la propia parte beneficiaria, en cuyo interés se adoptó y cuyo coste y riesgo de indemnizar los daños y perjuicios que de ella se deriven asume, entiende que la efectividad de la sentencia que en su día pueda efectuarse no sufre merma alguna por obra de ese alzamiento, más aún si la Administración, a quien constitucionalmente se le encomienda la defensa del interés general (artículo 103. 1) no se opone”.

El problema que se encuentra en tal razonamiento estriba en que la cautelar no se adopta, en su caso, en interés exclusivo de quien la solicita. Más bien, se acuerda siempre que el interés general aconseje su adopción. Si es así y si el interés general permanece perjudicado por la ejecución del acto, como en el caso que comentamos, no es razonable, no es congruente con los artículos 130 y 132 alzar la medida por la sencilla razón de que el principio dispositivo no tiene carácter absoluto. Quizás de manera más autorizada lo expresa el voto particular firmado por el magistrado Oscar González cuándo dice que “no puede sostenerse que el proceso está regido de forma absoluta por el principio dispositivo, sometido a la voluntad de las partes. Si bien esto pueda predicarse del proceso civil en el que late un interés particular, no ocurre lo mismo en el proceso contencioso administrativo en el que subyace un interés público decisivo. El distinto tratamiento que sus respectivas leyes reguladoras dan a cada uno, que como antes se dijo, es exhaustivo en la ley jurisdiccional, impide sin más un trasvase de preceptos de una a otra. Basta hacer un recorrido por alguna de sus disposiciones para darse cuenta que ese interés público lo tiene presente el legislador, y lo aplica cuándo se trata de excepcionar el principio dispositivo. En efecto, así lo vemos en la figura del desistimiento, permitiendo el artículo 74.4 rechazarlo razonablemente cuándo apreciarse daño para el interés público. Más adelante, el artículo 75.2 al regular el allanamiento impone al órgano judicial dictar la sentencia que estime ajustada a Derecho, que podrá por tantos ser contraria a la pretensión del actor. En el mismo sentido se expresan los artículos 76.2 y 77.3 para la satisfacción extraprocesal y la transacción”.

Si, por tanto, en la propia ley jurisdiccional se modula razonablemente el imperio del principio dispositivo por mor de las exigencias del interés público, como es lógico, no se acierta a comprender por qué cuándo del alzamiento de la cautelar se trata, máxime cuándo se ha adoptado por razones de interés general, resulta que se ha de permitir que dicha medida cautelar quede a la suerte de la pretensión de las partes. Es decir, el principio dispositivo no se puede aplicar con carácter absoluto en el orden contencioso administrativo, tal y cómo se deduce con bastante facilidad de los artículos 74.4, 76.2 y 77.3.

Pero es que, además, como remacha el voto particular incluso en el proceso civil tiene importantes excepciones “como ocurre en los procedimientos relativos al derecho de familia y estado civil de las personas”.

En fin, si resulta que la sala admite que la OPA de Eon no es subsumible en las nuevas circunstancias a que se refiere el artículo 132 de la ley jurisdiccional para proceder al alzamiento de la cautelar adoptada el 28 de abril de 2006, lo razonable y congruente con el régimen jurídico diseñado para las cautelares en la ley de 1998, hubiera sido el mantenimiento de la suspensión, sobre todo si subsisten los graves daños que para la competencia representaba la absorción de Endesa por Gas Natural, con la desaparición que ello comportaba, como dice el voto particular del magistrado Oscar González, de uno de los competidores más activos del mercado del gas, y el reforzamiento de Gas Natural en el mercado de la electricidad aumentando su poder significativo en el mismo.

La aplicación del principio dispositivo en esta materia supone una infracción, sigue diciendo el voto particular, “el sistema de numerus clausus que el artículo 132 tiene establecido. Es más, los intereses públicos deben tenerse presentes como corrección a ese principio, y así, el en mencionado auto de 28 de abril de 2006 la sala puso de manifiesto la preferente protección que debía darse a los intereses de los consumidores, frente a los accionistas, intereses que se verían irremediablemente afectados con el levantamiento de la medida”. Este es, para mí, el argumento medular a partir del cuál debe operarse en materia de cautelarse contencioso administrativas.

Finalmente, debe valorarse también que una vez concedida la cautelar por exigencias de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, para que el recurso no pierda su finalidad legítima, dicha cautelar no puede ser renunciada en perjuicio de terceros ni del interés público por imperativo del artículo 6.2 del

Código Civil. Si, cómo se admitió por la sala el 28 de abril, se concede la suspensión por razones de interés público, “renunciar ahora a esa medida sin que se de el supuesto excepcional previsto en el artículo 132 de la ley jurisdiccional es indudable que supone una renuncia en perjuicio de aquel interés público que, atendiendo al criterio mantenido en el auto de 28 de abril de 2006, la sala entonces entendió ser tutelado”.

DESVÍO DE OPORTUNIDADES DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES

MARCELO SHEPPARD GELSI

Aspirante a Profesor de Derecho Comercial (UM)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DESVÍO DE OPORTUNIDAD DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD. III. DERECHO COMPARADO. IV. CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR POR DESVÍO DE OPORTUNIDADES DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El director de la sociedad anónima está en contacto permanente con información vital para la sociedad. El uso de dicha información con fines extrasociales puede llegar a traducirse en una pérdida para la sociedad. Muchas veces las llamadas oportunidades de negocio de la sociedad terminan siendo desviadas de la misma por sus directores en beneficio propio o de terceros, por la vía de la acción o la omisión.

El desvío de oportunidades de negocios de la sociedad puede ser definida como la realización u omisión voluntaria, por parte de los directores de misma—por cuenta propia o de terceros—de negocios u operaciones que sean de interés para la consecución de los fines sociales o que estén en la misma línea de negocios de la sociedad, o acerca de los cuales la sociedad haya manifestado su interés, siempre que el director haya tenido conocimiento de las mismas con ocasión del ejercicio del cargo y que la sociedad no hubiera autorizado a los directores al desvío de las mismas.

En el presente artículo analizaré la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas por desvío de oportunidad de negocios de la sociedad. Para ello estudiaré el desvío de oportunidades de negocio como manifestación del deber de lealtad, las perspectivas de la doctrina de las oportunidades de negocios en el derecho anglosajón y europeo—continental, cuándo existe una oportunidad de negocios, qué debe hacer el director para evitar la imputación de responsabilidad y las posibles consecuencias del desvío indebido de la oportunidad de la sociedad.

La Constitución de la República reconoce y garantiza la libertad de comercio, con tres corolarios primarios: a) toda persona sin distinción en cuanto a su número o calidad puede dedicar su tiempo, su dinero y su esfuerzo, al ejercicio de la actividad que más convenga a sus intereses o posibilidades, b) al no existir un número límite de personas en condiciones de ejercer una misma actividad, se asegura a todas las personas por igual el libre acceso al mercado, c) al asegurarse a todas las personas el acceso al mercado, resulta una consecuencia inevitable: dos o más personas pueden ejercer en un mismo momento y lugar una misma actividad económica determinada¹.

Si esas personas que pueden realizar la misma actividad económica se encuentran en una relación de agencia con un deber fiduciario de una para con la otra, entonces es necesario delimitar cuándo es posible, si lo es, que el que está en una relación de este tipo, aproveche o desvíe oportunidades de negocios del principal².

1. RIPPE, Siegbert, *La Concurrencia Desleal*, Montevideo, 1970, p. 12

2. PAYET, José Antonio, *Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la protección de las minorías* Themis - Revista de Derecho, N° 46, 2003, p. 6, adhiriendo a un razonamiento de Michael JENSEN: "Una relación de agencia [es] un contrato

Es necesario entonces, poder delimitar el derecho constitucional de libertad de comercio con el deber de actuar de buena fe, específicamente el deber de lealtad, que debe el agente (el director) a su principal (la sociedad anónima). Prima facie podría entenderse que se trata de un caso de conflicto de derechos constitucionales- libertad de comercio (art. 36) y obrar de buena fe (art. 72 y 332)- Sin embargo en este caso lo que se debe analizar es la delimitación de ambos derechos para que sus contenidos esenciales puedan ser coherentemente armonizados.

El deber de lealtad de los directores de las sociedades anónimas está expresamente recogido por la Ley de Sociedades Comerciales, N° 16.060 ("LSC") art. 83, LSC. El director de una sociedad anónima, al aceptar formar parte del órgano Directorio, se somete a un régimen donde debe anteponer cualquier interés de la sociedad frente al interés personal.

Si el director que acepta su cargo no pudiera ejercer ningún negocio que no fuera el social, se podría decir que el deber de lealtad sería exorbitante y que dejaría sin contenido a la libertad de comercio. Para evitar esta circunstancia, el derecho comparado ha intentado determinar cuál es el concepto de oportunidad de negocios y el procedimiento por el cual la sociedad podrá renunciar o autorizar a ese director al desvío de la oportunidad de negocios de la sociedad.

De esta manera, ambos derechos fundamentales quedan amparados por la Constitución sin que una abstracta jerarquía de alguno de ellos impida el ejercicio del otro³.

II. DESVÍO DE OPORTUNIDAD DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD

El artículo 391 de la LSC sobre responsabilidad de los directores de sociedades anónimas remite al artículo 83 de la misma, que dispone que los administradores deberán obrar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios, por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión.

Este artículo recoge una manifestación del deber de actuar de buena fe, principio general del derecho de rango constitucional que invade todas las áreas del derecho⁴.

Garrigues enseña que el deber de fidelidad o lealtad "impone al administrador la defensa de los intereses de la sociedad que él representa, anteponiendo esos intereses a los suyos personales"⁵.

Por su parte, Halperin en Argentina, al analizar el artículo 59 de la ley de Sociedades Comerciales Ley N° 19.950 de 3 de abril de 1972 (LASC), que es fuente del artículo 83 de la LSC⁶, explica que el deber de obrar con lealtad es resultado de la vinculación de confianza que inspira la designación y la tarea de administración de bienes ajenos.⁷ En este sentido expresó que obrar con lealtad implica actuar "a favor del interés social en

bajo el cual una o más personas – los principales – contratan a otra persona – el agente – para que realice algún servicio en su beneficio que involucra delegar algún grado de discreción al agente. Si ambas partes de la relación buscan maximizar su beneficio personal, hay buenas razones para pensar que el agente no siempre actuará en el mejor interés del principal... Dado que la relación entre los accionistas y los administradores de una sociedad encaja en la definición de una relación pura de agencia, no debería causar sorpresa descubrir que los problemas asociados con la separación entre propiedad y control en las sociedades modernas de accionariado difundido estén íntimamente asociados con el problema general de agencia".

3. SERNA, Pedro y TOLLER Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires, 2000, p. 26 "El proceso de interpretación y decisión judicial no tiene por objeto abstractas jerarquías, sino determinar si existen realmente dos derechos en el caso y procurar dilucidar a cuál corresponde razón. De existir ambos derechos, optar por el jerárquicamente superior supondría jerarquizar a las personas de sus titulares, pues dejaría sin protección a uno de ellos.", Luego citando a Konrad Hesse p.34 "Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conservan su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ponderación de bienes, incluso abstracta ponderación de valores, realizar el uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de la unidad de la Constitución exige una labor de optimización: se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad, no debe ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos."
4. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E *Interpretación e Integración del Derecho*, en Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, t. 10 y 11, p. 73; "Los principios generales del derecho, -entre los cuales sobresale el de la buena fe- no conforman meros criterios valorativos o axiológicos, construcciones puramente teóricas carentes de consagración legislativa; integran el Derecho Positivo como fuente subsidiaria de interpretación o integración"; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Reflexiones sobre los principios generales del Derecho en la Constitución uruguaya*, en Estudios jurídicos en homenaje a Alberto Ramón REAL, Montevideo, 1996, p. 156 "La carta alude a los principios generales del derecho, implícita pero necesariamente en el artículo 72, pero expresamente en el art. 332"; BARBÉ PÉREZ, Héctor, *Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo*, en Estudios jurídicos en memoria de Amézaga, Montevideo, 1958, p. 116 "Los principios generales de derecho están reconocidos por nuestro derecho positivo. El artículo 16 del Código Civil y el artículo 332 de la Constitución se remiten a ellos como fuente de derecho"
5. GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Madrid, 1976, p. 488
6. OLIVERA GARCÍA, Ricardo, *Antecedentes, Fuentes y Concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1999, p. 68
7. HALPERIN, *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, 1975, p. 450

función del objeto y de la actividad social [...] le obliga a la actuación para obtener las mayores ventajas para la sociedad y sin motivaciones extrasociales que puedan influir o deformar o desviar esa actuación”⁸.

Tal como lo reconoce la doctrina nacional, el desvío de oportunidades de negocios es una clara manifestación de una violación al principio de lealtad⁹.

Se puede decir, con la doctrina comprada, que el deber de lealtad tiene varias manifestaciones, que pueden ser agrupadas en los siguientes grupos de casos: a) prohibición de realizar operaciones vinculadas con la sociedad o sus subsidiarias, b) prohibición de explotar la posición del administrador con fines privados (uso de activos sociales, prohibición de utilizar información confidencial de la sociedad o sus subsidiarias, la prohibición de obtener ventajas ligadas a transacciones de la sociedad) c) prohibición de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad, d) prohibición de entrar en competencia con la sociedad o sus subsidiarias, e) prohibición de intervenir y votar en asuntos en los que el administrador tenga un interés personal¹⁰.

III. DERECHO COMPARADO

La elaboración de la doctrina de las oportunidades societarias tuvo su origen en el derecho anglosajón, por lo que no tiene en el derecho de cuño europeo—continental un desarrollo sistemático. Sin embargo, en no pocos países herederos del derecho romano este supuesto está siendo recogido por el derecho positivo a texto expreso o al menos en forma bastante similar.

Tal es el caso de la legislación italiana, española, brasileña, peruana, chilena y argentina, donde se está empezando a individualizar el desvío de oportunidades de negocios de la sociedad como manifestación de la violación del deber de lealtad.

A) Estados Unidos

La doctrina de la oportunidad de negocios es una creación del Common Law¹¹. Como tal, nació a la vida en fallos judiciales que dieron pie a diferentes tests que tienen en cuenta diversos elementos para poder determinar cuándo estamos frente a una oportunidad de negocios.

La doctrina de las oportunidades de negocios no aparecerá sino hasta 1939 con el caso *Guth v. Loft, Inc.*¹². Este caso reconoce dos tests para la determinación de una oportunidad de negocio. El test de la línea de negocios y el del interés o expectativa¹³.

En este caso, los tribunales establecieron que si: a) se presenta a un administrador o director una oportunidad de negocios, donde la sociedad está financieramente capacitada para llevarla a cabo; b) la oportunidad está además naturalmente en la línea de negocios de la sociedad y le pueda ser beneficiosa; c) es una oportunidad en el que la sociedad tiene un interés o razonable expectativa; d) en la apropiación de la oportunidad el administrador o director entra en conflicto con la sociedad, la ley no le permitirá que la tome para sí mismo.

En Estados Unidos se reconocen al menos cuatro criterios para la determinación de las oportunidades de negocios: el test de la línea de negocios, el test de la American Law Institute’s Principle of Corporate Governance (ALI), del interés o de la expectativa y de la justicia.

Cada estado de Estados Unidos aplica sus propios criterios o tests, así por ejemplo, Nueva York aplica el interest or expectancy test, La Corte Suprema de Massachusetts aplica los principios de la ALI, Delaware aplica el line of business test atemperado por el interest or expectancy test.¹⁴

8. HALPERIN, *La reforma de las sociedades comerciales*, RDCO, 1972, p. 640

9. CERISOLA, Andrés, *Responsabilidad de los directores y accionistas de control por apropiación de oportunidades de negocios de la sociedad* Ponencia al VI Congreso Argentino de Derecho Societario, tomo I, 1995, p. 249; MILLER, Alejandro, *Sociedades anónimas, Directorio*, Montevideo, 2005, p. 277 “[El aprovechamiento de oportunidades corporativas] se trata de otra conducta que importa la violación del deber de lealtad.”

10. PAZ-ARES, Cándido, *Deberes Fiduciarios y Responsabilidad de los administradores*, The Third Meeting of The Latin American Corporate Governance Roundtable, 8-10 Abril, 2002, México, p. 15 en www.oecd.org/dataoecd/34/19/2576714.pdf

11. ORLINSKY, Eric, *Corporate opportunity Doctrine and Interested Director transactions; a framework for analysis in an attempt to Restore Predictability*, 24 Del. J. Corp. 451, 1999 Delaware Law School, Delaware Journal of Corporate Law, en www.Lexis.com/research

12. *Guth v. Loft, Inc.*, Supreme Court of Delaware, 11 de abril de 1936, 5A.2d 503, en www.lexis.com/research

13. ORLINSKY, ob cit, p. 7

14. SAVITT, William *A New Look at Corporate Opportunities*, Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 235, http://ssrn.com/abstract_id

1. Línea de negocios

El criterio de la línea de negocios pretende dilucidar si la oportunidad de negocios está relacionada con las actividades actuales o futuras de la sociedad. En la citada sentencia de *Guth v. Loft* se puede extraer la siguiente enunciación. Cuando la sociedad está desarrollando un determinado negocio y se presenta una oportunidad en la que tiene un determinado conocimiento y experiencia básica, así como capacidad para realizarlo, además de estar financieramente capacitado para hacerlo, siendo un negocio que se acomoda razonablemente a sus necesidades y aspiraciones de expansión, se puede decir que la oportunidad de negocios se adecua a la línea de negocios de la sociedad.

Este test es el que tiene preeminencia en los tribunales americanos¹⁵.

Sin embargo, alguna doctrina ha detectado, en primer lugar, que el test de la línea de negocios implicaría problemas debido a que el margen de oportunidades puede ser indefinido y que podrían surgir problemas de caracterización¹⁶. Por su lado, se ha criticado que este test podría ser excesivamente expansivo y que alcanzaría casi todas las oportunidades de negocio.¹⁷

En segundo lugar, también se ha criticado el test de la línea de negocios en tanto implica el análisis de la posibilidad financiera de la sociedad para afrontar la oportunidad. Se ha dicho que este hecho puede ser una determinación subjetiva y que en última instancia deberá ser analizada por el juez una vez realizado los hechos¹⁸, lo que determina que no estemos frente a una guía apropiada para el director.

En este sentido, si la inversión que supone la oportunidad de negocio tiene un valor positivo, aunque la sociedad anónima careciera de liquidez, podrá obtener medios de financiación a través de crédito bancario, emisión de obligaciones negociables, creación de un fideicomiso financiero o de garantía, aportes de los accionistas, entradas de nuevos accionistas, joint ventures, etc.

Begert opina, adicionalmente, que si se permitiera a los directores justificar su conducta en que la sociedad no está financieramente apta para tomar la oportunidad, ello podría implicar que los directores no aportararan sus mejores esfuerzos para con la sociedad, mientras que si la sociedad no cumple con sus obligaciones, la oportunidad podría ser desviada en su beneficio o de terceros sin consecuencias para él.¹⁹

Con respecto a la primera de las críticas, la problemática de la fragilidad del test, en el caso que así lo sea, no desmerece la aplicabilidad del mismo, dado que si el director está en duda acerca de si puede o no desviar la oportunidad de negocios, el deber de lealtad en el caso indica que el mismo deba develar la situación en el seno del directorio para que sea resuelto por la sociedad. Ésta, en caso que crea que no existe oportunidad, o que la sociedad no la tomará para sí, podrá autorizar al director al desvío de la misma.

Con respecto a la segunda de las críticas, creo que es atinado que el directorio no pueda desviar la oportunidad si sabe o sostiene que la sociedad no está financieramente apta para aprovechar la oportunidad de negocios, por las razones antes expuestas.

2. Test del American Law Institute's Principle of Corporate Governance

El American Law Institute's Principle of Corporate Governance²⁰ utiliza un test que es, esencialmente un test intermedio de línea de negocios²¹. El criterio de la ALI ha sido aplicado favorablemente en muchos casos²².

La ALI determina que una oportunidad de negocios la constituye: a) cualquier oportunidad de entrar en una actividad de negocios de la cual un director o alto ejecutivo tome conocimiento ya sea i) en conexión con la realización de sus funciones como director o alto ejecutivo, o bajo circunstancias que le hubieran razonablemente llevado a creer que la persona que le ofrece la oportunidad espera que él la ofrezca a la sociedad ii) por el uso de información o propiedad de la sociedad, si la oportunidad resultante es una que el director o

15. TALLEY, Eric, *Turning Servile Opportunities to Gold: A strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine*, 108 Yale L.J 279 Yale Law Journal Company 1998, Yale Law Journal, p.7 en www.lexis.com/research

16. BEGERT, Michael *The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests*, University of Chicago, University of Chicago Law Review, 56 U. Chi. L. Rev. 827 en www.Lexis.com/research

17. SAVITT, ob. Cit, p. 32

18. ORLINSKY, ob cit, Capítulo B.2 p.5

19. BEGERT, ob cit, punto 3, p. 4

20. www.ali.org

21. TALLEY, ob cit. p.6

22. V. gr. *Northeast Harbour Golf Club v Harris*, 661 A.2d 1146, 1149 (Me, 1995), *Demoulas Super Markets.*, 677 N.E.2d 159, 181 n. 36 (Mass. 1997); *Derouen v. Murray*, 604 So. 2d 1086 (Miss. 1992), *Klinicki v. Lundgren*, 695 P.2d 906, 917-20 (or. 1985) citados por TALLEY, nota 32 ob cit, p 53.

alto ejecutivo debió razonablemente suponer que podría ser de interés de la sociedad o b) cualquier oportunidad de entrar en una actividad de negocios de la cual un director o alto ejecutivo toma conocimiento, si él sabe o razonablemente debió saber que la actividad está estrechamente relacionada a los negocios en los que la sociedad está involucrada o es razonable pensar que se ha de involucrar²³.

La ALI reconoce diferentes estándares según sean directores a tiempo completo—estándar más lato—o directores externos—estándar más leve²⁴.

El criterio de la ALI ha sido criticado por entender que: a) la distinción entre la actuación oficial y personal puede crear problemas de caracterización de los hechos; b) puede ser difícil decidir cuándo el director actúa en su posición como director de su posición a título personal, o demarcar claramente el rol del fiduciario (director),²⁵ y c) el requisito de la divulgación completa frente a la sociedad es impráctico y ocasiona costos que pueden producir deficiencias económicas.²⁶

Con respecto a los ordinales a) y b), creo que no es apropiada la crítica a la imposibilidad de la distinción de la actuación del director como tal de su actuación a título personal, tal como diremos *infra*. (4.2.d)

Con respecto al ordinal c), aducir que el criterio sustentado por la ALI es improcedente porque trae aparejado ineficiencias económicas es ilógico y desconoce el funcionamiento de la sociedad anónima. Las ineficiencias económicas que acompañan cualquier regulación societaria, ya sea la formalidad en las actas de los órganos sociales como cualquier imposición destinada a que la sociedad pueda funcionar, viene acompañado de un costo de transacción asociado, que es aceptado por la ley en miras a un interés que considera de mayor valor. En este caso, el requisito de la divulgación completa no es la excepción y consecuentemente será un gasto para la sociedad. Sin embargo, lo que se pretende con la divulgación completa es evitar ineficiencias aún mayores para la sociedad, como son las aplicaciones de sanciones a los administradores y los procesos de accionamiento por responsabilidad de los mismos.

3. Test del interés o de la expectativa

Este criterio que fue articulado por primera vez en el caso *Lagarde v. Anniston Lime & Stone*, establece que las oportunidades de negocios son aquellas en las que la sociedad tiene un interés o expectativa comercial activos.

El test del interés o la expectativa contiene dos elementos esenciales: a) la sociedad debe tener un interés existente o expectativa en la oportunidad; b) la usurpación de la oportunidad debe frustrar la habilidad de la sociedad de efectuar sus fines primarios²⁷.

El interés hace referencia a proyectos en los que exista un derecho contractual preexistente²⁸, y la expectativa hace referencia a aquellos proyectos en los que, si bien actualmente no existe un contrato, hay gran posibilidad que maduren en derechos contractuales en el futuro²⁹.

Se ha criticado al test del interés o expectativa como inherentemente ambiguo y poco inclusivo³⁰ dado que solo alcanza aquellos proyectos en los que la sociedad tiene un interés (con el significado antes explicado) o expectativa en que la oportunidad se convierta en un contrato con la sociedad.

4. Test de la justicia

El *fairness test* consiste en un criterio basado en la ética de lo que según las circunstancias del caso el juez considere justo y ecuánime. La oportunidad será una oportunidad de negocios si satisface estándares éticos de lo que es justo y equitativo a la sociedad tomando en cuenta unos hechos determinados³¹.

El caso *Broz v. Cellular Information Systems* determinó que, para saber si un director se ha apropiado o no de una oportunidad de negocios de la sociedad para sí mismo, es necesario analizar si era justo que perteneciera a la sociedad en base a una inferencia razonable de hechos objetivos³².

23. CERISOLA, Andrés, ob cit p.256

24. BEGERT, ob cit, III B1, p.13

25. TALLEY, ob cit, nota 59, p 55; WOOLF, Terence, *The venture Capitalist's Corporate Opportunity Problem*, 2001 Columbia Law Review, Columbia Business Law Review, 2001 Colum. Bus. L. Rev. 473, p. 7, en www.Lexis.com/research

26. WOOLF, ob cit, p. 8

27. WOOLF, ob. cit., p. 3

28. *Lagarde v. Anniston Lime & Stone.*, Supreme Court of Alabama, November 1899, 126 Ala. 496, 28 So. 199, 1899 Ala. Lexis 15. en www.lexis.com/research

29. TALLEY, ob cit, p7

30. TALLEY, ob cit N. 3, p.7, SAVIT, ob cit. p 21

31. *Durfee v. Durfee & Canning Inc.* 80 N.E 2d 522, 529 (Mass. 1948) citado por Talley, ob cit, p. 7

32. *Broz v Cellular Information Systems, Inc.* Supreme Court of Delaware, March 1996, 673 A 2d 148, 1996, Del Nexis 105 en www.lexis.com/research

Se ha dicho que los jueces que adoptan el fairness test no fueron capaces de precisar el concepto de equitativo y justo sin caer en una argumentación circular. Adicionalmente, tampoco este test ha sido capaz de proveer una guía predecible de actuación de los directores de sociedades anónimas³³.

B) Italia

El Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, n. 6 sobre "*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*" dispuso en su párrafo quinto que "los administradores responderán de los daños que hayan sido causados a la sociedad a través de la utilización de una ventaja propia o de un tercero de los datos, noticias o oportunidad de negocios obtenidos en el ejercicio de su cargo"³⁴.

C) España

El nuevo artículo 127 ter. 2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre de 1989 con las incorporaciones de la ley 26/2003 impone expresamente que "ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones, o cualesquiera inversiones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador".

Si bien el artículo se refiere a inversión u operación, la norma regula supuestos de oportunidades de negocio. La doctrina española que llega a analizar la incorporación de este artículo a la Ley de Sociedades Anónimas entiende que estamos frente a casos de prohibición de oportunidades de negocios³⁵.

D) Brasil

Brasil incorporó a su ordenamiento la teoría de las oportunidades de negocios en el artículo 155 de la Lei No 6.404, de 15 de dezembro de 1976, bajo el título Deber de lealtad: " El administrador debe servir con lealtad a la sociedad y mantener reserva sobre sus negocios, siéndole vedado, I- usar, en beneficio propio o de un tercero, con o sin perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales que tenga conocimiento en razón de su ejercicio del cargo. Y "dejar de aprovechar oportunidades de negocio de interés de la sociedad"³⁶.

33. TALLEY, ob cit., p. 41

34. Artículo 2391 del Código Civil italiano: (*Interessi degli amministratori*). - L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società', precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale. Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società' dell'operazione. Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società', possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione. L'amministratore risponde dei danni derivati alla società' dalla sua azione od omissione. L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società' dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

35. ROJO, Angel, BELTRÁN, Emilio, *La Responsabilidad de los Administradores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 38; PORTELLANO, ob cit p. 35

36. Art. 155 de la ley brasilera N° 6.404 de 15 de diciembre de 1976: O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir. § 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários. § 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança. § 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação. § 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários. (Incluído por Lei N° 10.303, de 2001)

E) Chile

La Ley de Sociedades Anónimas de Chile N° 18.046 de 22 de octubre de 1981 determina en su artículo 42 que “Los directores no podrán: (...) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo”³⁷.

F) Perú

En Perú, el artículo 180 de la Ley General de Sociedades N° 26.887 de 19 de noviembre de 1997 regula el desvío de oportunidades societarias “Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta”³⁸.

G) Argentina

En Argentina la doctrina de las oportunidades de negocios fue recogida por las modificaciones introducidas en 2001 a la ley N° 17.811 de 22 de julio de 1968 sobre Oferta Pública de Títulos Valores.

El artículo 77 establece que “En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones se entenderán especialmente comprendidas en el deber de lealtad con que deben actuar los directores: “b) La prohibición de aprovechar, o de permitir que otro aproveche, ya sea por acción o por omisión, las oportunidades de negocio de la sociedad”³⁹.

En el ámbito administrativo, el Poder Ejecutivo dictó el decreto N° 677/2001 sobre transparencia de la oferta pública intentando proteger al ahorrista en el mercado de capitales.

El artículo 8 del referido decreto estipula que los directores, administradores y fiscalizadores de las emisoras de oferta pública deberán observar una conducta leal y diligente, especialmente (...) “Organizar e implementar sistemas y mecanismos preventivos de protección del interés social, de modo de reducir el riesgo de conflicto de intereses permanentes u ocasionales en su relación personal con la emisora o en la relación de otras personas vinculadas con la emisora respecto de ésta. Este deber se refiere en particular: a

37. Art. 42 de la ley de sociedades anónimas de Chile N° 18.046 de 22 de octubre de 1981: Los directores no podrán: 1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados; 2) Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los ejecutivos en la gestión de la empresa; 3) Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información; 4) Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales; 5) Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades a que se refiere el inciso segundo del artículo 44, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley; 6) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo, y 7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio. Lo anterior, no obsta a las sanciones que la Superintendencia pueda aplicar en el caso de sociedades sometidas a su control.
38. Art 180 de la Ley General de Sociedades de Perú N° 26.887 de 19 de noviembre de 1997: Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta. El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto. El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director.
39. Artículo 77 de la ley argentina N° 17.811 de 22 de julio de 1968 sobre Oferta Pública de Títulos Valores: Deber de lealtad. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones se entenderán especialmente comprendidas en el deber de lealtad con que deben actuar los directores: a) La prohibición de hacer uso de los activos sociales y la de hacer uso de cualquier información confidencial, con fines privados. b) La prohibición de aprovechar, o de permitir que otro aproveche, ya sea por acción o por omisión, las oportunidades de negocio de la sociedad. c) La obligación de ejercer sus facultades únicamente para los fines para los que la ley, el estatuto, la asamblea o el directorio se las hayan concedido. d) La obligación de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con los de la sociedad. En caso de duda acerca del cumplimiento del deber de lealtad, la carga de la prueba corresponde al director.

actividades en competencia con la emisora, a la utilización o afectación de activos sociales, a la determinación de remuneraciones o a propuestas para las mismas, a la utilización de información no pública, *al aprovechamiento de oportunidades de negocios en beneficio propio o de terceros*, en general, a toda situación que genere, o pueda generar conflicto de intereses que afecten a la emisora⁴⁰.

IV. CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR POR DESVÍO DE OPORTUNIDADES DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Una vez que el director conoce la oportunidad de negocios en ejercicio de su cargo, éste puede develar la oportunidad o no hacerlo. En el primer caso, la sociedad podrá autorizar al director a desviar la oportunidad de negocios, por lo que no habrá responsabilidad del mismo. En caso que la sociedad no autorice, y el director desvíe igualmente la oportunidad, entonces se pasa al análisis de los elementos de la responsabilidad contractual y podrá ser responsabilizado.

En caso que el director no revele la oportunidad de negocios a la cual accedió en función de su cargo, entonces se deberá pasar al análisis de la responsabilidad contractual y el director podrá ser responsabilizado.

Para determinar la posible configuración de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas por desvío de oportunidades de negocios, el juez deberá analizar las siguientes etapas:

1. *Primer paso: Cuándo hay una oportunidad de negocios* El juez deberá determinar si la oportunidad desviada de la sociedad anónima es una oportunidad de negocios. Si no lo es, el análisis se termina y no se podrá imputar al director responsabilidad por faltar el elemento que supuestamente se desvió.

2. *Segundo paso: Divulgación completa de la oportunidad de negocios* Si, por el contrario, el juez determina la existencia de una oportunidad de negocios, entonces se deberá pasar a la siguiente etapa: analizar si el director ha divulgado completamente la información sobre la oportunidad a la sociedad anónima.

3. *Tercer paso: Autorización previa.* En el caso que sí exista la divulgación completa de la oportunidad de negocios, la sociedad anónima podrá autorizar previamente al director al desvío de la oportunidad de negocio sin que ello pueda implicar en el futuro responsabilidad por apropiación de oportunidades de negocios de la sociedad.

Esta dispensa deberá ser resuelta por asamblea, en el entendido que es el órgano que mayores garantías les ofrece a los accionistas de decidir sobre el futuro de los negocios sociales. Más aún, si tenemos en cuenta que, para el caso de conflicto de intereses y de competencia con la sociedad, la ley ha entendido oportuno que fuera la propia asamblea la encargada de decidir y no el directorio. Por lo expuesto, no bastaría con una decisión del resto de los directores independientes sino una decisión asamblearia.

4. *Cuarto paso: Análisis de los elementos de la responsabilidad contractual.* En el caso que el director no haya divulgado la oportunidad de negocios, o en el caso que la sociedad no haya dispensado al director a desviar la oportunidad de negocios, se configurará la responsabilidad contractual en tanto: a) exista una obligación preexistente; b) que sea incumplida dolosamente por el deudor y c) ocasione un daño a la sociedad anónima.

40. Decreto argentino N° 677/2001 sobre transparencia de la oferta pública Artículo 8°: Deber de lealtad y diligencia. En el ejercicio de sus funciones las personas que a continuación se indican deberán observar una conducta leal y diligente. En especial: a) Los directores, administradores y fiscalizadores de las emisoras, estos últimos en las materias de su competencia, deberán: I) Hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés, incluso el interés del o de los controlantes. II) Abstenerse de procurar cualquier beneficio personal a cargo de la emisora que no sea la propia retribución de su función. III) Organizar e implementar sistemas y mecanismos preventivos de protección del interés social, de modo de reducir el riesgo de conflicto de intereses permanentes u ocasionales en su relación personal con la emisora o en la relación de otras personas vinculadas con la emisora respecto de ésta. Este deber se refiere en particular: a) actividades en competencia con la emisora, a la utilización o afectación de activos sociales, a la determinación de remuneraciones o a propuestas para las mismas, a la utilización de información no pública, al aprovechamiento de oportunidades de negocios en beneficio propio o de terceros y, en general, a toda situación que genere, o pueda generar conflicto de intereses que afecten a la emisora. IV) Procurar los medios adecuados para ejecutar las actividades de la emisora y tener establecidos los controles internos necesarios para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes que la normativa de la Comisión Nacional de Valores y de las entidades autorreguladas les impone. V) Actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la preparación y divulgación de la información suministrada al mercado y velar por la independencia de los auditores externos. b) Los agentes intermediarios deberán observar una conducta profesional, actuando con lealtad frente a sus comitentes y demás participantes en el mercado, evitando toda práctica que pueda inducir a engaño, o que de alguna forma vicie el consentimiento de su contraparte, o que pueda afectar la transparencia, estabilidad, integridad o reputación del mercado. Asimismo, deberán otorgar prioridad al interés de sus comitentes y abstenerse de actuar en caso de advertir conflicto de intereses.

5. *Autorización originaria en el contrato social.* En el caso que la sociedad anónima haya autorizado, en su contrato social, a que el director desvíe algunas oportunidades de negocios, no se configurará la responsabilidad al faltar la obligación preexistente que se debe violar para que nazca la misma.

6. *Consecuencias.* En el caso que la sociedad no haya extinguido la responsabilidad del director (art. 392 LSC), entonces el juez impondrá la responsabilidad y su cuantificación y otras posibles sanciones.

A) Primer paso: Cuándo hay una oportunidad de negocios.

1. Noción de oportunidad de negocios

Hemos definido, con base a los criterios doctrinales y jurisprudenciales mencionados, al desvío de la oportunidad de negocios como la realización u omisión voluntaria, por parte de los directores de misma—por cuenta propia o de terceros—de negocios u operaciones que sean de interés para la consecución de los fines sociales o que estén en la misma línea de negocios de la sociedad, o acerca de los cuales la sociedad haya manifestado su interés, siempre que el director haya tenido conocimiento de las mismas con ocasión del ejercicio del cargo y que la sociedad no hubiera autorizado a los directores al desvío de las mismas.

La jurisprudencia comparada, ha intentado formular un concepto de oportunidad de negocios, que necesariamente debe ser a priori, de forma tal que sirva de móvil para la actuación del director de una sociedad anónima.

Como dice Portellano Diez “las oportunidades de negocio no deben estar a priori absolutamente determinadas. Basta con que estén genéricamente delimitadas”⁴¹.

En esta delimitación es que se hace necesario establecer los caracteres esenciales de la oportunidad de negocios. Rojo y Beltrán han delimitado un concepto de oportunidades de negocios clasificando o distinguiendo tres grupos de casos de oportunidades de negocios⁴²:

- a) Actividades convenientes para la realización o desarrollo de los fines sociales,
- b) Actividades respecto a las que la sociedad ha manifestado su interés
- c) Actividades competitivas con las efectivamente desarrollados por la sociedad (este grupo de actividades no serán analizadas en este trabajo)

Asimismo, y en vistas de los test de la jurisprudencia norteamericana podemos ampliar el primer grupo de casos a aquellas que estén en la misma línea de negocios de la sociedad, que, independientemente de la conveniencia subjetiva del director de la realización o desarrollo del objeto social, debería ser develada a la sociedad, siempre que haya sido obtenida en razón de su cargo.

2. Elementos de la definición de desvío de oportunidades de negocios

En vistas de los conceptos antes vertidos, analizaremos los elementos que consideramos esenciales a la oportunidad de negocios de la sociedad.

a) Realización u omisión voluntaria por cuenta propia o de terceros

Como se dijo, la oportunidad de negocios de la sociedad puede ser desviada en beneficio del propio director o de un tercero, tanto activa como pasivamente.

El director que conoce una oportunidad de negocios puede realizar operaciones o inversiones tendientes a concretar dicho negocio, ya sea por cuenta propia o de terceros. De esta manera el director se pone en forma activa a realizar un negocio que podría ser apropiado por la sociedad y por lo tanto debería responder por dicho comportamiento desleal.

Pero también puede suceder que el director que toma conocimiento de una oportunidad de negocio en razón de su cargo simplemente no comunique el negocio y deje que la oportunidad sea apropiada por un tercero o quizás por un competidor⁴³. El dejar de aprovechar oportunidades de negocios de la sociedad, en

41. PORTELLANO DIEZ, Pedro, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 13

42. ROJO, Angel, BELTRÁN, Emilio, *La Responsabilidad de los Administradores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 38; PORTELLANO, ob cit p. 27

43. En este sentido ver Ley de Sociedades Anónimas brasilera N° 6404, art. 155

este caso a través de la no divulgación a la misma, también implica un desvío de una oportunidad de negocios que la sociedad podría haber aprovechado.

Tanto en la primera como en la segunda hipótesis el director habrá violado su deber de lealtad para con la sociedad y deberá responder de acuerdo al 391 y 83 LSC.

b) Actividades convenientes para la realización o desarrollo de los fines sociales o que estén en la misma línea de negocios de la sociedad

Portellano Diez explica que el administrador tiene prohibido desviar para sí o para un tercero aquellos negocios que, de acuerdo con el conocimiento que el administrador posee de las necesidades presentes y futuras de la sociedad, se muestren convenientes a priori para la consecución de los fines sociales⁴⁴.

Sin embargo, tal como dijimos *supra* (3.1.1), el director no podrá desviar una oportunidad de negocios porque considere que la sociedad no está financieramente apta para aprovecharse de la oportunidad.

Son actividades necesarias para alcanzar los fines sociales entre otras: la oportunidad de ser cesionario o licenciario de una patente que mejore la capacidad competitiva de la empresa, adquirir el paquete de acciones mayoritario de una empresa que es titular de este tipo de patentes, la oportunidad de ser licenciario de un programa informático que va a mejorar la capacidad de gestión de la empresa, la oportunidad de adquirir una finca o un inmueble adyacente que resulta esencial para la ampliación de la empresa⁴⁵.

En caso que resulte dudoso si la oportunidad es o no acorde a los fines sociales, se presume que la oportunidad es de la sociedad, dado que no es permisible que sea el propio administrador interesado quien se auto-conteste dicha cuestión⁴⁶.

Cuando se presenta una oportunidad para la sociedad en la que tiene un determinado conocimiento y experiencia básica- es decir, que se acomoda al sector del cual forma parte en el mercado-, siendo un negocio que se ajusta razonablemente a sus necesidades y aspiraciones de expansión de la sociedad, se puede decir que la oportunidad de negocios se adecua a la línea de negocios de la sociedad. En estos casos, el director que pretenda desviar una oportunidad que se encuentre dentro de estas coordenadas deberá presentarla a la sociedad para que ésta decida que hacer con ella.

c) Actividades respecto a las que la sociedad ha manifestado su interés

Respecto al segundo grupo de casos debe tenerse en cuenta que dicho interés puede haber sido expresado a través de la asamblea de accionistas o a través de la consideración de la misma en el directorio, aún en casos de actos fuera de la actividad habitual o que no resultan convenientes a la realización de los fines sociales.

Es necesario entonces, para que el director pueda tener conocimiento acerca del interés de la sociedad en el negocio determinado-que no estará en la línea de negocios de la sociedad-que la sociedad haya exteriorizado su interés a través de alguno de sus órganos.

La sociedad será, en última instancia, la encargada de decidir si dicha oportunidad es o no susceptible de ser explotada por la misma.

d) Que los directores hayan tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo

Tal como dijimos *supra* (1.Introducción), en orden a garantizar la libertad de comercio de los directores, es necesario delimitar en qué condiciones el mismo estaría violando el deber de lealtad previsto por la normativa societaria. Dicha delimitación no puede ser otra que la ocasión del cargo de director. Responsabilizar a los directores por desviar oportunidades de negocios que surgieron del ámbito íntimo, familiar o privado sería exorbitar el deber legal, y en los hechos, denegar el derecho de libertad de comercio del director.

Si bien las oportunidades de negocio no llegan a los directores mientras esperan sentados en la sala del directorio, y resultaría indiferente si la información fue obtenida en un partido de tenis, en la playa o en un

44. PORTELLANO DIEZ, *ob cit.*, p. 45

45. PORTELLANO DIEZ, *ob cit.*, p. 47

46. KÜBLER/ WALTERMANN, *Geschäftschancen der Kommanditgesellschaft*, ZGR, 1991, citado por PORTELLANO DIEZ *ob cit.*, p. 47

evento social⁴⁷, ello no implica que el mismo no pueda aprovechar ninguna oportunidad. Imponer al director una obligación de divulgación que fuera más allá de su funciones como tal, impondría un deber que extralimitaría a todos los ámbitos de actuación del director, incluso a sus relaciones privadas o íntimas, que no fueron incluidas en el contrato con la sociedad y que quedan fuera del deber de lealtad en tanto se alejan de los límites contractuales y legales.

Sin embargo, esto no significa que, si en el ámbito privado el director accede a información acerca de una oportunidad de negocios, donde el que ofrece la misma prevé razonablemente que la persona actúa en su calidad de director, el mismo esté en condiciones de aprovecharse de la misma. El criterio para saber si tuvo conocimiento de la oportunidad en razón de su cargo debe estar teñido del principio de razonabilidad.

Como vimos, en casi todos los regímenes de cuño europeo-continental que contienen al supuesto del desvío de oportunidades de negocios como una manifestación del deber de lealtad hacen referencia, a texto expreso, a que la oportunidad debe haber sido obtenida en razón de su cargo como director.

B) Segundo paso: Divulgación completa de la oportunidad de negocios

Una vez determinada la existencia de una oportunidad de negocio, el director tiene dos opciones válidas o lícitas: a) hace una divulgación completa de toda la información esencial de la oportunidad de negocios detallando su interés en ella; o b) se abstiene de desviarla o apropiarla.

Solo en el caso en que el director divulgue completamente la oportunidad de negocios la sociedad podrá tener una opinión informada para proceder a la dispensa de la oportunidad de negocios⁴⁸.

La divulgación completa de la oportunidad de negocios es una carga del director con vistas a evitar las consecuencias negativas de la apropiación o desvío de la oportunidad de negocios de la sociedad.

Si bien no existe norma expresa que recoja el desvío de oportunidades de negocios, tal como lo hacen las legislaciones tratadas anteriormente, la LSC contiene un régimen de actuación en caso de conflicto de intereses entre la sociedad y el director (art. 387).

Aunque existen diferencias entre el conflicto de interés y el desvío de oportunidades de negocios⁴⁹, en general, como manifestación expresa de violación del deber de lealtad contenida en la LSC, se puede advertir que dicho régimen jurídico puede ser aplicado por vía analógica.

Cuando en Italia se produce la incorporación de la violación del aprovechamiento de oportunidades de negocios de la sociedad en forma expresa, ella se incluyó en el artículo 2391 (“*Conflitti di interessi*”)-fuente del art. 387 LSC-. Dicha inclusión en el mencionado artículo y no en otro, demuestra la similitud de régimen entre ambos grupos de casos de violaciones del deber de lealtad.

El artículo 387 LSC referido a los conflictos de intereses, dispone que “los directores que en negocios determinados tengan interés contrario a la sociedad, sea por cuenta propia o de terceros, deberán hacerlo saber al directorio y al órgano interno de control en su caso, absteniéndose de intervenir en su caso cuando se traten y resultan los asuntos. Si así no lo hicieran, responderán por los perjuicios que ocasionen a la sociedad por la ejecución de la operación. Si se tratara de un administrador deberá abstenerse de realizar tales negocios, salvo autorización de la asamblea de accionistas”.

La consecuencia de la integración de esta norma es que el director que hubiera desviado una oportunidad de negocios de la sociedad deberá ponerlo en conocimiento de la sociedad, concretamente al directorio y al órgano de control interno en caso de existir. Asimismo deberá abstenerse de intervenir.

47. PORTELLANO DIEZ, Pedro, *ob cit*, p.48

48. TALLEY, *ob cit*, p. 9

49. La doctrina ha establecido que para que exista una verdadera contraposición de intereses entre la sociedad y los directores se deben configurar algunas condiciones: a) existencia objetiva y real de una situación contrapuesta, no hipotética, b) la presencia de un nexo de causalidad entre el interés particular del accionista y el perjuicio del interés social, c) el interés particular puede ser propio o ajeno, d) la contraposición de intereses debe tener carácter económico o patrimonial (MILLER, *ob. cit*, p. 154)

Nótese que en el caso de los conflictos de interés se trata de negocios determinados, mientras que el espectro de las oportunidades de negocio es más amplio, ya que basta con que estén delimitados a priori.

Asimismo, pueden existir casos de desvío de oportunidades de negocios que no impliquen la existencia de un interés personal del director por cuenta propia o de terceros, sino simplemente la omisión dolosa de develar la oportunidad de negocios para que la sociedad no pueda aprovecharse de ella. Nadie duda que en este caso existió una violación del deber de lealtad de la sociedad, pero difícilmente puede calificarse como un conflicto de intereses, porque no hay interés personal del director, sino simplemente voluntad de que la sociedad no se beneficie.

C) Tercer paso: Autorización de la sociedad

En el caso que el director haya divulgado la información sobre la oportunidad de negocios conforme al paso anterior, la sociedad podrá dispensar, o dar el consentimiento previo al director para que pueda desviar o apropiarse de la oportunidad de negocios. Esta dispensa deberá ser tratada cuanto antes para evitar la pérdida de la oportunidad por parte del director interesado.

En este caso, se plantea cuál es el órgano competente para otorgar la dispensa o consentimiento. Se ha dicho que bastaría con que el resto de los directores desinteresados en la oportunidad dieran el voto afirmativo para que la dispensa fuera válida y de esta manera actuara la sociedad⁵⁰.

Sin embargo, la LSC en su artículo 387 referido a los conflictos de intereses, determinó que aquellos que estuvieran en una situación de conflicto de interés con la sociedad lo deben hacer saber a la misma y abstenerse a actuar a no ser que sea autorizado por la asamblea de accionistas.

Del mismo modo, el artículo 388 LSC, referido a la prohibición de contratar, estipula que la autorización previa para poder contratar con la sociedad debe ser concedida por la asamblea de accionistas.

A su vez, la LSC determinó que en casos de concurrencia con la sociedad se necesitara una autorización expresa de la asamblea (art. 389, LSC).

Por motivos análogos a los supuestos antes descritos, en este caso creo que no basta con el voto afirmativo del directorio desinteresado, sino que debe ser la asamblea de accionistas la que resuelva la dispensa o consentimiento previo.

De los mencionados artículos se infiere que la ley pensó que, en asuntos en los que están involucrados la actuación de un director antes de que realice un acto— caso de conflictos de interés y concurrencia con la sociedad—deberán ser tratados por un órgano diferente del que formaba parte el implicado, de modo de independizar la decisión y de darle la mayor transparencia, aportándoles todas las garantías a los accionistas de la sociedad.

D) Cuarto paso: Análisis de los elementos de la responsabilidad contractual

Del análisis de los artículos 83 y 391 surge que existen tres casuales de atribución de responsabilidad:

a) responsabilidad proveniente de la violación de los deberes de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios (art. 83).

b) responsabilidad proveniente de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento.

c) responsabilidad proveniente del abuso de facultades, dolo o culpa grave.

En el caso, la responsabilidad del director que desvíe oportunidades de negocio de la sociedad violaría el deber de lealtad, art. 83, LSC. El artículo 391, que remite a la norma indicada, establece un régimen especial de responsabilidad contractual del deber específico de lealtad que tienen frente a la sociedad.⁵¹

La responsabilidad contractual por la violación del deber de lealtad se configura en tanto: a) exista una obligación preexistente; b) que sea incumplida por el deudor en forma dolosa y c) ocasione un daño a la sociedad anónima.

De acuerdo a la doctrina más prestigiosa, la responsabilidad es subjetiva en todos los supuestos de responsabilidad de directores recogidos en la LSC, aun cuando el comportamiento sea contrario a la ley, el estatuto o el reglamento. De ello se desprende que debe existir un comportamiento conciente y voluntario del director que configure la responsabilidad.⁵²

50. TALLEY, ob cit, p. 9

51. Vé. PAZ ARES. Ob cit. p. 25; GAGLIARDO Mariano, "Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot Buenos Aires, 2001, p. 663); OLIVERA GARCÍA, "Responsabilidad de los directores de entidades de intermediación financiera", en ADCO, t. XI, p. 31, FCU, Montevideo, 2006; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Mercedes, *Las acciones de responsabilidad de los directores de la Sociedad Anónima*, en Temas de Derecho Societario, Montevideo, 2000, p. 92; MILLER, ob cit. p. 94; CAFFERA Gerardo y MANTERO Elías, "El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas frente a los acreedores" en Responsabilidad de los administradores y socios de sociedades comerciales, coordinado por FERRER Alicia y CAFFERA Gerardo, FCU, Montevideo, 2006, p. 125; VENTURINI Beatriz y RODRIGUEZ MASCARDI Teresita, "Un tema de actualidad. La responsabilidad de los Administradores de Empresas insolventes, en ADCU t. XXIX, 1999, FCU, Montevideo, p. 576,

52. OLIVERA GARCÍA, Ob. cit, p. 25; ROITMAN, citado por OLIVERA GARCÍA, en ob cit, p.24

En el caso, la obligación preexistente es la lealtad debida del director hacia la sociedad, siendo una de sus manifestaciones la prohibición de desviar oportunidades de negocios de la sociedad. El incumplimiento del director está representado en un obrar doloso, por lo que coincide el incumplimiento y el dolo, y la sociedad deberá probar dicho dolo para acreditar el incumplimiento.⁵³

El incumplimiento se dará desde el momento en que el director no divulgue a la sociedad la oportunidad de negocios que se haya enterado en su calidad de director y que la sociedad no lo autorice a desviar la oportunidad de negocios, o que la sociedad haya renunciado a la misma. La deslealtad, o el desvío de la oportunidad de negocios, el dolo del director, se producirá desde el momento del ocultamiento voluntario de la oportunidad a la sociedad, ya sea para su provecho personal, de terceros, o por el mero hecho de no permitir que la sociedad decida si la oportunidad merece ser aprovechada.

El daño deberá ser probado por la sociedad. Con respecto al quantum de la responsabilidad es necesario advertir que en el caso de desvío de oportunidades de negocios el daño no será tanto un daño emergente sino un lucro cesante—aquéllos beneficios que dejará de percibir por el desvío de la oportunidad de la sociedad—. “Ha de quedar claro que el lucro cesante puede coincidir con los beneficios obtenidos por el administrador desleal, pero— y esto es lo que queremos destacar— si aquél fuera superior a éstos, la sociedad podrá exigir el montante íntegro de las ganancias que ha dejado de percibir”⁵⁴.

Asimismo, es necesario que el acto o hecho doloso del director sea causa del daño producido a la sociedad. El artículo 391 dispone que los directores respondan por los daños y perjuicios resultantes directa o indirectamente de la violación, en este caso, del deber de lealtad hacia la sociedad. Por esta razón, el director responsable por incumplimiento del deber de lealtad estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que ocasione por su comportamiento doloso.

Probados los elementos antes mencionados y de no mediar eximentes de responsabilidad, o que la sociedad haya extinguido la responsabilidad (art. 391 LSC) el director habrá incurrido en responsabilidad por desvío de oportunidades de negocios de la sociedad.

E) Autorización originaria expresa en el estatuto social

Otro punto del análisis es el concerniente a la posibilidad de la renuncia en el contrato social a ciertas oportunidades de negocios oportunamente descritas, o a grupos de oportunidades de negocios que se les presenten a uno o más directores de la sociedad.

En Estados Unidos, el Estado de Delaware incorporó a la *General Corporation Law* en su Capítulo 1, Subcapítulo II, Powers, General Powers (17) una cláusula que permite a la sociedad renunciar en su contrato social o por acción de su directorio, a cualquier interés o expectativa de la sociedad de participar en oportunidades de negocios específicas o clases específicas de oportunidades de negocios, que sean presentadas a la sociedad o a uno o más gerentes, directores o accionistas.

En Uruguay el punto no está específicamente legislado. Por ello debemos analizar si es posible sostener jurídicamente que la sociedad está capacitada para renunciar *ex ante*, a través de su Estatuto social, a una oportunidad de negocios específica, o a cualquier manifestación del deber de lealtad, tal como lo son los artículos 387 y 389 LSC.

Para corroborar si estamos frente a un caso en que la ley uruguaya permite a la sociedad renunciar estatutariamente a la oportunidad de negocios debemos indagar si existe una norma de orden público que niegue tal posibilidad.

Para poder determinar si las normas que prevén manifestaciones concretas del deber de lealtad son o no orden público, se debe indagar el sentido que buscó la ley para tales normas, que en última instancia prohíben la deslealtad hacia la sociedad.

Tal como enseña Olivera García “Para determinar si una norma es o no de orden público deberá indagarse el carácter público o privado del interés protegido por la norma. Cuando ese interés esté, por su naturaleza pública, afectando el bien público en tanto que colectividad, o el bien del Estado, la norma deberá ser considerada de orden público y ninguna renuncia podrá hacerse por los particulares a la aplicación de la misma. En cambio si el interés protegido es de naturaleza privada, tales como los intereses pecuniarios, el particular, dueño del interés protegido, es siempre libre de no prevalerse, en el caso, del beneficio de la norma o aun de

53. GAMARRA, Jorge, “Responsabilidad Contractual, t. II El juicio de responsabilidad”, FCU, Montevideo, 1997 p. 402

54. PORTELLANO DIEZ, ob cit, p.126

renunciar a ella... Para saber qué es lo jurídicamente prohibido, qué es lo que categóricamente ordenado, no es suficiente la simple lectura y exégesis de las disposiciones que integran el derecho positivo. Es necesario analizar su fundamento y las instituciones jurídicas⁵⁵.

Del mismo modo, podemos decir que la norma sobre conflicto de intereses está protegiendo un interés de la sociedad anónima y no público, en tanto no afecta el bien público como colectividad.

Tan es así, que la propia LSC, dispone que la Asamblea de Accionistas puede autorizar a los directores a actuar en conflicto de intereses con la sociedad. Si la propia ley autoriza expresamente a actuar en conflicto de intereses, con más razón el propio Estatuto Social podrá contener una autorización a priori, para que el director desvie una oportunidad de negocios.

Por ello, podemos concluir que la ley uruguaya permite que la sociedad en su contrato social estipule una cláusula que determine la renuncia a determinadas oportunidades de negocio, así como permite que se puedan incluir cláusulas en el contrato social que avalen el actuar en conflicto de interés.

F) Consecuencias del aprovechamiento de la oportunidad de negocios de la sociedad y posibles previsiones

El desvío o aprovechamiento indebido de una oportunidad de negocios trae consigo o puede traer consigo las siguientes consecuencias.

Desde la perspectiva del administrador o director desleal, la ley permite que la sociedad, a través de la asamblea de accionistas, revoque la designación del mismo (art. 380 LSC).

Desde la perspectiva de la sociedad, se podrá entablar una acción de responsabilidad por daños y perjuicios a través de una acción social de responsabilidad en los términos de los artículos 391 a 396, LSC.

El accionista individual podrá interponer una acción individual de responsabilidad siempre que “se persiga un resarcimiento del daño directo por él sufrido en su patrimonio por la actividad u omisión del director”⁵⁶ En el caso que nos ocupa, será bastante difícil que el accionista individual pueda probar que el director que aprovechó o desvió una oportunidad de negocios *de la sociedad* le haya causado un daño directo a su patrimonio. Nadie duda que la pérdida que le ocasione a la sociedad el desvío de la oportunidad le podrá causar indirectamente un daño en tanto se verá perjudicado en sus acciones, que podrán perder valor. Sin embargo, se deberá realizar un análisis del caso concreto con los criterios antes mencionados.

Con respecto a las previsiones que podría implementar la sociedad para evitar el desvío de oportunidades de negocios, se podría establecer una cláusula penal en el contrato social o establecer una garantía del correcto desempeño del cargo.

Si bien los daños punitivos no están recogidos en el régimen de responsabilidad extracontractual, al ser la responsabilidad de los directores frente a la sociedad de naturaleza contractual, nada impide que la sociedad pacte una pena especial en caso de incumplimiento de los deberes de lealtad.⁵⁷

Del mismo modo, por contrato social o por medio de la Asamblea de accionistas se podrá establecer que el director otorgue una garantía del correcto desempeño de su cargo- haciendo énfasis en el obrar de forma leal- que será liberada con la aprobación de la gestión del director (art. 382, LSC).

55. OLIVERA GARCÍA, Ricardo *El orden público en la ley de Sociedades Comerciales*, Anuario de Derecho Comercial Tomo 8, FCU, 1999, Montevideo, p.115

56. URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier “*Curso de Derecho Comercial*”, Civitas, Madrid, 1999, p. 915 y ss.; HALPERIN, ob cit, p. 459 “ Los accionistas gozan de una acción individual...Esta acción individual se refiere a daños que reciba personalmente o como integrante de una clase de acciones (esto es, no es un daño que sufre indirectamente, integrante del daño mayor que sufre la sociedad y de la misma naturaleza que la de todos los demás accionistas)”; SASOT BETES, Miguel, Sasot, Miguel, *Sociedades Anónimas, Órgano de Administración*, Buenos Aires, 1980, p. 543; OLIVERA GARCÍA, Ricardo “*Responsabilidad de los directores de entidades de intermediación financiera*” ADCO T. XI, 2006, p. 31 y ss.

57. PAZ ARES, ob. cit, p. 25 “Hay que recordar que la naturaleza exquisitamente contractual de los administradores y, por tanto, situar la situación en el campo de la responsabilidad contractual. [...] los daños punitivos en el ámbito contractual, rechazados por el derecho anglosajón, resultan en cambio admitidos en el derecho continental (v. arts 1152-1155 CC Español). Pues bien, es indudable que las sociedades pueden incorporar a sus estatutos cláusulas penales que garanticen el cumplimiento de los deberes de fidelidad. Nada tendría de extraño que una empresa que realiza una salida de Bolsa (IPO), con el fin de maximizar el precio de venta de las acciones, considerándose conveniente ofrecer como *bonding* de sus compromisos de lealtad el pago de una cláusula penal”.

V. CONCLUSIONES

El desvío de oportunidades de negocios de la sociedad por parte del director de la misma, ya sea por acción u omisión, sin el consentimiento o dispensa de la sociedad, determina que dicho director viole un deber impuesto por la ley, y por lo tanto sea responsable civilmente frente a la sociedad.

La falta de individualización expresa del supuesto de desvío de oportunidades de negocios de la sociedad por parte de los directores de la misma no implica que, de configurarse el desvío, el director permanezca irresponsable. Este desvío es una manifestación del deber de lealtad, que está regulado constitucionalmente en el artículo 72 y expresamente recogido por los artículos 391 y 83 de la LSC.

La oportunidad de negocios de la sociedad puede ser definida en base a grupos de casos, que permiten al director de la sociedad y al juez tener criterios de conocimiento del supuesto generador de la responsabilidad. Se puede entonces, definir al desvío de la oportunidad de negocios como la realización u omisión voluntaria, por parte de los directores de misma—por cuenta propia o de terceros—de negocios u operaciones que sean de interés para la consecución de los fines sociales o que estén en la misma línea de negocios de la sociedad, o acerca de los cuales la sociedad haya manifestado su interés, siempre que el director haya tenido conocimiento de las mismas con ocasión del ejercicio del cargo y que la sociedad no hubiera autorizado a los directores al desvío de las mismas.

La importancia del estudio de la problemática del desvío de las oportunidades de negocio descansa en que, de una buena aplicación de los remedios legales para evitar tales situaciones y las sanciones a los desleales, puede depender el funcionamiento eficiente y eficaz de la sociedad anónima.

El derecho uruguayo cuenta con mecanismos legales para que el director sepa que, en caso de pretender desviar oportunidades de la sociedad, debe poner en conocimiento de la misma dichas intenciones y que, si no lo hace y actúa en forma desleal, esa misma ley tiene los elementos necesarios para sancionar tal deslealtad.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Delpiazzo, Carlos E. - "Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo"*
- *Durán Martínez, Augusto - "El Derecho Administrativo entre legalidad y derechos fundamentales"*

IMPRESINDIBLE REORGANIZACION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (*)

CARLOS E. DELPIAZZO

Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica
y Director del Instituto de Derecho Informático (U. de la R.)
Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho
Administrativo Económico (PMDAE)
y Profesor de Derecho Informático (UM)

I. CONSTATAACION UNANIME

Pocos días atrás acaba de aparecer el tomo II del libro **"Sobre Derecho Administrativo"** (F.C.U., Montevideo, 2007) del Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO.

Bajo el título "Visión actual del contencioso administrativo uruguayo", dice en sus págs. 591 y 592:

"El contencioso administrativo uruguayo padece una profunda crisis. En particular en lo que refiere al anulatorio, puede afirmarse que al día de hoy ha colapsado; no porque se haya paralizado o destruido, sino porque ha llegado a un extremo de postulación como garantía de los derechos e intereses de los habitantes. No es una opinión personal enferma de pesimismo; es la opinión generalizada en el foro y en la Cátedra, incluso es al menos la de algunos de los propios integrantes y ex integrantes del Tribunal de lo Contencioso Administrativo".

Semanas antes, se había publicado el libro sobre **"Contencioso Administrativo"** (F.C.U., Montevideo, 2007) del Prof. Augusto DURAN MARTINEZ.

En su capítulo XVI, titulado "Evaluación del sistema", formula la siguiente afirmación acerca del funcionamiento actual del contencioso administrativo oriental (pág. 501):

"Es verdad que el sistema ha colapsado, sobre todo en lo relativo al contencioso de anulación, aunque el funcionamiento del contencioso de reparación también deja mucho que desear. Y es verdad que esa opinión es una opinión generalizada entre los que conocemos el tema".

Varios años atrás, ya había anunciado el Prof. Daniel Hugo MARTINS en la obra colectiva que compartiera con los Profs. Jesús GONZALEZ PEREZ y Consuelo SARRIA, **"Justicia Administrativa"** (UNSTA, Tucumán, 1981, pág. 70):

"La síntesis de la realidad uruguaya en materia contencioso administrativa es bastante decepcionante. Los procedimientos judiciales, luego de agotada la vía administrativa, necesarios para anular un acto administrativo, demoran no menos de tres años y para obtener un fallo favorable es necesario sortear todos los obstáculos que representan el haber recurrido correctamente y haber presentado, en plazos breves, la demanda y la prueba, haber interpretado correctamente el derecho de fondo y que el Tribunal lo reconozca".

En época más reciente, el Prof. Mariano R. BRITO había formulado una serie de sugerencias para una reforma legislativa, inspiradas en el propósito garantista de hacer eficaz el control jurisdiccional de la Administración (en **"De la justicia de lo contencioso administrativo"**, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo VIII, pág. 81 y sigtes.).

Por mi parte, reiteradamente, he señalado la necesidad de una reforma urgente de nuestra Justicia administrativa. Así, en **"Desafíos actuales de control"** (F.C.U., Montevideo, 2001, pág. 59) y en **"Derecho Administrativo uruguayo"** (UNAM - Porrúa, México, 2005, pág. 450 y sigtes.), dije:

"Para que el control jurisdiccional sea efectivamente -y no nominalmente- una garantía de la plena vigencia del Estado de Derecho, es preciso superar algunos problemas actuales que lo han puesto en crisis".

Entre ellos, ya antes había planteado la necesidad de considerar la importancia de la especialización de los magistrados en Derecho público, la ejecución de las sentencias y la amplia recepción de medidas cautelares frente a la Administración (ver: Carlos E. DELPIAZZO - **"Apuntes para una revisión del contencioso administrativo uruguayo"**, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 51 y sigtes., y **"Medidas cautelares en el**

(*). Conferencia pronunciada el 28 de junio de 2007 en las II Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Derecho Administrativo", en A.A.V.V. - "Curso sobre medidas cautelares", F.C.U., Montevideo, 1999, pág. 207 y sigtes.).

II. COMPROBACION ESTADISTICA

Para dar base objetiva a la reflexión, en oportunidad de la conferencia pronunciada el 11 de abril de 2005 bajo el título "**¿Justicia o injusticia administrativa?**", realicé un análisis estadístico -sin pretensiones científicas- de la jurisprudencia del TCA, tomando como punto de partida:

a) el trabajo publicado en la Rev. D.C. y P., tomo IV, N° 22-23, pág. 261 y sigtes., titulado "Las empresas ante diez años de jurisprudencia del TCA" - período 1977 a 1986; y

b) los datos proporcionados por el TCA - período 2001 a 2004.

Para cotejar objetos comparables, analicé las sentencias definitivas de los años 1981 a 1984 contra las de los años 2001 a 2004, o sea, 2 cuatrienios separados 20 años:

- entre 1981 y 1984 se dictaron 1.024 sentencias, de las que sólo el 19 % fueron anulatorias

- entre 2001 y 2004 se dictaron 3.069 sentencias, de las que sólo el 17 % fueron anulatorias

Por lo tanto, se triplicaron las sentencias y, curiosamente, disminuyeron 2 % las anulatorias en el período democrático respecto al de facto.

Como comentara el Prof. José Aníbal CAGNONI en sus clases, quien mire los resultados cuantitativos de nuestra jurisprudencia anulatoria, podrá pensar que Uruguay ha alcanzado en alto grado el perfeccionamiento de su Estado de Derecho dado que la Administración actúa casi siempre con ajuste a Derecho ya que sólo se anula un 17 % de sus decisiones cuestionadas.

Si se atiende a los pedidos de suspensión de la ejecución de actos administrativos en el mismo período 2001 a 2004, de los 175 pedidos registrados, sólo se resolvieron favorablemente 4 casos, ninguno durante los años 2002 y 2004.

Por otra parte, en toda la historia del TCA, éste nunca hizo reserva a la parte demandante de la acción de reparación prevista en el art. 310, inc. final de la Constitución "si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada".

III. CAUSAS DE LA CRISIS

Entre otras **causas** del colapso, pueden señalarse las siguientes principales:

a) el desborde de asuntos;

b) la falta de especialización de los magistrados;

c) los condicionamientos de la acción anulatoria;

d) la insuficiencia de las medidas cautelares; y
e) las dificultades para la ejecución de las sentencias.

Para responder a ellas, se han formulado multiplicidad de **iniciativas**, ninguna de las cuales ha prosperado hasta ahora.

Sin perjuicio de las soluciones de carácter jurisprudencial (que dependen del propio TCA), corresponde referirse a las principales propuestas de reformas legislativas y constitucionales que se han planteado.

Entre las soluciones instrumentadas por la vía legislativa, cabe destacar:

a) el proyecto de ley redactado por el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo, con la colaboración del Profesor Horacio CASSINELLI MUÑOZ y que fuera avalado por el entonces Director del Instituto de Derecho Administrativo, Prof. Daniel Hugo MARTINS, de julio de 1985;

b) el anteproyecto de ley redactado a pedido del TCA por el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo, en junio de 2000;

c) los mensajes del Tribunal de lo Contencioso Administrativo al Poder Ejecutivo de junio de 2003 y de mayo de 2005, basados en el anteproyecto antes referido, los cuales fueron desglosados por el Poder Legislativo de los respectivos proyectos de leyes de Rendición de Cuentas y de Presupuesto Nacional.

Por otra parte, una propuesta de solución por la vía constitucional puede encontrarse en el proyecto de reforma de las Secciones XV y XVII de la Constitución redactado por el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo a pedido del Colegio de Abogados (cuyo Directorio lo hizo propio), en setiembre de 2003.

IV. SOLUCIONES ORGANIZATIVAS

En todas las iniciativas reseñadas, se regularon temas de organización, de competencia y procesales.

Asimismo, en cada una de las oportunidades, se hicieron los siguientes **deslindes metodológicos**:

a) entre reformas posibles por ley y reformas necesitadas de modificar la Constitución; y

b) entre reformas limitadas al ámbito del TCA o que afectaban al Poder Judicial.

El análisis siguiente se limitará a las soluciones organizativas tendientes a neutralizar las dos primeras causas de la crisis actual -el desborde de asuntos y la falta de especialización de los magistrados- y a agilizar el proceso contencioso anulatorio, aunque las iniciativas apuntaron siempre a la solución de todos los problemas.

A) Vía legislativa

El fundamento de esta vía para ampliar la organización de lo contencioso administrativo está dado por el art. 320 de la Constitución, a cuyo tenor se dispone:

“La ley podrá, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Estos órganos serán designados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo que disponga la ley sobre la base de las disposiciones que se establecen para el Poder Judicial y estarán sometidos a su superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica”.

Según ha expuesto el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO en magistral síntesis (ob. cit., pág. 597):

“La competencia posible de estos órganos jurisdiccionales inferiores también ha sido discutida. [1] Se ha sostenido que siendo la función jurisdiccional en principio propia del Poder Judicial, la ley sólo podría atribuirles competencia en la materia que corresponde a su órgano superior, el propio Tribunal, única exceptuada de aquella atribución constitucional de principio: lo anulatorio y eventualmente lo reparatorio si esto último se admitiera como posible competencia del Tribunal. [2] En sentido contrario, se sostiene que lo anulatorio es necesariamente competencia del propio Tribunal y no se podría atribuir a órganos inferiores, de manera que para éstos sólo restaría lo reparatorio de daños causados por actos administrativos. [3] En la tesis más amplia, se sostiene que puesto que serán órganos dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, su competencia legal podrá tener todo el alcance que cabe atribuir a esa jurisdicción en su significación técnica: conjunto de contiendas sometidas a resolución de un órgano jurisdiccional, regidas por Derecho público, en las cuales es parte una entidad estatal.

Todos los proyectos elaborados desde 1985 han previsto la creación de órganos inferiores en lo contencioso administrativo, variando su ubicación institucional y la competencia atribuida, utilizándose en este aspecto soluciones adecuadas a las tres interpretaciones del art. 320 de la Constitución antes expuestas”.

Por mi parte, soy de la opinión de que el constituyente ha querido posibilitar la configuración de un sistema orgánico encabezado por el TCA -por eso, habla de “órganos inferiores”- al estilo del Poder Judicial, a cuyas disposiciones se remite utilizando idénticas expresiones a las empleadas respecto a la SCJ por el art. 239, num. 2° de la Carta, atribuyéndolo

le “la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica”.

Como ya he tenido oportunidad de destacarlo antes de ahora a propósito del Poder Judicial (ver: Carlos E. DELPIAZZO - **“Derecho Administrativo Especial”**, A.M.F., Montevideo, 2006, volumen I, págs. 86 y 87; y **“La Administración de Justicia”**, en Rev. Judicatura, Montevideo, 2006, N° 44, pág. 107 y sigtes.):

“En su sentido natural, el vocablo “superintendencia” quiere decir suprema administración, alude a la jerarquía y es la expresión más pura de la concentración funcional. Dicha superintendencia se manifiesta, en el caso, tanto en lo directivo, como en lo correctivo, en lo consultivo y en lo económico.

En la superintendencia directiva está comprendida la norma constitucional que establece que “En el ejercicio de sus funciones, se comunicará directamente con los otros Poderes de Gobierno” (art. 240).

También constituye expresión típica de la misma la potestad de nombrar a todos los Jueces y funcionarios del Poder Judicial (art. 239, nums. 4°, 5°, 6° y 7°) y la potestad reglamentaria, consistente en la posibilidad de dictar normas generales bajo la forma de Reglamentos, Acordadas u órdenes de carácter general, inherentes al gobierno interno de la administración de Justicia.

Con respecto a la superintendencia correctiva, la misma se traduce en la potestad disciplinaria que ejerce la Suprema Corte de Justicia sobre todos los integrantes del Poder Judicial.

La superintendencia consultiva, sin perjuicio de las discrepancias que se han planteado acerca de su alcance, desde el punto de vista etimológico parece equiparable a la disciplinaria o correctiva.

Finalmente, la superintendencia económica está desarrollada en el art. 239, num. 3° de la Constitución (coincidente con el art. 220), conforme al cual compete a la Suprema Corte de Justicia “Formular los proyectos de presupuestos del Poder Judicial y remitirlos en su oportunidad al Poder Ejecutivo para que éste los incorpore a los proyectos de presupuestos, acompañados de las modificaciones que estime pertinentes”.

Además, en función de esta superintendencia económica, a la Suprema Corte de Justicia le corresponde ejecutar las normas presupuestales referentes al Poder Judicial”.

A mi juicio, tales aseveraciones son trasladables íntegramente al TCA para el caso de que la ley disponga “crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa”, expresión esta última que debe interpretarse en su más amplio sentido.

En el proyecto de julio de 1985, la técnica seguida fue la de adecuar el decreto ley orgánico del TCA

Nº 15.524 de 9 de enero de 1984, haciéndolo en los siguientes términos:

a) la Justicia administrativa será ejercida por el TCA, el Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (TACA) y los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo;

b) los Ministros del TACA y los Jueces Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo serán designados por el TCA de conformidad con lo establecido en el art. 230 de la Constitución;

c) el TACA conocerá en segunda instancia en todos los asuntos en que el Estado, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales sean actores o demandados;

d) los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo tendrán competencia en Montevideo en los asuntos en que los indicados entes estatales sean actores o demandados, con las excepciones que se indican;

e) al TCA se reserva conocer en instancia única de las demandas de nulidad previstas en el art. 309 de la Constitución y en las contiendas y diferencias cuya jurisdicción le atribuye el art. 313 de la Constitución, así como entender en el recurso de casación contra las sentencias del TACA.

En el proyecto de junio de 2000, la técnica seguida fue la de un texto legal independiente con el siguiente contenido en materia organizativa:

a) creación gradual bajo el TCA de un Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Anuladorio (TACA) y hasta 6 Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anuladorio;

b) los Ministros del TACA y los Jueces Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anuladorio serán designados por el TCA de conformidad con lo establecido en el art. 230 de la Constitución y disposiciones concordantes de la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales Nº 15.750 de 24 de junio de 1985;

c) el TACA conocerá en segunda instancia de las apelaciones que se interpongan contra las sentencias dictadas por los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anuladorio;

d) los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anuladorio *conocerán en instancia única* de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la Constitución, en los asuntos de menor cuantía, cuando se trate de calificaciones de funcionarios públicos o sanciones disciplinarias leves, y cuando su objeto consista en clausuras, prohibiciones, inhabilitaciones o suspensiones de actividades que no superen los 5 días;

e) asimismo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anuladorio *conocerán en primera instancia* de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la

Constitución, en los asuntos de cuantía media, cuando se trate de lesiones a funcionarios públicos en su calidad de tales y no quepan en las previsiones anteriores ni dispongan la extinción de la relación funcional o una sanción grave, y cuando su objeto consista en clausuras, prohibiciones, inhabilitaciones o suspensiones de actividades que superen los 5 días y no excedan de 30 días;

f) el TCA conocerá en instancia única de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la Constitución, que no correspondan a los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anuladorio, así como de las contiendas y diferencias a que refiere el art. 313 de la Constitución;

g) los procesos que se tramiten ante el TCA continuarán desenvolviéndose de acuerdo al decreto ley Nº 15.524, mientras que los que se tramiten ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anuladorio y el TACA se desenvolverán de conformidad con el CGP;

h) los órganos competentes para entender en primera o en única instancia lo serán también para decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo y para disponer medidas cautelares, provisionales o anticipadas de conformidad con los arts. 311 a 317 del CGP; y

i) dichos órganos serán competentes para disponer lo necesario para la ejecución de las sentencias.

En los mensajes del TCA de 2003 y 2005 - sustancialmente iguales entre sí- se introdujeron leves variantes a la iniciativa descrita, fundamentalmente en aspectos procesales, tales como la regulación de las cuantías y la limitación de excepciones, y la previsión de las dotaciones presupuestales necesarias para la puesta en funcionamiento de las nuevas oficinas.

B) Vía constitucional

Bajo el título de “Congelamiento constitucional”, el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO (ob. cit., págs. 613 y 614) señala lo siguiente:

“A la indiferencia política se agrega, como grave dificultad para remediar los defectos señalados del régimen, la congelación de sus rasgos principales en normas constitucionales... Históricamente, esa constitucionalización tuvo el mérito de poner en funcionamiento de inmediato el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su jurisdicción anuladoria, cuya creación por ley, prevista desde la Constitución de 1934, no había ocurrido casi veinte años después. Pero para lograrlo, la Constitución de 1952 debió regular muchos detalles que, transcurridos cincuenta años, conservan soluciones inconvenientes o que

plantean difíciles problemas interpretativos. La jerarquía constitucional de muchas de esas normas no se justifica por su contenido y ha impedido remediar muchos de los graves defectos expuestos”.

A pesar de compartir tales afirmaciones, coincido con el Prof. Augusto DURAN MARTINEZ cuando dice al respecto (ob. cit., pág. 505):

“... advierto que junto al defecto del congelamiento, la constitucionalización del sistema también tiene sus bondades pues impide que un gobierno autoritario, con poca cultura jurídica, que cuente con amplias mayorías legislativas, pueda conseguir leyes que en definitiva arrasen con el contencioso administrativo y desaparezcan así las escasas garantías que quedan”.

Procurando guardar equilibrio entre las ventajas de la constitucionalización y los inconvenientes de la misma, es que se gesta el proyecto de reforma que, a pedido del Colegio de Abogados del Uruguay, redactamos en el año 2003. El mismo se sustentó en las siguientes bases:

a) la ampliación a 7 del número de integrantes de la SCJ y su funcionamiento por salas de 3 miembros;

b) el traspaso de la jurisdicción constitucional al Tribunal Constitucional y de lo Contencioso Administrativo (TCCA);

c) la transformación del TCA en TCCA, manteniendo su integración con 5 miembros, pero requiriendo sólo 3 votos conformes para dictar sentencia en materia contencioso administrativa y los 5 para la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos;

d) la creación de Tribunales y Juzgados en dependencia del TCCA y nombrados por éste;

e) la previsión de que los órganos de esta jurisdicción puedan no sólo anular el acto impugnado sino también suspenderlo, disponer las demás medidas cautelares que juzguen pertinentes, condenar a la reparación de los daños y perjuicios causados por el acto impugnado y disponer lo que corresponda para la plena ejecución de las sentencias;

f) la posibilidad de que la acción de reparación por los daños causados se acumule a la acción anulatoria;

g) la flexibilización del régimen de los recursos administrativos, estableciendo que el plazo para recurrir será establecido por la ley (no siendo nunca menor a 10 días) y que el plazo para instruir y resolver no podrá ser mayor a 150 días; y

h) la imposición, por vía de Disposición Transitoria, de que a los 90 días siguientes al momento en que el plebiscito fuera proclamado afirmativo por resolución firme de la Corte Electoral, “se instalarán 2 Juzgados Letrados de Primera Instancia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y a los 360

días siguientes a aquella misma fecha, se instalarán 2 Juzgados Letrados más y un Tribunal de Apelaciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos miembros serán designados conforme a lo previsto en la Sección XVII. Mientras no se dicte la ley correspondiente, las atribuciones de esos órganos serán determinadas por el Tribunal Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, y se aplicarán en lo pertinente las normas del Código General del Proceso”.

V. LUCHA POR LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La vigencia plena del principio de juridicidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse eficazmente el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico. De lo contrario, dicho principio quedaría en simple declaración programática.

Dentro de estos mecanismos, la técnica primordial de garantía ha estado y está constituida por el control jurisdiccional, entendido como “la comprobación de la regularidad de lo actuado o de lo proyectado u omitido por los órganos públicos, realizada por órganos jurisdiccionales y mediante procesos jurisdiccionales que culminan con una sentencia” (así: Carlos E. DELPIAZZO - “Desafíos actuales del control” cit., pág. 57).

Desde el punto de vista objetivo, la universalidad del control jurisdiccional de la Administración significa que cualquier acto o conducta, positiva o negativa, puede ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos jurisdiccionales, a instancia de cualquier persona o entidad (pública o privada) a quien dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses.

Desde el punto de vista subjetivo, la referida justiciabilidad del Estado se traduce en “el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas” (así: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ - “El derecho a la tutela jurisdiccional”, Civitas, Madrid, 2001, pág. 33).

Tal derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, en la plena efectividad de sus pronunciamientos.

Pero de nada sirve la mera proclamación de la tutela jurisdiccional si la misma no es efectiva. Por eso, es preciso afirmar como principio general, la “tutela jurisdiccional efectiva”.

Es que el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho, sino algo sustancial de todo Estado. La organización del Poder público de modo que quede garantizada la Justicia, le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los hombres tienen por el hecho de ser hombres y que los ordenamientos positivos se limitan a recoger.

Mientras no se avance en el sentido de fortalecer y dar coherencia a una Justicia Administrativa dotada de los medios jurídicos y recursos materiales necesarios para su funcionamiento, el esfuerzo de abogados, magistrados y funcionarios continuará chocando en la práctica cotidiana contra la inercia del Leviatán burocrático que son las Administraciones públicas. Así, seguirá siendo verdad que *"la Justicia administrativa es una revolución pendiente"* para el Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria (así: Tomás Ramón FERNÁNDEZ - **"Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria"**, La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 110 y sigtes.).

EL DERECHO ADMINISTRATIVO ENTRE LEGALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES *

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.
Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

I

1. El título del tema que se nos ha adjudicado impone necesariamente algunas precisiones terminológicas.

En efecto, podemos hablar de *Derecho administrativo*, de *legalidad* y de *derechos fundamentales* en diversos sentidos. Por eso estimo imperioso comenzar por indicar el sentido con el cual usaré los términos mencionados.

2. Efectuaré las aludidas precisiones en el orden en que los respectivos términos han sido presentados.

II

1. *Derecho administrativo* es un término complejo porque está compuesto de partes que tiene cada una por sí sola y separadamente una significación¹: *derecho* y *administrativo*.

Tomo el término *derecho* en el sentido que presenta su analogado principal, es decir, como *lo justo*, como el objeto de la Justicia Particular.² Es el

DIKAION de los griegos, el *JUS* de los romanos, la *cosa justa* de Santo TOMÁS DE AQUINO.³ VILLEY, desarrollando esta idea, entendía por *Derecho* la justa distribución proporcional de los bienes y de las cargas en un grupo social.⁴

El término *administrativo* deriva de administración. *Derecho Administrativo* es así *lo justo administrativo*. Lo *justo administrativo* evoca la relación del hombre con la administración; es esa justa distribución proporcional aludida por VILLEY, efectuada mediante el ejercicio de la función administrativa.

2. Tomo para *legalidad* la segunda acepción que da a este término el Diccionario de la Real Academia Española: "ordenamiento jurídico vigente."⁵

Por *ordenamiento jurídico* vigente considero el conjunto de actos jurídicos, cualquiera sea su naturaleza, valor y fuerza⁶, que rige en una determinada sociedad en un momento dado, más los principios generales del derecho.

3. Tomo el término complejo *derechos fundamentales* como sinónimo de *derechos humanos*.

Considero *derechos humanos*, en la línea de BIDART CAMPOS⁷, aquellos que tienen como sujeto al hombre en cuanto es hombre, en cuanto perte-

* Exposición formulada en el marco del II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en Curitiba-Brasil del 13 a 16 de mayo de 2007, organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo-Prof. Jesús González Pérez, la Asociación de Derecho Público de Mercosur y el Instituto de los Jóvenes Juristas del Derecho Público Iberoamericano.

1. MARITAIN, J., El orden de los conceptos. Lógica. Club de Lectores, Buenos Aires, p. 79.
2. DE AQUINO, T., Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los Príncipes. Editorial Porrúa S.A., México, 1975, p. 117 y ss. (Suma Teológica. II. II, cuestión 57, art. 1).
3. DURÁN MARTÍNEZ, A., Contencioso administrativo. F.C.U., Montevideo, 2007, pp. 10 y ss.
4. VILLEY, M., Método, fuentes y lenguaje jurídico. Ghersi Editor, Buenos Aires, 1978, pp. 168 y ss.; VILLEY, M., El Derecho. Perspectiva griega, judía y cristiana. Ghersi Editor, Buenos Aires, 1978, pp. 64, 94 y 102.
5. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A., Buenos Aires, 2002, t. II, p. 1360.
6. La expresión *valor* está tomada en el sentido de *fuerza pasiva* o de resistencia y la expresión *fuerza* en el sentido de *fuerza activa* o de innovación o derogatoria. FRUGONE SCHIAVONE decía que la *fuerza activa* refiere a la potencialidad de innovar en el orden jurídico preexistente venciendo toda resistencia opuesta por cualquier otra manifestación de voluntad del Estado, de grado semejante o inferior, con ella contrastante; y *fuerza pasiva* es la capacidad de resistencia que el acto jurídico tiene, en el sentido de que no puede ser derogado, abrogado o desaplicado si no es por un acto de fuerza igual o superior. FRUGONE SCHIAVONE, H., "De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 74, enero-octubre de 1974, números 1 a 10, p. 10.
7. BIDART CAMPOS, G.J., Teoría general de los derechos humanos. ASTREA, Buenos Aires, 1991, p. 2.

neces a la especie que llamamos humana, prescindiendo de su condición de ciudadano o extranjero, de trabajador o desocupado o jubilado o pensionista, de niño o adulto, de mujer o varón, o de integrante de algún grupo étnico en particular, o de otras situaciones diferenciales que puedan existir.⁸

III

1. Los *derechos fundamentales*, en el sentido dado en este trabajo, lo son por derivar de la naturaleza humana. No asigno al término *fundamentales* un sentido meramente valorativo como lo hace BARBAGELATA⁹ ni un carácter formal como FERRAJOLI.¹⁰ Son derechos fundamentales, a mi juicio, todos aquellos inherentes a la esencia misma del hombre.

En ese sentido son objetivos. Por eso son comunes a todos los hombres y existen con independencia de la valoración que haya sobre ellos en la sociedad en un momento dado. Su condición objetiva se impone a la ocasional mayoría de una época.

Esos derechos no son creados por hombre alguno por medio de alguno de los actos jurídicos que dicte, sino que nacen con el hombre mismo.

Pero esos derechos, objetivos por su origen, son subjetivos por su ejercicio: cada hombre tiene dominio sobre lo suyo o puede exigir lo que se le debe.

La falta de reconocimiento o de protección de estos derechos no implica su inexistencia sino su inoperancia. Y esto deriva de una cuestión cultural por la imperfección humana.¹¹

Como bien lo advirtió FERRAJOLI, la garantía no es de esencia del derecho fundamental.¹² La falta de garantía no significa inexistencia del derecho.

Si un derecho fundamental carece hoy de garantía, algún día la tendrá. La tendrá el día en que por el desarrollo de nuestro conocimiento nos demos cuenta de que estamos en presencia efectivamente de un derecho humano.

2. Esos derechos humanos o fundamentales son por su origen preexistentes al Estado y a toda norma creada por el hombre.

3. Nuestra Constitución contiene un artículo, el 72, que dice: "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."

4. Del texto citado se desprende que el mismo refiere a derechos (también deberes y garantías) derivados de dos tipos de *cosas*: a) de una *cosa* que llamamos persona humana; y b) de otra *cosa* que llamamos república.

Al ser la república una forma de gobierno adoptada por la Constitución (forma republicana de gobierno, es lo que concretamente dice el texto), no cabe duda de que los derechos que derivan de esa forma de gobierno son de naturaleza constitucional.

Pero, ¿qué ocurre con los derechos derivados de la persona humana (*inherentes a la personalidad humana*, es lo que concretamente dice el texto) o derechos humanos o fundamentales en la terminología empleada en este estudio?

Este aspecto ha sido particularmente estudiado al estudiar los principios generales del derecho.

Así, algunos autores de innegable y justificado prestigio han sostenido que los principios generales del derecho relativos a derechos, deberes y garantías que son inherentes a la personalidad humana se ubican en el nivel de las normas constitucionales, porque están implícitamente contenidos en la Constitución, en su artículo 72.¹³

De ese razonamiento se deriva como lógica consecuencia que esos derechos tienen naturaleza constitucional. Por tanto, se imponen al legislador pero no al constituyente.

No tengo el honor de compartir esa posición. Es timo que los derechos que derivan de la persona humana son preexistentes al texto constitucional. La Constitución, al reconocerlos, les brinda protección,

8. DURÁN MARTÍNEZ, A., "¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación usadas en Uruguay", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, vol. I, p. 360.
9. BARBAGELATA decía que los derechos fundamentales "lo son por la relevancia que tienen dentro de la organización social". BARBAGELATA, A.L., *Derechos fundamentales*, F.C.U., Montevideo, 1986, p. 8.
10. FERRAJOLI propone una definición teórica, calificada por él como puramente formal o estructural. En tal sentido decía: "son *derechos fundamentales* todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a *todos* los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de actos que son ejercicio de éstas". FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial TROTTA, Madrid, 2005, p. 19.
11. BRITO, M., *Derechos fundamentales*, en A.A.VV., *Evolución constitucional del Uruguay*, Universidad Católica del Uruguay. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1989, pp. 17 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso ...*, p. 109.
12. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos ...*, pp. 45 y ss. y pp. 180 y ss.
13. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", en BARBÉ PÉREZ, H./REAL, A.R./CAJARVILLE PELUFFO, J.P./MARTINS, D.H., *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, F.C.U., Montevideo, 2001, pp. 151 y 156.

pero no les asigna naturaleza constitucional puesto que son anteriores a ella.

Al reconocerlos, implícitamente les asigna el mismo sistema de protección que el previsto para los otros derechos expresamente reconocidos por la Constitución. Así, si el acto jurídico que los desconoce es una ley, corresponde contra ella el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad previsto en los artículos 256 y siguientes de la Constitución, y si es un acto administrativo corresponderá la acción de nulidad prevista en los artículos 309 y siguientes de la Carta. Pero eso no quiere decir que una Constitución posterior pueda desconocer esos derechos.

La primacía de la persona humana es hoy una realidad, al menos en el plano conceptual. La evolución cultural de nuestra época ha superado lo que BIDART CAMPOS ha denominado la *autorreferencia decisionista* y la ha reemplazado por un mínimo *objetivismo suprapositivo*. Y ese mínimo *objetivismo suprapositivo* reside en la persona humana¹⁴, cuyo valor reposa en la dignidad derivada de su origen.¹⁵

No se puede olvidar que no es la Constitución que determina nuestra filosofía sino al revés, es la filosofía nacional que determina nuestra Constitución.¹⁶ Y esa filosofía no es una mera creación de la razón humana; en muchos aspectos es un descubrimiento realizado por la razón de datos que se le imponen como, por ejemplo, la propia esencia del hombre.

Los derechos humanos, pues, tienen fuerza suficiente para resistir hasta las propias normas constitucionales. Son supraconstitucionales.

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son una prueba elocuente de ello. Ellos no se detienen ante una violación de derechos humanos perpetrada por una norma constitucional.

IV

1. Conforme al concepto adoptado de *legalidad*, esta comprende actos jurídicos y principios generales de derecho.

2. Más allá de que la integración de los principios generales de derecho al ordenamiento jurídico, por lo menos los que se derivan de la persona humana, se desprende implícitamente de lo antedicho, ello

no ofrece dudas en nuestro derecho positivo en virtud de lo establecido por el literal a) del artículo 23 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984.

Este artículo, recogiendo una definición ya tradicional en nuestro medio proveniente del artículo 345 de la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, consideró *regla de derecho* a "todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual."

3. A los ojos de nuestro legislador, pues, las reglas de derecho pueden ser normas o principios de derecho. Normas y principios, así, conforman la *legalidad*.

Nuestra ley reparó en la diferencia existente entre normas y principios. Bien decía CASSAGNE: "Mientras que las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida sobre el supuesto de hecho que ella determina como la consecuencia se encuentran formuladas 'con similar propósito de precisión', los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto."¹⁷

No obstante esa diferencia existente entre norma y principio, nuestro legislador consideró a ambos reglas de derecho. Consideración que tiene la virtud de recordarnos el sentido de los principios generales del derecho, estén o no recogidos por textos de derecho positivo. Porque, como acertadamente lo recordaba GONZÁLEZ PÉREZ, si el principio existe con independencia de que haya sido acogido en una norma jurídica, su consagración legislativa no supone que pierda aquel carácter; cuando un principio se "positiviza" no pierde su carácter principal.¹⁸ Cuando un principio es recogido en un texto de derecho positivo se aplica el principio a través de su especificación, y si no es recogido por el derecho positivo se aplica directamente el principio.

Por eso, con razón, afirmó BARBÉ PÉREZ que los principios generales del derecho "son fuentes directa y principal de nuestro derecho; que sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales solo se apliquen

14. BIDART CAMPOS, G.J., *Doctrina social de la Iglesia y Derecho Constitucional*. EDIAR, Buenos Aires, 2003, p. 70; DURÁN MARTÍNEZ, A., "El papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de Servicios Públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria", en *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Editora Fórum- Instituto Paranaense de Direito Administrativo, N° 19, jan-mar, 2005, p. 37.

15. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona humana*. CIVITAS, Madrid, 1986, pp. 26 y ss.

16. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Filosofía de la Constitución Oriental", en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Público ...*, vol. I, p. 47.

17. CASSAGNE, J.C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de "Anales"-Año XXXII, segunda época, número 25, pp. 24 y ss.

18. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad ...*, p. 85.

si no hay texto, sino los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas."¹⁹

4. Cuando la ley refiere a los principios, alude a todos y no solo a los comprendidos en el artículo 72 de la Constitución. Precisamente, el artículo en análisis emplea la palabra **todo** antes de la expresión **principio de derecho**. Comprende, pues, todos los principios generales de derecho, cualquiera sea su valor y fuerza.

Determinar el valor y fuerza de esos principios será de particular importancia a los efectos de determinar su grado de resistencia ante las distintas normas de derecho positivo y su grado de capacidad de impulso innovador del derecho positivo.

Así, un principio con valor y fuerza de ley o de reglamento, en caso de ser desconocido por un acto administrativo, podrá provocar la nulidad de este acto si es impugnado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero nada impide que sea derogado por una ley o por una Constitución posterior.

Un principio general de derecho con valor y fuerza de constitución puede provocar la declaración de inconstitucionalidad de la ley que lo vulnere, o la anulación del acto administrativo que lo descarte, pero no impide que una Constitución posterior lo desconozca.

Un principio general de derecho supraconstitucional puede provocar la declaración de inconstitucionalidad de la ley que lo desconozca, la anulación del acto administrativo que lo ignore, y se impone hasta al propio Constituyente.

No está expresamente previsto en nuestra Constitución qué es lo que ocurre cuando una norma constitucional desconoce un derecho fundamental o derecho humano. Al no estar previsto, corresponde la solución de principio: el Juez de la causa aplicará la regla de derecho de mayor jerarquía, es decir, el principio general de derecho que deriva de la personali-

dad humana, y descartará la norma constitucional que lo vulnera. Y al no estar expresamente previsto el caso en lo que refiere al Juez competente, en el plano interno corresponderá al Juez competente del Poder Judicial según las normas comunes, y en el plano internacional al Juez que corresponda según el Derecho Internacional.

5. Esos principios generales de derecho que derivan de la persona humana configuran las reglas de derecho de mayor valor y fuerza de nuestro ordenamiento jurídico; son supraconstitucionales.

Por tal razón, tienen valor suficiente para resistir a cualquier otra norma de ordenamiento positivo y la fuerza necesaria para encauzar todas las normas constitucionales, legislativas, reglamentarias y contractuales o actos subjetivos que se dicten.

Esos principios generales de derecho, pues, integran y presiden la legalidad. Los derechos humanos o fundamentales relacionados con esos principios condicionan la legalidad.

6. Esta última afirmación requiere una precisión.

Nuestra Constitución en algún artículo prevé la privación de algunos derechos constitucionales o limitaciones a derechos humanos mediante ley dictada por razones de interés general. Es el caso por ejemplo de los artículos 7 y 36.²⁰

Ante estos textos, algún autor ha pretendido ver una primacía de los intereses generales sobre los individuales.²¹

No comparto esa posición.

En primer lugar, cabe recordar que el artículo 7 no consagra el derecho a la vida, el honor, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad: los presupone. Estos derechos son reconocidos por la Constitución, por lo que son anteriores a ella.²² Lo que la Constitución consagra es el derecho a ser protegido en el goce de la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Lo que la ley puede privar es ese derecho a ser protegido, pero no el derecho a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo o propiedad.

19. BARBÉ PÉREZ, H. Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo, en *BARBÉ PÉREZ, H y otros ... Los principios ...*, p. 29.
20. **Artículo 7°**. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general. **Artículo 36**. Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.
21. RODRÍGUEZ AZCÚE, G., "Principio de preeminencia del interés general sobre los intereses particulares en las leyes de la crisis bancaria", en *AA. VV. Liber Amicorum discipulorumque José Anibal Cagnoni*, F.C.U., Montevideo, 2005, pp. 289 y ss.; SÁNCHEZ CARNELLI, L., "La protección de los intereses generales", en *AA. VV. Liber Amicorum ...*, pp. 357 y ss. Aunque RODRÍGUEZ AZCÚE, en el trabajo precedentemente citado, invoca la opinión de BRITO en apoyo de su tesis, creo que no se puede extraer del pensamiento de BRITO la existencia en nuestro derecho de un *principio de preeminencia del interés general sobre los intereses particulares*. Ver BRITO, M., "Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo", en *BRITO, M., Derecho Administrativo. Su permanencia - contemporaneidad - prospectiva*. Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, Montevideo, 2004, pp. 259 y ss.
22. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., La Constitución Nacional, Cámara de Senadores, Montevideo, 1991, t. I, pp. 220 y ss.; ESTEVA GALLICCHIO, E., "El control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el derecho uruguayo", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Universidad Católica del Uruguay / Amalio M. Fernández / Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, t. III, p. 55.; CAGNONI, J.A., *El derecho constitucional uruguayo*, Montevideo, 2006, p. 426.

Por otro lado, la privación de los derechos a que alude el artículo 7, así como la limitación de otros derechos, como la prevista en el artículo 36, requiere ley, pero dictada por razones de interés general.

Como bien ha expresado RISSO FERRAND, la Carta aquí ha sentado el principio de protección de esos derechos.²³

“El artículo 7º -dice RISSO FERRAND-, cuando consagra el derecho de los habitantes a *ser protegidos en el goce* de los derechos preexistentes, ya sienta el principio de protección, en la medida que los habitantes pueden exigir del Estado la protección correspondiente y, obviamente, éste deberá asegurar a los habitantes contra cualquier circunstancia que impida u obstaculice el pleno goce de dichos derechos. Esta *protección* no se limita sólo a los derechos comprendidos en el artículo 7 y ni siquiera a los de primera generación, sino que en la medida que respecto a los derechos económicos, sociales y culturales el Estado asume la obligación de brindar y asegurar un mínimo de condiciones efectivas (en materia de salud, vivienda, etc.), es obvio que la protección, aunque con distinto perfil, alcanza y obliga respecto a cualquier derecho constitucional. En algunos casos, incluso, la propia Constitución establece obligaciones (de protección) respecto a estos derechos de segunda generación, tal como ocurre en el inciso 2º del artículo 41 respecto a la protección de la infancia y de la juventud contra el abandono y contra la explotación y el abuso, o en el inciso 2º del artículo 42 en cuanto a la protección de la maternidad, etc.”²⁴

La protección de los derechos fundamentales es el principio, su restricción es la excepción; restricción que solo procede por razones de interés general.

Es más, se puede afirmar que es de interés general la tutela de los intereses individuales²⁵ pues sin tutela de los intereses individuales no se logra el bien común; sin bien común la persona humana no logra su pleno desarrollo, y si la persona humana no logra su pleno desarrollo no hay ni persona ni sociedad sana.

Se debe tener en cuenta, además, que la ley carece de discrecionalidad al respecto. *Interés general* es un concepto jurídico indeterminado²⁶, su determinación exige una actividad intelectual y no volitiva, por lo

que la Suprema Corte de Justicia puede ingresar al examen de la configuración o no del interés general en el caso concreto al estudiar la inconstitucionalidad de un acto legislativo.²⁷

El legislador en el caso efectúa una actividad de interpretación. Así como su actividad interpretativa asignada por el artículo 85 numeral 20 de la Constitución está sujeta al control jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia por la expresa remisión que este numeral efectúa a los artículos 256 a 261 de la Carta, también la Suprema Corte queda habilitada para juzgar el acierto o no en la determinación de un concepto jurídico indeterminado. Como bien ha dicho ESTEVA GALLICCHIO, “entre la interpretación realizada por vía de la ley, esto es, por acción de los Poderes políticos del Gobierno del Estado, la Constitución prefiere la interpretación constitucional que va a resultar de la acción de un órgano del Poder Judicial, específicamente en el caso de la Suprema Corte de Justicia.”²⁸

Esta solución constitucional impide que una ocasional mayoría legislativa pueda desconocer derechos humanos. No hay que olvidarse de que el interés general, si bien no es la suma de los intereses individuales, tampoco es el interés de la mayoría.

Además de lo expuesto, cabe admitir la existencia de un contenido esencial de los derechos humanos que configuran también un límite al legislador²⁹, que impide que por medio de restricciones legales se desnaturalice el derecho.

Hechas estas precisiones, se comprende la afirmación efectuada en el sentido de que los derechos humanos o fundamentales condicionan la *legalidad*. Los principios generales del Derecho relacionados con los derechos humanos, así, presiden la *legalidad*.

V

1. Esa *legalidad*, presidida por los principios generales de derecho que derivan de la persona humana, con sus derechos y deberes (porque no hay que olvidar que de la naturaleza humana también surgen deberes en virtud de su dimensión social y trascendente³⁰), determina el *derecho administrativo*, o sea, lo *justo administrativo*.

23. RISSO FERRAND, M., “Los ‘intereses individuales’ y el ‘interés general’ en la Constitución”, en *Tribuna del Abogado*. Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, junio/julio 2005, N° 143, p. 11.

24. RISSO FERRAND, M., op. cit., p. 11.

25. DURÁN MARTÍNEZ, A., “Ejecución de los contratos administrativos”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo – Parte General*, Montevideo, 1999, p. 271.

26. ESTEVA GALLICCHIO, E., *Control de la regularidad ...*, loc. cit., p. 55; BRITO, M., “Principio de legalidad ...”, loc. cit., p. 266.

27. ESTEVA GALLICCHIO, E., op. cit., loc. cit., p. 55.

28. ESTEVA GALLICCHIO, E., op. cit., loc. cit., p. 53.

29. ESTEVA GALLICCHIO, E., op. cit., loc. cit., pp. 55 y ss.

30. Esos deberes imponen un límite natural a esos derechos porque son naturales como ellos, ya que nacen junto con los derechos con el hombre mismo.

2. Esa *justa distribución* no configura una graciosa dádiva paternalista, puesto que el hacer obras de caridad no es el fin del Estado o de la comunidad política, por no hablar solo del Estado en virtud de la crisis que este sufre en la actualidad³¹; ello sin perjuicio de la posibilidad de ayuda a la sociedad que la organización política pueda prestar, principio de subsidiariedad mediante.

3. Esa *justa distribución* responde a esos derechos fundamentales: no es un regalo, sino algo debido al hombre; no al hombre abstracto, sino al concreto, a todos y a cada uno en particular.

4. Pero esa *justa distribución* responde también a la razón de ser de la administración. La administración es parte del Estado o de la correspondiente organización política de la sociedad, para hablar en términos más generales por las razones ya indicadas. Así, como esa organización tiene por fin el bien común, ese es también el fin de la administración, aunque acotado a su dimensión.

El bien común es el medio necesario para el pleno desarrollo de la persona humana en su triple dimensión, individual, social y trascendente. No coincide por cierto con el bien del Estado y ni con el de la administración, pero ese bien del Estado y el de la administración no pueden ser incompatibles con el bien común, puesto que a él están finalizados.

El hombre es un animal racional, por ser racional es social, por ser social es político.³² De ahí se extrae que el poder político deriva de la esencia misma del hombre y, por tanto, la comunidad política es natural y necesaria. Esa comunidad política está para logro del bien común; solo se justifica para eso. Con acierto GUARIGLIA señala: "el bien común expresa que la naturaleza humana en su dimensión ontológica exige que la relación de coexistencia se desarrolla con responsabilidad y metafísicamente responde a que el hombre como ser social debe convivir con los demás ... El bien común por tanto, ontológica y metafísicamente, es una realidad propia del *todo social* en cuanto tal, que hace posible la coexistencia de los miembros que forman parte de la misma."³³

Ese fin natural de la comunidad política en general, y de la administración en particular, hace que también por esta razón los derechos fundamentales -y por cierto los principios generales de derecho que derivan de la personalidad humana- condicionen la legiti-

dad de la función administrativa. La actividad administrativa será legítima si se ajusta al fin debido.

La administración, así, tiene el deber de ser eficaz. Debe hacer las cosas bien. Hacer las cosas bien significa determinar correctamente el fin de sus acciones y elegir los medios adecuados para conseguirlo.

La determinación correcta del fin es lo más importante, pero no se debe desdeñar la adecuada elección de los medios, porque si ellos no son los adecuados no se logra el fin debido, y como los recursos materiales no son inagotables, el despilfarro culmina inevitablemente en la no consecución del fin por falta de recursos.³⁴

La ineficacia pues, al no servir para el perfeccionamiento de la persona humana, impide lograr la cosa justa.

VI

1. De lo expuesto se desprende que conceptualmente no existe ninguna incompatibilidad entre *derecho administrativo, legalidad y derechos fundamentales*. Por el contrario, en un auténtico Estado de Derecho, *derecho administrativo, legalidad y derechos fundamentales* se dan en perfecta armonía.

2. De la naturaleza humana surgen determinados principios generales de derecho que por su origen presiden el *bloque de la legalidad*-tomando prestado de HAURIUO esta terminología³⁵, determinan los *derechos fundamentales* y condicionan la actuación de la administración a los efectos de la realización del *derecho administrativo*.

3. Es cierto que a menudo esto no ocurre. Muchas veces una parte de la legalidad, la legalidad infravalente, no se configura en consonancia con los principios generales de mayor valor y fuerza; y aunque no exista esa discordancia, la administración no se ajusta a la legalidad, con lo que el acto de ejecución resultante no es un acto justo.

Si eso ocurre, es porque en algún momento los hombres hemos hecho mal las cosas. Entonces corresponde *desfacer el entuerto* mediante un *acto de justicia*, lo que compete a la función jurisdiccional, suprema guardiana del Estado de Derecho.

Ese *acto de justicia* asegura la perfecta armonía que debe existir entre *derecho administrativo, legalidad y derechos fundamentales*.

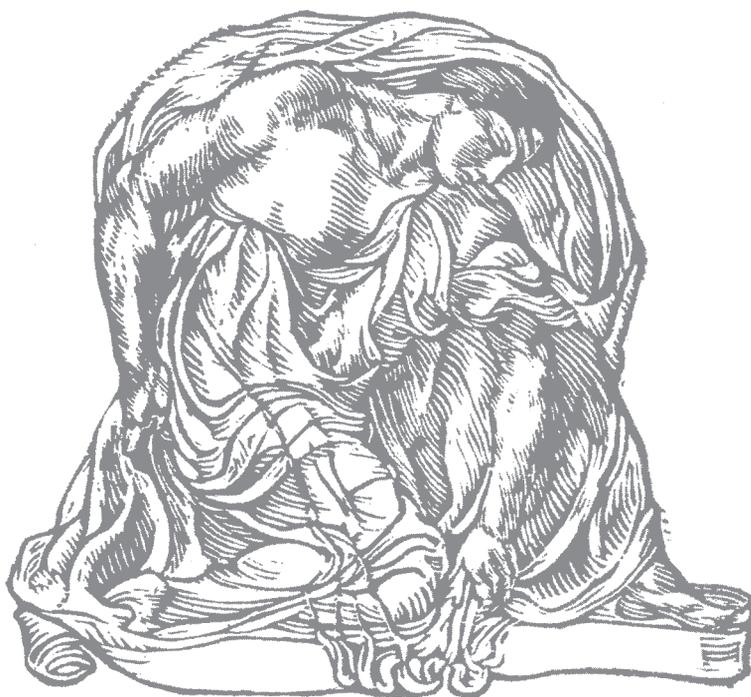
31. GRASSO, P.G., *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 57 y ss. y 99 y ss.

32. ARISTÓTELES, *La política*. Editorial Tor Srl., Buenos Aires, 1965, pp. 7 y ss.; TOMÁS DE AQUINO, "Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes", en TOMÁS DE AQUINO. *Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. Editorial Porrúa S.A., México, 1975, pp. 257 y ss.; SUÁREZ, F., *Selección de Defensio Fidei y otras obras. El pensamiento político Hispanoamericano*. Depalma, Buenos Aires, 1966, pp. 31 y ss.

33. GUARIGLIA, C.E., *El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación*, en prensa.

34. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Principio de eficacia y estado subsidiario", en AA.VV., *Liber Amicorum...*, F.C.U., Montevideo, 2005, pp. 155 y ss.

35. HAURIUO, M., *Précis de droit administratif et de droit publique*. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921, p. 67.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 172 de 6 de marzo de 2006*
- *Chavez Pena, María Noel - Cambio de criterio de materia de nominalización de salarios*
- *Rodríguez, Ana Laura - "Inducción a error a la parte. Naturaleza de las sentencias y efectos de la apelación"*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 172 DE 6 DE MARZO DE 2006

Montevideo, 6 de marzo de 2006.

No. 172

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "FUNDACIÓN ADM con BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL. Acción de nulidad" (No. 742/03).

RESULTANDO:

1) La actora promueve demanda de nulidad contra las resoluciones Nos. 715.285 y 715.286 de 16/12/2002, de la Asesoría Tributaria y Recaudación del Banco de Previsión Social, por las que se le impusieron multas por presentación tardía de planilla nominada y determinaron tributos de Seguridad Social e Impuesto a las retribuciones.

Afirma que no puede hablarse en el caso de omisión de la declaración de la nómina o presentación tardía al tenor de la resolución 715.285, en razón de que el Instituto sostenía con los docentes una relación de trabajo no dependiente, ya que los mismos estaban vinculados por contrato de arrendamiento de servicios, los que eran abonados contra factura.

Señala que antes de la actuación del Organismo no le era exigible presentar a la Unidad de Historia Laboral la nómina con la mención de los docentes, en tanto los mismos no eran tratados como empleados.

Por otro lado, considera discutible y cuestionable el criterio que denomina nominalización, a fin de establecer el quantum de la materia gravada por las contribuciones especiales de seguridad social, dado que debe considerarse las

CAMBIO DE CRITERIO EN MATERIA DE "NOMINALIZACIÓN DE SALARIOS"

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia objeto del presente análisis se refiere a un tema muy trascendente, que implica un cambio de criterio respecto de la jurisprudencia anterior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante TCA), en la línea que consideramos ajustada a nuestro derecho positivo.

La referida Sentencia pone fin, en el ámbito del TCA, al criterio denominado "nominalización de salarios" aplicado desde largo tiempo atrás por el Banco de Previsión Social (en adelante el BPS).

La nominalización de salarios que aplica el BPS consiste en agregar a las sumas efectivamente percibidas por el trabajador los aportes personales a la seguridad social (contribuciones especiales a la seguridad social -en adelante CESS-, el hoy derogado Impuesto a las Retribuciones Personales -en adelante IRP- y el Fondo de Reconversión Laboral -en adelante FRL-). De esta forma, el BPS supone que la suma percibida por el trabajador constituye el salario líquido, y al agregarle los mencionados aportes se determina el salario nominal del trabajador.

El TCA se afilia, -en el presente caso y en posteriores Sentencias a las que se hará referencia más adelante-, a la postura sostenida, desde larga data, por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo,

remuneraciones realmente percibidas, no constituyendo tal las sumas que el trabajador debería percibir pero no percibe.

II) El demandado en su contestación expresa que los actos de determinación gravaron salarios pagados a los docentes que no se encontraban registrados en planilla de trabajo y aplicaron la multa prevista en el art. 87 de la Ley 16.713, por no declaración de los mismos al Registro de la Historia Laboral Nominada.

Sostiene que la multa fue correctamente aplicada, porque la empresa actora, sabía que los docentes ejercían su actividad insertados en la infraestructura de la actora, y por tanto estaba obligada a registrarlos en planilla de trabajo, efectuar los aportes y declararlos a la Historia Laboral.

En cuanto a la llamada nominación, entiende que lo que debe primar es el salario que efectivamente le corresponde al trabajador, aunque los documentos o formas digan otra cosa.

Agrega que el monto facturado por los docentes en el caso de autos, es su remuneración real, es ese monto más los aportes correspondientes el que debe primar.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la certificada a fs. 35, y alegaron las partes por su orden (fs. 37-40 y fs. 43-47).

Previa vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 36/05), se llamó para sentencia y giraron los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes acordaron y dictaron sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO:

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

II) Que la Corporación, por unanimidad, compartiendo la posición del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, se pronunciará por la recepción de la pretensión anulatoria ejercitada.

Se impugnaron liminarmente de nulidad las Resoluciones Nos. 715.285 y 715.286 de la Asesoría Tributaria y Recaudación (en adelante ATYR) dictadas con fecha 16 de diciembre de 2002, por las que se impusieron a la actora "Multas por presentación tardía de Planilla nominada" y se determinaron adeudos por concepto de "tributos de Seguridad Social e Impuesto a las Retribuciones" integrantes del pago mínimo por el período: 1/VIII/1998 al 31/VII/1999, y "multas y recargos" al 31/III/2001 (AA fs. 259/260).

Sin perjuicio de lo cual, deberá tenerse presente que como se desprende de autos a fs. 54 y 55/56, por Resolución dictada por el Directorio del Banco de Previsión Social (en adelante BPS) R.D. N° 44-86/2004, de fecha 22 de diciembre de 2004, recaída ante el recurso jerárquico oportunamente interpuesto en subsidio por la empresa demandante, se hizo

en dictámenes emitidos en torno a la cuestión de la nominalización¹, en el entendido que no existe norma que autorice a aplicar el procedimiento señalado.

El caso tratado en la Sentencia que comentamos refiere a un instituto de enseñanza que mantiene con sus docentes una relación de trabajo no dependiente, formalizada a través de la celebración de contratos de arrendamiento de servicios. El BPS entendió, por el contrario, que dicha relación encubría una verdadera relación de dependencia. En base a dicha conclusión determinó adeudos por contribuciones especiales de seguridad social, IRP y las multas y recargos asociados bajo el régimen de los trabajadores dependientes, el que, a diferencia del régimen de los trabajadores independientes implica aportes del empleador (patronales) y del trabajador (personales) sobre la base de la retribución real. Además, el referido Organismo aplicó en la determinación efectuada el criterio de la nominalización que antes se expusiera.

II. POSICIÓN DEL BPS Y JURISPRUDENCIA ANTERIOR DEL TCA

La posición tradicional (y actual) del BPS a la que hiciéramos referencia en el Capítulo anterior, es que en caso de entender que existe en los hechos una relación de dependencia laboral encubierta, procede efectuar el avalúo de las obligaciones tributarias aplicando el criterio de "nominalización de salarios".

En atención a dicho criterio, en el caso a estudio, el BPS partió del supuesto que la suma facturada por las docentes (sin incluir el IVA) constituía el "salario líquido" de quienes considerara trabajadoras dependientes. En base a dicha conclusión, el Organismo procedió a efectuar la "nominalización" de la aludida suma,

1. Dictámenes del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo N° 196/2003, 216/2003, 394/2003, 603/2004, 36/2005 y 436/2005, entre otros.

lugar parcialmente al mismo, declarándose que no corresponde la aplicación de la Multa por Omisión de Nómina (art. 87 Ley N° 16.713) respecto de los docentes alcanzados por la R.D. N° 28-27/2000, de 23 de agosto de 2000; y que las contribuciones especiales a la seguridad social devengadas por los docentes contratados, se generarían a partir de la notificación de la relación de dependencia declarada por la R.D. N° 28-27/2000.

III) Entonces, los agravios útiles movilizados por la accionante y a considerar en la dilucidación de la presente litis, son los que refirieron puntual y exclusivamente al mecanismo llamado "nominalización", criterio que fuera empleado por la accionada para la determinación de la materia gravada. Se expresó a ese respecto que, acorde a la doctrina más recibida, a fin de establecer el quantum de la materia gravada por las contribuciones especiales de seguridad social debe considerarse las remuneraciones realmente recibidas, no constituyendo tal las sumas que el trabajador debería percibir pero no percibe (Cf. "Revista Tributaria" 01/02/2001, Págs. 77 y ss. "Nuevamente sobre la exigibilidad de las contribuciones especiales de seguridad social: B.P.S. aclara su posición" Pereira Campos).

Que el criterio controvertido conduce siempre a gravar sumas que no pueden calificarse como percibidas, y en el caso, los montos considerados en el avalúo homologado (AA fs. 62/67) corresponden a los honorarios percibidos por los docentes en el período en cuestión. Tales montos (facturados) vienen a constituir el "salario líquido", por lo cual para llegar a la materia gravada es necesario una regresión y sobre ese hipotético "salario líquido" aplicar las tasas de aporte personal más IRP, para llegar a un hipotético "salario nominal". Ese "salario nominal" hipotético es una ficción, no existió y, ello provoca otra ficción: la de la supuesta retención y no versión de un aporte personal que igualmente, tampoco existió. Consecuentemente, a través de una operación matemática se aumenta en forma artificial el adeudo, generando una situación más gravosa para el contribuyente que la que eventualmente pueda corresponder; lo cual es claramente contrario al principio de la verdad material recogido en el art. 149 de la Ley N° 16.713.

En casos como el presente, donde la Administración calificó una vinculación entre dos partes (docentes – U.D.E.) como una relación de trabajo dependiente, lo que para los contratantes era considerado como "precio" u "honorario", viene a ser por decisión de la Administración considerado como salario. Pero tal salario no es líquido, al que antes se le efectuaran los descuentos legales, sino salario bruto. El monto facturado como precio u honorario es todo el supuesto salario y no sólo el líquido; es salario nominal. Siendo claro que lo expuesto es lo que surge de la propia definición de materia gravada contenida en el art. 153 de la Ley N° 16.713 y del citado principio de verdad material recogido en el art. 149 de la citada ley.

para lo cual le adicionó los porcentajes de aportes personales a la seguridad social (CESS, IRP y FRL). La cifra así obtenida representa el hipotético "salario nominal" que, en la posición del BPS, constituye la materia gravada sobre la cual debieron calcularse los aportes a la seguridad social.

Los argumentos legales sostenidos por el BPS para aplicar dicho criterio se basan en lo dispuesto por el artículo 149 de la Ley 16.713², de acuerdo con el cual debe atenderse a la realidad material sobre cualquier forma jurídica o documental adoptada por los particulares.

Además, como en toda relación laboral el empleador debe retener los aportes personales a la seguridad social, el BPS supone que en todos los casos dichas retenciones se efectuaron, en atención a que se trata de una obligación legal que surge del artículo 23 del Código Tributario.

En el caso al que refiere la Sentencia que comentamos, la verdad material para el BPS es que existe una vinculación laboral del instituto de enseñanza con las docentes. Dicha realidad laboral determina que el monto facturado por las docentes constituye el salario que reciben de su empleador. Por tratarse del salario y siendo el empleador agente de retención de los aportes personales a la seguridad social, debe por ley, retener dichos tributos para verterlos al BPS. Siendo una obligación legal, las sumas percibidas por el trabajador constituyen para el BPS el salario líquido. Según el BPS: "El trabajador no recibe el salario nominal, ya que no es el organismo recaudador de dichos tributos. El trabajador es contribuyente y el empleador agente de retención de los aportes del trabajador, los cuales debió retener antes de abonar el salario. En definitiva el criterio de la nominalización del salario no es otra cosa que la aplicación de la normativa vigente³".

2. El artículo 149 de la Ley N° 16.713 expresa textualmente bajo el título de "Principio de verdad material" que: La Administración tributaria del BPS se ajustará a la verdad material de los hechos". Se trata de la concreción del "Principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas adoptadas por los particulares" consagrado en el artículo 6 inciso 2 del Código Tributario.
3. Sentencia N° 172/2006 de 6 de marzo de 2006.

IV) Para el BPS, la tesis de la improcedencia de la llamada nominalización del salario no es tal, y viene siendo utilizado por empresas que ocultan al personal dependiente o que pagan salarios por encima de los registrados en los documentos oficiales.

Que al realizarse la determinación de las obligaciones tributarias de los docentes dependientes, se procedió a tomar los montos facturados sin IVA, y calcular los aportes personales correspondientes, para así llegar al salario percibido efectivamente por cada uno de ellos. Indudablemente, el monto que se entrega al trabajador es el salario menos los descuentos por tributos que el empleador está obligado a retener. El trabajador no debe recibir los tributos porque no es un organismo recaudador de tributos, el trabajador es contribuyente y el empleador agente de retención de los aportes del trabajador, los cuales debe verter al organismo de seguridad social. En definitiva, lo que el actor llama nominalización del salario que a su juicio no corresponde, no es otra cosa que la aplicación de la normativa vigente.

El BPS no ha violentado el art. 149 de la Ley N° 16.713. El principio de primacía de la remuneración real está consagrado en los arts. 147 y 149 de la citada ley, no es más que la concreción del principio de la realidad que regula el derecho tributario todo, consagrado a texto expreso en el Código Tributario, y dicho principio no significa otra cosa que la consagración de la "verdad material", por lo que puedan surgir de las formas documentales, apropiadas o no, adoptadas por los particulares. La única ficción en el caso, es la creada por la empresa, contratos con los docentes como si éstos fueran empresas independientes, cuando pudo probarse que estaban sometidos a subordinación. Para la Ley N° 16.713, el empleador siempre retiene los aportes correspondientes al trabajador, porque aún en el caso de tomarlos a su cargo, los mismos constituyen materia gravada (art. 163).

V) Que el análisis detenido de la discordia, una vez que el Directorio del BPS dictara la Resolución R.D. N° 44-86/2004 de fecha 22 de diciembre de 2004 (art. 318 Const.) -incorporada por la parte actora al proceso a fs. 284/285, con noticia personal de su contraparte (fs. 65/65vto.)-, ciertamente dejó fuera de la misma la liminarmente impugnada Resolución de la Dirección Técnica de ATYR N° 715.285/02 por la que se aplicara "Multas por presentación tardía de planilla nominada", a partir de lo declarado en el literal A) de la primera, siendo que en puridad supone la revocación de esta última.

VI) Habida cuenta de la recepción "parcial" del recurso jerárquico dispuesta por la R.D. N° 44-86/2004, la accionante una vez notificada de la misma compareció útilmente en autos expresando su ratificación respecto de la acción de nulidad incoada (art. 83, inc. 2, del Código Tributario).

Sin perjuicio de que la Sentencia objeto del presente estudio se refiere a la situación de prestadores de servicios independientes que son considerados trabajadores por el BPS, conviene señalar que el procedimiento de la nominalización de salarios ha sido aplicado en forma general por el citado Organismo en situaciones de ocultación de personal, sub-declaración de salarios y otras situaciones análogas.

El TCA, en su jurisprudencia anterior avaló el criterio adoptado por el BPS y entendió admisible el procedimiento de "nominalización" de salarios⁴.

III. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TCA

Según surge de la Sentencia bajo análisis y en otras que han seguido y de las que haremos referencia luego, el TCA se pronuncia en contra del criterio de nominalización aplicado por el BPS, efectuando de este modo un cambio sustancial en lo que fuera su posición tradicional. De esta forma el TCA recoge los argumentos sostenidos desde tiempo atrás por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien en forma constante marcó su postura contraria a la nominalización aplicada por el BPS⁵.

Según sostiene el Tribunal en la Sentencia, el criterio empleado por el BPS parte del supuesto que el contratante (en este caso el instituto de enseñanza) retuvo los aportes a la seguridad social correspondientes al hoy empleado en el momento de abonarle el importe facturado y luego omitió verter el importe correspondiente al BPS. En base a dicha presunción, es que el BPS sostiene que las sumas percibidas por el docente constituyen su salario líquido, pasando a concluir que el monto imponible sobre el cual deben calcularse los

4. Véase Sentencias del TCA N° 504/2000, 163/2004 y 276/2004, entre otras.

5. Ver nota al pie N° 1.

*Sin embargo, el Tribunal no puede ocultar la duda que le invade frente al contenido de esta última Resolución dictada por el Directorio del BPS -parcialmente receptiva del recurso jerárquico ya señalado-, específicamente en lo que hace a la decisión manifestada en su literal B) del art. 1º: "Que las contribuciones especiales a la seguridad social devengadas por los docentes contratados, se generaron a partir de la notificación de la relación de dependencia declarada por R.D. Nº 28-27/2000". Y ello, porque si para la determinación de adeudos por Tributos de Seguridad Social e Impuesto a las Retribuciones realizada en la Resolución de ATYR impugnada: R. 715.286/02, el periodo allí contemplado fue el comprendido entre el 1º de agosto de 1998 y el 31 de julio de 1999, parecería que implícitamente la misma fue objeto de revocación por la posterior Resolución del Directorio antes citada; dado que la fecha a partir de la cual se pasan a considerar generadas las contribuciones especiales de seguridad social por los docentes contratados de la Fundación A.D.M. es la del **8 de setiembre de 2000** (AA fs. 113).*

VII) De cualquier manera y frente a una decisión de la accionada que dice acoger parcialmente la recurrencia, y ante la manifestación de voluntad de la actora de persistir en su pretensión anulatoria, corresponde ingresar a la cuestión de fondo debatida en el sub causa, directamente relacionada con el procedimiento denominado de "nominalización" (expresión también utilizada por los funcionarios del BPS en sus informes) mediante el cual vino a determinarse la materia gravada en el caso de los docentes declarados dependientes de la demandante, y que diera lugar al dictado de la Resolución de la Dirección de ATYR Nº. 715.286/02.

VII.1.- Como puede conocerse a partir de la R.D. Nº 28-27/2000, de 23 de agosto de 2000 (por la que se declaró que los docentes de la empresa Fundación A.D.M habían revestido el carácter de subordinados desde el inicio de sus respectivas relaciones contractuales con aquella) y, del Informe Final del Avaluador de fecha 4 de abril de 2001 (AA fs. 206/206vto.), la resolución impugnada objeto de análisis partió de aquella declaración de dependencia realizada y, pasó a tomar el total facturado por cada docente -al que se le descontó el IVA-, como salario líquido; y sobre estas bases fue que se aplicaron las alícuotas correspondientes a contribuciones especiales de seguridad social e impuesto a las retribuciones.

VII.2.- Debe recordarse que a estar a lo establecido por el art. 13, inc. 3, del Código Tributario existen dos tipos de contribuciones de seguridad social: el aporte a cargo de los trabajadores y el aporte a cargo de los patrones; y que son estos últimos los que actúan como agentes de retención del aporte personal o del trabajador, pues al hacer efectivo el salario debe retenerse el importe correspondiente al aporte personal y verterlo al BPS. Antes de efectuarse la retención empleador y trabajador son solidariamente responsables del pago del aporte personal, pero que una vez retenido éste el único responsable es el patrón (art. 23, Código Tributario).

adeudos tributarios "resulta de añadir a lo pagado al docente, el importe del aporte que presume que se le retuvo ..."

Citando al Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal expresa que "no existe norma legal que autorice a presumir que el empleador haya efectuado retención alguna" sobre las sumas que abonara a las docentes cuando se desempeñaban como prestadoras de servicios independientes. Según surge de la Sentencia, los hechos probados son que las docentes se desempeñaban en un comienzo como prestadoras de servicios independientes, siendo luego calificadas como trabajadoras dependientes por el BPS. A lo largo de toda su relación con la empresa siempre percibieron las sumas que surgen de los montos facturadas sin que se hubiera efectuado retención alguna por parte del instituto de enseñanza.

De ahí que en concepto del Tribunal, el monto facturado y efectivamente percibido por las docentes representa la totalidad de su salario y "constituye el monto imponible sobre el que han de calcularse tanto el aporte personal como el patronal".

En efecto, citando al Tribunal, la posición "sostenida por el BPS, adicionando al monto efectivamente percibido por cada docente (menos el IVA), las sumas resultantes de aplicar las tasas de aporte personal más el IRP, se obtiene un salario nominal que reposa en una verdadera ficción, ya que el mismo en realidad nunca existió; y lo que es más grave, se crea artificialmente una situación por demás gravosa para la accionante, situándola en una hipótesis de ilegítima retención de aportes personales no vertidos (art. 96 lit. "h" C.T.)".

El TCA entiende, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 147 y 153 de la Ley 16.713, que las CESS deben calcularse sobre las remuneraciones realmente percibidas por los sujetos pasivos de dichos tributos y no en base al criterio de la nominalización que practica la Administración.

Compartimos la posición sostenida por el TCA. En efecto, no debe olvidarse que la materia gravada por CESS, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 153 de la Ley 16.713 es "todo ingreso que en forma regular y permanente ... perciba el trabajador dependiente ... en concepto de retribución y con motivo de su

VII.3.- Por lo que surge claro que el criterio seguido por la accionada en la liquidación que nos ocupa, partió de la presunción de que al momento de abonarse lo facturado (por el docente) por parte de la actora, ésta efectuó la retención consiguiente y luego omitió verterlo al BPS. De ahí, que se afirmara que las sumas percibidas por el docente fue sólo su “salario líquido” (que según el art. 182 de la Ley N° 16.713, es el nominal menos los aportes a la seguridad social e impuesto a las retribuciones personales), pasando a concluir que el monto imponible sobre el cual se debe calcular la obligación tributaria resulta de añadir a lo pagado al docente, el importe del aporte que presume que se le retuvo, tal como se consignara expresamente por el Avaluador en su informe a fs. 206vto. de los AA.

Sin embargo, como con acierto es señalado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo en sus dictámenes emitidos en torno a esta cuestión de la “nominalización” (fs. 50vto.), no existe ninguna norma que autorice a presumir que en casos como el de autos el empleador haya efectuado retención alguna.

Los hechos probados son, aquellos que dicen que los docentes de la Fundación A.D.M., con giro Enseñanza Privada (Universidad), en un principio vinculados a ella en calidad de empresas unipersonales, a posteriori fueron declarados por el BPS dependientes desde el inicio de sus respectivas relaciones contractuales con aquella y, que cada docente percibía hasta ese momento, el importe de lo facturado a ese centro de estudios terciarios por el dictado de sus clases. De allí que, en concepto del Tribunal, ese monto percibido efectivamente por el docente en esa situación contractual que en su momento le unía con la Fundación A.D.M. resultaba ser la **totalidad** de su salario y, constituye como tal el monto imponible sobre el que han de calcularse tanto el aporte personal como el patronal.

De otra manera, la sostenida por el BPS, adicionando al monto efectivamente percibido por cada docente (menos el IVA) las sumas resultantes de aplicar las tasas de aporte personal más IRP, se obtiene un salario nominal que reposa en una verdadera ficción, ya que el mismo en realidad nunca existió; y lo que es más grave, se crea artificialmente una situación por demás gravosa para la accionante, situándola en una hipótesis de ilegítima retención de aportes personales no vertidos (art. 96 lit. “h” C. T.), inaceptable.

Por lo demás, lo anterior colide frontalmente con el principio de **verdad material** sustentado por el art. 149 de la Ley N° 16.713. Y, tan ello es así, que el propio Directorio del BPS dos años después dictará una resolución (R.D. N° 44-86/2004) por la que se establece, que será recién a partir de que se notifique la decisión adoptada por el Organismo de declarar a los docentes de la Fundación A.D.M. como subordinados, que se generarán las contribuciones especiales a la seguridad social.

actividad personal”. El argumento legal que surge del presente artículo se apoya además en el Principio de la primacía de la remuneración real consagrado en el artículo 147 de la norma citada. De acuerdo con el principio citado, las CESS deben aplicarse sobre las “remuneraciones realmente percibidas”.

A la luz de las normas legales citadas se debe necesariamente concluir que la base de cálculo de las CESS, sobre las cuales deben aplicarse las alícuotas correspondientes, es la remuneración efectivamente percibida por el trabajador.

No debe olvidarse además que en materia de CESS rige el “criterio de lo percibido”. En efecto, en el marco de la Ley 16.713, la obligación tributaria por CESS se hace exigible al percibir el trabajador las partidas gravadas, siendo la materia gravada las remuneraciones realmente percibidas.

IV. CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto, extraemos las siguientes conclusiones:

1) El nuevo criterio adoptado por el TCA, contrario al criterio de nominalización señalado, se adecua a lo dispuesto por las normas vigentes. En efecto, las CESS se generan sobre las remuneraciones percibidas, las que constituyen la base de cálculo de dicho tributo. Esta es por otra parte la posición que ha sostenido la doctrina en forma constante al señalar que la materia gravada debe calcularse sobre las remuneraciones realmente percibidas, no constituyendo tal, las sumas que el trabajador debería percibir pero no percibe⁶.

6. Pereira Campos, Santiago: “Nuevamente sobre la exigibilidad de las contribuciones especiales de seguridad social: BPS aclara su posición,” Revista Tributaria N° 160, págs 77 y ss.

De allí que el Tribunal con su actual integración entienda, que la determinación realizada por la demandada en la Resolución dictada por la Dirección de ATYR, R. 715.286/02 deba reputarse errónea, tornándole ilegítima e, imponiéndose su anulación.

Por los fundamentos expuestos y, de conformidad con la posición del Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo expuesta en sus meditados dictámenes Nos. 196/03, 216/03, 394/03 y 603/04, el Tribunal

FALLA:

Acogiendo la demanda y, en su mérito, declarando la nulidad de la Resolución dictada por la Dirección de ATYR R. 715.286/02; siendo que la R. 715.285/02 -también impugnada- fue objeto de expresa revocación por el Directorio del Banco de Previsión Social al resolver el recurso jerárquico por R.D. N° 44-86/2004.

Sin especial condena procesal.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$15.000.- (pesos uruguayos quince mil).

Oportunamente, devuélvase los antecedentes administrativos agregados; y archívese.-

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

2) Se puede sostener, en base a lo dispuesto por las Sentencias del TCA N° 207/2006, 253/2006, 307/2006, 490/2006, 594/2006 y 608/2006, que, a la fecha, existe jurisprudencia firme y constante del TCA contraria a la nominalización de los salarios. Es de suponer que esta definida tendencia jurisprudencial se mantenga en el futuro⁷.

3) Debe señalarse finalmente, que se trata de cambios muy positivos para el sistema legal uruguayo, dignos de ser destacados.

María Noel Chaves Pena

7. Debemos señalar que el Directorio del BPS resolvió por mayoría, mantener el criterio sobre la "nominalización," a pesar del cambio de postura efectuado por el TCA.

INDUCCIÓN A ERROR A LA PARTE. NATURALEZA DE LAS SENTENCIAS Y EFECTOS DE LA APELACIÓN

ANA LAURA RODRÍGUEZ

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA “INDUCCIÓN A ERROR A LA PARTE”.
III. DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y EFECTOS DE LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA
QUE RESUELVE LAS EXCEPCIONES PREVIAS DE LOS NUMERALES 1, 7 Y 8 DEL ARTÍCULO 133 DEL CGP.
IV. APLICACIÓN DE LA “INDUCCIÓN A ERROR A LA PARTE” EN MATERIA DE EFECTO CONCEDIDO
AL RECURSO DE APELACIÓN. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar la elaboración jurisprudencial llamada “inducción a error a la parte” como producto de la errónea calificación jurídica de una sentencia, para luego, extrapolar dichos conceptos a la discusión relativa a los efectos procesales del recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria que resuelve las excepciones previas en los numerales 1, 7 y 8 del artículo 133 del CGP.

Llama poderosamente la atención que no se haya profundizado el estudio de esta temática por la doctrina, sobre todo si consideramos la utilidad que reviste su aplicación no sólo, lisa y llana, sino también a través de otros institutos y fruto de una aproximación analógica que incluso nos permite encontrar solución a discusiones procesales de por sí bastante confusas.

II. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA “INDUCCIÓN A ERROR A LA PARTE”

Del relevo de jurisprudencia realizado surge que la “inducción a error a la parte” es una elaboración propiamente jurisprudencial que se impuso particularmente en materia de procesos sucesorios, y específicamente con relación a las sentencias relativas a la observación de inventario, cuya naturaleza jurídica es debatida a nivel doctrinario y también de la judicatura.

Es que justamente la aplicación de la misma, sólo es posible en aquellos ámbitos donde la temática es discutida, porque de lo contrario, y de tratarse de un error inexcusable del juez, fruto del desconocimiento del Derecho, estaríamos en otro ámbito, ante un supuesto de responsabilidad estatal por acto jurisdiccional, cuestión totalmente ajena a la temática en análisis y que queda fuera del alcance de este trabajo.

Nos referimos en la especie, a casos donde la errónea calificación de la naturaleza jurídica de una sentencia por el juez, induce a la parte a interponer los recursos equivocados y por tanto a que el Tribunal de alzada tenga por mal franqueada la apelación fruto de la interposición de los medios impugnativos erróneos.¹

1. TAF 1° Sentencia N° 13 del 24/2/99. LJU Tomo 120 Año 1999 Caso 13.745 “Por ello, y tratándose de interlocutoria dictada en audiencia, la apelación contra la providencia aludida debía ceñirse a las ritualidades establecidas en el artículo 254 num. 2 del CGP. Sin embargo,

Y todo esto, sin perjuicio del poder-deber del Tribunal de alzada de revisar que los medios impugnativos utilizados se correspondan desde el punto de vista formal, con los previstos por el CGP para la revisión de las sentencias agraviantes para la parte.² Nótese que a este respecto, que algunos tribunales entienden, como colorario de la aplicación de la llamada “inducción a error a la parte”, que la errónea calificación de la sentencia por el “a quo” determina que aun cuando los recursos interpuestos por la parte no fueran los que formalmente correspondían en virtud de la verdadera naturaleza de la sentencia en cuestión, la inducción a la equivocación por el juez, hace frente al poder deber del Tribunal de rechazar el recurso mal franqueado, prevalezca el derecho a la doble instancia, en este caso, en peligro de extinción por la actuación del propio órgano del Poder Judicial que calificara erróneamente la naturaleza de la sentencia objeto de impugnación.³

los recurrentes apelaron la providencia en alzada como si se tratase de una sentencia definitiva. Esta actitud-que llevaría a la Sala a declarar mal franqueada la apelación, por no haberse cumplido con el requisito de admisibilidad de anuncio de la apelación en audiencia-, no provocará sin embargo tal pronunciamiento, por las razones que se exponen seguidamente. Se observa que el Sr. Juez a quo calificó a la providencia que culminó el proceso de observaciones de inventario como sentencia definitiva, criterio que, por otra parte, ratificó en la resolución de franqueo de alzada. Ante aquella calificación, se debe entender que las apelantes se vieron “inducidas” a apelar como si la dictada fuese una sentencia definitiva, y no a hacerlo siguiendo la vía de la apelación de las interlocutorias. Es decir, las recurrentes tuvieron presente la calificación que el Sr. Juez había conferido a su providencia, y de acuerdo a ésta, formalizaron su impugnación. Debiéndose tener presente, por otra parte, que resulta controvertido en jurisprudencia y doctrina si la providencia que culmina el proceso de observación de inventario, se trata de una sentencia definitiva o de una interlocutoria”.

TAF 1° Sentencia N° 198 del 13/11/01. LJU Tomo 125. Caso 14382: “En primer término, y como consideración de naturaleza estrictamente procesal, la mayoría de los integrantes de este Tribunal de alzada, entienden que la providencia que debe recaer como culminación de un trámite por observaciones de inventario, es una sentencia interlocutoria. Sin embargo, se observa que el recurrente interpuso recurso de apelación, sin que el mismo fuese anunciado en la audiencia en la que aquella providencia se dictó (art. 254 num 2), y dentro del lapso hábil para apelar las sentencias definitivas. Sin embargo, el redactor de esta providencia en segundo grado, estima que tal actitud procesal del impugnante fue inducida por la Sra. Juez “a quo” quien dictó la recurrida en calidad de sentencia definitiva, por lo cual no corresponde hacer caudal, en sentido negativo para la admisibilidad de la apelación, de la modalidad en que ésta fue interpretada”.

2. **TAC 7°. Sentencia N° 153 del 14/9/00 en LJU. Tomo 124. Año 2001. Caso 14229:** “En tal sentido, el Tribunal ha reiteradamente admitido que el principio de reserva legal y la regla de orden público, presiden la regulación de los procesos y los recursos. (Art. 18 de la Constitución; 16 y concordantes del Código General del Proceso). Ellos constituyen una garantía en la actuación de todos los sujetos del proceso, de los cuales no pueden apartarse salvo excepciones expresamente admitidas por la ley, por lo cual el tribunal superior tiene el poder-deber de reexaminar la admisibilidad de los medios de impugnación. En consecuencia, a pesar del análisis formulado sobre el punto en el grado anterior, si estima que el recurso está mal concedido lo debe rechazar, en ejercicio de aquellos poderes-deberes, que actúan como contrapartida de los reconocidos a través del recurso de queja por denegación de apelación que habilitan a conceder un recurso indebidamente negado...”

LJU...Doctrina 1. Horacio González Mullin “Oportunidad procesal de la apelación”: “Es en función de esa naturaleza de orden público del proceso, que nuestros Tribunales han, reivindicado, reiteradamente, su derecho a cuestionar la procedencia o improcedencia legal de todo recurso de apelación franqueado por ante ellos”.

3. **TAF 2°. Sentencia N° 145/99 del 26/8/99 en LJU Tomo 121, Año 2000. Caso 13903:** “Como ha dicho la Sala en otras ocasiones (Sent. N° 128, 181/97 etc.) en aras a conceder las mayores garantías del debido proceso a los contendientes entre ellas el principio del doble examen; en conocimiento de opiniones discordes (entre ellas la mayoría de los integrantes de los tribunales de alzada), teniendo presente que el derecho adjetivo debe estar al servicio del sustancial (Art. 14 y concordantes del CGP), y resultando claro que la propia actitud de la Sede a quo pudo inducir a error a los contrincantes, cabe entrar a la consideración del mérito del asunto.” (Ver también Nota al pie 1: TAF 1° Sentencia N° 198 del 13/11/01. LJU Tomo 125. Caso 14382)

TAC 1°. Sentencia N° 45/84 en Revista Uruguay de Derecho Procesal Tomo 4. Año 85. Caso 184: “Aun cuando, en principio, se entiende que la decisión de primera instancia por la que se desestimó la demanda de “divorcio” por falta de capacidad procesal activa, y declaró nulo, en su mérito, lo actuado en autos a partir de la demanda, inclusive, tiene antológicamente, naturaleza de interlocutoria, las circunstancias de la especie, llevan a considerar correctamente introducido el recurso de apelación deducido contra la misma, habida cuenta de la oportunidad en que se expresó el Juzgado “a quo”, la forma utilizada y aun mismo, los términos empleados en la decisión que agravia a la parte actora; que “indujeron a la parte a recurrirla como tal...” esto es, como definitiva, lo que no se podría traducir ahora, en un perjuicio para ella...”

TAC 1°. Sentencia N° 382/89 en Revista Uruguay de Derecho Procesal Tomo 2. Año 90. Caso 166: “Si se induce en error a las partes, con respecto a la naturaleza de la providencia, por parte del Juez con trascendencia sobre el método de la impugnación; como consecuencia se interponen los recursos en forma equivocada (sólo apelación, pensando que es definitiva) igual se puede proceder al estudio del fondo de la cuestión por parte del Tribunal...”

III) DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y EFECTOS DE LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA QUE RESUELVE LAS EXCEPCIONES PREVIAS DE LOS NUMERALES 1, 7 Y 8 DEL ARTÍCULO 133 DEL CGP

Si bien en materia de inducción a error por el juez se hace prevalecer el derecho a la doble instancia, no sucede lo mismo en aquellos casos donde el efecto concedido por el juez de primera instancia a un recurso de apelación interpuesto por la parte, no coincide con el criterio sustentado por el Tribunal de alzada al respecto, quien sin más, y de acuerdo a la jurisprudencia relevada, de no coincidir con el “a quo” tiene por mal franqueada la apelación, dejando en una situación de total incertidumbre a la parte impugnante la cual no sabe si tendrá una nueva oportunidad procesal para recurrir dicha sentencia.⁴ Esto es, nos referimos a aquellos casos donde lo que se discute no es tanto la naturaleza jurídica de la sentencia en cuestión, sino más bien el efecto a conceder al recurso de apelación interpuesto contra esa sentencia. Específicamente, me refiero al efecto con que se concede el recurso de apelación contra la sentencia que resuelve las excepciones previas de los numerales 1, 7 y 8 del artículo 133 del CGP.

Supongamos un recurso de apelación contra una sentencia que rechaza la excepción previa de caducidad. Es bien sabido que doctrina y jurisprudencia no son unánimes en cuanto a la consideración del efecto que ha de concederse a la apelación interpuesta contra una sentencia de estas características. Para algunos, y en base a la interpretación del artículo 342.2 del CGP corresponde otorgarle efecto suspensivo en tanto el Código General del Proceso prevé: “*La sentencia interlocutoria que resuelve las excepciones, admite el recurso de apelación con efecto diferido, conforme con lo dispuesto por el artículo 251.3. pero la sentencia interlocutoria que se pronuncie sobre las excepciones previstas en los numerales 1°, 7° y 8° del artículo 133, así como toda otra que obste a la prosecución del proceso, admitirá recurso de apelación con efecto suspensivo, que deberá anunciarse en la propia audiencia e interponerse conforme con lo dispuesto en el artículo 254 numeral 2°*” En consecuencia, una primera posición doctrinaria entiende que, como el Código no distingue si la excepción del numeral 7° (caducidad o prescripción conforme al artículo 133) ha de ser acogida o rechazada, corresponde de regla, conferirle efecto suspensivo a la apelación que recaiga sobre la providencia que decida tal excepción (Vescovi, Perera).

Sin embargo, otra parte de la doctrina, entiende que el efecto suspensivo corresponde únicamente cuando la excepción es acogida, en tanto es esta la única hipótesis en que su acogimiento obsta la prosecución del proceso. Para esta segunda postura es indispensable que las excepciones previstas en los numerales 1,7 y 8 del artículo 133 obsten la prosecución del proceso para así poder conferirle efecto suspensivo a la apelación que verse sobre la providencia que se pronuncie sobre las mismas. (Viera, Teitelbaum, Tarigo y Doil Falco).

Siguiendo con el ejemplo de la apelación de una interlocutoria que rechaza la excepción de caducidad pronunciada en la audiencia preliminar, según la primera posición, el recurso de apelación ha de ser ANUNCIADO en la audiencia y el juez le conferirá EFECTO SUSPENSIVO. De conformidad con el CGP, el recurrente, dentro del plazo de 6 días hábiles, presentará los fundamentos del recurso (artículos 342.2 y 254.2 del CGP). Los autos son elevados al tribunal de alzada y supongamos que este, acogiendo la segunda postura doctrinaria, tiene por MAL FRANQUEADO el recurso de apelación y devuelve los autos a la Sede originaria.

Evidentemente, el tribunal de alzada se afilia a la postura de que la apelación contra la sentencia que resuelve rechazar la excepción de caducidad, ha de apelarse con efecto diferido. Conforme a los artículos 251.3 y 254.3 del CGP la apelación con efecto diferido se limita a la INTERPOSICION del recurso y “*sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada, se reservará fundamentarlo conjuntamente con el de la eventual apelación de la sentencia definitiva*”.

En consecuencia, y en virtud de lo que antecede podemos concluir que, siguiendo el criterio del Tribunal, el recurso fue mal presentado, dado que de corresponder el efecto diferido el recurso debió ser interpuesto y

4. TAC 2°, Sentencia N° 187 del 30 de agosto de 2006 (sin publicar): “En suma, el principio de reserva legal y la regla de orden público que residen en la regulación de los procesos y los recursos (art. 18 de la Constitución de la República y arts. 16 y concordantes del CGP) constituyen una garantía en la actuación de todos los sujetos del proceso, de los que no cabe apartamiento alguno salvo las excepciones legales, por lo que el tribunal que conoce en segunda instancia tiene el deber de reexaminar la admisibilidad de los medios impugnativos, lo que puede (y debe) hacerse de oficio, aún cuando las partes no lo planteen (Vescovi, Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica p. 147 y 148. Por los fundamentos expuestos, el Tribunal RESUELVE: Declárase mal franqueada la alzada con efecto suspensivo. Oportunamente, devuélvase.”

no, anunciado, siendo por otro lado, muy distinta la oportunidad procesal en la que han de presentarse los fundamentos de dicho recurso en uno y otro caso.

Es arreglado a Derecho sostener que una vez tenido por mal franqueado el recurso de apelación en el supuesto manejado, precluyó la oportunidad procesal para presentar descargos contra dicha sentencia en tanto y en cuanto, el recurso quedó mal interpuesto y por tanto la sentencia que resuelve la excepción pasó en autoridad de cosa juzgada.

No se podría en tal supuesto, fundar la apelación de esa sentencia en oportunidad de apelar la definitiva, porque el recurso no fue presentado en tiempo y forma y el efecto diferido no se le pudo otorgar en tanto el mismo no fue interpuesto en audiencia.

Sin perjuicio de lo que viene de decirse, y aun considerando que con la normativa vigente, no tenemos una solución expresa a la problemática que se genera en dichos supuestos, entiendo que en virtud del principio de la apelabilidad y garantía del doble examen consagrado en el CGP, vale la pena buscar otra salida argumentativa a dicha situación.

En primer lugar, señalar que existe un principio general de apelabilidad de las sentencias, y esto rige tanto para las interlocutorias como para las definitivas, y por tanto, éste principio debe prevalecer sobre las formas procesales, sobre todo, cuando se trata de una temática discutida donde no hay unanimidad de criterios.⁵

En segundo lugar, podemos sostener con Tarigo⁶ que si no se acoge el efecto suspensivo, la apelación queda interpuesta con efecto diferido en tanto y en cuanto la distinción entre anuncio e interposición es fruto de un defecto en la técnica legislativa que no puede dejar sin garantía de segunda instancia a quien opta por una u otra expresión en la audiencia. Sucede muchas veces que en audiencia los abogados tienden a interponer el recurso de apelación sin avizorar la diferencia en cuanto a las consecuencias procesales de lo que es por un lado, la interposición del recurso y por otro, el anuncio de la apelación, cuestiones que sin perjuicio de ser objetables desde el punto de vista de la técnica legislativa, fueron recogidas por el CGP.

Lo mismo sucede con el acta de audiencia, donde por lo general consta indistintamente que se anuncia o interpone el recurso de apelación, quedando en definitiva a criterio del juez la determinación del efecto con el cual se acogerá la apelación, decidiendo así, de forma indirecta, la suerte del recurso en segunda instancia. Cabe preguntarse hasta donde el juez podría comprometer las garantías procesales de la parte con la decisión del efecto a conceder al recurso de apelación anunciado o interpuesto en audiencia.

Finalmente, se puede recurrir a la "inducción a error a la parte" como mecanismo de salida frente a la inminente cosa juzgada de la sentencia, prima facie, mal apelada por la parte impugnante.

5. Vescovi y Torello. "La apelabilidad en el nuevo Código del Proceso con especial referencia a la interlocutoria que resuelve sobre las medidas provisionales en el divorcio" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. Tomo 2 Año 90. Página 350: "El recurso de apelación constituye la consagración procesal del principio del doble examen, del doble grado de jurisdicción. Este derecho, consagrado sobre todo a partir de la Revolución Francesa, es para muchos un principio indiscutible, considerado como garantía constitucional y aparece consagrado en nuestra área, por el Pacto de San José de Costa Rica".
"Podemos decir que el Código General del Proceso va más allá aun que el viejo Código de Procedimiento Civil, en cuanto a consagrar el sistema de la doble instancia. En ambos códigos se establece que, en materia de sentencias, la apelación es la regla y la inapelabilidad la excepción (artículos 250 CGP y arts. 652 y 654 del CPC). Pero el CGP establece dos principios que refuerzan el sistema: el del art. 22 que dispone que todo proceso tendrá dos instancias, excepto en aquellos asuntos que la ley disponga sólo una, y el del 241, que establece la regla de la impugnabilidad de todas las resoluciones judiciales, salvo norma en contrario. Y este principio de la doble instancia rige tanto para las sentencias definitivas como interlocutorias. (Torello, Vescovi. Ob. Cit. Página 351)
6. SCJ. Sentencia N° 153/01 del 3/8/01 en LJU Tomo 125 Caso 14371: "No existe, en efecto, diferencia entre "anunciar" e "interponer" el recurso de apelación, y no cabe, por consiguiente, hacer hincapié en alguna desafortunada expresión utilizada al respecto en el escrito de fs.99/100 para excluir su contenido real de fundamentación del recurso conforme a la ley adjetiva. El Prof. Tarigo en su obra "Lecciones de Derecho Procesal Civil" Tomo II, 1995, pág. 245, expresa en términos que se comparten: "Ahora bien, ¿qué debe entenderse por anunciarse la apelación? En el mismo art. 254 en el num 3, como en el art.251 numeral 3, el Código se refiere a la interposición o a la simple interposición del recurso de apelación con efecto diferido, separando claramente, la simple interposición de la fundamentación del recurso. ¿Anunciar el recurso es lo mismo que simplemente interponerlo? Pensamos que sí, aunque nos resulte censurable que el Código haya utilizado una expresión tan poco técnica para la de anunciar un recurso, cuando tenía a su disposición la palabra correcta: interposición, simple interposición, mera interposición. Expresión de larga tradición procesal, por cuanto el CPC originario distinguía, para la entonces denominada apelación libre- que se contraponía a la apelación en relación- la "mera interposición del recurso" de la expresión de agravios o fundamentación del mismo, distinción ésta que mantuvo la expresión de agravios o fundamentación del mismo, distinción ésta que mantuvo la LAJ, aun cuando introdujera otros cambios. Sin embargo, el propio numeral 2 del artículo 254 dispone que deberá anunciarse la apelación en la audiencia e interponerse dentro del plazo indicado en el numeral 1, es decir dentro del plazo de seis días. En una interpretación cerradamente literal anunciar e interponer el recurso serían actos o actitudes distintas, que se cumplan de manera distinta también: el anuncio, oralmente y en la audiencia, la interposición, por escrito y dentro de los seis días siguientes. Pero así como el Código ha superpuesto, primero los conceptos de anuncio e interposición del recurso, ha confundido luego interposición y fundamentación del recurso. Creemos que, mejor redactado, el numeral 2 del artículo 254 debería decir: Si se tratase de sentencia pronunciada en audiencia, deberá interponerse la apelación en ella y fundare y sustanciarse... De todos modos, consideramos que es así como debe ser entendida esta norma. Para terminar: no existen tres institutos distintos, el anuncio, la interposición y la fundamentación del recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria: existen solamente dos: la interposición (que erróneamente el Código llama primero anuncio) y la fundamentación del recurso (que erróneamente también el Código llama, luego, interposición)".

IV) APLICACIÓN DE LA “INDUCCIÓN A ERROR A LA PARTE” EN MATERIA DE EFECTO CONCEDIDO AL RECURSO DE APELACIÓN

Como viene de expresarse, y en defensa del principio de apelabilidad y doble examen de la sentencia, nada obstaría invocar la llamada “inducción a error a la parte” y a los efectos de la consideración del recurso por el Tribunal. Es así que, si el juez de primera instancia concede efecto suspensivo al recurso de apelación y por tanto, la parte debe fundar dicha apelación en el plazo de 6 días, puede argüir en defensa de la consideración del recurso por el Tribunal, la llamada “inducción a error” en este caso, producida por la actuación del juez a quo.

Obviamente que también está dentro de las posibilidades de la parte, el interponer recurso de queja por denegación de apelación, y esto cuando no esté de acuerdo con el efecto concedido por el juez a su apelación. Entonces, ¿hasta donde la parte es responsable por la mala calificación que hace el juez?; ¿la parte tiene la carga de oponerse al efecto conferido por el juez? ¿Y si se opone, y en segunda instancia acogen el criterio que el juez había utilizado primeramente?

Sin perjuicio de lo que viene de decirse, convengamos que aun en el supuesto de que la parte apelante entendiera que corresponde el efecto diferido y el juez le confiere efecto suspensivo y ante un supuesto de interlocutoria que rechaza la excepción de caducidad por ejemplo, como demandado tampoco se le puede exigir que actúe en contra de su interés, en tanto, si el juez le confiere efecto suspensivo a su apelación, esto resulta favorable a la parte y por tanto no puede convertirse en un deber presentar recurso de queja contra una decisión que lo beneficia.

Hoy, los medios informáticos nos permiten con gran facilidad y rapidez conocer la posición de los tribunales sobre cualquier temática procesal o de fondo.

En consecuencia, si la parte hallare que la posición del Tribunal al cual se franqueará el recurso de apelación concedido con efecto suspensivo por el “a quo”, es que dicha apelación debe concederse con efecto diferido, en oportunidad de fundamentar el recurso de apelación anunciado en audiencia, se puede invocar la llamada “inducción a error a la parte” y en virtud de ella, el Tribunal considerar la apelación con efecto suspensivo, en defensa del derecho a la doble instancia. Creo que la invocación de la misma permite defender el principio de apelabilidad sin chocar con las disposiciones consagradas en el CGP, cuestión que no fue contemplada por la Suprema Corte de Justicia que por Sentencia 191/00 acoge el recurso de casación contra la sentencia interlocutoria que rechaza la excepción de prescripción y en oportunidad de presentarse casación contra la sentencia definitiva⁷. En dicha oportunidad se analizó esta temática y se llegó a una conclusión a mi entender, contraria a Derecho y en virtud de una interpretación errónea del artículo 216 del CGP tal como fuera señalado oportunamente por el entonces Ministro Guillot en su fundada discordia.⁸

7. **SCJ. Sentencia N° 190/00 del 20/03/00 en LJU Tomo 122. Año 2000. Caso 14050:** “ El primer problema a resolver es si el agravio es temporáneo o si en cambio, tiene razón la parte contraria cuando expresa que la sentencia N° 158//96 pasó en autoridad de cosa juzgada. El tema debe dilucidarse al amparo de lo dispuesto por los artículos 215 y 216 del Código General del Proceso. El artículo 215 establece que las sentencias interlocutorias, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo siguiente, “...pasarán en autoridad de cosa juzgada...4) cuando los recursos interpuestos hubieren sido resueltos y no existieren otros consagrados por este Código. El artículo 216 dispone que “Lo resuelto por sentencias interlocutorias firmes, que no pongan fin al proceso, puede ser modificado al dictarse la sentencia definitiva , siempre que ello no importe retrotraer el procedimiento”. El artículo 216 transcrito consagra una excepción a la cosa juzgada establecida en el artículo 215. La Corte en mayoría, al negar la naturaleza de interlocutoria con fuerza de definitiva a la sentencia que desestima la excepción de prescripción, así lo indicó indirectamente en la interlocutoria 1017/94 cuando expresó que el rechazo del recurso no obsta a que “en la oportunidad procesal correspondiente pueda replantearse la cuestión”(…) La norma exige que la modificación de lo resuelto “no importe retrotraer el procedimiento”, pero en la especie se trata de un caso que encuadra totalmente en la previsión legal, la estimación del agravio termina incluso el procedimiento no siendo necesario que se ejerza ningún trámite posterior.”
8. Guillot DISCORDE. “De seguirse este razonamiento en el momento en que el tribunal de primera instancia va a dictar sentencia definitiva, estaría facultado para modificar lo resuelto por la sentencia interlocutoria firme dictada en segunda instancia por un tribunal de apelaciones (obviamente de grado superior- competencia funcional-). Admitir tal cuestión significa contradecir desde su base misma el sistema jurídico nacional. (...) Si se admite que las interlocutorias firmes como la prescripción de que trata el ejemplo, pueden ser revisadas en la sentencia definitiva, y si por ello la definitiva de primera instancia puede ser apelable, y luego, de ello (reserva mediante), la definitiva de segunda instancia admite casación, se ha creado un nuevo medio de impugnación de las resoluciones judiciales. (...) En esta interpretación una sentencia interlocutoria como la mencionada admitiría cuatro instancias y la casación, o si se considera a esta una instancia, cinco instancias. En efecto, una primera resuelta en primera instancia por interlocutoria, una segunda por el tribunal de apelaciones por interlocutoria, una tercera por definitiva de primera instancia, una cuarta por el tribunal de apelaciones en segunda instancia y finalmente el recurso de casación. Sin duda sería un caso único y absolutamente contradictorio con todo el sistema y principios del CGP. (...) El tribunal de primera instancia que dictó una interlocutoria desestimando la prescripción que no fue apelada, y que quedó firme, puede por virtud del art. 216 del CGP, al dictar la sentencia definitiva y a la luz de las nuevas cuestiones que se desarrollaron en el proceso luego de aquella interlocutoria; y si por ellas resulta el error de la misma, evitar la ocurrencia de la preclusión que de no mediar la norma habría existido, y al dictar la definitiva, modificar aquella decisión.”

Por otro lado, cabe precisar que sin perjuicio de encontrarse en el Parlamento un proyecto de modificación del CGP presentado por la Suprema Corte de Justicia y que contiene modificaciones en lo que respecta a los efectos de la apelación de las sentencias referidas, el tema seguirá latente, en tanto y en cuanto el texto propuesto para el artículo 342.2 sigue siendo pasible de varias interpretaciones y por tanto en nada cambiará la situación jurisprudencial actual.

V) CONCLUSIONES

Del relevo de sentencias realizado surge que la elaboración jurisprudencial llamada “inducción a error a la parte” se presenta como salvaguarda del principio de apelabilidad y doble examen en los casos en que la errónea calificación de la sentencia por el juez de primera instancia induzca a error a la parte en cuanto a los recursos a interponer contra la misma. Esta elaboración, ha tenido aplicación jurisprudencial en los procesos sucesorios en relación a la sentencia que resuelve las observaciones al inventario cuya naturaleza es discutida a nivel doctrinario y jurisprudencial

De acuerdo al estudio realizado, nada impediría aplicar la llamada “inducción a error a la parte”, no sólo en casos de errónea calificación de la sentencia sino también en materia de efectos a conceder al recurso de apelación contra la sentencia que resuelve las excepciones previas de los numerales 1º, 7º y 8º del artículo 133 del CGP por no existir unanimidad en cuanto al efecto a conceder a dicho recurso.

Su aplicación en dicha materia, mantiene vivo el principio de apelabilidad y doble examen, al tiempo que permite llegar a una solución procesal con arreglo al texto del CGP sin la necesidad de recurrir a interpretaciones rebuscadas ni promover una actuación con arreglo a una mera práctica jurisprudencial, lo cual no confiere garantías al apelante y lo coloca en una situación de incertidumbre jurídica difícil de sobrellevar.



INFORMACIONES

- *Grupo de Investigación y Estudio de Tributos de la Seguridad Social*
- *Aprobación de la carrera de Notariado de la UM*
- *Taller multidisciplinario de apoyo a nuevos emprendimientos*

GRUPO DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIO DE TRIBUTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Grupo de Investigación y Estudio de Tributos de la Seguridad Social (Grupo TSS) de la Universidad de Montevideo, nació en el año 2004 y se reúne mensualmente en torno a los temas relacionados con los tributos que financian la Seguridad Social.

Su objetivo es propiciar un espacio de análisis, discusión e investigación, con rigor científico, de los temas propuestos. El Grupo está integrado por profesores universitarios de Derecho Tributario, Laboral, Administrativo, Procesal, profesionales del BPS, del Ministerio de Trabajo, de la Caja de Jubilaciones y pensiones de Profesionales Universitarios, de la Caja Bancaria y de la Caja Notarial, lo que posibilita un abordaje multidisciplinario de los temas de estudio.

Se trata de un grupo abierto interesado en incorporar a todos aquellos profesionales interesados en la problemática de los tributos que financian a la Seguridad Social.

En el marco de las actividades que realiza el Grupo TSS, una de sus integrantes, la Dra. María Noel Chaves Pena, comenta en la Nota de Jurisprudencia que se publica en este número, el tema de la “nominalización de salarios” a efectos de establecer, en ciertas circunstancias, la base de cálculo de los tributos de la seguridad social.

Dra. Alicia Seijas

APROBACIÓN DE LA CARRERA DE NOTARIADO DE LA UM

En el ejemplar Nº 8 de esta misma Revista anunciábamos el inicio de la Carrera de Notariado en nuestra Facultad de Derecho. En la nota correspondiente comentábamos que estaba pronto el Legajo de la misma para ser estudiado por las Autoridades competentes. Hoy tenemos la satisfacción de informar que dicha carrera fue aprobada oficialmente.

Efectivamente el 29 de junio de 2007 el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura previo informe unánime favorable del Consejo Consultivo de Enseñanza Terciaria Privada, reconoció el nivel universitario a la carrera de Notariado de la Universidad de Montevideo para otorgar los títulos de Procurador y de Escribano Público.

Aprovechamos la oportunidad para manifestar nuestro sincero agradecimiento a la Prof. Escribana María Wonsiak por su directa participación en la elaboración de este proyecto junto con reconocidas autoridades de la Universidad y a la Asociación de Escribanos del Uruguay quien oportunamente estudió el mismo, destacando que varias de sus sugerencias fueron recogidas en el plan de estudios respectivo.

La carrera se dicta de lunes a viernes en la mañana. Tiene un plan de estudios que abarca cinco años divididos en diez semestres y los grupos son reducidos. Los docentes están muy preparados y todos tienen una excelente trayectoria.

Actualmente se está dictando el segundo semestre de tercer año de la Carrera en el que los alumnos comienzan a estudiar las materias propiamente notariales como Derecho Notarial y Derecho Registral, entre otras materias jurídicas. Se destacan otras áreas en el Plan de Estudios, a vía de ejemplo en el área humanística con materias como Antropología, Ética y Deontología Jurídica formadoras en valores y principios morales, indispensables para el ejercicio de la profesión de los futuros Notarios.

Dr. Esc. Guillermo Rosati de Ojeda
Coordinador Académico
de la Facultad de Derecho

TALLER MULTIDISCIPLINARIO DE APOYO A NUEVOS EMPRENDIMIENTOS

A iniciativa de un grupo de egresados de la UM: María José Durán, Agustín Nopitsch, Andrés Marabotto, María Eugenia Marfetán y Paola Operti, (los tres últimos de la Facultad de Derecho), ha comenzado a ofrecerse a todas las Facultades un curso con las siguientes características.

El Taller MYPE es un proyecto cuya misión es colaborar en la creación y desarrollo de micro y pequeñas empresas, aplicando los conocimientos académicos como herramienta de impacto social, sobre la base de la creatividad, superación y solidaridad.

El principal objetivo del este proyecto es el desarrollo de una actividad de extensión universitaria en la que se consiga:

- Aprender aplicando la teoría a la práctica
- Profundizar el impacto de la Universidad Montevideo en la sociedad, permitiendo que los beneficios del saber académico mejoren la condición de quienes buscan superarse a diario
- Promover el espíritu emprendedor
- Ayudar a dar vida a nuevos emprendimientos
- Colaborar con la formalización, desarrollo y crecimiento de MYPES en funcionamiento.
- Generar una base de información accesible a los emprendedores, mediante la recopilación del material existente así como la generación de contenidos propios fruto de la investigación académica y la experiencia práctica a desarrollar.

El proyecto fue propuesto originalmente por egresados de la Universidad de Montevideo. El mismo recibió el apoyo de las autoridades, siendo que actualmente el Taller MYPE funciona dentro del ámbito de la Facultad de Ciencias Empresariales y Economía de la Universidad, dirigido por el Ing. Jorge Sapelli. Sin perjuicio de ello, el Taller está abierto a estudiantes de grado de cualquiera de la Facultades que estén próximos a la finalización de su carrera. Por ende, se trata de un Taller sumamente multidisciplinario que busca que todos los conocimientos que se reciben a través de la currícula académica puedan ser aplicados a un proyecto real. Si bien el Taller opera como una materia electiva que aporta 4,5 créditos (45hs), en la Facultad de Derecho se ha instrumentado como seminario con reconocimiento académico, hasta tanto se encuentre plenamente implementado el pasaje al sistema de créditos.

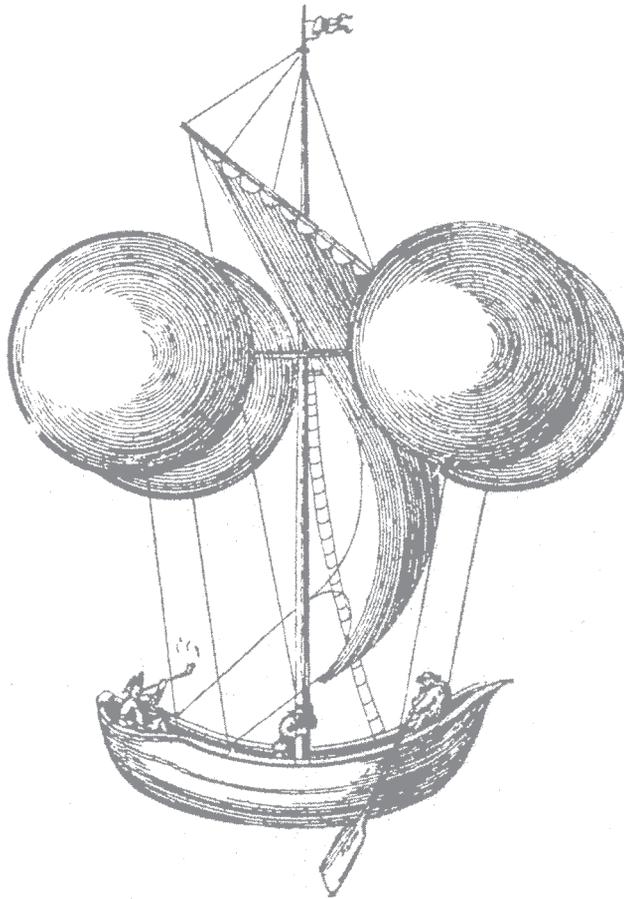
El Taller se compone de estudiantes de las distintas carreras que colaboran con emprendedores reales en la creación de una empresa. Las actividades principales del Taller son el estudio de la viabilidad del proyecto, el desarrollo de un plan de negocios y la puesta en práctica del mismo. Los estudiantes son quienes llevan a cabo estas actividades monitoreados por un Profesor a cargo y por líderes de equipo. Asimismo, el Taller cuenta con el respaldo de un Panel de Consultantes académicos, empresariales e institucionales, los cuales son contactados por el Taller en función de las necesidades concretas de cada proyecto.

Se trata de un Taller fundamentalmente práctico, lo que implica que los estudiantes tienen únicamente una hora semanal de actividad en el aula, y el resto del tiempo deben dedicarlo a trabajar en el desarrollo del proyecto junto con los emprendedores.

Actualmente, el Taller se encuentra trabajando en dos proyectos paralelos. Por un lado, un grupo de egresados de la Escuela Familiar Agraria Los Nogales propone crear una empresa para desarrollar la actividad agropecuaria de Canelones generando oportunidades de comercialización con la meta en la exportación. Por otro lado, dos egresados de la Facultad de Ingeniería se proponen montar y llevar adelante una empresa de fabricación de pallets.

A nuestro entender, este proyecto es de gran valor para todos los que participan en él. Los estudiantes logran un acercamiento a la realidad, lo que va a implicar un mejor desarrollo de su profesión en el futuro. Los emprendedores reciben un asesoramiento al cual en la mayoría de los casos no lograrían acceder. Y finalmente, la Universidad logra un vínculo con la sociedad que es a dónde el saber académico apunta.

Andrés Marabotto y Paola Operti



TESINAS DE MASTERS

- *Wilson, María Paz - "Interpretación de las reivindicaciones en las patentes de invención, con especial referencia a las patentes farmacéuticas"*

INTERPRETACION DE LAS REIVINDICACIONES EN LAS PATENTES DE INVENCION, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS PATENTES FARMACEUTICAS

MARÍA PAZ WILSON
Master en Derecho de la Empresa

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO TEÓRICO. III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS DIRECTRICES
EN LOS SISTEMAS DE PATENTES. IV. CONCLUSIONES. V. ÍNDICE. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCION

Las reivindicaciones constituyen el corazón del documento de patentes, ya que de ellas depende el ámbito de protección de la patente. Su correcta redacción al momento de confeccionar una patente, así como su acertada interpretación, son fundamentales para la protección del derecho reivindicado y la garantía del inventor.

Para facilitar esta tarea, algunas oficinas de patentes han dictado directrices o “guidelines”, las cuales constituyen los lineamientos en los cuales debe basarse el solicitante para proponer su invención y el examinador al estudiar el documento. Dichas directrices en general varían de país a país, existiendo determinadas sutilezas que deben ser tomadas en consideración por el proponente.

La Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (DNPI) es la oficina de patentes del Uruguay, y a la fecha, no ha emitido directrices para la interpretación de las reivindicaciones.

Son varias las razones que se manejan para comprender la ausencia de directrices en nuestro derecho, como el bajo número de solicitudes de patentes de invención nacionales por año, especialmente las redactadas por actores nacionales, y la incidencia económica que ello apareja. Evidentemente, en países desarrollados donde las empresas tienen un departamento de “Research & Development” que cuentan con un presupuesto importante a tal fin, las mismas están permanentemente generando ideas e innovaciones que procuran proteger. Existen enormes intereses económicos en juego, que se traducen en presión para que las oficinas de patentes posean criterios unánimes.

Teniendo en consideración lo manifestado *ut supra*, se nos plantea la interrogante en cuanto a si es necesario que nuestra Oficina de Patentes emita directrices de interpretación de reivindicaciones, o si por el contrario, en nuestro sistema se puede prescindir de las mismas, manteniendo la amplitud de criterio y discrecionalidad del examinador vigente a la fecha.

En caso de que luego de analizar el tema la respuesta a nuestra interrogante sea afirmativa, esto es, si consideramos aconsejable que nuestra Oficina de Patentes emita directrices de interpretación de las reivindicaciones, se propondrá el modelo que consideremos más apropiado adoptar, luego de estudiar la experiencia ajena, de acuerdo a la realidad de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial y de nuestro país en general.

Para ello, analizaremos las experiencias existentes en otros sistemas de patentes, de gran importancia económica e industrial.

Se realizará un análisis comparativo de los sistemas de patentes más importantes - cuya característica común es que todos ellos han emitido directrices o “guidelines” para la interpretación de las reivindicaciones- con especial referencia a la European Patent Office (EPO), la United States Patent and Trademark Office (USPTO), la United Kingdom Patent Office y la Japan Patent Office.

Tomando en consideración el resultado de dicho estudio, y en caso de que se entienda que es pertinente la emisión de directrices, se propondrá el modelo a adoptar por nuestra oficina.

II. MARCO TEORICO

Las reivindicaciones contenidas en el documento de patentes, definen el derecho del inventor. El ámbito de protección de la patente determina la extensión del derecho del inventor, por lo que es un punto a ser considerado cuando se diseña el documento de patente y se aplican las normas que lo regulan.

Cuando se trata de asuntos relativos a la salud, este tema adquiere significativa relevancia.

A) Significado y función de las Reivindicaciones

Las Reivindicaciones constituyen una parte fundamental de la patente de invención, por lo que deben ser analizadas en detalle de manera de procurar la más correcta y completa reivindicación de los derechos del inventor.

Delimitan el objeto de las patentes de invención, convirtiéndose en su núcleo esencial, ya que determinan los derechos del titular y precisan el objeto de la patente, razón por la cual es importante delimitarlo de la manera más precisa posible.

La delimitación del objeto de la patente no siempre surgió del contenido de las reivindicaciones, ya que inicialmente se realizó en base a la descripción (hasta la ley de 1968 de Francia¹). Debía deducirse de la misma el contenido de la invención protegida y el objeto del derecho de explotación, con los problemas e inseguridades jurídicas que traía aparejado ya que se consideraba que cuanto menos precisa fuera la descripción, más extensa sería la protección de la patente.

Fue en los sistemas anglosajones donde surgió la práctica de delimitar el objeto de la patente a través de las reivindicaciones (Ley norteamericana de 1836 y Ley alemana de 1981) y al día de hoy esa exigencia se ha generalizado habiéndose incorporado dicha exigencia a los tratados internacionales y las normativas nacionales de casi todos los países.

El artículo 6 del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), firmado en Washington el 19 de junio de 1970 (enmendado el 2 de octubre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984), establece lo siguiente:

“La reivindicación o reivindicaciones deberán definir el objeto de la protección solicitada. Las reivindicaciones deberán ser claras y concisas y fundarse enteramente en la descripción”.

Asimismo, el artículo 11 del PCT denominado *“Fecha de Presentación y efectos de la solicitud internacional”*, al referirse a los elementos exigidos para la mencionada solicitud, en el numeral iii) literal e) establece que el documento debe contener *“una parte que, a primera vista, parezca constituir una o varias reivindicaciones”*.

El Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas (CPE) signado en Munich el 5 de octubre de 1973, en su artículo 84 se corresponde literalmente con el citado artículo 6 del PCT.

A partir de las normas citadas se reafirma entonces el concepto de que **el contenido de las reivindicaciones constituirán el objeto de la patente de invención**, lo que posiciona a las reivindicaciones como uno de los elementos más importantes del documento de la solicitud de patente ya que de su redacción dependerá el alcance de la patente. Ellas determinarán el objeto de la patente, por lo que deben definir la invención protegida con extrema precisión, al punto que lo que aparece en la descripción, pero no toma la forma de reivindicación, no está protegido.

De todas formas, debemos hacer la salvedad en cuanto a que si un elemento aparece en la descripción y no fue reivindicado, el solicitante podrá presentar al examinador la reivindicación correspondiente. Esto siempre en la medida de que el elemento aparezca correctamente determinado en la Descripción.

Como consecuencia, el objeto del derecho exclusivo que proporciona la patente también viene delimitado por las reivindicaciones, pues ellas delimitan el ámbito objetivo de protección de la patente.

En cuanto al aspecto formal, no se admite en el mundo jurídico una solicitud de patente sin reivindicaciones. El primer efecto de dicha ausencia está establecido en el artículo 80 del CPE, que establece que no se le atribuirá ninguna fecha de prioridad.

Naturalmente, la redacción de las reivindicaciones está a cargo del solicitante. En los sistemas de concesión de patente con examen previo de novedad y actividad inventiva, el examinador colabora en la delimitación de las reivindicaciones haciendo sugerencias. El solicitante no tiene obligación del aceptar dichas sugerencias, pero el examinador puede denegar la patente.

1. BERCOVITZ, Alberto. Revista de Derecho de Perú 1993 N° 47. “Las Reivindicaciones de la Patente de Invención”. Pág. 163.

B) Requisitos de fondo de las Reivindicaciones

El reconocido autor español, Alberto *Bercovitz* cita al autor francés *Jean Marc Mousseron*, quien señala que son tres los requisitos de fondo de las reivindicaciones:

1. Determinación del objeto reivindicado

Volviendo sobre lo expresado ut supra, las reivindicaciones deben definir claramente la invención que será el objeto de la patente. Por consiguiente, la invención contenida en la definición no debe estar en el estado de la técnica, ni la definición debe realizarse por los aspectos comerciales de la invención sino por sus características técnicas.

Mousseron establece que por la sola lectura de la reivindicación, los terceros deben poder conocer la regla técnica que está protegida, sin necesidad de acudir a la descripción o los dibujos de la solicitud. Si bien esta sería una norma de redacción para optimizar la reivindicación, lo cierto es que en la práctica muchas veces es difícil comprender el ámbito de protección de la patente sin hacer un estudio detallado de la Descripción y de los Dibujos. Esto, porque cada día en mayor medida, las solicitudes de patentes versan sobre aspectos altamente específicos dentro de las más diversas áreas resultando muy difícil comprender el alcance de la invención mediante la exclusiva lectura de la reivindicación.

Por ello mismo, es importante que la Descripción sea lo más explícita posible, de manera que cuando una persona que sea ajena al documento –como el examinador, entre otros- se enfrente a la misma, entienda cabalmente de qué se trata la invención, encontrando en las reivindicaciones los aspectos puramente técnicos.

Posteriormente *Bercovitz* establece que la definición debe ser suficiente en sí misma, pero esto no excluye que haya que recurrir a la descripción y los dibujos para que el tercero pueda establecer cómo se ejecuta la invención definida en las reivindicaciones.

2. Apoyo en la Descripción

El citado autor español señala que la finalidad básica de la patente es hacer pública la invención que constituye su objeto, razón por la cual debe describirla de tal manera que cualquier experto en la materia pueda ejecutarla.

Aclara que la descripción y las reivindicaciones cumplen funciones diversas, pero complementarias e íntimamente ligadas. Es así que la descripción relata lo que debe hacer un experto para poder ejecutar la invención, y las reivindicaciones delimitan y definen la invención para que los terceros sepan qué es aquello sobre lo que recae la exclusiva del titular de la patente.

Si se reivindica lo que no está descrito, existirá una insuficiencia de la descripción, que es causa de nulidad de la patente. En la descripción el solicitante expondrá en forma pormenorizada todo lo que hay que hacer para ejecutar la invención, mientras que en las reivindicaciones se trata de definir en abstracto esa invención, de la forma más clara y general posible.

Agrega *Bercovitz*² que la elaboración de las reivindicaciones supone un proceso de generalización a una delimitación más abstracta de la regla inventiva cuya ejecución en casos concretos se ha expuesto en la descripción, esto es, la generalización de uno o más ejemplos particulares.

Las directivas de la Oficina Europea de Patentes (enero 1992 – Parte C, Cap. III, N° 6°) establecen que la fundamentación en la descripción es suficiente si un experto en la materia fuera capaz de extender la enseñanza contenida en la descripción para hacerla corresponder con el objeto cuya protección se reivindica, recurriendo a métodos de experimentación o análisis habituales.

Se debe evitar que se pretenda completar la descripción en base a elementos de las reivindicaciones que no aparecen claros en ellas que no encajan en la descripción tal como se presentó originariamente.

La memoria descriptiva cumple la función de divulgar la invención de manera que una persona del oficio de nivel medio pueda ejecutarla y que el examinador de patentes pueda evaluarla. A su vez, debe estar estructurada de acuerdo a reglas fijas unificadas, de manera que la información técnica que contiene pueda ser recuperada. Se entiende por persona del oficio de nivel medio aquella cuya formación y experiencia profesional son equivalentes a las del promedio en el campo técnico pertinente.

Las reivindicaciones se numeran en orden creciente especificándose en la primera de ellas de manera precisa las características del producto o procedimiento que se desea proteger, de acuerdo a la invención

2. BERCOVITZ, Alberto. Ob. Cit. Pág. 169.

descripta, sintetizando concretamente los rasgos de la misma, mencionando la nueva combinación de elementos objeto de la creación y haciendo solo referencia a las características técnicas. Toda otra característica de la invención subsidiaria de las citadas en la primera reivindicación, puede reivindicarse en sucesivas reivindicaciones.

En la redacción debe prestarse especial cuidado a que las reivindicaciones no sean descripciones del funcionamiento de las partes, sino la mención de las partes principales constitutivas del invento y de sus vinculaciones funcionales.

Dado que la invención soluciona un problema técnico, el inventor debe indicar con precisión la solución al mismo. La descripción indica el modo con que el concepto se exterioriza en la práctica, y los recursos a que se debe apelar para que la invención sea aplicada. La invención cumple la doble función de fijar el campo reservado al inventor frente a los terceros, e indicar la manera cómo debe ejecutarse la invención a su debido tiempo.

3. Unidad de Invención

La finalidad básica de las patentes es difundir el conocimiento de las invenciones de forma que los terceros puedan conocer su existencia y la forma de ejecutarlas. A su vez se ofrece a los inventores la posibilidad de obtener el derecho exclusivo de explotación inherente a la concesión de las patentes para estimularlos a dar a conocer sus invenciones de forma que los técnicos en la materia puedan ponerlas en ejecución.

Las patentes se clasifican de acuerdo al Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, hecho en Estrasburgo el 24/03/1971, modificado en 1979.

De esta forma, *Bercovitz* establece que el requisito de Unidad de invención cumple la función de permitir la correcta clasificación de las patentes y hacer posible la difusión pública de las invenciones patentadas. Además cumple una función recaudatoria, ya que se pagan tasas por cada invención patentada.

Es importante destacar que la unidad de invención adquiere mayor trascendencia en los sistemas de concesión de patentes con informe sobre el estado de la técnica o examen previo de la novedad y actividad inventiva.

C) Requisitos de Forma

La redacción de la reivindicación debe ser autónoma; debe poder ser entendida por sí misma sin necesidad de recurrir a otros documentos, delimitando de forma clara y concisa la invención que se reivindica.

La regla 29 del Reglamento del CPE (sobre la cual volveremos al analizar las directrices de la Oficina Europea de Patentes) dispone que toda reivindicación debe organizarse en dos partes:

- Preámbulo designando el objeto de la invención
- Características de la invención

La segunda parte de la reivindicación contendrá las características efectivamente reivindicadas, que reúnen todos los elementos necesarios para que una invención sea patentable.

Dicha segunda parte comienza con las palabras "caracterizado por...". Es posible que los examinadores observen que ciertas características pasen de la segunda a la primera parte, por considerar que ya estaba en el estado de la técnica.

El decreto 11/2000, que reglamenta la ley de Patentes uruguaya N° 17.164, establece lo siguiente en relación a la forma de las reivindicaciones:

"Art. 5. Las reivindicaciones, numeradas correlativamente, deberán contener:

A) un preámbulo que defina el objeto de la invención, (tal como el nombre o denominación), debiendo comprender todos los aspectos conocidos de la misma que se encuentran en el estado de la técnica;

B) una parte caracterizadora que exponga concisamente los elementos técnicos que definen la novedad de la invención y que se desean proteger.

Cuando sea necesario para una mejor comprensión la reivindicación principal puede ir seguida de una o varias reivindicaciones dependientes, haciendo éstas referencia a la reivindicación de la que dependen y precisando las características adicionales que pretenden proteger.

De igual modo debe procederse cuando la reivindicación principal va seguida de una o varias reivindicaciones, relativas a modos particulares o de realización de la invención".

Debe utilizarse la terminología de uso normal dentro del sector de la técnica de que se trate. En caso de que se utilice terminología diferente a la habitual, el significado de los términos empleados debe resultar del texto de la propia reivindicación.

Debe evitarse los términos imprecisos tales como, “aproximadamente”, “alrededor de”, “ancho”, “fino”, entre otros, así como la utilización de términos abstractos, que pretendan extender de forma imprecisa el objeto protegido por la reivindicación.

Las reivindicaciones deben ser autónomas frente al resto de la solicitud de patente, no siendo admisibles las reivindicaciones fundadas en referencias a la descripción o los dibujos, salvo que sean complementarios para facilitar la interpretación, no como sustitutivas de la definición.

Una idea inventiva puede dar lugar a diversas invenciones que serán objeto de **reivindicaciones independientes**; también puede ocurrir que una misma invención dé lugar a modos diversos de desarrollo que también deben ser cubiertos por varias reivindicaciones.

Por lo expuesto, es normal que en una misma patente se incluyan varias reivindicaciones surgiendo el problema de la unidad de invención.

D) Reivindicaciones independientes y dependientes

Las reivindicaciones pueden clasificarse en dependientes o independientes.

Las *reivindicaciones independientes* son aquellas que tienen total autonomía de las demás. Cada reivindicación independiente debe ser considerada autónomamente, como si fuera la única de la patente, y juzgarse su patentabilidad aisladamente.

Las *reivindicaciones dependientes* son las que incluyen todas las características de otra reivindicación. Van vinculadas a la reivindicación anterior, de la que dependen, pero no se excluye que pueda tener una invención autónoma.

La dependencia puede referirse a los modos de realización de la invención objeto de la reivindicación principal y también a diversas aplicaciones o usos de la misma; puede tener por objeto simples desarrollos de la reivindicación principal o aportar elementos inventivos propios.

Se plantea el problema de la subsistencia de las reivindicaciones dependientes en caso de que desaparezca la principal. Podría admitirse su subsistencia si la reivindicación dependiente contiene algún elemento inventivo propio, pero el principio general es que la nulidad de la reivindicación principal apareja la nulidad de las reivindicaciones dependientes.

Pueden existir reivindicaciones dependientes de una reivindicación dependiente, lo cual plantea la necesidad de limitar el número que puedan incluirse en la misma patente.

La fecha de presentación es la que se toma en cuenta para juzgar la patentabilidad. La seguridad jurídica exige que no se modifiquen las reivindicaciones y por ello deben regularse muy estrictamente los supuestos en que tal modificación es posible, así como sus efectos.

Las modificaciones pueden tener lugar durante el procedimiento de concesión y después de que la patente fue concedida. El principio general consiste en que no puede beneficiarse de la fecha de prioridad de una reivindicación lo que no estaba incluido en ella en la fecha de presentación de la misma.

E) Categorías de reivindicaciones según el objeto reivindicado

Las reivindicaciones pueden caracterizarse según su objeto. Las **reivindicaciones de producto** tienen por objeto la definición de un objeto con entidad física, ya sea una sustancia, una composición, un objeto, un artículo, un elemento de una máquina, un aparato, un conjunto de aparatos funcionando conjuntamente.

La patentabilidad se juzga sobre el producto mismo, prescindiendo de fabricación o su uso. La protección de la patente comprende la explotación del producto, cualquiera sea su procedimiento de fabricación y su uso.

Existen por otra parte, las **reivindicaciones de procedimiento**. El procedimiento describe una actividad a realizar sobre una materia, sobre una energía, sobre otros procedimientos, sobre materias vivas, juzgándose la patentabilidad sobre el procedimiento mismo reivindicado.

Atribuye el derecho exclusivo de ejecución de la actividad en que consiste el procedimiento y el resultado directamente obtenido por la ejecución de tal actividad. Es necesario entonces probar que el producto ha sido efectivamente obtenido por el procedimiento.

Finalmente hay una tercer categoría, donde se agrupan **otro tipo de reivindicaciones**. Las invenciones de nuevas aplicaciones o nuevos usos se refieren a supuestos en que la innovación consiste en la nueva aplicación o el nuevo uso que se describe de procedimientos o productos ya conocidos.

A menudo son invenciones dependientes de otras invenciones principales previamente patentadas. Esa dependencia explica que a menudo una misma invención debe protegerse a través de reivindicaciones distintas.

En términos de cobertura, las reivindicaciones pueden ser más o menos precisas y concentradas. Una reivindicación puede referirse a un compuesto definido con valor terapéutico. Sin embargo, en general en el campo químico y farmacéutico las reivindicaciones son escritas de una forma que cubre cientos o miles de compuestos. Este es el resultado de, por ejemplo, describir una familia de compuestos químicos mostrando el núcleo estructural común de todos los miembros con un sustituto variable.

En general las reivindicaciones funcionales han sido admitidas en los Estados Unidos, aunque el lenguaje funcional amplio que puede impedir mayor investigación y desarrollo ha sido condenado. Por su parte, la Oficina de Patentes Europea (EPO), acepta las reivindicaciones funcionales únicamente cuando no hay otra forma de describir la invención en una forma más precisa.

F) Ambito de protección de la patente. Interpretación de las reivindicaciones

La interpretación de una reivindicación debe ser hecha por un experto normal en el campo de la técnica de que se trate. Cuando una interpretación es clara, no debe pretenderse limitar su ámbito introduciendo frases o palabras que no están en ellas.

El citado *Bercovitz* señala dos criterios sobre el significado e interpretación de las reivindicaciones. El primero es el criterio anglosajón de “poste de vallado o de cerca”, que es el que ha prevalecido a nivel europeo. Es decir, que lo protegido es lo reivindicado, pero acepta que la delimitación de lo reivindicado debe hacerse interpretando la reivindicación con ayuda de la descripción y los dibujos. No puede completarse o ampliar el contenido de la reivindicación acudiendo a la descripción de los dibujos.

El segundo es el criterio de “Poste señalizador” según el cual queda comprendido en la reivindicación lo que con ayuda de la descripción y los dibujos podría deducir de la reivindicación un experto normal, es decir, la idea inventiva general.

G) Patentes de productos farmacéuticos

El patentamiento de productos farmacéuticos da lugar a arduas e interminables disputas. Constituye un medio necesario para el avance tecnológico en esa materia.

El autor argentino *Guillermo Cabanelas*³ se pregunta cuáles son los elementos que justificarían, desde el punto de vista económico, la aplicación de reglas específicas de estos productos.

Expresa que el origen histórico de la prohibición de patentamiento de las sustancias farmacéuticas está estrechamente vinculado a la utilización de esos derechos por “charlatanes”, para promocionar sus ventas, sugiriendo que la patente constituía una suerte de garantía estatal respecto de la eficacia curativa de los productos tutelados. Esta posibilidad carece actualmente de relevancia.

Cabanelas menciona un segundo elemento que podría distinguir a los productos farmacéuticos de las restantes materias patentadas, y es que su elasticidad de demanda es muy baja, lo que puede dar lugar a diferencias muy elevadas entre los precios que regirían en condiciones competitivas y los aplicables bajo la monopolización que permiten las patentes. Esto puede minimizarse mediante el control estatal de los precios de los medicamentos.

Debe tenerse en cuenta que los costos en investigación y desarrollo en la industria farmacéutica son elevadísimos y es difícil o imposible evitar la copia de productos medicinales una vez que son comercializados. Por esta razón, la mayor parte de los productos farmacéuticos son del tipo que, por no poder protegerse mediante el régimen de secretos industriales, no será desarrollado a falta de la protección que da el sistema de patentes.

Por último *Cabanelas* agrega el argumento manejado en cuanto a que al permitirse el patentamiento de productos farmacéuticos se posibilitará a las empresas de capital extranjero controlar el sector correspondiente, lo cual es probable, pero puede evitarse con medios apropiados mediante la limitación a la inversión extranjera. Además, si la existencia de nuevos productos farmacéuticos dependiera de su patentamiento, no sería justo sacrificar el interés del público consumidor de medicamentos en su vida y salud, a favor de librar a un grupo de empresarios locales de la competencia de firmas extranjeras.

Según el Dr. *Cabanelas*, lo que distingue a los productos farmacéuticos es que “*de su no patentabilidad dependen los intereses de un grupo reducido de personas. En los restantes inventos, existen grupos de interés concentra-*

3. CABANELAS, Guillermo. “Derecho de las Patentes de Invención”, Tomo I. Editorial Heliasta, 2001, Pág. 151.

dos y organizados que presionan a favor del patentamiento, mientras que los costos de éste pesan sobre el conjunto de consumidores que ni advierten los efectos de tales costos ni cuentan con mecanismos para oponerse a las patentes que puedan resultarles nocivas. En el caso de productos farmacéuticos, la existencia de un conjunto de empresas que han crecido al abrigo de una legislación que no reconoce patentes sobre aquellos, da lugar a la formación de grupos de presión oponentes a los que inciden en favor del patentamiento”.

III. ANALISIS COMPARATIVO DE LAS DIRECTRICES EN LOS SISTEMAS DE PATENTES

A) European Patent Office

1. Sobre las Patentes Europeas

La European Patent Office es una oficina trilingüe radicada en Munich, que surgió luego de la creación de la antigua Comunidad Económica Europea, hoy devenida en Unión Europea y la integración económica que resultó de la misma. Los países miembros de la Unión Europea también son miembros de un tratado conocido como “European Patent Convention” (CPE). Según la CPE, es posible presentar la solicitud de patente en la EPO, y en la medida que se conceda la patente, se registrará en los países individuales seleccionados por el solicitante, con la misma fecha de prioridad en todos ellos.

El sistema de patentes europeo surge como resultado de la Convención de Munich del 5 de octubre de 1973, que entró en vigor el 7 de octubre de 1977.

La patente europea se basa en sistema único y centralizado de otorgamiento de patentes, otorgamiento que se funda en criterios de patentabilidad igualmente unificados. Una vez otorgada una patente bajo tales criterios mencionados, los derechos del patentado son los que se derivan de las patentes nacionales de los países que integran el sistema de patente europea⁴.

El otorgamiento de patentes europeas está a cargo de la Oficina Europea de Patentes, que actúa conjuntamente con un departamento de investigación documental con sede en La Haya y una agencia en Berlín. La Oficina Europea de Patentes forma parte de la Organización Europea de patentes, cuyo órgano superior es el Consejo de Administración, integrado por un representante de cada uno de sus países miembros.

El régimen de la patente europea se basa en la sustitución de la presentación de solicitudes de patentes en los distintos países miembros por una única solicitud ante la Oficina Europea de Patentes.

Las decisiones de la Oficina Europea de Patentes son recurribles ante un tribunal de apelaciones, las cuales pueden a su vez ser recurridas ante un tribunal superior de apelaciones.

Debe destacarse la particularidad de que el régimen de no inhibe a los países participantes de contar con regímenes de patentes nacionales plenamente aplicables dentro de sus respectivas jurisdicciones. De esta forma, y a título de ejemplo, una patente de Francia puede ser utilizada como parte del conjunto de patentes que componen a la patente europea, en cuyo caso es necesario sujetarse a las condiciones establecidas por la Convención de Munich. La patente de Francia puede también ser obtenida en forma aislada e independiente de las patentes de los países que componen la Organización Europea de Patentes, recurriendo a las reglas y procedimientos de la legislación nacional. Es así que los titulares de derechos sobre invenciones tienen una verdadera opción, cuya decisión dependerá de consideraciones de costo, ámbito de utilización de la patente y exigencias sustantivas y procesales bajo los distintos sistemas aplicables.

2. Análisis de las directrices

a. Introducción

La Oficina Europea de Patentes, emitió directrices para el examen de las patentes de invención. En la parte C del referido documentos, se encuentran las directrices a ser utilizadas por el examinador – miembro del “Examining División” - al cual se le confía el examen sustantivo de la patente⁵.

4. La Argentina adoptó un nuevo régimen jurídico de patentes de invención, plasmado en la ley 24.481, su modificatoria 24.572 y el Decreto reglamentario 260/96 (a efectos de este trabajo las denominaremos LPA y RLPA).

De acuerdo al artículo 1 de la LPA y el artículo 27 del acuerdo TRIP, las invenciones relativas a productos farmacéuticos están sujetas a las mismas condiciones de patentabilidad y tienen los mismos efectos jurídicos que la generalidad de las patentes de invención.

5. Cabe destacar que la oficina de patentes Argentina tomó como base las directrices emitidas por la EPO, y ello explica su gran similitud.

En el mismo se establece que el examinador deberá tener una actitud constructiva y colaboradora, sin detenerse en objeciones irrelevantes, pero teniendo en consideración que la confección de la Descripción y las Reivindicaciones son responsabilidad del solicitante o su representante.

Es importante señalar que las directrices de la EPO en cuanto a la redacción de las reivindicaciones son genéricas. No han emitido directrices específicas para la redacción y evaluación de las reivindicaciones de patentes farmacéuticas, sino que los parámetros a ser utilizados deben ser respetados en todas las materias.

Por esta razón, las directrices que estudiaremos a continuación son más genéricas, y más amplias.

b. Generalidades

Se establece que la solicitud de patente no podrá comprender más que una sola invención o un grupo de invenciones relacionadas entre sí de tal manera que integren un único concepto inventivo en general. Las solicitudes que no cumplan con este requisito deberán ser divididas.

Las reivindicaciones definirán el objeto sobre el cual se solicita la protección, debiendo ser claras y concisas. Podrán ser una o más y deberán fundarse en la descripción sin excederla (art. 78 y 84 CPE⁶).

Tal como lo expresa el art. 84 CPE⁷, las reivindicaciones deben definir el objeto cuya protección se busca y ser claras y concisas. Además podrán ser una o más y deberán estar fundadas en la descripción sin excederla.

Desde el momento que las reivindicaciones determinan la extensión conferida por una patente o solicitud, la claridad de las mismas es de fundamental importancia. (art. 69.1 CPE).

Sin embargo, las reivindicaciones no deben considerarse aisladamente, ni tampoco deben considerarse en un sentido estrictamente literal.

c. Forma y contenido de las reivindicaciones

Las reivindicaciones deberán ser redactadas en términos de las “características técnicas de la invención”. Esto significa que las reivindicaciones no deberán contener ninguna declaración referida, por ejemplo, a ventajas comerciales u otras materias no técnicas, aunque pueden ser permitidas declaraciones de propósito si ellas ayudan a definir la invención. (Regla 29.1 CPE)

No es necesario que todas las características sean expresadas en términos de una limitación estructural. Pueden ser incluidas en una reivindicación características funcionales, a condición que una persona experta en la materia no tenga dificultad en la provisión de los medios que permitan ejecutar esta función sin necesidad de ejercitar la actividad inventiva. Por lo tanto serán permitidas reivindicaciones referidas al uso de la invención.

La Regla 29 (1) (a) y (b) CPE⁸ define la forma de redacción en dos partes que deben adoptar las reivindicaciones, al respecto establecen que las reivindicaciones deberán contener:

a) un preámbulo o exordio indicando desde su comienzo con el mismo título con que se ha denominado la invención, comprendiendo a continuación todos los aspectos conocidos de la invención surgidos del estado de la técnica más próximo;

b) una parte característica en donde se citarán los elementos que establezcan la novedad de la invención y que sean necesarios e imprescindibles para llevarla a cabo, definatorios de lo que se desea proteger.

Con referencia al literal a) cabe señalar que cuando la ley establece que “las reivindicaciones deben contener un preámbulo o exordio indicando desde su comienzo con el mismo título con que se ha denominado la invención” se interpreta como que dicho exordio o preámbulo deberá contener una indicación de la designación del objeto de la invención que se pretende proteger con dicha reivindicación, es decir, la categoría técnica general: aparato, procedimiento, etc., al que la invención se refiere, seguido a continuación por todos los aspectos conocidos de la invención surgidos del estado de la técnica más próximo.

Esta indicación de características del arte previo sólo es aplicable a reivindicaciones independientes y no a reivindicaciones dependientes.

Resulta claro que deberán indicarse únicamente aquellas características técnicas del arte previo que sean relevantes para la invención.

En la segunda parte, o “parte característica”, se citarán los elementos que establezcan la novedad de la invención y que sean necesarios e imprescindibles para llevarla a cabo, definatorios de lo que se desea proteger.

6. art. 22 LPA

7. el art. 22 LPA

8. Art. 22 RLPA

La parte característica puede comenzar preferentemente con una frase del tipo “caracterizado por”, aunque el término “que comprende” u otro similar también es aceptable.

En dicha parte característica se deberá detallar las características técnicas que en combinación con las características detalladas en la primera parte o exordio, se desean proteger, por ejemplo, las características que la invención agrega al arte previo.

Si un único documento citado en el informe de búsqueda de antecedentes del arte previo, revela que una o más características de la segunda parte de las reivindicaciones fueran ya conocidas en combinación con las características citadas en la primera parte de la reivindicación, y que tal combinación tuviese el mismo efecto que ellas tienen en la combinación completa de todas las características de la invención, el examinador podrá requerir por razones de claridad, que tales características sean transferidas a la primera parte. Ello no implica limitación alguna en el alcance de esa reivindicación. (art. 54 (2) CPE).

Sin embargo, si la reivindicación se refiere a una combinación novedosa, y la división entre las características del arte previo y las correspondientes a la parte característica se pueden llevar a cabo en más de una forma sin perder precisión, el solicitante no deberá ser intimado a adoptar otra división de las características, diferente de la que él ha elegido, a menos que existan razones substanciales o su versión sea incorrecta.

El examinador podrá requerir al solicitante que siga la forma de redacción en dos partes antes indicada, en donde, por ejemplo, resulte claro que su invención radica en una mejora que se distingue de una combinación conocida de partes o pasos. Sin embargo, como indica la Regla 29 de la CPE, pueden darse casos en los que, debido a la naturaleza de la invención, pueda no ser apropiada esta forma de redacción de las reivindicaciones, por ejemplo, porque daría un encuadre engañoso o deformado de la invención o el arte previo. Las siguientes invenciones pueden requerir de una redacción diferente:

(i) la combinación de elementos conocidos, en donde la actividad inventiva está únicamente en la combinación;

(ii) la modificación de un procedimiento químico conocido, por ej. por omisión de una sustancia o sustitución de una sustancia por otra; y

(iii) un sistema complejo de elementos funcionalmente relacionados, en donde la actividad inventiva reside en cambios en varios de estos elementos o en sus interrelaciones.

En los numerales (i) y (ii), la forma de reivindicación en dos partes puede ser artificial e inapropiada, mientras que en el numeral (iii) podría conducir a una reivindicación intrincada y larga. Otro caso en donde la forma de reivindicación en dos partes puede ser inadecuada es cuando la invención consiste en un compuesto químico nuevo o grupo de compuestos. Probablemente surgirán otros casos en los que el solicitante pueda aducir razones convincentes para formular la reivindicación de una forma diferente.

Cuando se examina si una reivindicación cumple o no con la forma indicada por la Regla 83 CPE⁹, es importante evaluar si esta forma es apropiada. Al respecto se deberá tener en cuenta que el propósito de la forma de reivindicación en dos partes es el de permitir al lector ver claramente que características necesarias para la definición del objeto reivindicado son, en combinación, parte del arte previo. Si en la descripción del invento se hace una referencia bastante clara y completa de las características del arte previo, cumpliendo con el requerimiento del art. 54 (3) CPE¹⁰ no deberá insistirse sobre la forma de reivindicación en dos partes.

Las reivindicaciones, así como la descripción, pueden contener fórmulas químicas o matemáticas, pero no dibujos. Las reivindicaciones pueden contener tablas, pero sólo si para el objeto propuesto resulta deseable el uso de tablas. En vista del uso de la palabra “deseable”, el examinador no deberá objetar el uso de tablas en reivindicaciones donde esta forma es conveniente. Regla 35 (11) CPE.

d. Clases de reivindicaciones

Existen “categorías” de reivindicaciones (productos, procesos, aparatos o uso), (Regla 29(2) CPE). Para muchas invenciones, se necesitan reivindicaciones en más de una categoría para la obtención de una protección completa. De hecho, existen solo dos categorías básicas de reivindicaciones, a saber:

- reivindicaciones para una **entidad física** (producto, aparato);
- reivindicaciones para una **actividad** (procedimiento, uso).

El primer tipo básico de reivindicación (reivindicación de producto), puede incluir una sustancia o composiciones (por ej. compuesto químico o una mezcla de compuestos) así como también cualquier entidad física (por. ej. objeto, artículo, aparato, máquina, o sistema que coopera con el aparato) que es producido por

9. Art. 22 inc. a) y b) RLPA

10. Art. 12 b2) LPA

la habilidad técnica del hombre, como: «un mecanismo de dirección que incorpora un circuito de realimentación automática»; «un vestido tejido comprendiendo.....»; «un insecticida consistiendo de X, Y, Z»; o «un sistema de comunicación que comprende una pluralidad de estaciones de transmisión y recepción».

El segundo tipo básico de reivindicación (reivindicación para actividades) es aplicable a toda clase de actividades que implica el uso de algún producto material para efectuar un proceso; la actividad puede ejercerse sobre productos materiales, sobre energía, sobre otros procedimientos (como en los procedimientos de control) o sobre cosas vivas (ver sin embargo art. 6 y 7 LPA).

De acuerdo a la Regla 29 (2) CPE, vigente desde 02.01.2002 y aplicable a las solicitudes de patentes europeas, en relación a que una comunicación bajo la Regla 51(4) CPE no fue emitida esa fecha, el número de reivindicaciones independientes se limita a uno en cada categoría.

Hay casos en los cuales el solicitante redacta sus reivindicaciones de modo que, aunque redactadas de manera diferente, realmente caen dentro de la misma categoría y tienen efectivamente el mismo alcance. En estos supuestos, el examinador deberá tener en cuenta que la presencia de tales reivindicaciones diferentes puede ayudar al solicitante a obtener protección completa para su invención. Por consiguiente, aunque el examinador no deberá permitir una proliferación innecesaria de reivindicaciones independientes, como tampoco deberá adoptar un enfoque rígido o demasiado académico frente a la presencia de un número de reivindicaciones que están redactadas de manera diferente pero de efecto aparentemente similar.

Sujeto a que se satisfagan las condiciones de unidad de invención exigida por el art. 82 CPE¹¹, una solicitud puede contener dos o más reivindicaciones independientes en la misma categoría cuando no sea apropiado, teniendo en cuenta el objeto propuesto por la solicitud, cubrir este objeto con una única reivindicación. Esto significa que el examinador podrá permitir dos o más reivindicaciones independientes en la misma categoría en casos apropiados con tal que haya un único concepto inventivo y que las reivindicaciones en su totalidad satisfagan los requerimientos normativos con relación a que las mismas deban ser claras y concisas. Al aplicar este principio el examinador deberá tener en cuenta las reivindicaciones de alcance aparentemente similar.

Hay otras circunstancias donde puede no ser apropiado cubrir el objeto propuesto de una invención con una reivindicación independiente única en una categoría particular, como cuando la invención se refiere al mejoramiento en dos artículos separados pero interrelacionados de manera tal que puedan venderse separadamente, pero que cada uno conlleva la misma idea inventiva, tal como una ficha y toma corriente eléctrico, o un transmisor y receptor.

También se pueden citar aquellos casos donde la invención radica en un grupo de compuestos químicos nuevos y hay un número de procedimientos para la fabricación de tales compuestos.

Todas las solicitudes podrán contener una o más reivindicaciones referidas a las características esenciales de la invención (**reivindicación independiente**). Cada una de dichas reivindicaciones puede ir seguida por una o más reivindicaciones referidas a “modos particulares de realización” de la invención. Es evidente que cualquier reivindicación referida a modos de realización particulares (**reivindicación dependiente**) también debe incluir efectivamente las características esenciales de la invención, y en consecuencia, debe incluir todas las características de al menos una reivindicación independiente. (Regla 29(3)(4)CPE)¹².

El párrafo relativo a “modos particulares o de realización de la invención” deberá interpretarse en un sentido amplio, entendiendo que el pliego reivindicatorio puede contener reivindicaciones de **una misma categoría** (por ej. categoría de entidad física como ser una reivindicación de producto seguida de otras reivindicaciones de producto que cubran los distintos modos particulares), como así también reivindicaciones de **distintas categorías** (por ejemplo categoría de entidad física y de actividad como ser una reivindicación para productos y una reivindicación de proceso para su elaboración) que cubren los distintos objetos (realización) que forman parte de la invención y se encuentran reunidos bajo un mismo concepto inventivo en general¹³.

Cualquier reivindicación que incluya todas las características de cualquier otra reivindicación es denominada “reivindicación dependiente”. Una reivindicación dependiente deberá contener, si es posible en su comienzo, una referencia a la reivindicación de la cual depende, lo cual significa que contiene todas sus características. Desde el momento en que una reivindicación dependiente no define por sí misma todas las

11. Art. 17 LPA

12. El art. 22 inc. c) RLPA establece “si la claridad y comprensión de la invención lo exigiera, la reivindicación principal, *que es la única independiente*, puede ir seguida de una o varias reivindicaciones haciendo éstas referencia a la reivindicación de la que dependen y precisando las características adicionales que pretenden proteger. De igual manera deberá procederse cuando la reivindicación principal va seguida de una o varias reivindicaciones relativas a modos particulares o de realización de la invención.”

13. Art.17 LPA

características del objeto que reivindica, expresiones como “caracterizado por” no son necesarias en tal tipo de reivindicación, pero de todos modos son permitidas¹⁴.

Una reivindicación que define otras particularidades de la invención, puede contener todas las características de otra reivindicación dependiente, y debe por lo tanto referirse a dicha reivindicación. Asimismo, en algunos casos, una reivindicación dependiente puede definir una característica particular o características que pueden ser agregadas apropiadamente a más de una reivindicación previa (independiente o dependiente). Regla 29 (4) CPE.

Todas las reivindicaciones dependientes deberán agruparse juntas por el alcance y del modo más apropiado posible. El ordenamiento deberá ser tal que permita que la asociación de reivindicaciones conexas sea fácilmente determinado, y su significado en la asociación, fácilmente interpretado.

El examinador deberá elevar una objeción si el arreglo de las reivindicaciones es tal que provoca falta de claridad en la definición del objeto a ser protegido. En general, sin embargo, cuando la correspondiente reivindicación independiente es admisible, el examinador no deberá preocuparse por el objeto propuesto en las reivindicaciones dependientes, partiendo de la base que está convencido de que ellas son verdaderamente dependientes y por lo tanto no amplían de ninguna manera el alcance de protección de la invención definida en la correspondiente reivindicación independiente.

Si para las reivindicaciones dependientes se adopta la forma de reivindicación en dos partes, las reivindicaciones dependientes podrán referirse a detalles adicionales de características no sólo de la parte característica sino también del preámbulo o exordio.

Una reivindicación, ya sea independiente o dependiente, podrá referirse a distintas alternativas en la medida que estas alternativas sean de similar naturaleza y podrán ser claramente sustituidas unas por otras y también en la medida que el número y la presentación de alternativas en una reivindicación no le resten claridad o dificulten su interpretación. (art. 82 y 84 CPE).

Una reivindicación podrá contener **una referencia a otra reivindicación**, incluso si no es una reivindicación dependiente como la definida en y Regla 29(4) CPE¹⁵. A continuación señalaremos algunos ejemplos:

Reivindicaciones referidas de distinta categoría - Un ejemplo de esto es una reivindicación referida a una reivindicación de diferente categoría (por ej.: “Aparato para llevar a cabo el procedimiento de la reivindicación 1...”, o “Procedimiento para la manufactura del producto de la reivindicación 1...”).

Reivindicaciones referidas de igual categoría - Ejemplo de esto es una situación como la del tomacorriente macho y hembra del ejemplo de 3.1.3, una reivindicación para una de las partes referida a la otra parte cooperante, por ej. “Tomacorriente macho para cooperar con el tomacorriente hembra de la reivindicación 1...”, no es una reivindicación dependiente.

Referencias de una reivindicación a otras podrán ser aceptadas también cuando características alternativas que pueden ser sustituidas unas por otras, son reivindicadas en reivindicaciones separadas.

El examinador deberá considerar cuidadosamente, por un lado el alcance de aquella reivindicación que contiene la referencia y que necesariamente incluye todas las características técnicas de la reivindicación a la que está referida y por otro lado, el alcance de aquellas que, aun conteniendo una referencia, no incluyen todas las características técnicas de la cláusula a la cual está referida.

Cabe señalar, que en las circunstancias donde no resulta apropiado cubrir el objeto propuesto de la invención con una reivindicación independiente única en una misma categoría, podrá ser necesario cubrir las diferentes alternativas a través de varias reivindicaciones independientes, las cuales no contendrán una referencia a otra.

Cuando un producto es difícil de definir por su estructura podrá ser definido adecuadamente **por medio del proceso que permite obtenerlo**. Si el proceso es correctamente descrito, conducirá inevitablemente a la obtención del producto en cuestión.

En otras palabras, el hecho que un producto sea obtenido por un proceso que demuestra ser novedoso e inventivo, no garantiza que el producto sea nuevo e inventivo. Pero si no existen dudas de que el producto definido por un proceso es nuevo e inventivo, una reivindicación de “producto por proceso” es aceptable.

Se define como reivindicación de **“producto por proceso”** a una reivindicación de producto (entidad física) que se caracteriza a través de parámetros de un proceso (actividad).

14. Aunque el art. 22 RLPA establece que la reivindicación principal es la única independiente, cualquier otra reivindicación de igual o distinta categoría (entidad física o actividad) que contenga todas las características técnicas esenciales de la invención, aunque contenga una referencia a otra, también debe interpretarse como independiente y analizarse como tal.

15. Art. 22 inc. c) primer párrafo RLPA

e. Claridad e interpretación de las reivindicaciones

Tanto las reivindicaciones individuales como consideradas en su totalidad deben ser claras. La claridad de las reivindicaciones adquiere gran importancia puesto que su función es definir el objeto por el cual se solicita protección. Dado las diferencias en el alcance de la protección que puede ser adjudicada a las distintas categorías de reivindicaciones, el examinador deberá asegurarse que los términos utilizados en una reivindicación no dejen dudas respecto a su categoría. (art. 84 CPE).

Cada reivindicación deberá ser leída dando a las palabras el significado y el alcance que ellas tienen normalmente en el arte previo, salvo que, en casos particulares, la descripción otorgue a las palabras un significado especial, ya sea mediante una definición explícita o de otro modo. Más aún, si este significado especial se presenta, el examinador deberá requerir que la reivindicación sea corregida de modo que el significado de ésta sea claro por la sola lectura de la misma. Las reivindicaciones deben también ser leídas tratando de extraer el sentido técnico de las mismas. Dicha lectura puede involucrar un alejamiento del estricto significado literal de las palabras utilizadas en las reivindicaciones¹⁶.

Cualquier inconsistencia entre las reivindicaciones y la descripción deberá evitarse. Esto puede arrojar duda sobre la extensión de la protección y por lo tanto derivar en reivindicaciones poco claras. Tales inconsistencias pueden ser de los siguientes tipos:

a) Simple inconsistencia verbal – A modo de ilustrativo, existe en la descripción una afirmación que sugiere que la invención está limitada a una característica particular pero las reivindicaciones no están limitadas de esa manera; además, la descripción no pone especial énfasis en esta característica y no hay razón para creer que la característica sea esencial para la realización de la invención. En tal caso, la inconsistencia podrá ser eliminada ya sea ampliando la descripción a lo expresado en las reivindicaciones o limitando las reivindicaciones a lo expresado en la descripción. Similarmente, si las reivindicaciones están más limitadas que la descripción, las reivindicaciones podrán ser ampliadas o la descripción podrá ser limitada.

b) Inconsistencia respecto a aparentes características esenciales - Por ejemplo, podrá parecer, ya sea por los conocimientos técnicos generales, o por lo que está afirmado o implícito en la descripción, que cierta característica técnica descrita pero no mencionada en una reivindicación independiente es esencial para el funcionamiento de la invención, o en otras palabras, es necesaria para la solución del problema al cual se refiere la invención. En tal caso la reivindicación no resulta clara, ya que una reivindicación independiente no sólo deberá ser comprensible desde un punto de vista técnico, sino que también deberá definir claramente el objeto de la invención, esto significa que deberán indicarse todas las características esenciales de la misma.

Si, con respecto a esta objeción, el solicitante muestra convincentemente, ya sea, por medio de documentos adicionales u otra evidencia, que la característica no es de hecho esencial, el examinador podrá permitir que retenga la reivindicación sin correcciones y, de ser necesario, enmendar la descripción en su lugar.

La situación opuesta en la que una reivindicación independiente incluye características que no parecen esenciales para el desempeño de la invención no será objetable. Ello es materia de elección del solicitante. El examinador deberá, por lo tanto, no sugerir que una reivindicación sea ampliada por la eliminación de características aparentemente no esenciales.

c) Parte de la materia técnica de la descripción y/ o los dibujos no es cubierta por las reivindicaciones. Por ejemplo, todas las reivindicaciones especifican un circuito eléctrico que emplea dispositivos semiconductores, pero una de las realizaciones en la descripción y los dibujos emplea en su lugar válvulas de alto vacío. En tal caso, la inconsistencia podrá normalmente ser permitida, si no introduce falta de claridad en las reivindicaciones o en la memoria descriptiva, en virtud que es responsabilidad del solicitante determinar la extensión de la descripción, en consecuencia el examinador no deberá, en general, realizar una observación en este sentido.

No obstante, si como consecuencia del examen de fondo se introduce limitaciones a las reivindicaciones, el examinador deberá prestar atención a que las mismas no introduzcan falta de claridad en la memoria descriptiva (cuando se introduce en las reivindicaciones un “disclaimer” como consecuencia de un antecedente que afecta la novedad).

Las declaraciones generales en la descripción que implican que el alcance de la protección puede ser extendido de modo no definido ni preciso (generalmente al final de la descripción), deberán ser objetadas. En particular, se deberá objetar cualquier afirmación que pretenda ampliar el alcance de la protección fundada en el “espíritu” de la invención.

16. Art. 14(7) LPA

También se deberá elevar una objeción, en los casos en que se reivindica una combinación de características, cuando se haga cualquier declaración que diga que la protección se solicita no solo por la combinación en su conjunto, sino por características individuales o sub-combinaciones, sin que las mismas hayan sido específicamente definidas.

Una reivindicación independiente deberá especificar claramente todas las características esenciales necesarias para definir la invención, excepto que tales características estén implícitas en los términos genéricos utilizados, es decir, una reivindicación por una “bicicleta” no necesita mencionar la presencia de ruedas.

Si una reivindicación se refiere a un procedimiento para producir el producto de la invención, el procedimiento, tal como se lo reivindica, deberá ser tal que, cuando se lleva a cabo de manera que resulte razonable para una persona experta en el arte, necesariamente tenga como resultado final dicho producto particular; de otra manera hay inconsistencia interna y por lo tanto falta de claridad en las reivindicaciones. En el caso de reivindicar un producto, si el producto es bien conocido, y la invención consiste en la modificación de ciertos aspectos, es suficiente que la reivindicación identifique claramente el producto y especifique que aspecto se modifica y de que manera.

Cuando la patentabilidad depende de un efecto técnico, las reivindicaciones deberán ser redactadas de modo de incluir todas las características técnicas de la invención que sean esenciales para conseguir el efecto técnico.

Se sugiere no utilizar en las reivindicaciones términos ambiguos como “angosto”, “ancho” o “fuerte”, a menos que el término tenga un significado reconocido en una aplicación particular, por ejemplo “alta frecuencia” con relación a un amplificador, y este sea el significado que se pretende dar. Si el término no tiene un significado reconocido deberá, si es posible, ser reemplazado por uno más preciso que se encuentre en alguna otra parte de la divulgación original. Cuando no haya base en la divulgación para una definición clara, y el término no sea esencial, teniendo en cuenta la invención, deberá normalmente ser aceptado en la reivindicación, ya que su eliminación implicaría una ampliación del objeto más allá del contenido de la solicitud tal como se presentó originalmente, y en consecuencia resultará en una contravención al art. 132(2) CPE¹⁷. Sin embargo un término poco claro no puede permitirse en una reivindicación si dicho término es esencial para la invención. Igualmente, un término poco claro no puede ser usado por el solicitante para diferenciar su invención del arte previo.

El solicitante debe prestar particular atención al emplear la palabra “casi” o “aproximadamente”. Tales palabras pueden ser usadas por ejemplo para un valor particular (por ejemplo “casi 100° C”), o para un rango (por ejemplo “casi x por casi y”). En cada caso, el examinador deberá utilizar su criterio para determinar si el significado es suficientemente claro en el contexto de la solicitud leída en su conjunto. Sin embargo, dichas palabras solo podrán permitirse si su presencia no impide que la invención pueda distinguirse sin ambigüedades del arte previo en lo que respecta a novedad y actividad inventiva.

El uso de marcas comerciales y expresiones similares en reivindicaciones no deberá permitirse a menos que su uso sea ineludible; ellas podrán emplearse excepcionalmente si son generalmente reconocidas con un significado preciso.

Expresiones como «preferentemente», «por ejemplo», «tales como» o «más particularmente» deberán observarse cuidadosamente para asegurar que ellas no introduzcan ambigüedad. Las expresiones de este tipo no tienen efecto limitante sobre el alcance de una reivindicación; es decir, la característica que sigue a cualquier expresión de este tipo deberá ser considerada totalmente opcional.

El área definida por las reivindicaciones deberá ser tan precisa como lo permita la invención. Como regla general, no deberán ser permitidas reivindicaciones que pretendan definir la invención o bien una determinada característica, por medio del resultado a ser alcanzado. Sin embargo, se podrán permitir si la invención solo puede ser definida en tales términos y si el resultado puede ser directa y positivamente verificado por pruebas o procedimientos adecuadamente especificados en la descripción y comprendiendo nada más que prueba y error.

En otras palabras, la invención podrá referirse a un cenicero en el cual un cigarrillo encendido se extinguirá automáticamente debido al perfil y dimensiones relativas del cenicero. Lo último puede variar considerablemente de modo difícil de definir, mientras que se mantiene el efecto deseado. Desde el momento que la reivindicación especifica la construcción y forma del cenicero tan claramente como sea posible, podrá definir las dimensiones relativas por la referencia al resultado a ser alcanzado, siempre que la especificación incluya indicaciones adecuadas para permitir al lector determinar las dimensiones requeridas por procedimientos de prueba de rutina.

17. Art. 19 RLPA

Cuando la invención se refiere a un compuesto químico, este podrá caracterizarse en una reivindicación de diversas maneras, ya sea por su fórmula química, como producto de un procedimiento, o excepcionalmente por sus parámetros. Los **parámetros** son valores característicos, que podrán ser valores de propiedades directamente mensurables (como el punto de fusión de una sustancia, la resistencia a la flexión de un acero, la resistencia de un conductor eléctrico) o podrán ser definidos por combinaciones matemáticas variables en forma de fórmulas.

Por regla general, no se deberá permitir caracterizar un compuesto químico únicamente por sus parámetros. Sin embargo, será permisible en los casos donde la invención no puede definirse adecuadamente de ninguna otra manera, con tal que esos parámetros puedan ser determinados en forma clara y precisa, ya sea por lo indicado en la descripción o por procedimientos objetivos que son usuales en el arte. Lo mismo se aplica a una característica vinculada a un procedimiento que es definido por parámetros. Casos en que son empleados parámetros no usuales, o se utiliza un aparato no accesible para medir el o los parámetros, deberán examinarse detenidamente, puesto que ellos podrán disfrazar la carencia de novedad.

Las reivindicaciones para productos definidas desde el punto de vista de un procedimiento de fabricación serán admisibles únicamente si los productos como tales cumplen los requerimientos de patentabilidad, ya sea que sean nuevos e inventivos. Un producto no será considerado novedoso por el solo hecho que es producido por medio de un procedimiento nuevo. Una reivindicación que define un producto desde el punto de vista de un procedimiento deberá ser interpretada como una reivindicación del producto como tal y la reivindicación deberá tomar preferentemente la forma «Producto X obtenible por el procedimiento Y», o cualquier redacción equivalente, en lugar de «Producto X obtenido por el procedimiento Y» (art. 64(2)CPE).

Si una reivindicación comenzara con palabras tales como: «Aparato para llevar a cabo el procedimiento, etc...», esto deberá ser interpretado como un aparato adecuado para efectuar el procedimiento. Si un documento perteneciente al estado de la técnica revelara un aparato que de otra manera poseyese todas las características especificadas en las reivindicaciones, pero que no fuese adecuado para el propósito indicado, o que requiriese de modificaciones que permitiera darle ese uso, no deberá, normalmente ser considerado como anticipando la reivindicación.

Consideraciones similares se aplicarán a reivindicaciones para un producto con un uso particular. De la misma manera, una reivindicación por una sustancia o composición para un uso particular deberá interpretarse como significando una sustancia o composición adecuada para el uso indicado; un producto conocido que, *prima facie*, es igual que la sustancia o la composición definida en la reivindicación, pero que está en una forma que lo torna inadecuado para el uso indicado, no privará a la reivindicación de novedad, pero si el producto conocido está en una forma en la que es de hecho conveniente para el uso indicado, aunque nunca se haya descrito para ese uso, privará a la reivindicación de novedad (para uso en un método de diagnóstico, terapéutico o quirúrgico).

Cuando una reivindicación por un aparato busca definir la invención por referencias a características del uso al que el aparato está destinado, puede resultar en una falta de claridad.

Tal es el caso particular donde las reivindicaciones no sólo definen a una entidad por sí misma, sino que especifican su relación con una segunda entidad la cual no es parte de la entidad reivindicada.

Antes de considerar una restricción a la combinación de dos entidades deberá recordarse siempre que el solicitante tiene derecho a una protección independiente de la primer entidad *per se*, aún si esta fue inicialmente definida por su relación con la segunda entidad. Puesto que la primer entidad puede a menudo ser producida y comercializada independientemente de la segunda entidad, usualmente será posible obtener una protección independiente a través de una redacción adecuada de las reivindicaciones (a modo de ejemplo, por reemplazo de la palabra conectado por conectable).

Si no fuese posible dar una definición clara de la primera entidad *per se*, entonces la reivindicación estará dirigida a una combinación de la primera y la segunda entidad (a modo ilustrativo, motor con una cabeza de cilindro o motor que comprende una cabeza de cilindro).

También se puede definir las dimensiones y forma de la primer entidad en una reivindicación independiente por referencia generales a las dimensiones y a la forma de una segunda entidad, la cual no forma parte de la primera entidad reivindicada pero que se relaciona con ésta a través de su uso.

Esto se aplica particularmente cuando las medidas de una segunda entidad sean en la misma forma estandarizadas (como el montaje de un soporte para la patente de un vehículo, donde el marco del soporte y los elementos de fijación son definidos con relación a la forma exterior de la chapa patente).

Sin embargo, referencias a una segunda entidad, la cual podrá no ser considerada como sujeto a estandarización, podrá también ser suficientemente claro en los casos en que la persona experta en la materia tuviera alguna pequeña dificultad para inferir la restricción resultante del alcance de la protección para la

primer entidad (una lámina de cobertura para emplearse en la envoltura de fardos agrícolas, donde el largo y ancho de la misma son definidos en función de la circunferencia ancho y diámetro del fardo). Esto no implica necesariamente que tales reivindicaciones contengan las dimensiones exactas de la segunda entidad ni que ellas deban referirse a una combinación de la primera y la segunda entidad.

Específicamente la longitud, el ancho y/ o la altura de la primer entidad sin referencia a la segunda podrá resultar en una falta de garantía respecto de los límites del alcance de la protección.

Para evitar ambigüedad en el pliego reivindicatorio, se deberá tener especial cuidado al valorar reivindicaciones que emplean el término “en” para definir la relación entre diferentes entidades físicas tales como aparato, producto o entre entidades físicas y actividades como ser entre producto y uso o entre diferentes actividades.

Sin embargo reivindicaciones del tipo “uso de una sustancia como un anticorrosivo en composiciones de pintura o lacas pinturas” serán aceptables aplicando el concepto del segundo uso no médico.

A efectos del examen de fondo, una reivindicación de «uso» de una forma tal como «el uso de sustancia X como un insecticida» deberá observarse como equivalente a una reivindicación de «procedimiento» de la forma «un procedimiento para matar insectos que usa sustancia X». De este modo, una reivindicación de la forma indicada no deberá interpretarse como dirigida a la sustancia X reconocible (por. Ej. por aditivos adicionales) sino como destinada al uso de un insecticida.

Similarmente, una reivindicación para «el uso de un transistor en un circuito amplificador» sería equivalente a una reivindicación de “procedimiento de amplificación que usa un circuito que contiene el transistor” y no deberá interpretarse como dirigido a “un circuito amplificador en el que se usa el transistor», ni a «un procedimiento para usar el transistor en construir tal circuito».

Las reivindicaciones no deberán, con respecto a las características técnicas de la invención, hacer referencias a la descripción o a los dibujos excepto cuando sea absolutamente necesario. En particular, tales referencias no deberán indicarse normalmente como «tal como lo descrito en parte... de la descripción», o «como lo ilustrado en la Figura 2 de los dibujos». Deberá observarse enfáticamente la redacción de la cláusula. La carga está sobre el solicitante, quien deberá demostrar que es absolutamente necesario hacer referencia a la descripción o a los dibujos en casos apropiados. Un ejemplo de una excepción permisible será cuando la invención involucra alguna forma particular, ilustrada en los dibujos, pero que no puede fácilmente definirse o en palabras o por una fórmula matemática simple. Otro caso especial es cuando la invención se refiere a productos químicos para los cuales algunas de sus características pueden definirse únicamente por medio de gráficos o diagramas.

Otro caso especial adicional es cuando la invención se caracteriza por medio de parámetros. En la medida que las condiciones para definir la invención de esta manera se cumplan, entonces la definición de la invención deberá surgir totalmente y por sí misma de la reivindicación toda vez que esto sea razonablemente factible. En principio, el método de medida es necesario para una definición no ambigua del parámetro. El método de y medios para la medida de los valores de parámetro no necesitan estar en las reivindicaciones cuando:

- a) la descripción del método es tan larga que su inclusión haría a la reivindicación poco clara por falta de concisión o difícil de comprender; en ese caso la reivindicación debería incluir una referencia a la descripción;
- b) una persona experta en el arte sabría que método emplear, ya sea, porque hay un único método o porque un método particular es utilizado comúnmente;
- c) todos los métodos conocidos dan el mismo resultado (dentro de los límites de exactitud de medida).

Sin embargo, en todos los otros casos el método de y los medios para la medida deberán incluirse en las reivindicaciones desde el momento que las reivindicaciones definen el objeto por el que se busca protección (art. 84 CPE¹⁸).

Si una solicitud contiene dibujos y la comprensión de las reivindicaciones podrá ser mejorada estableciendo una conexión entre las características mencionadas en las reivindicaciones y los correspondientes signos de referencia de los dibujos, resultará apropiado incluir luego de las características técnicas mencionadas en las reivindicaciones los signos de referencia entre paréntesis.

Si existen numerosas modalidades de realización, sólo las referencias de la modalidad más importante será necesario incluir en las reivindicaciones independientes.

Si las reivindicaciones se redactan siguiendo la modalidad de dos partes (Regla 29 (1) CPE¹⁹), los signos de referencia de los dibujos no sólo deben incorporarse a la parte característica sino también al exordio de la reivindicación.

18. Art. 22 LPA

19. Art. 22 inc. (a) RLPA

Los signos de referencia incluidos en las reivindicaciones no deberán interpretarse como una limitación al alcance de la materia protegida en las mismas, ellas sólo cumplen la función de hacer más fácil su entendimiento. En ese caso no habrá objeción en contra de la inclusión de una declaración general en la descripción de que los signos de referencia no deberán interpretarse como una limitación a las reivindicaciones.

En el caso que el solicitante agregara texto a los signos de referencia entre paréntesis ubicados en las reivindicaciones, podría implicar falta de claridad (art. 84 CPE²⁰). Expresiones tales como “medios de seguridad (tornillo 13, aguja 14)” o “el conjunto de válvulas (asiento de válvula 23, elemento de válvula 27, el asiento de válvula 28)” no son signos de referencia en el sentido indicado más arriba, sino por el contrario son características especiales. Consiguientemente resulta poco claro en qué medida las características agregadas a los signos de referencia son una limitación o no. En consecuencia, tales características entre paréntesis no serán generalmente permisibles. Sin embargo, referencias adicionales a esas figuras en donde los signos de referencia particulares deben ser encontrados, como «(13 - Figura 3; 14 - Figura 4)”, no serán objetables.

La falta de claridad puede aparecer también con expresiones entre paréntesis que no incluyan signos de referencia, como «(concreto) ladrillo moldeado».

En contraste, expresiones entre paréntesis con un significado generalmente aceptado son admisibles, como «(meta)acrilato» que es conocido como una abreviatura para «acrilato y metacrilato». El uso de paréntesis en fórmulas matemáticas o químicas tampoco será objetable.

Disclaimer

Generalmente, el objeto propuesto por una reivindicación se define por medio de características positivas. Sin embargo, el alcance de una reivindicación podrá ser limitado por medio de **una «característica negativa» o exclusión (disclaimer)**; en otros términos, un elemento claramente definido por características técnicas podrá expresamente excluirse de la protección reivindicada, a fin de cumplimentar el requerimiento de novedad.

Un disclaimer o característica negativa podrá usarse únicamente cuando el resto del objeto propuesto reivindicado no pueda definirse de una manera más clara y concisa por medio de características positivas. El arte previo específico podrá ser excluido por medio de una característica negativa, incluso en ausencia de soporte para el objeto excluido en la solicitud original. Sin embargo, se deberá tener especial cuidado que la redacción del disclaimer no infrinja las normas.

“Comprende” vs. “consiste”

Mientras que en el lenguaje cotidiano la palabra “comprende” puede tener ambos significados, es decir: incluye o contiene, en la redacción legal de reivindicaciones de una patente de invención requiere ser interpretado en el sentido más amplio como sinónimo de incluye, contiene o abarca.

Por otro lado si una reivindicación para un compuesto químico se caracterizara por consistir de los componentes A, B y C expresados por sus proporciones porcentuales, el término “consiste en” excluirá la posibilidad de cualquier componente adicional, y en consecuencia los porcentajes indicados en la reivindicación deberán ascender al 100 %.

Cuando una reivindicación se dirige a una aplicación terapéutica de un medicamento y la enfermedad a ser tratada se define en términos funcionales, por ejemplo “cualquier enfermedad susceptible de ser mejorada o prevenida por ocupación selectiva de un receptor específico”, la reivindicación puede ser considerada clara sólo si las instrucciones, en la forma de exámenes experimentales o criterios examinables, son disponibles en el documento de patentes o desde el conocimiento general, permitiendo a un experto en la materia reconocer qué condiciones entran en la definición funcional y por lo tanto en el ámbito de la reivindicación.

f. Concisión, número de reivindicaciones

El requerimiento de que las reivindicaciones sean concisas se refiere a las reivindicaciones en su totalidad así como a las reivindicaciones individuales. El número de reivindicaciones deberá ser considerado con relación a la naturaleza de la invención que el solicitante desea proteger.

La indebida repetición de palabras entre una reivindicación y otra, deberá ser evitada mediante la utilización de la forma dependiente de reivindicaciones (referencias literales a reivindicaciones precedentes).

En lo que hace a las reivindicaciones dependientes, mientras no se hace objeción a un número razonable de dichas reivindicaciones dirigidas a características particulares de la invención, el examinador deberá objetar una multiplicidad de reivindicaciones de naturaleza trivial.

g. Soporte en la descripción

Las reivindicaciones deberán estar soportadas por la descripción. Esto significa que deberá haber una base en la descripción para sustentar el objeto cubierto por cada reivindicación. El alcance de las reivindicaciones no deberá ser más amplio que el justificado por el alcance de la descripción y los dibujos. (art. 84 CPE).

La mayoría de las reivindicaciones serán generalizaciones de uno o más ejemplos particulares. El alcance de generalización permisible es un tema que el examinador deberá juzgar en cada caso particular a la luz del arte previo relevante. Así, una invención que abre un campo nuevo habilita a una mayor generalidad en las reivindicaciones que otra invención que está vinculada con adelantos en una tecnología conocida. Una adecuada redacción de la reivindicación será aquella que no sea tan amplia que vaya más allá del alcance de la invención, ni tan limitada que prive al solicitante de una justa protección por la divulgación de su invención.

Se deberá permitir al solicitante que cubra a través de las reivindicaciones todas las modificaciones obvias, equivalentes y usos que él ha descrito. En particular, si es razonable predecir que todas las variantes cubiertas por las reivindicaciones tienen las propiedades o usos que el solicitante les atribuye en la descripción, le será permitido que redacte sus reivindicaciones en concordancia con ello. Después de la fecha de depósito, sólo podrá hacerlo si no contraviene lo dispuesto por el art. 123 (2) CPE²¹.

Por regla general, una reivindicación deberá considerarse apoyada por la descripción a menos que excepcionalmente haya razones bien fundadas para creer que un experto de nivel medio será incapaz, sobre la base de la información dada en la solicitud tal como fue presentada, de extender las enseñanzas particulares de la descripción a la totalidad del campo reivindicado, usando los métodos de experimentación de rutina o de análisis. El soporte deberá ser sin embargo de carácter técnico; afirmaciones o declaraciones vagas, sin ningún contenido técnico no proveerán sustento a lo reivindicado.

El examinador deberá realizar una objeción de falta de sustento únicamente si tiene razones bien fundadas. Cuando se eleva una objeción, las razones deberán preferentemente estar apoyadas específicamente por un documento publicado.

En el examen de fondo, es indistinto si la objeción se realiza argumentando falta de sustento (art. 83 CPE²²) o insuficiencia en la divulgación (art. 84 CPE²³); aunque en caso de conflicto con terceras partes el único argumento válido será el de la insuficiencia en la divulgación.

Una reivindicación podrá definir ampliamente una característica en términos de su función, aún cuando se ha dado para esa característica un único ejemplo en la descripción, si el lector experto pudiese apreciar que podrían usarse para la misma función otros medios.

Además, podrá no ser suficiente que la descripción afirme meramente y en términos vagos que otros medios pueden adoptarse, si no es aclarado razonablemente cuales podrían ser o como podrían ellos utilizarse.

Cuando cierto objeto es descrito claramente en una reivindicación de la presentación original de la solicitud, pero no es mencionado en ninguna parte de la descripción, será permisible enmendar la descripción para que incluya este objeto.

Cuando la reivindicación es dependiente, será suficiente si se menciona en la descripción que la reivindicación describe una realización particular de la invención.

h. Unidad de invención

La solicitud de patente no podrá comprender más que una sola invención o un grupo de invenciones relacionadas entre sí de manera que integren un único concepto inventivo en general. Las solicitudes que no cumplan con este requisito habrán de ser divididas de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente²⁴.

Una solicitud europea debe “relacionarse a una invención únicamente o a un grupo de invenciones tan relacionadas que formen un único concepto inventivo”. (Regla 29 (2) CPE).

La segunda de estas alternativas, es decir, un grupo relacionado por un concepto único, podrá dar origen a una pluralidad de reivindicaciones independientes dentro de una misma categoría (como en los ejemplos dados en “categorías de reivindicaciones”), pero el caso más usual será el de una pluralidad de reivindicaciones independientes de categorías diferentes.

El enlace entre las invenciones requerido por el art. 82 CPE²⁵ deberá ser una relación técnica se exprese en las reivindicaciones en términos de las mismas o correspondientes características técnicas especiales. La

21. Art. 19 LPA

22. Art. 22 LPA y RLPA

23. Art. 20 LPA

24. Art. 17 LPA

25. Art. 17 LPA

expresión “características técnicas especiales” significará, en cualquier reivindicación, las características técnicas especiales o características que definen una contribución que la invención reivindicada, considerada como un todo, realiza sobre el arte previo. Una vez que las características técnicas especiales de cada invención hayan sido identificadas, se deberá determinar si hay o no una relación técnica entre las invenciones y más aún, si esta relación involucra o no estas características técnicas especiales. Por otra parte, no será necesario que las características técnicas especiales en cada invención sean las mismas. La relación requerida podrá encontrarse entre las características técnicas correspondientes.

Una pluralidad de reivindicaciones independientes de categorías diferentes podrán constituir un grupo de invenciones enlazadas de esta forma de modo de constituir un único concepto inventivo general. Se permitirá la inclusión de cualquiera de las siguientes combinaciones de reivindicaciones de categorías diferentes en la misma solicitud (Regla 30 (1) CPE):

(i) además de una reivindicación independiente para un producto dado, una reivindicación independiente para un proceso adaptado especialmente para la fabricación de dicho producto, y una reivindicación independiente para el uso de dicho producto; o

(ii) además de una reivindicación independiente para un proceso dado, una reivindicación independiente para un aparato o medios diseñados especialmente para llevar a cabo dicho proceso; o

(iii) además de una reivindicación independiente para un producto dado, una reivindicación independiente para un proceso adaptado especialmente para la fabricación de dicho producto y una reivindicación independiente para un aparato o medios diseñados especialmente para llevar a cabo dicho proceso.

Sin embargo, mientras un grupo único de reivindicaciones independientes de acuerdo con cualquiera de las combinaciones (i), (ii) o (iii) anteriores sea siempre permitido, un examinador no estará obligado a aceptar una pluralidad de dichos grupos que podrían surgir por la aplicación adicional de lo estipulado en el art. 82 y 84 CPE²⁶. La proliferación de reivindicaciones que surja de un efecto combinado de esta clase deberá ser aceptada sólo excepcionalmente.

Es esencial que un único concepto inventivo general enlace las reivindicaciones en las diferentes categorías. La presencia en cada reivindicación de expresiones tales como “adaptado especialmente” o “diseñado específicamente” no implicará necesariamente que un único concepto inventivo general está presente.

El requerimiento de que el proceso sea especialmente adaptado para la fabricación de un producto se cumplimenta si el proceso reivindicado inherentemente da por resultado el producto reivindicado. La expresión “especialmente adaptado” no implicará que el producto no pueda ser también fabricado por un proceso diferente. Tampoco implicará que un proceso similar de fabricación no pueda también ser utilizado para la fabricación de otros productos.

El requerimiento de que el aparato o medios sean específicamente diseñados para llevar a cabo el proceso, se cumplimenta si el aparato o los medios son apropiados para llevar a cabo el proceso y si hay una relación técnica tal como se definió previamente entre el aparato reivindicado o los medios y el proceso reivindicado. No será suficiente para la unidad de invención que el aparato o los medios sean solamente capaces de utilizarse para llevar a cabo el proceso. Sin embargo, la expresión “diseñado específicamente” no excluirá que el aparato o los medios puedan también ser utilizados para llevar a cabo otro proceso, o que el proceso pueda también desarrollarse en un aparato o medios alternativos.

La unidad de invención deberá considerarse que existe en el contexto de los productos intermediarios y finales donde:

- los productos intermediarios y finales tienen el mismo elemento estructural esencial, es decir que sus estructuras químicas básicas son las mismas o, sus estructuras químicas están estrecha y técnicamente relacionadas incorporando el intermediario un elemento estructural esencial dentro del producto final; y

- los productos intermediarios y los productos finales están técnicamente interrelacionados, significando esto que el producto final se fabrica directamente a partir del intermediario o se separa de él mediante un número pequeño de intermediarios conteniendo todos el mismo elemento estructural esencial.

La unidad de invención podrá también estar presente entre productos final e intermediario cuyas estructuras no son conocidas, por ejemplo, como entre un intermediario que tiene una estructura conocida y un producto final que tiene una estructura desconocida o como entre un intermediario de estructura desconocida y un producto final de estructura desconocida. En tales casos, deberá haber suficiente evidencia para conducir al examinador a concluir que los productos intermediarios y finales están estrecha y técnicamente relacionados como, por ejemplo, cuando el intermediario contiene el mismo elemento esencial como el producto final o incorpora un elemento esencial dentro del producto final.

Los distintos productos intermediarios usados en procesos diferentes para la preparación de un producto final, podrán reivindicarse siempre que tengan el mismo elemento estructural esencial. El intermediario y el producto final no deberán separarse en el proceso que conduce uno al otro, por otro intermediario que no es nuevo. Cuando sean reivindicados distintos intermediarios para partes estructurales diferentes del producto final, la unidad de invención no deberá exigirse que esté presente entre los intermediarios. Si los intermediarios y los productos finales son familias de compuestos, cada compuesto intermediario deberá corresponder a un compuesto reivindicado en la familia de los productos finales. Sin embargo, alguno de los productos finales podrá no tener compuesto correspondiente en la familia de los productos intermediarios de tal forma que las dos familias no necesitarán ser absolutamente congruentes.

El solo hecho de que, además de la capacidad de usarse para producir los productos finales, los intermediarios también exhiben otros efectos posibles o actividades, no deberá perjudicar la unidad de invención.

Las formas alternativas de una invención podrán ser reivindicadas tanto en una pluralidad de cláusulas independientes, o en una sola reivindicación. En el último caso la presencia de las dos alternativas como formas independientes podrá no ser inmediatamente evidente.

En ambos casos, sin embargo, deberá aplicarse el mismo criterio para decidir si hay unidad de invención o no, aunque luego la falta de unidad de invención podrá existir también dentro de una reivindicación única.

Cuando una reivindicación única (química o no química) defina múltiples alternativas, tal como ocurre con el llamado agrupamiento Markush ("reivindicaciones del tipo Markush"), la unidad de invención deberá considerarse presente cuando las alternativas son de naturaleza similar.

Cuando el agrupamiento Markush es para alternativas de compuestos químicos, deberán considerarse como que son de naturaleza similar cuando:

- todas las alternativas tienen una propiedad o actividad común, y;
- existe una estructura común, es decir un elemento estructural significativo es compartido por todas las alternativas, o todas las alternativas pertenecen a una clase de compuestos químicos reconocida en el arte, a la cual pertenece la invención.

Un "elemento estructural esencial está compartido por todas las alternativas" cuando los compuestos comparten una estructura química común que ocupa una parte importante de sus estructuras, o en caso de compuestos que tienen en común sólo una pequeña parte de sus estructuras, la estructura comúnmente compartida constituye una porción estructuralmente distintiva en vista del arte previo existente. El elemento estructural puede ser un componente único o una combinación de componentes individuales enlazados. Las alternativas pertenecen a una "clase reconocida de compuestos químicos", si se espera por el conocimiento en el arte que los miembros de la clase se comportaren de la misma manera en el contexto de la invención reivindicada, es decir, que cada miembro puede sustituirse uno por el otro, con la expectativa de que el mismo resultado pretendido pueda ser alcanzado. Si pudiera demostrarse que al menos una alternativa de Markush no es nueva, la unidad de invención debe ser reconsiderada.

Si el objeto de una reivindicación se caracteriza por un número de características individuales que presentan una interrelación técnica (combinación) o bien, constituyen una yuxtaposición de dichas características técnicas; ello no implicará que exista falta de unidad de invención. El examinador deberá interpretar una reivindicación de este tipo como un todo.

La falta de unidad puede ser directamente evidente a priori, es decir antes de considerar las reivindicaciones en relación con el arte previo o pueden sólo ser evidentes a posteriori, es decir, luego de tomar en consideración el arte previo, por ejemplo, un documento dentro del estado del arte como se define en el art. 54(2) EPO²⁷, muestra que hay falta de novedad o de mérito inventivo en una cláusula principal de manera tal de dejar dos o más reivindicaciones independientes sin un concepto inventivo común.

Aunque la falta de unidad puede aparecer a posteriori así como a priori, deberá recordarse que la falta de unidad de invención no es motivo de nulidad de la patente concedida en procedimientos posteriores.

Por consiguiente, aunque la objeción deberá ser ciertamente hecha e insistir en una modificación en casos claros, no deberán tomarse criterios formados sobre la base de una estrategia estrecha, literal o académica. Esto es así, particularmente cuando la posible falta de unidad de invención no necesita una búsqueda adicional. Debe haber una amplia y práctica consideración del grado de interdependencia de las alternativas presentadas, en relación con el estado del arte que fuera revelado en el informe de búsqueda.

27. Art. 4 (c) LPA

Reivindicaciones dependientes

No se justificará una objeción con respecto a la falta de unidad de invención a priori en referencia a una reivindicación dependiente y la reivindicación de la que depende, porque el concepto general que tienen en común sea la materia técnica de la reivindicación independiente, que está también contenida en la **reivindicación dependiente**.

A modo ilustrativo, la cláusula 1 reivindica una cuchilla de rotor de turbina conformada de una manera específica, mientras que la reivindicación 2 es para una “cuchilla de rotor de turbina como se reivindica en la cláusula 1 y producida con una aleación Z”. El concepto general común que enlaza las reivindicaciones dependiente e independiente es “la cuchilla de rotor de turbina conformada de una manera específica”.

Sin embargo, si la reivindicación independiente resultara no patentable, entonces la pregunta sería si existe todavía una relación entre todas las reivindicaciones dependientes de esa reivindicación, la cual necesitará ser cuidadosamente considerada (falta de unidad a posteriori). Puede ser que las “características técnicas especiales” de una reivindicación dependiente de esa reivindicación independiente no patentable no estén presentes en la misma forma en otra reivindicación dependiente de ésta.

Unidad de invención con relación a la búsqueda

En muchos y probablemente la mayoría de los casos, la falta de unidad de invención surgirá una vez efectuada la búsqueda de antecedentes. El examinador no podrá rechazar una solicitud por falta de unidad, sin requerir limitación de las reivindicaciones; pero deberá informar al solicitante que la solicitud deberá ser dividida antes de su concesión. A tales efectos, la oficina intimará al solicitante a que peticione la división en el plazo que establezca la Ley desde la notificación, bajo apercibimiento de tenerse por abandonada la solicitud²⁸.

En caso que la Oficina de Patentes detectara falta de unidad de invención, requerirá al solicitante que limite las reivindicaciones de manera tal de salvar la objeción.

También será necesario que corrija o elimine partes de la descripción. Se podrán presentar una o más solicitudes divisionales que cubran la materia técnica dividida.

3. Jurisprudencia del Board of Appeal de la Oficina de Patentes Europea

a. Reivindicaciones

El artículo 84 CPE establece los principios generales que regulan el contenido y la redacción de las reivindicaciones, determinando que las reivindicaciones deben ser claras y concisas y estar fundamentadas en la Descripción. Esto es reafirmado por la Regla 29 CPE.

En la decisión G 2/88 (OJ 1990, 93 corr. 469), se explicó que el art. 84 CPE establece que las reivindicaciones de la solicitud de patentes europea “*debe definir la materia cuya protección se busca*”²⁹.

Existen dos tipos de reivindicaciones: las reivindicaciones de una entidad física (por. Ej. Producto, aparato) y las reivindicaciones de una actividad física (por. Ej. Método, proceso, uso).

b. Interpretación de las reivindicaciones

El experto en la materia, cuando considera una reivindicación, debe desechar las interpretaciones ilógicas o que carecen de sentido técnico. Debe procurar, arribar a una interpretación de la reivindicación que sea sensata técnicamente y tenga en cuenta toda la divulgación de la patente (art. 69 CPE). La patente debe ser interpretada por una mente deseosa de comprender, no una mente deseosa de incomprender (T 190/99)³⁰.

c. Métodos Médicos

El artículo 52 (4) CPE establece que los métodos para el tratamiento del cuerpo humano o animal a través de cirugía o terapia y métodos diagnósticos practicados en el cuerpo humano o animal no se consideran invenciones susceptibles de aplicación industrial.

De acuerdo a G 5/83 (OJ 1985,64) la intención del Artículo 52(4) fue simplemente prevenir las actividades no comerciales y no industriales de ser limitadas por medio del derecho de patente. (T 245/87 OJ 1989,171).

28. (art. 17 LPA).

29. EPO. “Case Law of the Boards of Appeal of the European patent Office”. 4th Edition, 2001, Pág. 156

30. EPO. Ob. Cit. Pág 168.

En T 385/86 (OJ 1988, 308) el board estableció que el art. 52 (4) CPE, en su primer frase, representaba una excepción a la obligación general de patentar las invenciones.

Una reivindicación no es admisible si incluye por lo menos una característica que defina una actividad física o acción que constituya un método de tratamiento para el cuerpo humano por terapia (T 82/93, OJ 1996, 274)³¹.

En cuanto a los métodos terapéuticos, la primer definición del término fue dada en T 144/83 (OJ 1986, 301). De acuerdo a esta decisión, la terapia se relaciona al tratamiento de una enfermedad en general o un tratamiento curativo en sentido estricto, así como el alivio de síntomas de dolor y sufrimiento.

d. Novedad de uso

i. Uso Médico Primario

Los métodos para el tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal y los métodos de diagnóstico practicados en el cuerpo humano o animal (“métodos médicos”) no son considerados invenciones susceptibles de aplicación industrial (art. 52(4) CPE. El art. 54 (5) CPE establece que las reglas generales de la ley, relacionadas con la novedad (art. 54 (1) a (4) CPE) no excluyen la patentabilidad de ninguna sustancia o composición, comprendida en el estado de la técnica para su uso en un método referido en el art. 52 (4) CPE, en la medida que su utilización para cualquier método no esté comprendida en el estado de la técnica.

Así, además del concepto general de novedad (art. 54 (1) a (4) CPE, este artículo introduce, con relación a sustancias y compuestos utilizados en tratamientos quirúrgicos y procesos de diagnóstico llevados adelante en humanos y animales, un concepto especial de novedad desconocido en otros campos técnicos (T 128/82 OJ 1984, 164)³².

Para el uso médico primario de una sustancia conocida, el artículo 54 (5) CPE otorga una forma de reivindicación particular(reivindicación de producto relacionada a su propósito). En G 5/83 (OJ 1985,64) el Enlarged Board señaló que el inventor de una “indicación médica primaria” podía obtener protección de un producto con propósito limitado para una sustancia o composición, sin deber restringirse a la sustancia o composición en una forma técnicamente adaptada a un uso terapéutico específico.

ii. Uso Médico Secundario

En el área de invenciones médicas o veterinarias, el tipo normal de reivindicaciones de uso está prohibido por el artículo 52(4) CPE, pero el artículo 54(5) CPE expresamente establece una excepción a las reglas generales sobre novedad respecto al uso médico primario de una sustancia o composición, admitiendo la reivindicación de sustancias o composiciones para tal uso.

El Enlarged Board consideró que no había intención de excluir indicaciones médicas secundarias que podían ser deducidas del principio para admitir reivindicaciones en los términos del CPE³³.

B) Reino Unido

1. Introducción

Las Directrices para el Examen de Solicitudes de Patentes relacionadas a Invenciones Médicas en la Oficina de Patentes del Reino Unido (Marzo 2004), se caracterizan por agruparse en diferentes categorías, de acuerdo al tipo de invención que se pretenda proteger.

De esta forma, realizaremos el análisis de las reivindicaciones de uso médico primario, su alcance y contenido dentro del sistema de patentes del Reino Unido. Asimismo, analizaremos las directrices relativas al uso médico secundario, también denominadas Swiss-type, que constituyen un cambio en cuanto a la aceptación del contenido de las reivindicaciones y los objetos reivindicados. Por último, analizaremos las reivindicaciones de composiciones farmacéuticas y sus particularidades de acuerdo a la Oficina de Patentes mencionada.

31. EPO. Ob. Cit. Pág. 17.

32. EPO. Ob. Cit. Pág. 85-

33. EPO. Ob. Cit. Pág. 88.

2. Uso Médico Primario - Sección 2(6)

La Sección 4 (2), que prohíbe la reivindicación de métodos de tratamiento médico. Para aliviar los efectos de tal prohibición, el Acta 1977 incluye la Sección 2 (6), la cual establece:

“En caso de una invención consistente en una sustancia o composición para ser utilizada en un tratamiento médico para humanos o animales, mediante cirugía o terapia, o por diagnóstico, practicado en el cuerpo humano o animal, el hecho de que la fórmula de la sustancia o composición parta del estado de la técnica no debe impedir la consideración de la invención como nueva, si el uso de la sustancia o composición en cualquiera de dichos métodos no forma parte del estado de la técnica”. Sección 2 (6) del Acta de Patentes 1977

De acuerdo a esta sección, y al artículo 54 (5) del CPE equivalente, una sustancia o composición que ya es considerada novedosa “para ser utilizada” en un método o tratamiento prohibido por la Sección 4 (2), puede ser reivindicada, a menos que la sustancia o composición no haya sido conocida para ser utilizada en tal método con anterioridad. Esto significa una excepción a la regla general de anticipación que establece que una vez que una sustancia o composición sea conocida por cualquier propósito, no puede ser patentada nuevamente para otro propósito, porque es antigua.

La Sección 2 (6) protege el uso médico primario únicamente. Incluso si la reivindicación define una sustancia “para uso en” el tratamiento de una enfermedad específica, la reivindicación no será novedosa si esa sustancia ha sido utilizada en el tratamiento de cualquier otra enfermedad previamente.

Las reivindicaciones de uso médico primario normalmente se utilizan en casos en que la sustancia sea conocida. Sin embargo, las reivindicaciones de uso médico primario y secundario son aceptables para nuevos compuestos, por ejemplo, como una novedad en el caso de una divulgación previa del compuesto que haya sido conocido después del otorgamiento de la patente.

a. Uso médico Primario – Forma de las reivindicaciones

La forma apropiada de las reivindicaciones que han sido admitidas como uso médico primario de un compuesto conocido son:

- i) (sustancia X) para uso en el tratamiento de (enfermedad Y)
- ii) (Sustancia X) para uso como un (agente de tratamiento Y)
- iii) Como un (agente de tratamiento Y), la (sustancia X)
- iv) (Sustancia X) para uso en terapia

La forma amplia de reivindicaciones de uso médico primario (iv) fue considerada por el Board of Appeal de la EPO en T 128/82 (55). Se decidió que las reivindicaciones que no establecían el propósito terapéutico específico eran admisibles si la sustancia en cuestión no hubiese sido utilizada en terapia, incluso si solo la Descripción no hubiese sido utilizada en terapia y divulgaba únicamente un uso terapéutico único. Se argumentó que, como el inventor de un nuevo compuesto químico, posee posesión absoluta para todos los usos del compuesto, un inventor que realiza un compuesto conocido por primera vez disponible para terapia, debería poder ser protegido en toda el área de terapia.

b. Búsqueda de la Novedad y la Actividad Inventiva de las reivindicaciones de Uso Médico Primario

Todas las reivindicaciones de uso médico primario de un compuesto se tratan de forma idéntica cuando se evalúa la novedad. Cualquier uso previo del compuesto en cuestión en un método de tratamiento del cuerpo humano o animal, mediante cirugía o terapia o por diagnóstico realizado en el cuerpo humano o animal anticipará la reivindicación. Esto es así, sin importar si la reivindicación es “X para uso en el tratamiento de Y”, o la forma más general “X para uso en terapia”.

Sin embargo, estas formas de reivindicaciones tienen un ámbito de protección diferente, lo cual hace una diferencia al evaluar la actividad inventiva – esto fue discutido por la Board of Appeal en T 128/82 (55). A modo ilustrativo, se debe considerar un ejemplo hipotético en el cual la sustancia X es un compuesto conocido que no ha sido utilizado previamente en terapia, pero es muy similar a un agente terapéutico conocido para enfermedades cardíacas.

Una reivindicación de una “Sustancia X para uso en terapia” puede no ser considerada inventiva. Por otra parte, una reivindicación de una “Sustancia X para uso en el tratamiento del cáncer” es más probable que sea considerada inventiva. Sin embargo, si la sustancia X hubiese sido usada en el estado de la técnica para el tratamiento de enfermedades cardíacas, entonces ambas formas de reivindicación serían anticipadas, y una reivindicación de uso médico secundario (por ejemplo, para uso contra el cáncer) sería la única forma

de reivindicación aceptable. En consecuencia, cuando se busca una reivindicación principal de tipo “para uso”, que se relaciona con un tipo específico de terapia, cualquier uso médico previo puede ser citado como falta de novedad, con la explicación de que el solicitante no ha descubierto el uso médico primario tal como lo requiere la Sección 2 (6).

Sin embargo, la búsqueda debería estar enfocada hacia el uso especificado en la reivindicación, como enmienda de la reivindicación para el formato de uso médico secundario, en caso de que se encuentre cualquier uso médico previo.

Para proporcionar evidencia de uso previo de una sustancia o composición en terapia, se debe encontrar la divulgación real del uso terapéutico. No es suficiente divulgar experimentos que demuestran una actividad que haría apropiada la sustancia o composición para uso en terapia, o divulga pruebas *in Vitro* para tal uso. Tales divulgaciones de experimentos y pruebas pueden ser utilizados como base para un ataque a la obviedad de acuerdo a la Sección 3. Además, una afirmación general de uso médico de una amplia categoría de sustancias químicas no anticipa necesariamente el uso primario de una reivindicación de uso médico primario para un compuesto específico, dentro de la categoría.

Un documento que establece que la sustancia se utiliza en terapia sin describir la información clínica puede invocarse como novedad. El solicitante deberá entonces probar que tal afirmación es una divulgación habilitante.

La Sección no requiere que la sustancia o composición desarrolle una actividad en terapia; es suficiente que sea para uso en terapia. Así, una reivindicación de sustancia para uso como transportadora de material para el tratamiento con una sustancia terapéutica en particular, podrá, si la sustancia no era conocida para uso en cirugía, terapia y diagnóstico, ser aprobada bajo la Sección 2 (6). En cambio una reivindicación de una sustancia conocida para uso en un método de terapia particular, aunque basada en el descubrimiento de que la sustancia tuviera actividad terapéutica, no podría ser sustentada si fuera demostrado que la sustancia hubiera sido utilizada previamente como transportadora de material en un método terapéutico.

Una sustancia o composición conocida por ser utilizada en terapia, por ejemplo, no puede ser patentada para uso en cirugía o diagnóstico bajo la Sección 2 (6). Asimismo, una sustancia o composición conocida por ser utilizada en cirugía, terapia o diagnóstico de humanos, no puede ser protegida por la Sección para uso en el tratamiento animal y viceversa.

c. Pluralidad

Únicamente el uso médico primario de una sustancia o composición conocida puede ser protegida bajo la Sección 2 (6) contra el argumento de ausencia de novedad, pero varios usos quirúrgicos, terapéuticos o diagnósticos pueden ser reivindicados independientemente en la solicitud sin poderse esgrimir la objeción de pluralidad de invenciones.

d. Solicitudes con reivindicaciones de uso médico primario y reivindicaciones no médicas

Es un principio general que una sustancia o composición no puede ser protegida por la Sección 2 (6) a menos que el método para cual se utilizará sea prohibido en la Sección 4 (2) (artículos 54 y 52 del CPE). Ambas secciones van conjuntamente, y si la sustancia o composición es conocida por sí misma (pero no es conocida por su uso es cirugía, terapia o diagnóstico) y el método no encuadra en la Sección 4 (2), entonces una reivindicación de la sustancia o composición para uso en el método se protege por la Sección 2 (6) contra la falta de novedad. Los significados de “cirugía”, “terapia” y “diagnostico” en la Sección 2 (6), para decidir si en un caso particular una sustancia o composición puede ser protegida por la Sección, y por lo tanto el mismo significado que el utilizado en la Sección 4 (2).

Dado que un cosmético no quirúrgico para el tratamiento del cuerpo humano no se considera terapéutico, una sustancia o composición para uso en un método cosmético no puede ser protegido por la Sección 2 (6). Sin embargo, una solicitud puede incluir ambas reivindicaciones para el uso médico primario de un compuesto para propósitos terapéuticos, y reivindicaciones de métodos cosmetológicos usando el compuesto (como en T 36/83 (16)). Además, las composiciones o sustancias conocidas no pueden poseer novedad bajo la Sección 2 (6) en una reivindicación denominada de uso médico primario, donde no hay divulgación de efectos profilácticos o terapéuticos logrados, por ejemplo mantener una dieta sana.

e. Terapias combinadas

Una reivindicación de uso médico primario puede ser realizada para el uso de dos agentes diferentes (ambos conocidos en el estado de la técnica para uso terapéutico por separado) para uso simultáneo, separado o secuencial en una terapia particular, si no ha habido divulgación del uso de ambos agentes juntos en terapia.

“La Board también toma en consideración que los productos combinados pretendidos bajo el artículo 54 (5) CPE para métodos terapéuticos, quirúrgicos o de diagnóstico, también incluyen composiciones en las cuales los componentes se presentan juntos y por lo tanto pueden ser aplicados simultáneamente, separadamente o en intervalos al cuerpo humano o animal”.

f. Uso médico primario y los aparatos

La Sección 2 (6) se restringe a sustancias y composiciones; los aparatos no pueden ser protegidos.

g. Apoyo para las reivindicaciones de uso médico primario

Una reivindicación de uso médico primario para una sustancia o composición conocida debería tener apoyo en evidencia en cuanto a su probable eficacia en terapia, cirugía o diagnóstico. En ausencia de tal evidencia, la reivindicación es meramente especulativa. Este es un nuevo requisito para las reivindicaciones de uso médico, el cual sigue la lógica de la decisión de la Corte de Patentes en *Prendergast's Applications* (58). Este caso, y otras audiencias anteriores, se relacionó al apoyo de las reivindicaciones de uso médico primario. Se sostuvo que, debido a que las reivindicaciones solo se distinguen del estado de la técnica por su uso, este uso debe estar apoyado en evidencia.

El mismo razonamiento se aplica a reivindicaciones de uso médico primario de un compuesto conocido – la característica novedosa de dichas reivindicaciones es el uso pretendido por lo que debe haber apoyo para ello. La forma de evidencia no es crítica; la solicitud puede proveer información *in vivo* o *in Vitro*, y la información puede ser suficiente si es considerada para proveer una base de apoyo creíble.

La evidencia en el apoyo del uso médico debe ser incluida en la solicitud cuando es presentada, y no puede surgir de resultados subsiguientes. Se debe hacer una advertencia en la etapa de búsqueda si las reivindicaciones principales se relacionan a uso médico primario (o secundario), y no se provee información.

Cuando la sustancia o composición es conocida, y la invención tal cual es definida en la reivindicación principal se relaciona al uso médico, se debe realizar una observación sobre la base de la Sección 14 (5) (c) si no se provee evidencia.

Si en cambio, la reivindicación de uso médico primario se incluye como reivindicación subsidiaria, de una reivindicación de sustancia o composición en sí misma, entonces – como regla general – si hay apoyo para la reivindicación, no se necesita mayor consideración de apoyo para la reivindicación de uso médico, por una cuestión de practicidad. Por supuesto que se debe prestar atención a cualquier reivindicación presentada después de la solicitud para corroborar que esté sustentada en la Descripción.

3. Reivindicaciones de uso médico secundario

a. Reivindicaciones “Swiss- type”

Se puede proteger el uso médico secundario de una sustancia para la manufactura de un medicamento para un uso médico específico. Si el uso del compuesto para el propósito médico específico es nuevo, dicha reivindicación se considera novedosa incluso si la misma sustancia había sido utilizada previamente en medicina para un propósito diferente con anterioridad. Este tipo de reivindicación es conocido como reivindicación “Swiss-type”, ya que fueron aceptadas por primera vez por la Oficina de Patentes de Suiza. La protección del uso médico secundario por reivindicaciones “Swiss-type” fue admitida por el Enlarged Board of Appeal en G 05/83, y esto fue continuado por la Corte de Patentes en *John Wyeth's and Schering Applications*.

“...es legítimo en principio admitir reivindicaciones dirigidas al uso de una sustancia o composición para la manufactura de un medicamento para una nueva e inventiva aplicación terapéutica específica, incluso en caso en que el proceso de manufactura no difiera de procesos conocidos utilizando el mismo ingrediente activo”. G05/83 EISAI/Second Medical Use OJEPO 1985, 64.

b. Uso Médico Secundario – forma de las reivindicaciones

Se han admitido las siguientes formas de reivindicaciones de uso secundario:

i) “El uso de (sustancia X) en la manufactura de un medicamento para el tratamiento terapéutico y/o profiláctico de (condición médica Y)”. Esta es la forma usual de las reivindicaciones Swiss-type.

ii) “El uso de (sustancia X) en la preparación de (un anti-agente Y) en una droga pronta para consumir para el tratamiento o prevención (condición médica Y)”. La expresión “droga pronta para consumir” pretende significar “tal cual es presentada para la venta”; por ejemplo, empaquetada, tal cual se explica en las Decisiones del Hearing Officer’s en *John Wyeth’s Application*, a su vez citada en *John Wyeth’s and Schering’s Applications*.

iii) “El uso de (sustancia X) en la manufactura de (un anti-agente Y) en un paquete junto con instrucciones para su uso en el tratamiento de (la condición médica Y)”.

Por otra parte, los siguientes tipos de reivindicaciones no se aceptan como reivindicaciones de uso médico secundario:

i) “Sustancia X para uso en el tratamiento de condición médica Y”. Esta es una reivindicación de uso médico primario de la sustancia X.

ii) “El uso de sustancia X en el tratamiento de enfermedad Y”. Este es una reivindicación de método no patentable.

iii) “Paquete comercial que contiene compuesto X como agente farmacéutico activo junto con instrucciones... para el tratamiento de condición Y”. Si el uso farmacéutico de X ya es conocido, la reivindicación únicamente se distingue del estado de la técnica por el contenido de las instrucciones, y esto representa una mera presentación de información y de esta forma, una invención no patentable bajo la Sección 1 (2) (d).

iv) “Un proceso para la manufactura de un medicamento para uso en el tratamiento de condición médica Y, caracterizada por el uso de la sustancia X”.

Esta interpretación de las reivindicaciones (i) a (iii) fue establecida por la corte de patentes en *John Wyeth’s and Schering’s Applications* y sigue siendo una práctica corriente. La reivindicación (iv) se denomina “method claim” pero no define ninguno de los pasos del método. Esta forma de reivindicación puede ser objetada por la Sección 14 (5) (a), ya que no define la invención en forma adecuada (aunque este tipo de reivindicación ha sido aceptado por la EPO).

c. Uso médico secundario y la Sección 4 (2)

Las reivindicaciones Swiss-type de sustancias o composiciones sólo pueden obtener novedad de su uso pretendido, si el mismo es un uso médico excluido de la Sección 4 (2).

Las reivindicaciones Swiss-type no son admisibles para el nuevo uso de una sustancia conocida, por ejemplo, en métodos médicos no quirúrgicos. Sin embargo, una solicitud puede incluir reivindicaciones de uso médico secundario de un compuesto para propósitos terapéuticos, y reivindicaciones de otros métodos patentables usando el compuesto, en la medida que los métodos terapéuticos y no terapéuticos sean distinguibles.

Aunque el Enlarged Board of Appeal se refiere únicamente a métodos “terapéuticos” en su decisión en G 05/83, las reivindicaciones Swiss-type solo pueden ser utilizadas para proteger el uso de una sustancia o composición conocida, en cualquier método que entre en la exclusión de la Sección 4 (2).

Por ejemplo, en T 655/92, una reivindicación Swiss-type fue permitida por el uso de un compuesto, previamente utilizada para tratamiento terapéutico, como un reagente en un método de diagnóstico realizado directamente en el cuerpo humano.

Las reivindicaciones Swiss type son aceptables ya sea que la sustancia sea o no conocida o haya sido utilizada en terapia previamente. No hay requisito para la evidencia en lo que tiene que ver el uso médico previo incluido en la Descripción.

Si una solicitud incluye un método no patentable en el tratamiento de las reivindicaciones, como “El uso de X para tratar Y”, la enmienda de estas reivindicaciones para convertirlas en reivindicaciones Swiss-type no constituye materia adicional.

d. Determinación de la novedad y la actividad inventiva de las reivindicaciones de uso médico secundario.

Para demostrar el uso previo de un agente en la aplicación terapéutica específica, debe haber una real divulgación del uso terapéutico. Un documento que simplemente divulga experimentos que muestran una actividad sugiriendo un uso específico, o divulgando exámenes in Vitro para tal uso, no anticiparía una

reivindicación Swiss-type para el uso médico específico. Sin embargo, la información experimental que muestra que un animal con la enfermedad en cuestión ha sido tratado exitosamente con el agente específico constituiría anticipación.

Este es un abordaje diferente al de la EPO, dado que en T 241/95 fue establecido que “*un efecto farmacológico o cualquier otro efecto como el efecto de comportamiento observado en modelos in Vitro o animales, es aceptado como evidencia suficiente de una aplicación terapéutica si para el experto en la materia este efecto observado refleja directamente la aplicación terapéutica*”. Sin embargo, cualquier documento que “directamente refleje la aplicación terapéutica” sería una cita de actividad inventiva muy fuerte.

Un documento que establece que la sustancia se usa para tratar la enfermedad específica sin describir la información clínica, puede ser citado como novedoso – tales afirmaciones son comunes en documentos de patentes. Entonces estaría abierto al solicitante desafiar si tal afirmación constituye una divulgación habilitante. Debe resaltarse que la divulgación de un agente que está siendo evaluado en juicios clínicos para una enfermedad (especialmente en etapas tempranas) no constituye necesariamente evidencia del uso terapéutico.

Si el compuesto en cuestión ha sido usado en el tratamiento de la enfermedad específica, esto anticipará la reivindicación incluso si el tratamiento no fue efectivo para todos los pacientes, o solo mínimamente efectivo. La eficacia del tratamiento no es relevante, pero debe generar más que un efecto placebo. Una reivindicación de uso médico secundario es anticipada por el uso anterior del compuesto para tratar la enfermedad en cuestión, incluso si el único uso previo fue en asociación con otro compuesto.

Cuando no hay divulgación previa del uso del agente para tratar la enfermedad específica, la reivindicación en cuestión es claramente novedosa. Si el agente ha sido utilizado para tratar la enfermedad relacionada, la actividad inventiva de la reivindicación puede ser cuestionada. Esto debería ser tratado caso a caso, pero se puede proporcionar ciertas guías derivadas de la decisión del Board of Appeal de la EPO en T 913/94.

La primera pregunta a realizarse es si las enfermedades tienen un origen, causa o factor común. En este caso, esto no significa automáticamente que las reivindicaciones carezcan de actividad inventiva. Sin embargo, si los síntomas de la enfermedad ya tratada en el estado de la técnica son compartidos con, y son más serios que la reivindicada, esto sugiere que el agente sea efectivo en el último caso también.

e. Reivindicaciones de uso médico secundario – el nuevo uso

i. Tratamiento de una nueva enfermedad

Las decisiones del Enlarged Board of Appeal de la EPO en G 05/83 y la Corte de Patentes en *John Wyeth's and Schering's Applications* establecieron que el uso de una sustancia para una “nueva e inventiva aplicación terapéutica” puede ser protegida por una reivindicación Swiss-type. Normalmente, las reivindicaciones Swiss-type se utilizan para proteger el uso de una sustancia o composición en el tratamiento de una enfermedad específica, que había sido utilizada previamente para el tratamiento de una enfermedad diferente. En la medida que el uso de la sustancia en el tratamiento de la enfermedad específica no sea conocido, tales reivindicaciones se consideran novedosas.

ii. Nuevo método, tiempo, frecuencia o administración de la dosis

Las reivindicaciones Swiss-type, que pretenden distinguir el nuevo uso del estado de la técnica por la forma en que se utiliza el medicamento, no son aceptables, ya que las mismas efectivamente definen un nuevo método de tratamiento. Tales reivindicaciones por lo tanto, no son patentables, según la Sección 4 (2) del Acta. Una reivindicación que define el uso en términos de la forma de administración, la cantidad, frecuencia o tiempo de la dosis, se considera ser un intento de monopolizar un nuevo método de tratamiento, disfrazado en el formato Swiss. Esto viene de la decisión de la Court of Appeal en el caso *Taxol (Bristol-Myers Squibb v Baker Norton Pharmaceuticals)*.

La reivindicación en cuestión en este caso rezaba:

“El uso de taxol y medicamentos suficientes para prevenir reacciones anafilácticas severas, para la manufactura de una medicación para aplicación simultánea, separada o secuencial para la administración de 135 mg/m² hasta 175 mg/m² de taxol, por un período de alrededor de tres horas o menos como forma de tratamiento de cáncer y simultáneamente reducir la neutropenia”.

La Court of Appeal sostuvo que esta reivindicación definía una mejora en el método de administración y el tratamiento existente; no definía un propósito terapéutico nuevo e inventivo (el Taxol se conocía para tratar el cáncer). En particular, se destacó que todos los pasos reivindicados se dirigían a acciones asumidas por el médico, adaptadas al paciente individual, en vez de ser dirigidas al fabricante.

“La reivindicación es un intento infructuoso de monopolizar un nuevo método de tratamiento dibujándole en las líneas de una reivindicación Swiss-type. Cuando es analizada, se dirige paso a paso al tratamiento. La medicación previa es elegida por el médico, y administrada antes del taxol de acuerdo a las directivas del médico. La cantidad de taxol es seleccionada por el médico, así como el tiempo de administración. El medicamento real que se dice es apropiado para el tratamiento se produce en un paciente bajo supervisión del equipo médico. No es parte de la elaboración”. Aldous LJ, *Bristol-Myers Squibb v. Baker Norton Pharmaceuticals*.

Por lo tanto, si el “Nuevo uso médico” en una reivindicación se relaciona a la manera en que el doctor realiza el tratamiento, debe realizarse la objeción de que la reivindicación define el método de tratamiento, bajo la Sección 4 (2). Por ejemplo, una reivindicación que incluye una dosis específica del peso o tamaño del paciente (como en el caso Taxol) no es admisible.

Cualquier reivindicación en que el medicamento simplemente es sintetizado dentro del cuerpo del paciente también define una forma de tratamiento. Esto es consistente con la decisión del Board of Appeal de la EPO T56/97, donde una reivindicación Swiss-type fue hecha para el uso de un tiazide diurético para la manufactura de una composición, comprendiendo una cantidad de tiazide diurético “en un rango de 7-25% por el peso de la dosis efectiva predeterminada”. La Board notó que la pre determinación de la “dosis efectiva del diurético”, y la determinación de la dosis para alcanzar el resultado deseado, requería el ejercicio de las habilidades profesionales de un practicante médico, y de esta forma la reivindicación no era más que un intento de proteger un método de tratamiento enmarcándolo en el formato suizo.

Además, la Court of Appeal en Taxol concluyó que el uso médico secundario debe pretender un resultado diferente del estado de la técnica, en vez de nada simplemente un método diferente para obtener el resultado.

“La novedad no puede estar en el método de uso, sino en el nuevo propósito terapéutico para el cual se realiza la sustancia”. Buxton LJ, *Bristol-Myers Squibb v Baker Norton Pharmaceuticals*.

Mientras esto es compatible con las reivindicaciones Swiss-type para tratar una enfermedad diferente, no es compatible con reivindicaciones que son distinguidas del estado de la técnica por el modo de administración o la cantidad, tiempo, o frecuencia de la dosis. Esta conclusión fue sostenida por la Corte de Patentes y la Corte de Apelaciones en *Merck's patents*. En este caso, una reivindicación Swiss-type basada en un régimen de nueva dosis (una sola administración semanal de 70 mg de alendronate por oposición a la administración diaria de 10 mg) fue rechazada bajo la Sección 4 (2).

La EPO en general ha tenido una visión más liberal de lo que constituye un “nuevo uso terapéutico”. Se han aceptado reivindicaciones en las cuales el régimen de prescripción del tratamiento era especificado y donde la característica distintiva era la forma de administración. Sin embargo, en vista de la decisión de la Court of Appeal en el caso Taxol, dichas reivindicaciones no pueden ser aceptadas en una solicitud de patentes en el Reino Unido.

iii. Nuevo Grupo de Pacientes

Una reivindicación Swiss-type, en circunstancias muy limitadas, puede conferir novedad y actividad inventiva solamente de acuerdo al paciente a ser tratado, a pesar de que el agente activo y la enfermedad tratada ya hayan sido asociados en el estado de la técnica. Este tipo de reivindicación fue considerado por primera vez en T 19/86. Se sostuvo que el uso de una vacuna conocida para prevenir una enfermedad conocida constituía un uso médico secundario, que podía ser protegido por una reivindicación Swiss-type cuando el tipo de animal tratado (cerdos sero positivos) era diferente del tratado previamente en el estado de la técnica (cerdos sero negativos). A su vez, en T 893/90, el uso de una composición para tratar el sangrado en humanos no hemofílicos no fue anticipado por su uso en el tratamiento de sangrado en pacientes hemofílicos.

Sin embargo, este debe ser considerado a la luz de la decisión en el caso Taxol, en cuanto a que el uso médico secundario debe relacionarse aun propósito médico diferente. En este caso, *Holman LJ* había observado que el razonamiento para admitir las reivindicaciones “Swiss-type” era dar protección a las invenciones basadas en el descubrimiento de “propiedades ventajosas previamente no reconocidas” en un compuesto químico. Por lo tanto, una reivindicación “Swiss-type” basada en un nuevo grupo de pacientes solo puede ser patentable si está basada en tales “propiedades ventajosas previamente no reconocidas”.

Esto es consistente con la decisión del Technical Board of Appeal en T 233/96, que estableció varias condiciones para este tipo de reivindicaciones de uso médico secundario. En primer término, el nuevo grupo de pacientes debe ser claramente diferente de los sujetos tratados en el estado de la técnica, y ambos grupos no deben superponerse. En segundo término, la distinción no debe ser arbitraria, sino basada en la relación funcional entre las características fisiológicas o patológicas de un nuevo grupo y el efecto terapéutico. En

otras palabras, el descubrimiento de una nueva propiedad ventajosa permite que el tratamiento sea utilizado para un grupo diferente de pacientes, vía un mecanismo fisiológico diferente.

iv. Nuevo mecanismo o efecto técnico

Las reivindicaciones Swiss-type que se relacionan al mismo uso terapéutico que el estado de la técnica, pero reivindican un efecto técnico diferente o mecanismo e acción, deberían ser rechazadas por carecer de novedad; es irrelevante cómo funcione un tratamiento. También se puede objetar en base a que la reivindicación define un descubrimiento.

Este asunto fue considerado por la Corte de Patentes en el caso *Taxol (Bristol-Myers Squibb v. Baker Norton Pharmaceuticals)*. Se sostuvo que una nueva información sobre el funcionamiento de un tratamiento no constituía una invención si no llevaba a su nuevo uso. Esto fue mantenido por la Court of Appeal. Ello contrasta con la decisión T 290/86 que una reivindicación de uso médico secundario puede contener novedad en un nuevo efecto técnico, incluso cuando la enfermedad a ser tratada y el agente sean los mismos.

La Corte de Patentes en *Taxol* consideró el precedente de T 290/86 y específicamente rechazó este fundamento. Las reivindicaciones Swiss-type basadas únicamente en un nuevo efecto técnico en el tratamiento de la misma enfermedad no deberían ser admitidas. Esto representa un cambio en la práctica de la 5ta Edición del Manual de Práctica de Patentes, párrafo 2.53.

En otra decisión, el Technical Board of Appeal de la EPO sostuvo que un nuevo efecto técnico sólo podía considerarse que otorgaba novedad a una reivindicación si resultaba en un nuevo uso. Si la sustancia ha sido utilizada con el mismo propósito en el mismo modo anteriormente, entonces el “efecto técnico” reivindicado se relaciona con una explicación del mecanismo detrás del tratamiento.

“El Board considera que la mera explicación de un efecto obtenido al utilizar un compuesto en una composición conocida... no puede conferir novedad a un proceso conocido si el experto ya estaba al tanto de la ocurrencia del efecto deseado al aplicar el proceso conocido”.

T 254/93 Ortho Pharmaceutical/ Prevención de atrofia de Piel OJEPO 1998, 285

v. Nueva ventaja de un uso conocido

El descubrimiento de una ventaja inesperada en un tratamiento no constituye un nuevo uso terapéutico, aunque puede ser la base para tal uso. En el caso *Taxol*, la reivindicación se basaba parcialmente en el descubrimiento inesperado de que un tiempo de infusión más corto de un agente químico terapéutico derivaba en minimizar la reducción dolorosa en los glóbulos blancos (neutropenia). Sin embargo, la infusión más corta ya había sido divulgada – esto era simplemente más información sobre un tratamiento conocido.

“... hay una gran diferencia entre nueva información que una propuesta anterior pensaba que no funcionaba y nueva información sobre el efecto de una propuesta anterior que tiene una ventaja adicional”.

Jacob J, *Bristol-Myers Squibb v. Baker Norton Pharmaceuticals* (1999) RPC 253.

Una mejora en un tratamiento existente tampoco es una nueva aplicación terapéutica.

vi. Definición del nuevo uso médico

Las reivindicaciones Swiss-type solo pueden ser utilizadas para proteger el uso de una sustancia para una nueva y específica aplicación terapéutica. Las reivindicaciones de otros usos médicos de una composición o sustancia conocida deben, por lo tanto, especificar las enfermedades a ser tratadas.

Las reivindicaciones en que las condiciones sólo se especifican en términos mecánicos deberían ser objetadas por ser especulativas y carecer de claridad. El Board of Appeal de la EPO en T 241/95 rechazó reivindicaciones Swiss-type por el uso de un compuesto en el tratamiento de “una enfermedad que puede ser mejorada o prevenida por la ocupación selectiva del receptor 5-HT_{1c}”.

“La ocupación selectiva de un receptor, a pesar de poseer un efecto farmacológico indisputable, no puede ser considerada una aplicación terapéutica en sí misma. El descubrimiento en que se basa una invención, incluso si representa una parte importante del conocimiento científico, necesita encontrar una aplicación práctica, en la forma de un tratamiento real, definido, de cualquier enfermedad patológica para realizar una contribución técnica al arte y ser considerada una invención elegible para la protección de la patente”.

T 241/95 ELI LILLI/ Receptor de Serotonina OJEPO 2001,103

vii. Reivindicaciones de uso médico secundario – sustancia o composición

a. Evaluación de la novedad y actividad inventiva

El ámbito de protección de la sustancia en una reivindicación de uso médico secundario, fue considerado por la Court of Appeal en *American Home Products v. Novartis*, en cuanto a reivindicaciones Swiss-type para el

uso de un antibiótico conocido (rapamicina) para inhibir el rechazo en el trasplante de órganos o tejidos. La Court of Appeal sostuvo que la reivindicación no cubría derivados de rapamicin . de esta forma, encontró que la reivindicación no era infringida por el uso de un derivado de rapamicin como immunosppressant.

La cita del estado de la técnica demostrando el uso de una sustancia producida por una reacción química del compuesto en cuestión no anticipa las reivindicaciones Swiss-type. La Court of Appeal en *Monsanto v. Merck* consideró si una reivindicación del “uso de un compuesto X en la manufactura de un medicamento para el tratamiento de una enfermedad Y”, acompañaba el uso del medicamento. Se sostuvo que al menos se podía argumentar que podría, aunque no llegó a una conclusión final en cuanto al caso.

Sin embargo, la Court of Appeal en *American Home Products v. Novartis* decidió que si este era el caso, requeriría una amplia construcción del término “medicamento” en a reivindicación (es decir, refiriéndose a un medicamento no restringido a un comprendiendo el compuesto X), y esto haría la reivindicación desesperadamente amplia. La presencia del compuesto en cuestión como impureza en un medicamento, tampoco entra en el ámbito de aplicación de una reivindicación Swiss-type.

b. Evaluación del soporte cuando la sustancia se define por estructura química o clase.

Las reivindicaciones Swiss-type por lo general se redactan de forma de cubrir derivados de un compuesto, o compuestos que comprenden una estructura particular, lo cual incluye derivados por definición.

Este tipo de reivindicaciones deben ser cuidadosamente consideradas para determinar si el soporte de una reivindicación que se extiende más allá de las características ejemplificadas, particularmente cuando solo hay una característica. La Court of Appeal en *American Home Products v. Novartis* concluyó que si la reivindicación en cuestión había sido creada para cubrir derivados para presumiblemente, nombrados para cubrir derivados, la patente habría sido insuficiente porque no hubo divulgación en la descripción que permita al experto en la materia decidir cual de los varios derivados posibles habrían funcionado. Aunque había una fuerte posibilidad que un gran número de derivados funcionaría de la misma forma que el rapamicin, era imposible determinar cuál, a menos que un experto en la, materia se hiciera cargo de la investigación.

Sin embargo, si la descripción divulga un principio general con aplicación general, una reivindicación en términos generales en correspondencia puede ser admisible. Es necesario demostrar la prueba de su aplicación en cada instancia individual posible que podría entra en el ámbito de protección de la reivindicación.

“De esta forma, el solicitante encontró un nuevo producto que tiene un efecto beneficiario, pero no puede demostrar que hay un principio común por el cual tal efecto será compartido por otros productos en esa clase; se le concederá una patente por el producto, pero no por la clase, aunque algunos pueden convertirse en el mismo efecto beneficiario...Por otra parte, si ha divulgado una propiedad beneficiosa que e común a la clase, le será concedida una patente para todos los productos de esa clase (considerándolos nuevos) aunque no haya hecho más de uno o dos de ellos”.

Aldous LJ, *America Hoe Products v. Novartis* /2001 RPC 8

c. Búsqueda y examen de las reivindicaciones cuando la sustancia se define por la actividad funcional

En general las reivindicaciones se efectúan para el uso médico secundario de un grupo de compuestos definidos funcionalmente; por ejemplo, los antagonismos de un receptor particular. Este tipo de reivindicación se utilizó en *Pfizer’s Patent*, la cual incluía reivindicaciones de uso médico secundario de inhibidores de fosofosiesterase. Tales reivindicaciones no son inherentemente objetables, y en este caso no había sugerencia de que esta forma de reivindicación no fuera amplia y especulativa. Sin embargo, al igual que las reivindicaciones de clases de compuestos químicos, el soporte para tales reivindicaciones debe ser considerado. Es claro que el sol hecho de que varios compuestos de clase funcional puedan ser utilizados en el tratamiento de una enfermedad no significa que todos los compuestos lo harán, especialmente si no hay evidencia de que el tratamiento se relacione a la actividad específica. En *Pfizer’s Patent* se estableció que una reivindicación de, por ejemplo, “el uso de un inhibidor de A en la manufactura de un medicamento para el tratamiento de la enfermedad X”, se anticipa por cualquier divulgación de uso en el tratamiento de la enfermedad X de un compuesto que inhibe A, sin importar si el tratamiento fue explícitamente establecido como causado por la inhibición de A.

viii. *Pluralidad*

Cuando se sabe que la sustancia tiene un uso médico, las reivindicaciones de uso médico secundario dirigidas a una variedad de enfermedades diferentes puede dar lugar a pluralidad de objeciones, las cuales pueden ser evitadas si las enfermedades relacionan, o si hay un mecanismo común relacionando los tratamientos.

ix. *Uso médico secundario y aparatos*

Las reivindicaciones Swiss-type, solo pueden ser utilizadas con relación a sustancias o composiciones. Las reivindicaciones de un nuevo de un aparato quirúrgico enmarcado en el formato Swiss fueron

deshabilitadas por la EPO en T 775/97 y 227/91, y por el Oficial de Audiencia en National Research & Development Corporation Application. En una decisión reciente, la EPO admitió una reivindicación para el uso de una sustancia en la manufactura de un “aparato” para administración intra pulmonar. Sin embargo, una reivindicación de esta forma no es admisible para la patente del Reino Unido, ya que el nuevo uso se distingue del estado de la técnica por la administración del compuesto, en vez de su propósito, y no se admite siguiendo la decisión del caso Taxol.

x. Soporte para el uso médico de reivindicaciones Swiss-type

Las reivindicaciones Swiss-type para otro uso médico de una sustancia o composición deben ser fundamentados en la evidencia que es efectiva para el uso específico. Por lo tanto, la Descripción debería contener una indicación de que se han realizado exámenes in Vivo o in Vitro y que hubo resultados positivos. La ausencia de información, aún rudimentaria, en la Descripción de una solicitud que incluye reivindicaciones de uso médico secundario deberían ser objetadas por carecer de fundamento. EL Oficial de Audiencia rechazó las reivindicaciones de uso médico secundario por esta razón en *Hoerrmann's Application* y en *Mc Manus Application*.

“... a menos que haya alguna indicación en la descripción de la solicitud en cuanto este tipo de exámenes, aunque sean rudimentarias, demostrando que la invención fue llevada adelante en una manera efectiva, entonces la solicitud debe caer por falta de soporte de la invención reivindicada”

Hoerrmann's Application (1996) RPC 341

En *Consultant Supplier's Application* se enfatizó que la mera afirmación que se habían realizado exámenes no era suficiente. La decisión del la Corte de Patentes en *Prendergast's Applications*, confirmó que las reivindicaciones Swiss-type especulativas no sean admisibles. Se enfatizó que ensayos humanos no son necesarios, pero debe haber alguna evidencia.

“...cuando hay una reivindicación para uso de un ingrediente activo conocido en la preparación de un medicamento para el tratamiento de una enfermedad particular, la descripción debe contener, como descripción, suficiente material para permitir afirmar a un experto en la materia que ese medicamento trata la enfermedad... meras especulaciones son insuficientes”

Prendergast's Applications (2000) RPC 446

En *Prendergast's Applications*, el juez claramente estableció que la Descripción debe proporcionar este soporte. Esta objeción no puede ser superada mediante presentación de evidencia subsiguiente que soporte las reivindicaciones – la evidencia debe ser proveída en la solicitud, tal como fue presentada

4. Reivindicaciones de composiciones farmacéuticas

a. Composiciones adaptadas a un uso particular

Se puede realizar una reivindicación de un medicamento que tenga una forma de administración que sea novedosas y distinta del uso previo. Por ejemplo, un remedio anti-eczema que contiene X será considerado claramente diferente de una tableta que contenga X para controlar la presión sanguínea. El remedio es nuevo porque X nunca se ha formulado de esta forma anteriormente, y sería inventivo si el uso previo de X no sugería este uso.

Una reivindicación de una fórmula “adaptada únicamente a pastillas, con la exclusión de administración oral e inyectable” fue aceptada por la EPO en T 289/84 (81). En este caso, la Board of Appeal sostuvo que había una diferencia entre el significado de una reivindicación de una composición adaptada a un uso tópico, en oposición a una adecuada a tal uso. Tanto las gotas para los ojos como las fórmulas inyectables consisten típicamente en soluciones estériles acuosas, por lo que pueden ser propinadas para otro uso. Sin embargo, la fórmula de gotas para los ojos no fue “adaptada” para su uso como solución inyectable, o viceversa, las soluciones inyectables debían ser estériles y libres de pirógeno, mientras que las gotas para los ojos no necesitan ser libres de pirógeno aunque tienen un mínimo nivel de pH aceptable.

De todas formas, una reivindicación de una composición “adaptada a” un uso específico debería ser rechazada en términos de claridad al ser definida de acuerdo al resultado pretendido, a menos que su significado fuera claro para un experto en la materia.

En un caso en que las reivindicaciones principales relacionadas a una composición anticonceptiva, que comprende compuestos ya conocidos como farmacéuticos, el Technical Board of Appeal de la EPO, en las decisiones T 303/90 (82) y T 401/90 (83), opinó que la frase “composición anticonceptiva” no era suficiente para distinguir la reivindicación de reivindicaciones farmacéuticas conocidas. En estos casos, las reivindicaciones

ciones fueron enmendadas como reivindicaciones "Swiss-type", aunque esto normalmente no fuera apropiado para métodos de anticoncepción por no ser excluidos de la Sección 4 (2).

Las reivindicaciones de composiciones con una característica física novedosa, como la forma o tabletas con características particulares en su superficie, pueden ser aceptables en la medida que la característica se relacione a un efecto técnico genuino. Por ejemplo, una reivindicación de una tableta de una forma o estructura particular sería aceptable si resultara en una emisión del agente activo particularmente favorable. Sin embargo, si la nueva forma es meramente de presentación o proporciona información (por ejemplo, permitiendo a los pacientes ciegos distinguir entre diferentes tipos de píldoras), entonces representa una creación estética o simplemente una presentación de información. Dado que las creaciones estéticas y la presentación de información no son patentables en sí mismas, estas características no pueden impartir novedad a una reivindicación.

b. Claridad de las reivindicaciones de composición

Las reivindicaciones de composición de fórmula "una composición farmacéutica que contiene el compuesto X conjuntamente con un diluyente, excipiente o transportador" se consideran claras. X es un compuesto medicamentoso activo, el cual caracteriza la composición, y el diluyente, excipiente o transportador, es cualquier material apropiado para el propósito, siendo seleccionado por el conocimiento del arte o por experimentos no-inventivos. No hay mayores requisitos para caracterizar el diluyente, excipiente o transportador.

A pesar de ello, una reivindicación del ingrediente activo "con una sustancia o sustancias auxiliares", fue considerada (en T 80/96 (84)) tan amplia como carente de significado, lo cual no distinguía la reivindicación del estado de la técnica. Además, la pureza de un producto no puede ser definida simplemente por la definición de la sustancia como "producto farmacéutico".

c. Composiciones con un nuevo propósito o propiedad no médica

Las composiciones que son distinguidas de las mismas composiciones del estado de la técnica por el descubrimiento de una nueva propiedad no-terapéutica en uno de los ingredientes, no se consideran novedosas. Las reivindicaciones del uso del agente en su rol no terapéutico, tampoco son novedosas si la composición total ha sido usada previamente de la misma forma, y la propiedad recientemente descubierta ya fue puesta en práctica aunque sin saberlo.

Las pastas de dientes con bicarbonato de sodio como agente de limpieza son conocidas; por lo tanto, las reivindicaciones de uso del bicarbonato de sodio como agente de máscara para ingredientes amargos presentes en la nueva fórmula de pasta de dientes no son novedosas. Esto es en consonancia con el principio general de Novedad en la ley del Reino Unido, que establece que una vez que una sustancia o composición es conocida, con cualquier propósito, no puede ser patentada nuevamente con otro propósito. A este respecto la Oficina de Patentes del Reino Unido, no ha continuado la decisión del Enlarged Board of Appeal de la EPO, en las decisiones G 02/88 (86) y G 06/88 (87), donde se sostuvo que la novedad podía derivar de un nuevo efecto técnico.

d. Reivindicaciones de fórmulas de unidad de dosis

Una fórmula de unidad de dosis, consiste en una tableta, supositorio, ampolla u otro, que contenga un monto definido de droga, la cual se pretende sea administrada como una dosis individual. De esta forma se distingue de la provisión de una cantidad de medicamento indefinida, por ejemplo, una botella de medicina, en la cual la dosis debe ser medida.

Es posible en casos en que la dosis requerida para un nuevo uso médico sea claramente diferente del uso conocido, para permitir una reivindicación de una fórmula de unidad de dosis que contenga el ingrediente activo conocido en tal cantidad que la fórmula de unidad de dosis sea novedosa y no obvia de haber sido creada en tal cantidad en el estado de la técnica. Así, el nuevo uso médico requiere una dosis de, por ejemplo, diez veces mayor (o una décima) que la requerida en el estado de la técnica, por lo que la reivindicación de una fórmula de unidad de dosis puede ser considerada novedosa y con actividad inventiva.

Al asesorar la actividad inventiva de tales reivindicaciones debe recordarse que las dosis requeridas normalmente se relacionan con el peso corporal, por lo que las dosis infantiles son menores que las de los adultos. Es sabido en medicina que hay pacientes a los cuales se les solicita tomar más de una dosis a la vez o la mitad de una.

Las reivindicaciones de fórmulas de unidad de dosis deben definir claramente una cantidad específica de medicamento. Una reivindicación especificando una cantidad de medicamento por unidad de acuerdo al

peso corporal del paciente, no es clara en su ámbito de protección. Lo que es más, debe haber una clara justificación en la Descripción en caso de una fórmula de unidad de dosis que contenga una cantidad específica del ingrediente activo. Las reivindicaciones derivadas de dosis de x mg/kg, peso corporal calculado usando el peso corporal promedio de los pacientes, han sido rechazadas por carecer de fundamento, así como las reivindicaciones derivadas de cantidades de ingredientes activos proporcionados a animales experimentales.

e. Reivindicaciones de paquetes de medicamentos

Las reivindicaciones de paquetes de medicamentos se realizan en algunos casos en que un solicitante ha descubierto un nuevo uso de una sustancia, y en particular el uso de dos o más sustancias juntas. Las reivindicaciones de un paquete o contenedor que contiene una sustancia conocida con instrucciones para el nuevo uso deberían ser rechazadas sobre la base de que la única característica novedosa – las instrucciones – es meramente la presentación de información, y entonces, no es una invención patentable por la Sección 1 (2) (d) (*Bayer's Meyer's Application* (88)). Sin embargo, la aceptación de las reivindicaciones de uso médico secundario denominadas “Swiss-type”, ha eliminado esas reivindicaciones del campo médico.

Un paquete puede ser nuevo e inventivo si existe alguna relación física entre el nuevo e inventivo método y el paquete, lo cual va más allá de una mera presentación de instrucciones para el nuevo uso. En *Organon's Application* (89), se admitió una reivindicación de un paquete conteniendo dos tipos de píldoras anticonceptivas dispuestas en el orden en que debían ser tomadas, en base al Acta 1949. Esto fue a pesar de que los paquetes conteniendo píldoras anticonceptivas en un orden dado eran conocidos – el orden particular definido en este caso no era obvio y estaba basado en un nuevo e inventivo método de contracepción.

Las reivindicaciones de paquetes o parte de paquetes son normalmente utilizadas cuando la invención comprende la administración de la composición de dos o más drogas diferentes a intervalos, simultáneamente o en secuencias. Una reivindicación de esta fórmula fue considerada por el Board of Appeal de la EPO en T 09/81 (56). En este caso se sostuvo que la combinación era novedosa e inventiva, pero necesita tener un propósito limitado, por ejemplo, en el formato de uso médico primario – para distinguirlo de un kit médico, colección o paquete conteniendo ambos agentes juntos para sus usos independientes conocidos.

Esto es en concordancia con la práctica de la Oficina de Patentes del Reino Unido que establece que dichas reivindicaciones son admisibles en la medida que el paquete sea para el método en el cual la invención realmente reside, y que el paquete sea novedoso u no obvio para ninguna otra aplicación. Además, debe haber un claro sustento del paquete en la Descripción, y la reivindicación de un paquete para llevar adelante un método debe definir todos los elementos esenciales para realizar el método.

C) Estados Unidos

1. Sobre las Patentes de los Estados Unidos

El Derecho de Patentes de los Estados Unidos es de especial interés ya que gran parte de la tecnología creada a nivel mundial se produce a su amparo. Ha sido la fuerza impulsora del marco internacional del sistema de patentes, lo que hace particularmente influyente su régimen de propiedad industrial.

El sistema de patentes estadounidense tiene raigambre constitucional conferida en el Artículo I, Sección 8 de la Carta Magna Norteamericana, donde se reconoce el derecho exclusivo del inventor a su invento “a fin de promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles”.

Esto pone de manifiesto el consenso existente en Estados Unidos respecto de la intangibilidad de los derechos del inventor.

Asimismo, debemos señalar la antigüedad y continuidad de su régimen de patentes, originado en 1790, y que solo ha sufrido tres modificaciones generales.

El Congreso redactó el artículo 35 del United States Code estableciendo las leyes de patentes para el país; el artículo 101 de la Ley de Patentes establece los elementos básicos de las invenciones patentables.

Entre las particularidades del régimen estadounidense de patentes se destaca la *Orphan Drug Act, 21 U.S.C.* que refiere a la posibilidad de proteger mediante derechos exclusivos, con una duración de siete años, las drogas con aplicación medicinal, aunque no sean resultado de una actividad inventiva, en tanto la enfermedad para las que tales drogas se apliquen aflija a menos de 200.000 personas, la droga sea suministrada al mercado en cantidades apropiadas, y la autoridad de aplicación considere que la concesión de

derechos exclusivos es necesaria para que la droga quede al alcance de los pacientes afectados. No se está ante una concesión de una patente, sino un derecho atípico de propiedad industrial³⁴.

El sistema estadounidense de patentes, como otros, basa su procedimiento en la distinción entre la descripción de la invención (*specification*) y las reivindicaciones (*claims*). La descripción debe ser tal que permita a una persona con conocimientos del área tecnológica en la que se aplique la invención llevarla a la práctica del mejor modo posible.

Según *Miller y Davies*, citados por *Cabanelas*³⁵, las reivindicaciones definen los derechos del inventor y demuestran cómo la invención satisface los requisitos de novedad, utilidad y no evidencia. Las reivindicaciones describen todos los elementos de novedad que distinguen la invención respecto de la técnica preexistente, articulan la manera en que la invención es efectivamente útil, e indican qué es lo que hace que la invención no sea obvia para una persona con conocimiento de la técnica preexistente.

Bajo el derecho estadounidense, la redacción de las reivindicaciones constituye una materia particularmente delicada. La expansión excesiva de las reivindicaciones crea posibles debilidades para la patente, pues cuanto mayor sea el conjunto de elementos que integran tales reivindicaciones, tanto mayor será el conjunto de elementos que deberá configurarse para que se considere que existe una infracción a la respectiva patente.

Las reivindicaciones constan de tres elementos: el preámbulo, la transición y el cuerpo (*preamble, transition, body*). El preámbulo define genéricamente la invención; indica el género de producto, o procedimiento, que será objeto de reivindicación. La transición expresa la relación lógica existente entre el preámbulo y el cuerpo de la reivindicación. El cuerpo, indica cuáles son los elementos y características que identifican la invención dentro del género indicado en el preámbulo³⁶.

2. Análisis de las Directrices

a. Introducción

La United States Patent & Trademark Office (USPTO) ha emitido directrices con relación a las reivindicaciones de patentes farmacéuticas, denominadas "*Materiales de Entrenamiento para el examen de solicitudes de patentes con respecto al United States Code 35 Sección 112, Primer párrafo – Autorización de solicitudes químicas/biotécnicas*", las cuales constituyen los lineamientos a respetar por el examinador y que el inventor tendrá en cuenta al momento de redactar el documento de patente.

Las directrices de la Oficina de Patentes de los Estados Unidos son más específicas que las de la EPO y la Argentina, ya que analiza situaciones particulares, especialmente en lo que tiene que ver con las invenciones químicas y biotécnicas. Si bien establece principios generales de interpretación de las reivindicaciones, se detiene a analizar las particularidades de esta rama, lo cual facilita la tarea de interpretación.

Se encuentran varios ejemplos prácticos, y citan los *leading cases* relativos a la mayoría de los temas tratados. Esto permite a su vez conocer no sólo la posición de la USPTO, sino de la justicia norteamericana con relación a determinados diferendos.

La USPTO comienza por dar una justificación legal a lo que denomina como "derecho de propiedad personal" del propietario de la patente, que lo faculta a excluir a otros de realizar, usar, vender, ofrecer en venta o importar la invención reivindicada, en la medida que provea información sobre la invención en su solicitud de patente para permitir a cualquier persona experta en la materia realizar y usar la invención. El Estado lo confiere en la medida de que el público obtenga un bien público, por ejemplo, la promoción del progreso de la ciencia y las artes útiles.

b. Factores a evaluar por el examinador

Antes del análisis de autorización, el examinador debe seleccionar la definición que pretenda utilizar cuando examine la solicitud para los términos que no son conocidos en el estado de la técnica, o términos que pueden tener más de un significado, basado en su entendimiento de lo que el solicitante pretende decir, y explícitamente encontrar el significado del término y la amplitud de la reivindicación cuando prepare el Office Action.

Ver *Genentech v. Wellcome Foundation*, 29 F.3d 1555, 1563-64 USPQ2 1161, 1167-68 (Fed. Cir. 1994).

34. CABANELAS, Guillermo, Ob. Cit., Pág. 466.

35. CABANELAS, Guillermo, Ob. Cit., Pág. 473.

36. CABANELAS, Guillermo, Ob. Cit., Pág. 473.

c. Amplitud de las reivindicaciones

Se debe analizar la amplitud de la reivindicación para determinar su ámbito de protección y si la misma puede ser concedida.

Todas las preguntas de admisibilidad son evaluadas a la luz de la materia reivindicada. El centro del examen es corroborar si se admite todo dentro del rango de protección de la reivindicación. Por ello, el primer paso analítico requiere que el examinador determine exactamente qué materia es cubierta por las reivindicaciones. El examinador debe determinar qué es lo que establece cada reivindicación y cuál es la materia cuando la reivindicación es considerada como un todo, no cuando sus partes se analizan individualmente. Todas las reivindicaciones deben ser exhaustivamente examinadas.

En el caso de las reivindicaciones dependientes, se debe respetar la Sección 112, párrafo 4, del Título 35. Este párrafo establece que “una reivindicación dependiente debe ser creada para incorporar por referencia todas las limitaciones de la reivindicación a la cual se refiere” y requiere que la reivindicación dependiente respete los límites de la materia reivindicada”.

El Circuito Federal ha sostenido en repetidas ocasiones que “la especificación debe enseñar a los expertos en la materia cómo hacer y usar todo el ámbito de protección de la invención reivindicada”.

Sin embargo, no se debe divulgar todo lo necesario para realizar la invención. De hecho, lo que es conocido se debe omitir. Lo necesario es que una persona experta en la materia sea capaz de llevar a la práctica la invención reivindicada, de acuerdo al nivel de conocimiento y habilidad en la materia.

En cuanto a este punto, el MPEP, Sección 2164.08 establece lo siguiente:

“En lo relativo a la amplitud de una reivindicación, relevante para la admisión, la única preocupación relevante debería ser si el ámbito de protección del otorgado a un experto en la materia por la divulgación tiene relación con el ámbito de protección buscado en las reivindicaciones”. En *In re Moore*, 439 F.2d 1232, 169 USPQ 236 (CCPA 1971).

“La determinación de la propiedad del rechazo basado en la amplitud de la reivindicación tiene que ver con dos etapas de estudio. La primera es determinar cuán amplia es la reivindicación respecto de la divulgación. Se debe considerar toda la reivindicación. La segunda, es determinar si un experto en la materia podría realizar y utilizar toda la invención reivindicada en su totalidad, sin experimentación”.

Si se efectúa un rechazo sobre la base de la visión de que la materia no se ajusta al ámbito de protección de la reivindicación, el examinador debería identificar la materia que se considera admisible.

Para saber cómo se lleva a la práctica la invención reivindicada, se debe analizar la Descripción o Memoria Descriptiva, no las reivindicaciones.

W.L. Gore & Assoc. v. Garlock Inc. 721 F.2d 1540, 1558, 220 USPQ 303, 316-17 (Fed. Cir. 1983; En *In re Johnson* 558 F. 2d 1008, 1017, 194 USPQ 187, 195 (CCPA 1977). En *In re Goffe*, 542 F.2d 564, 567, 191 USPQ 429, 431 (CCPA 1976), la Corte estableció:

Para otorgar incentivos inventivos, las reivindicaciones deben proteger adecuadamente a los inventores. Solicitar que el primero que divulgue limite sus reivindicaciones a lo que considera que funcionará o a materiales que siguen las directivas de materiales preferibles en un proceso como el de este caso, no estaría en consonancia con el propósito constitucional de promover el progreso en las artes útiles.

Cuando se analiza el ámbito de protección de las reivindicaciones admitido, no deben ignorarse las enseñanzas de la Descripción, pues las reivindicaciones deben ser interpretadas en su acepción más amplia razonable, en consonancia con la especificación. En *Raytheon Co. v. Roper Corp.*, 724 F.2d 951, 957, 220 USPQ 592, 597 (Fed. Cir. 1983), se rechazó la solicitud sobre la base del siguiente argumento: “Que las reivindicaciones sean interpretadas a la luz de la especificación no significa que todo lo contenido en la especificación deba ser leído en las reivindicaciones”.

Parte del trabajo del examinador es clarificar el registro, para que el público esté enterado del ámbito de protección patentado cuando se conceda la patente. Si una interpretación razonable de la reivindicación es más amplia que la descripción en la Memoria Descriptiva, es necesario que el examinador se tome un tiempo y esfuerzo adicional para asegurarse que se admita todo el ámbito de protección de la reivindicación.

Las limitaciones y ejemplos en la Descripción, en general no se limitan a lo cubierto por las reivindicaciones. En consecuencia, si se reivindica un método de transformación de las células y la interpretación más amplia razonable incluye la transformación de células *in vivo* para terapia de genes, el examinador debe decidir si hay suficiente evidencia para sostener una conclusión de que tal ámbito de protección no es admisible. Si los solicitantes solo pretenden utilización *in Vitro*, tal limitación debe aparecer en las reivindicaciones.

La amplitud de las reivindicaciones fue un factor considerado en *Amgen v. Chugai Pharm Co.* 927 F.2d 1200, 18USPQ2d 1016 (fed. Cir.), cert. rechazada, 502 U.S. 856 (1991). En el caso *Amgen*, las reivindicaciones se

dirigían a una secuencia de ADN purificado con polipéptidos codificados, que son análogos a erythropoietin (EPO). La Corte estableció que:

“Amgen no ha permitido la suficiente preparación de secuencias de ADN para respaldar sus reivindicaciones. A pesar de afirmaciones extensivas en la Descripción con relación a todos los análogos del gen de la EPO que pueden ser realizados, existe escasa divulgación habilitante de análogos particulares y cómo realizarlos. Se divulgan los detalles de preparación de solo unos pocos genes EPO análogos... Esta divulgación puede justificar una reivindicación genérica de acuerdo a este análogo y similares, pero no es suficiente fundamento para el deseo de Amgen de reivindicar todos los genes análogos EPO. Puede haber otras secuencias genéticas que codifican para productos de tipo EPO. Amgen ha informado cómo realizar y usar solo unos pocos de ellos y por lo tanto, no es titular de una reivindicación por todos ellos”.

927.F.2d en 1213-14, 18 USPQ2d en 1027

En *Amgen* la Corte se centró en el hecho de que las reivindicaciones estaban dirigidas a secuencias de ADN que codificaban secuencias de aminoácidos, donde las secuencias de aminoácidos tenían sustituciones pero preservaban una actividad fisiológica en particular. Por ello, las secuencias de aminoácidos mencionadas en las reivindicaciones en *Amgen* tenían ámbitos de protección diferentes. Además, la Memoria Descriptiva no guiaba a los expertos en la materia sobre qué aminoácidos podían ser modificados para preservar o incentivar la actividad de la proteína.

Un pequeño cambio en la secuencia de aminoácidos de una proteína puede resultar en un gran cambio en la estructura y función de la actividad de una proteína y debido a que las leyes de calificación de proteínas están en una etapa tan primitiva, predecir la estructura proteica (y por lo tanto la actividad) cuando se conoce sólo la secuencia de la proteína, es como predecir el tiempo para una fecha en un futuro distante.

Similarmente, en *In re Wright*, 999 F.2D 1557, 27 USPQ2d 1510 (Fed. Cir. 1993), la Corte reafirmó la decisión del Board y estableció que la evidencia no mostraba que un artesano habilidoso hubiese podido seguir los pasos requeridos para practicar todo el ámbito de protección de las reivindicaciones que abarcara “cualquier y toda vacuna no patogénica viva y proceso para hacer tales vacunas, con actividad inmuno potectora en cualquier animal contra cualquier virus RNA”. 999 F.2d en 1562, 27 USPQ2d en 1513.

En *In re Goodman*, 11 F.3d 1046, 1052, 29 USPQ2d 2010, 2015 (Fed. Cir. 1993), las reivindicaciones estaban dirigidas hacia un método para producir péptidos mamarios en células de plantas por la integración de un ADN construido codificando péptido mamario en células vegetales. La corte, al reafirmar la decisión del Board, encontró que la especificación contenía un ejemplo de producción de gamma-interferon en especies dicot; y había evidencia que se hubiera requerido experimentación extensiva para codificar péptidos mamarios en una planta monocot al momento de la presentación de la solicitud. Por ello, la solicitud no habría demostrado una habilidad en el campo de la biotecnología para producir cualquier tipo de péptido mamario en cualquier vegetal celular, reivindicado de forma tan amplia.

Cuando una reivindicación de compuesto o composición es limitada por un uso particular, la admisibilidad de esa reivindicación debería ser evaluada sobre la base de tal limitación. En *In re Vaeck* 947 F.2d 488, 495, 20 USPQ2d 1438, 1444 (fed. Cir.1991), se reivindicó un gen quimérico capaz de ser expresado en cualquier cianobacteria y de esta forma definir el gen reivindicado por su uso.

En contraste, cuando una reivindicación de compuesto o composición no se limita a un uso citado, cualquier uso admisible que pudiera razonablemente correlacionarse con todo el ámbito de protección de tal reivindicación es suficiente para precluir un rechazo por falta de admisibilidad, basado en cómo usar. Si en la solicitud se divulgan múltiples usos para compuestos o composiciones reivindicadas, un rechazo de la admisibilidad debe incluir una explicación, suficientemente fundamentada por la evidencia, por qué la Descripción no logra cada uso divulgado. En otras palabras, si se admite cualquier uso cuando se divulgan múltiples usos, la solicitud es admisible para la invención reivindicada.

Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación de estos estándares.

1. Reivindicación: Una composición para tratar la enfermedad de Alzheimer comprendiendo un compuesto que tiene formula X (donde X es específicamente definido dentro de la reivindicación. Asumiendo que de los argumentos del solicitante en la solicitud la composición reivindicada se limita a tratar la enfermedad de Alzheimer, el asunto de la admisibilidad es si un experto en a materia pudiese haber hecho o utilizado la composición para el tratamiento de la enfermedad de Alzheimer sin experimentación, al tiempo que la solicitud fue presentada. En análisis de la admisibilidad debería estar basado en si hay evidencia que un experto en la materia no pudo haber usado el compuesto para el tratamiento de a enfermedad de Alzheimer sin experimentación. Si el argumento de uso es simplemente un argumento de un uso pretendido, la reivindicación debería ser tratada como en el ejemplo 2.

2. Reivindicación: Una composición que comprende un compuesto que tiene la fórmula X (donde X se define específicamente dentro de la reivindicación). El asunto de la admisibilidad es si un experto en la

materia pudiese haber hecho o usado la composición para cualquier uso divulgado o bien establecido sin experimentación, al tiempo que la solicitud fue presentada. El análisis de admisibilidad debería basarse en si hay evidencia de que un experto en la materia podría haber usado el compuesto para cualquier uso divulgado o establecido sin experimentación.

3. Reivindicación: Una composición comprendiendo un compuesto que tiene la fórmula X en transportador farmacéuticamente aceptable (donde X es específicamente definido dentro de la reivindicación). La Memoria Descriptiva divulga tanto un uso *in Vitro* como *in vivo* para la composición.

La presencia de la frase “farmacéuticamente aceptable” en combinación con el uso divulgado *in vivo*, implica algún uso farmacéutico. Por lo tanto, el análisis de admisibilidad inicial debe basarse en si hay alguna evidencia de que un experto en la materia podría no usar el compuesto para cualquier uso farmacéutico divulgado o establecido, por ejemplo, el tratamiento de alguna enfermedad *in vivo*, sin experimentación. Cualquier análisis de admisibilidad subsiguiente debería basarse en el lenguaje de las reivindicaciones, el cual se enseña en la Descripción, así como cualquier argumento del solicitante.

Deben considerarse todos los argumentos del inventor. El peso de la evidencia y cada argumento dado dependerá en los hechos del caso. Asumiendo que los argumentos del solicitante sean persuasivos, se debe retirar el rechazo del U.S.C. 35, Sección 112, primer párrafo.

Cuando el solicitante expresa sus argumentos, el examinador debe atenerse a los párrafos previamente determinados de acuerdo a la observación realizada.

D) Japan Patent Office

1. Introducción

La Oficina de Patentes del Japón, posee directrices para el examen de invenciones en campos específicos, dentro de los cuales se encuentran las Invenciones Medicinales. Entiende que la invención medicinal, refiere a la invención de un producto para el uso en el campo médico, tal como está definido en el “Examination Guidelines”, Part II, Chapter 2, 1.5.2(2).

Las directrices de la Oficina de Patentes Japonesa, constituyen, a nuestro entender, las directrices más específicas de todas las analizadas. Se trata de lineamientos extremadamente específicos, proporcionando un sinnúmero de ejemplos y variedades de situaciones que facilitan la tarea del examinador y del solicitante de la patente.

2. Análisis de las Directrices

En este caso particular, debemos destacar una pequeña dificultad surgida al momento de la traducción de las directrices del inglés al español. Si bien las mismas fueron obtenidas de la misma Oficina de Patentes del Japón, es evidente la dificultad de traducir un idioma como el japonés al inglés, lo que se tradujo en ausencia de artículos o dificultades en la puntuación, que intentamos interpretar de la mejor manera posible.

a. Sección 36 (6) (i) de la Ley de Patentes Japonesa

La Sección 36(6)(i) de la Ley de Patentes Japonesa requiere que la invención reivindicada esté descrita en la Descripción de la invención, y que la invención referida en la reivindicación no sea más amplia que lo divulgado en la Descripción. Se realiza un examen comparativo de la relación sustantiva entre la invención reivindicada y las materias divulgadas en la Descripción, para determinar si las reivindicaciones cumplen con lo establecido con la norma contenida en la Sección 36(6)(i) previamente citada.

A continuación se expondrán formas de violación de la Sección 36(6)(i), los cuales demuestran que la materia divulgada en la descripción no puede extenderse o generalizarse en el ámbito de protección (“scope”) de una reivindicación, aún teniendo en consideración el estado de la técnica vigente al momento de la solicitud.

1. Se reivindica una composición farmacológica para curar las náuseas que incluye el componente A como componente efectivo, mientras que en la Descripción no se incluye un examen farmacológico o información demostrando la eficiencia del compuesto A contra las náuseas. A esto se le suma que la eficiencia del componente A no puede inferirse del estado de la técnica.

2. Se reivindica una medicina curativa para un uso específico, la cual contiene componentes químicos definidos por ciertas propiedades como componentes efectivos. Sin embargo, de acuerdo a la Descripción, únicamente un número de compuestos concretos incluidos en las reivindicaciones han sido probados como

efectivos como medicina curativa para dicho uso, y un experto en la materia no puede inferir la eficacia de todos los componentes incluidos en las reivindicaciones, de acuerdo al estado de la técnica. (Sentencia Hei 15.12.26 de la Suprema Corte de Tokio).

La Sección 36 (6)(ii) de la Ley de Patentes Japonesa requiere que la patente sea clara, por lo que el contenido de las reivindicaciones debe estar redactado de tal manera que la invención sea claramente identificada en una reivindicación.

Por lo expuesto, de acuerdo a las directrices japonesas, el ámbito de protección de una invención médica muchas veces no puede ser determinado claramente si el componente efectivo de la invención médica es definido por su función o características y un experto en la materia no es capaz de concebir un producto concreto aún tomando en consideración el estado de la técnica.

En el caso de una reivindicación de invención de uso, que explícitamente incluya una frase relativa al uso de un producto, sino el uso general, (por ejemplo, cuando la frase no exprese “una sustancia farmacéutica para la enfermedad X...”, sino “una sustancia farmacéutica que comprenda...”), no debería considerarse violatoria de la norma simplemente porque refiera a un uso general, es decir, simplemente porque el ámbito de protección de la reivindicación sea relativamente amplio, a menos que debido a la frase el objeto reivindicado no sea claro.

Una invención medicinal puede ser descrita en una reivindicación como una “invención de producto”, en los siguientes términos:

- Ej. 1: Una medicina para la enfermedad Z que contiene un efectivo componente A.
- Ej. 2: Una composición médica para la enfermedad Y que contiene un efectivo componente B.
- Ej. 3: Una medicina para la enfermedad W que contiene componentes efectivos C y D combinados.
- Ej. 4: Un kit para la enfermedad V que comprende un agente inyectable que incluye un componente E efectivo, un agente oral que incluye un componente F efectivo, y un agente que incluye un componente auxiliar G.

Dado que una invención medicinal es técnica, generalmente es difícil inferir cómo hacer o usar un producto sobre la base de su estructura, por lo que normalmente son necesarias una o más características o ejemplos prácticos, de forma de permitir a un experto en la materia llevar adelante la invención. Por lo general, se requiere una descripción del resultado del examen farmacológico. Los siguientes exámenes son una muestra de prácticas concretas con relación a la descripción del resultado de la prueba farmacológica, suficiente para sustentar un efecto farmacológico.

(1) Descripción del resultado del Examen Farmacológico

Dado que el resultado del examen farmacológico es necesario para confirmar el efecto de la invención medicinal reivindicada, los siguientes elementos deben ser suficientemente claros: (i) qué compuesto, (ii) se aplica a qué tipo de sistema de examen farmacológico, (iii) qué tipo de resultado se obtiene, y (iv) qué tipo de relación tiene el sistema de examen farmacológico con el uso medicinal de la invención medicinal reivindicada. Debe considerarse que el resultado del examen farmacológico debe ser descrito con información numérica como regla, pero cuando el resultado no puede ser descrito con información numérica debido a la naturaleza del sistema de examen farmacológico, se puede sustituir por una descripción objetiva aceptable, equivalente a la información numérica, por ejemplo, una descripción del resultado de la observación objetiva realizada por un médico podría ser aceptada. También se pueden utilizar exámenes clínicos, un experimento animal o exámenes *in Vitro*.

(2) Casos donde se notifica razones de rechazo:

(a) Un caso donde no se describe el resultado del examen farmacológico

En general, debido a la dificultad de predecir si es realmente posible utilizar un compuesto para un fin medicinal específico, simplemente a partir del nombre y estructura química del compuesto, es difícil aún para un experto en la materia predecir si es posible utilizar un compuesto para un fin medicinal específico cuando se describe una cantidad efectiva, una dosis y una fórmula en la descripción originalmente adjunta a la solicitud, pero no se describe el resultado del examen farmacológico. En este caso, se notifica al solicitante las razones de rechazo. Debe tenerse en cuenta que el rechazo no se levantará, aún si se proporciona el resultado del examen farmacológico con posterioridad. (Sentencia Hei 10.10.30 de la Suprema Corte de Tokio).

(b) Un caso en que la existencia de un efecto farmacológico de una invención medicinal reivindicada no puede ser confirmado, debido a que no se especifica el compuesto utilizado en el examen farmacológico. Debe tenerse en cuenta que, cuando el compuesto utilizado en el sistema de examen farmacológico descrito en la descripción, se cita como “cualquiera de una pluralidad de compuestos” y no se especifica concretamente qué compuesto se utiliza, el resultado no será claro, por lo que la existencia del efecto farmacológico reivindicado en la invención no puede ser confirmado.

b. Requisitos de patentabilidad

i) Aplicabilidad Industrial

Dado que una invención medicinal implica “la invención de un producto”, no entra dentro de la categoría de “métodos de tratamiento del cuerpo humano a través de cirugía o terapia y métodos de diagnóstico empleados en el cuerpo humano”, a pesar del hecho de que la solicitud posiblemente tenga relación con la administración de una dosis en el cuerpo humano o el esparcimiento en el cuerpo humano pues se considera que es una invención con aplicación industrial.

Es de considerar que una invención medicinal definida por la combinación de dos o más medicinas, o definida como una forma de tratamiento como dosis a intervalos, una dosis, o similares, se le da el mismo tratamiento, debido a que también constituyen invenciones de producto.

ii) Novedad

• Principios para determinar si una invención medicinal reivindicada es novedosa

Se entiende que una invención medicinal es una invención de un producto basado en el descubrimiento de un nuevo uso para una enfermedad específica, que resulta de una propiedad farmacológica específica, la cual se encuentra en un compuesto o un grupo de compuestos (incluyendo la combinación de una pluralidad de compuestos). La novedad de la invención medicinal se juzga desde dos puntos de vista: un compuesto o un grupo de compuestos que tienen una propiedad específica, y el uso medicinal para una enfermedad específica resultante de la propiedad. Este principio también aplica a invenciones medicinales definidas por una combinación de dos o más componentes medicinales. (Sentencia 4.10.23 de la Corte de Distrito de Tokio, Sentencia 12.7.13 de la Suprema Corte de Tokio, Sentencia 12.2.10 de la Suprema Corte de Tokio, Sentencia 13.4.25 de la Suprema Corte de Tokio).

• Método para juzgar la novedad

La invención medicinal está compuesta por un compuesto o un grupo de compuestos que poseen una propiedad específica y un uso medicinal para una enfermedad específica que resulta de la propiedad, por lo que es necesario que tanto el compuesto pertinente o el grupo de compuestos, como el uso medicinal, sean descritos en una publicación (o esencialmente descritos, aunque no literalmente, en la publicación), de forma de que se describa en la publicación.

A menos que sea claro que la invención esté descrita en la publicación, de tal forma que un experto en la materia pueda hacer (o fácilmente procurar) un compuesto o un grupo de compuestos de la invención médica reivindicada y un uso medicinal es técnicamente significativo en consideración de la divulgación, de la publicación o el arte de la técnica, la invención no se considerará tal. Cuando los usos medicinales son enumerados sin sostén en la publicación pertinente, no se considera que sea claro que la invención sea descrita en la publicación de tal forma que el uso médico sea técnicamente significativo, y la invención no se considerará tal.

Cuando un compuesto o un grupo de compuestos tengan una propiedad específica de la invención medicinal reivindicada, que difiera del compuesto o grupo de compuestos de la citada invención, la novedad de la reivindicación no es negada.

Incluso si un compuesto o grupo de compuestos de la invención medicinal reivindicada no difieren del compuesto o grupo de compuestos de la citada invención, la novedad de la invención no será negada, cuando la invención medicinal reivindicada y la invención citada difieran en su aplicación medicinal para una enfermedad específica basada en a propiedad de tal producto.

A título de ejemplo, cuando la invención reivindicada es “una medicina para la enfermedad Z, que comprende el componente efectivo A”, y dicha invención sea “una medicina para la enfermedad X que comprende el componente efectivo A”, la novedad de la reivindicación no es negada, si es claro que las enfermedades X y Z son diferentes de acuerdo al estado de la técnica.

La línea de pensamiento en consideración de las diferencias en el uso medicinales, son las siguientes:

a. incluso en caso de que el uso medicinal de la invención reivindicada y el uso de la invención citada sean diferentes, en expresión, la novedad de la invención médica reivindicada es negada cuando 1) los usos medicinales son juzgados teniendo en cuenta que el uso medicinal es concebido desde un mecanismo de trabajo; 2) cuando el uso medicinal resulta inevitablemente del efecto farmacológico relacionado.

En el campo del tratamiento médico es sabido que un compuesto o un grupo de compuestos inevitablemente tienen dos o más usos medicinales. Cuando se considera la novedad del uso médico de la invención médica reivindicada, es necesario considerar el estado de la técnica al momento de la presentación teniendo en cuenta la estructura, activación, correlación del compuesto o grupo de compuestos pertinente.

b. Cuando el uso medicinal de la invención se expresa en un concepto más específico del uso medicinal de la invención reivindicada, no se acepta la novedad de la invención.

c. Cuando el uso medicinal de la invención se expresa como concepto genérico del uso medicinal de la invención reivindicada y el uso medicinal de la invención se expresa como un concepto más específico, puede concebirse como estado de la técnica al momento de la presentación, por lo que no se acepta la novedad.

d. Cuando el uso medicinal de la invención reivindicada solo se expresa como un mecanismo recientemente encontrado en lugar del uso medicinal de la invención, se rechaza la novedad.

e. Cuando no hay diferencia entre los componentes y usos medicinales de la invención medicinal reivindicada y la invención citada, y el compuesto contenido en la invención medicinal se expresa definiendo los mecanismos de una parte del componente de la invención citada en una forma más hábil, la novedad de la invención es rechazada.

Cuando una invención médica reivindicada es definida por una forma de tratamiento médico, como una dosis a intervalos, una cierta dosis o similar, y es diferente de lo conocido, la invención reivindicada puede poseer novedad, cuando los usos medicinales aplicados a enfermedades específicas basadas en una propiedad específica de un compuesto o un grupo de compuestos se consideran diferentes:

a. cuando un experto en la materia puede distinguir claramente el paciente objetivo de la invención, ya que es claro que la invención medicinal reivindicada definida por el modo de tratamiento médico es particularmente efectivo para un paciente que tenga, por ejemplo, un tipo de genes en particular.

b. En la invención medicinal definida por el modo de tratamiento médico descrito, cuando un experto en la materia puede distinguir claramente las áreas tratadas de la invención de las previamente existentes, así como en caso en que una parte del tratamiento es diferente de la ya existente.

Debe tenerse en consideración que en una invención medicinal reivindicada, definida por un modo de tratamiento médico como la dosis a intervalos, cierta dosis o similar, la invención médica reivindicada, puede ser novedosa cuando un experto en la materia puede distinguir claramente la invención del estado de la técnica, en una dosis que refleje el tratamiento médico. (Tokio High Court Judgment Hei 13.2.28).

iii) Actividad Inventiva

Se expondrán ejemplos prácticos con relación a la evaluación de la Actividad Inventiva.

A. Relación entre el uso medicinal y el mecanismo de trabajo

Incluso si el uso medicinal de la invención reivindicada difiere del uso medicinal del estado de la técnica, cuando la relevancia del mecanismo de trabajo entre ambos ha derivado del estado de la técnica al momento de la presentación de la solicitud, en general se niega la actividad inventiva de la invención medicinal de la solicitud a menos que haya otras bases para inferir la actividad inventiva como un efecto ventajoso, o similar.

B. Conversión de una medicina para animales en medicina para humanos

Una invención medicinal reivindicada, derivada de la mera conversión de un compuesto o grupo de compuestos de una invención utilizada para el mismo tipo de enfermedades en animales, en una invención medicinal para humanos, en general no contiene actividad inventiva, incluso si no hay sugerencias en el contenido de estado de la técnica con relación a la conversión, a menos que haya otras bases para inferir la actividad inventiva como efecto ventajoso o similar. Lo mismo ocurre en caso contrario.

C. Medicina formulada por la combinación de dos o más componentes medicinales

Para solucionar un problema conocido por un experto en la materia, como un aumento en un efecto médico, o la reducción de un efecto secundario, frecuentemente se realiza la combinación de dos o más componentes medicinales para la optimización de resultados. Cuando esto sea lo único que diferencia la invención del estado de la técnica, la invención carecerá de actividad inventiva.

Por ejemplo, si la combinación pertinente corresponde a lo siguiente, en la mayoría de los casos, es razonable que un experto en la materia llegue con facilidad a la invención medicinal, por lo que se rechaza la actividad inventiva:

- combinación de componentes públicamente conocidos con trabajos similares,
- combinación de un componente mayor que posee problemas públicamente conocidos relacionados a la eficacia con un compuesto subordinado que públicamente tiene la habilidad de eliminar el problema,
- combinación de componentes públicamente conocidos que tengan efectos curativos correspondientes, para una variedad de síntomas que surgen de una enfermedad.

Por otra parte, la invención medicinal reivindicada definida por una combinación de dos o más componentes medicinales, cuando la combinación de los componentes es novedosa y se genera un efecto destacado generado por la combinación de dos o más compuestos o grupos de compuestos, la invención reivindicada puede contener actividad inventiva.

Aunque la medicina formulada por la combinación de dos o más componentes puede ser reivindicada como “droga para uso en la cura...”, “composición para uso en la cura...”, “... medicina curativa caracterizada por... y... combinadas...”. No hay diferencia fundamental en ninguno de los casos en la forma de evaluación.

- Invención medicinal definida por una forma de tratamiento médico como la dosis a intervalo, una dosis dada, y similares. Para el target “grupos de pacientes distinguidos”, para solucionar un problema conocido por un experto en la materia, como el aumento del efecto medicinal o la reducción de un efecto secundario, la optimización de la forma de uso de la medicina (por ej. Dosis en intervalos, dosis dada o similar) es de ejercicio ordinario la creatividad de un experto en la materia. Por lo expuesto, en caso de un efecto ventajoso en comparación con el estado de la técnica, la actividad inventiva es rechazada, incluso si la invención medicinal es novedosa en comparación con las invenciones existentes. Sin embargo, en el caso en que hay bases para inferir la actividad inventiva como un efecto ventajoso en comparación con lo conocido, subrayable sobre el estado de la técnica, se considera que la invención medicinal contiene actividad inventiva.

c. Ley de Patentes Sección 29

Una invención medicinal reivindicada y una invención descrita en el estado de la técnica se consideran sustantivamente idénticas si la diferencia constituye una diferencia menor (por ej. Adición, eliminación o reemplazo del arte conocido, sin generar nuevos efectos) en un medio creado para solucionar un problema, de forma que difiere únicamente en la fórmula de la dosis.

d. Ley de Patentes Sección 39

Cuando la invención de una solicitud anterior con un concepto genérico tiene relación con la invención de una subsiguiente solicitud con un concepto más específico, y en caso en que el asunto, para definir la solicitud subsiguiente sea divulgado en la solicitud anterior; siendo la invención de la solicitud anterior un concepto genérico se considera que tiene opciones de *ipso* en el rango de los asuntos divulgados, la invención de la solicitud subsiguiente es la misma que la invención de la solicitud anterior.

Luego, la Oficina de Patentes del Japón concluye las directrices con una variedad de ejemplos prácticos, los cuales ilustran los criterios a ser utilizados por el examinador, que a su vez deben ser respetados por el solicitante y nos ilustran a efectos de la interpretación de las reivindicaciones.

IV. CONCLUSIONES

A través del presente trabajo procuramos dar respuesta a la interrogante relativa a si es necesario que la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial emita directrices para la interpretación de las reivindicaciones, o por el contrario, que se mantenga la amplitud de criterio del examinador.

Las directrices, tal como hemos referido con anterioridad, constituyen lineamientos o pautas sobre las cuales debe basarse el solicitante para proponer su invención y el examinador al estudiar el documento de patentes.

Dichas directrices difieren en cada sistema, pero en definitiva lo particular es que los grandes de sistemas de patentes han decidido emitir directrices o guidelines.

Debemos preguntarnos entonces, por qué en estos sistemas han decidido poner ciertos criterios en conocimiento de las partes, ya sea del proponente como del examinador.

Lo cierto es que hoy en día, existe un voraz avance de la ciencia y la tecnología, y los campos de estudio se han tornado cada vez más específicos, por lo que las Oficinas de Patentes deben capacitar examinadores con conocimientos suficientes para comprender la invención propuesta, y a su vez los mismos deben poseer criterios de examen unánimes.

Las directrices vienen a nivelar las capacidades entre los examinadores de una misma oficina ya que constituyen referencias al momento de interpretar las reivindicaciones.

También contribuyen a mantener el nivel de la Oficina, ya que obliga a los miembros a actualizarse de acuerdo a los criterios de la misma, los cuales van evolucionando y mejorando.

Finalmente, constituyen una garantía para el solicitante, pues posee lineamientos para redactar el documento de patentes, de acuerdo a lo establecido por la oficina.

En definitiva, entendemos que sería favorable que nuestra oficina de patentes emitiera directrices para la interpretación de las patentes de invención, por las razones previamente expuestas.

Si bien nuestra oficina de patentes es relativamente pequeña, y existe una baja cantidad de solicitudes por año, entendemos que este tipo de normativa contribuye a una correcta aplicación del derecho y motiva a los actores a continuar especializándose en una materia de gran interés para la ciencia del derecho.

Una vez respondida nuestra primera interrogante de forma afirmativa, surge entonces la segunda, que es, ¿cuál es el modelo a adoptar por nuestro sistema?

Para ello, analizamos las experiencias de cuatro de los sistemas con mayor desarrollo en materia de patentes. En cuanto a la investigación realizada, se estudiaron los documentos originales emitidos por cada una de las oficinas de patentes. Ello implicó una aproximación particular a estos sistemas ya que de las directrices se desprende la concepción que cada país tiene del tema.

Las directrices emitidas por la **European Patent Office** se caracterizan por su generalidad, ya que no existen reglas particulares en cuanto a las patentes farmacéuticas, sino que las normas generales deben adaptarse a las situaciones concretas, de acuerdo a los principios esgrimidos por la oficina. El solicitante, entonces, deberá procurar comprender la totalidad del sistema y la redacción de la totalidad del documento de patentes, para lograr adecuarse a los lineamientos propuestos.

Es un sistema amplio, de principios sólidos que apunta a una forma de redacción de las reivindicaciones y su posterior interpretación, más allá de las particularidades de cada materia.

La EPO ha tenido una gran influencia en la región, pues ha sido la referencia a seguir por estos países, los cuales prácticamente han adoptado sus principios como referentes.

Tal es así que en el desarrollo del trabajo se hizo referencia a la normativa argentina - país que también ha emitido directrices- debido a la relación cercana y la afinidad jurídica con nuestro país. Si bien el desarrollo de las investigaciones, y en consecuencia, los patentamientos en la República Argentina han aumentado en los últimos años, distan de ser las potencias que significan el resto de los países analizados.

El sistema del **Reino Unido**, por su parte, tiene varias similitudes con el sistema de patentes de la European Patent Office, a pesar de conservar su autonomía con relación a ciertos criterios.

Las directrices examinadas referentes al mencionado país se dividen en tres capítulos. Por una parte las reivindicaciones de uso médico primario; a su vez existe un minucioso análisis de las reivindicaciones de uso médico secundario o "Swiss type", que debido a la relevancia que posee el tema, su estudio se hace más que necesario. Finalmente la United Kingdom Patent Office dedica un capítulo a las reivindicaciones de composiciones farmacéuticas.

Todas ellas son estudiadas en detalle, citando casos precedentes e informando la opinión de la Oficina de Patentes y de los órganos de alzada.

Consideramos que las directrices de la oficina del Reino Unido son de utilidad, en la medida que sean estudiadas en el marco de la reglamentación de la EPO, a pesar de las diferencias ya mencionadas. Existe una armonía con el sistema de patentes europeo que facilita la tarea del proponente a la hora de redactar una reivindicación.

La **United States Trademark & Patent Office (USPTO)**, es uno de los polos de referencia en el tema de las patentes de invención, si bien su sistema posee grandes diferencias al adoptado por la EPO y por consiguiente el sistema uruguayo de patentes de invención. Si bien no es el objetivo de este trabajo comprender las particularidades de la USPTO (aunque resulta particularmente interesante), debemos reconocer el detalle con el cual se ha reglamentado el tema, y la influencia mundial que ha generado.

En cuanto a las directrices para la interpretación de las patentes farmacéuticas, la USPTO emitió un documento en el cual se establecen los lineamientos para los temas más generales, como ser la Unidad de Invención, patentes dependientes e independientes, etc. Es decir, existen parámetros para interpretar ciertos conceptos. A su vez, la Oficina se detiene en proporcionarle tanto al examinador como al solicitante, referencias de ejemplos prácticos que serán útiles al momento de estudiar el tema, proporcionando la visión judicial y administrativa del tema planteado.

De todas formas, la USPTO no se detiene a analizar el lenguaje ni las expresiones utilizadas específicamente en cuanto al área farmacológica, más allá de alguna particularidad. Sí se refiere a la materia patentable y apunta a ayudar a dilucidar qué es objeto de patentamiento, sin abundar en detalles gramaticales.

Finalmente, elegimos como objeto de estudio la **Oficina de Patentes de Japón**. Nos asisten varias razones para la elección de la mencionada oficina, comenzando por su importancia a nivel mundial, siendo uno de los países de mayor producción de patentes. Además, resulta particularmente interesante estudiar un sistema jurídico tan ajeno a lo normalmente conocido en nuestra región, por lo que el desconocimiento en sí mismo significó una razón para estudiar la Oficina de Patentes Japonesa.

Como resultado del estudio de las directrices de la Oficina de Patentes Japonesa con relación a las reivindicaciones de patentes farmacéuticas, debemos resaltar el detalle de la regulación. Evidentemente la Oficina

no desea que nada esté librado al azar y por lo tanto ha procurado abarcar todas las hipótesis posibles en materia de patentamiento de tales materiales o sustancias.

Encontramos entonces, que esta oficina se detiene en la redacción de las reivindicaciones, en las palabras a utilizar, en la combinación de las mismas, en los requisitos de patentabilidad, etcétera. Todo regulado al extremo detalle. Al punto que al final del documento de directrices se encuentran varios ejemplos teóricos llevados a la práctica para “facilitar” la tarea del examinador.

La inquietud que nos surge es justamente si tal estrechez en la interpretación de las reivindicaciones favorece la tarea de los actores. A nuestro entender, si bien en una primera instancia nos parece positivo, en el sentido de que la tarea del examinador debe limitarse a establecer si se respetaron las directrices, probablemente sea más acertado dejar mayor discrecionalidad al examinador y al solicitante en la redacción de las reivindicaciones.

Evidentemente estas directrices deben interpretarse en el marco del sistema japonés, muy diferente al nacional. Resaltamos entonces, habernos adentrado en un sistema jurídico tan diferente a los normalmente conocidos.

En conclusión, tras un análisis de las directrices de los sistemas seleccionados, consideramos que el sistema más adecuado, de acuerdo a la realidad uruguaya y su normativa, es el adoptado por la Oficina Europea de Patentes.

Esta conclusión se fundamenta, en primer término, en razones de orden lógico, por la conocida similitud de las normas de estos sistemas. En Latinoamérica se ha adoptado el modelo europeo, y ello se traduce en la legislación, en las Oficinas de Patentes, en la formación de los examinadores y los modelos a seguir. Existe una marcada influencia de la European Patent Office que se debe respetar.

Asimismo, compartimos el criterio amplio adoptado por la EPO que otorga cierta discrecionalidad al examinador y al solicitante al redactar el documento, proporcionándoles, a su vez, los elementos necesarios para que desarrollen una correcta tarea.

En síntesis, como conclusión final del trabajo, proponemos que nuestra Oficina de Patentes adopte el modelo de directrices para la interpretación de las reivindicaciones propuesta por la EPO, adaptadas a nuestro sistema jurídico y a nuestra realidad social.

BIBLIOGRAFÍA

CABANELAS, Guillermo. "Derecho de las Patentes de Invención", Tomo I y II, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001.

BREUER MORENO, P.C. "Tratado de Patentes de Invención", Volumen. I y II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1957.

CORREA, Carlos. "Derecho de Patentes. El Nuevo Régimen de las Invenciones y los Modelos de Utilidad", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

BUGALLO MONTAÑO, Beatriz. "Patentes de Invención, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales. Ley Nº 17.164 - Análisis Exegético", F.C.U., Montevideo, 2001.

BERCOVITZ, Alberto. "Las Reivindicaciones de la Patente de Invención". Revista de Derecho Nº 47, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 1993.

RIPPE, Siegbert. "La Propiedad Industrial en el Uruguay", F.C.U., Montevideo, 1992.

PRESSMAN, David. "Patent it Yourself", 8th Edition, Richard Stim Editor, U.S.A., 2000.

DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth. "Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development", Palgrave Mac Millan Editors, New York, 2002.

European Patent Office. "Case Law of the Board of Appeal of the European Patent Office". 4th Edition, 2001.

HERCE-VIGIL, José Luis. "La documentación de patentes como fuente de información tecnológica", 1992.

Guidelines for Examination in the European Patent Office, Febrero 2001.

Japan Patent Office. "Examination Guidelines for Inventions in Specific Fields". www.jpo.go.jp 19/01/2006.

United States Patent and Trademark Office. "Patent Examination Policy - Enablement of Chemical/ Biotechnical Applications". www.uspto.gov 19/01/2006.

Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de la República Argentina. Directrices para el examen de Fondo - Parte C". www.inpi.gov.ar 19/01/2006.

European Patent Office. "Guidelines for Substantive Examination - Part C". www.european-patent-office.org 19/01/2006.

The United Kingdom Patent Office. "Examination Guidelines for Patent Applications relating to Medical Inventions in the UK Patent Office (March 2004)". www.patent.gov.uk 19/01/2006.

SONNENFELD, Keneth; WITTMAYER, Paula. "Broader Patent Claims for the Pharmaceutical and Biotech Industry", Pharmatech Business Briefing, 2003.

FURIER, Marianne. "Patenting Pharmaceutical Compositions, their manufacture and therapeutic use. Strategic issues", Intellectual Property Technology Law, 2002.

MELETHIL, Srikumaran. "Patent Issues in Drug Development: Perspectives of a Pharmaceutical Scientist-Attorney", The AAPS Journal 2005. www.aapsj.org 24/01/2006.

Ladas & Parry LLP. "Chemical & Biochemical Practice at the EPO". www.ladas.com 24/01/2006



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- **Belloq, Pedro** - *“Diferencias entre el abandono voluntario y la separación de hecho como causales de divorcio y separación de cuerpos”*
- **Trías, Ana** - *“Protección al consumidor en el comercio electrónico”*

DIFERENCIAS ENTRE EL ABANDONO VOLUNTARIO Y LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSALES DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE CUERPOS

PEDRO BELLOCQ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. GENERALIDADES ACERCA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO. III. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE ABANDONO VOLUNTARIO. IV. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos convoca aparenta ser muy específico, pero inevitablemente trae como música de fondo otras cuestiones de índole política. Uno de estos temas es la eterna polémica del papel que juega el Estado en cuanto al fomento de la familia en el seno de una sociedad. Uruguay siempre se ha caracterizado por ser un país con una profunda tradición familiar. No en vano el artículo 40 de la Carta Magna dice que “*la familia es la base de la sociedad*”.

En esta ocasión, se hará un estudio comparativo de dos causales que configuran los institutos de la separación de cuerpos y del divorcio. Luego de estudiar el concepto jurídico de ambas causales, sus fundamentos y requisitos, se profundizará en la polémica de la legitimación activa para iniciar estas acciones civiles. El trabajo no pretende ser un estudio teórico sino que intentará proyectar sus conclusiones al campo de la praxis.

A) Ubicación del tema

Las dos causales referidas están consagradas en los numerales 8 y 9 del art. 148 del Código Civil en sede del instituto de la separación de cuerpos. Pero hay que tener presente que el art. 187, que regula las causales del divorcio, se remite en su primer numeral a las diez causas del artículo 148. Quiere decir, que lo que se diga con respecto a estas dos causales será aplicable indistintamente para los dos institutos del derecho de familia.

Nuestro ordenamiento prevé dos formas de disolver el vínculo matrimonial, siendo el divorcio una de ellas; la otra, es la muerte de uno de los cónyuges.

Los institutos de la *separación de cuerpos* y el *divorcio* tienen en común que las dos figuras intentan dar solución al mismo problema: la falta de afecto entre los cónyuges o las desinteligenacias que hacen imposible o indeseable la convivencia¹. Las principales diferencias que existen entre ambos institutos son en cuanto a sus efectos. El divorcio apareja la disolución de la relación jurídica matrimonial con todo lo que ésta trae consigo, mientras que la separación de cuerpos no disuelve el vínculo matrimonial. Por lo tanto, en este último caso, siguen vigentes los deberes matrimoniales, excepto el de cohabitación. Asimismo existen diferencias en cuanto a las vías procesales para el progreso de cada figura: mientras la separación de cuerpos sólo tiene lugar por las causales enumeradas en el art. 148 del C.C., en el divorcio además de la posibilidad de impetrarlo por las mencionadas causales, existen tres vías especiales: mutuo consentimiento, sola voluntad de la mujer y conversión de la sentencia de separación de cuerpos en una de divorcio.

1. Varela de Motta, María Inés, “Manual de Derecho de Familia”, Montevideo, F.C.U., 1998, pg. 141.

La separación de cuerpos es una figura que lamentablemente tiene muy poca aplicación práctica en nuestro país. Considero que encuentra su fundamento último en la naturaleza del hombre, que necesita tiempos y espacios para tomar decisiones trascendentes. Puede ser muy efectivo para parejas que están pasando por un mal momento, pero que todavía no quieren tomar una decisión tan radical como es la del divorcio. Máxime teniendo en cuenta las consecuencias desfavorables que puede generar esta última opción en el núcleo familiar, especialmente en los hijos.

En cuanto a la evolución del divorcio, brevemente se puede decir que NARVAJA, al redactar el Código, previó este instituto del derecho de familia, pero no tal como lo entendemos hoy en día. Tan es así que para hacerse una idea, el divorcio de aquella época se asemejaba más a la actual figura de la separación de cuerpos.

En 1907 se promulgó la primera ley de divorcio propiamente dicho, en la que se admitían solamente unas pocas causales. En este mismo cuerpo normativo, se incluyó además, el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

En 1913 se sancionó la ley que preveía el divorcio por sola voluntad de la mujer. Y en 1914 se unificaron las causales de separación de cuerpos y de divorcio, haciéndolas comunes. En ese mismo año se redactaron las causales del actual art. 148 del Código Civil, con excepción de las dos últimas, que se incorporaron a través del decreto ley 14.766 de 1978.

II. GENERALIDADES ACERCA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

El art. 187 del Código Civil prevé tres vías por las cuales se puede llegar al divorcio: el divorcio por causal, por mutuo consentimiento de los cónyuges, y por la sola voluntad de la mujer. El art. 185 consagra la cuarta vía, consistente en la conversión de una sentencia de separación de cuerpos en una de divorcio.

La doctrina ha dividido las causales de divorcio en dos especies: divorcio sanción y divorcio remedio.

El *divorcio sanción* es el que se decreta como consecuencia de la conducta culpable asumida por alguno de los cónyuges, siendo este instituto la vía que el derecho ofrece para castigar al infractor. Como dice PLANIOL, los hechos que no puedan atribuirse a falta del cónyuge demandado no pueden ser invocados en este sistema como causa de divorcio.² El autor argentino MAZZINGHI dice que este tipo de divorcio procede cuando uno de los esposos, o ambos, incurran en hechos ilícitos, al violar las obligaciones personales que les son impuestas por la ley. El ejemplo paradigmático de divorcio sanción es el que se inicia por el adulterio de uno de los cónyuges.

El *divorcio remedio*³, como su propio nombre lo indica, está destinado a solucionar el problema que se da cuando el matrimonio no cumple uno de los fines para el cual se constituyó. A diferencia de lo que sucede en los supuestos de divorcio sanción, en estos casos, no tiene por que haber culpa de uno de los cónyuges, ni una conducta ilícita de ninguna naturaleza. Simplemente, ante determinada situación de hecho, como puede ser la incapacidad mental de uno de los cónyuges, la vida de consuno se torna muy difícil, y uno de los remedios legales es optar por el camino del divorcio.

Evidentemente no es este el momento de analizar si el divorcio es remedio más justo y eficaz para la familia que tuvo la desgracia de tener un inconveniente de esta naturaleza. Siguiendo con el ejemplo anterior -y siendo concientemente simplista-, probablemente el divorcio no sea una solución para el cónyuge insano. Habrá que estar al caso concreto, pero entiendo que la vía de la ruptura del vínculo matrimonial no siempre tiene que ser la mejor solución para todos los integrantes de la familia. Las partes y los abogados deberán manejar al divorcio como una de las tantas opciones para solucionar el problema.

La trascendencia de esta clasificación está, más que en el plano dogmático, en el campo probatorio. En los casos en que se configura un divorcio remedio, la jurisprudencia ha entendido que, a la hora de valorar los medios probatorios ofrecidos por los litigantes, se debe ser menos riguroso que cuando se está frente a un caso de divorcio sanción. Esto es lo que viene a decir el Trib. Flia. 1º, Sent. N° 56, 23-3-1993. "*Encontrándose en un supuesto de divorcio remedio, si bien no es posible caer en el extremo que implicaría la no exigencia de prueba de la causal invocada fundándose en un pretendido interés social, cabe ser apreciada con criterio de amplitud o flexibilidad*".⁴

2. Planiol, Tratado, T. II, pg. 410 y ss (Citado por Varela de Motta en obra citada.)

3. Utilizamos el eufemismo "*divorcio remedio*" porque es la expresión más difundida en doctrina, pero aclaro que el divorcio en sí, nunca es un remedio definitivo.

4. Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, N° 3, "Divorcio", Montevideo, F.C.U., 1998, pg. 62 y ss.

En esta misma línea así lo expresa el Trib. Flia. 1º, Sent. N° 49, 20-12-89: *“La causal de divorcio de la separación por más de tres años encuadra dentro de un típico caso de divorcio remedio, lo que implica que no debe llegarse a severizar el examen de la prueba exigiendo una rigurosidad en la fecha de separación (...).”*⁵

Empero como advierte al respecto el Trib. Civil 5º, Sent N° 20, 29/2/1998: *“La tesis del divorcio remedio que en el ámbito de la valoración de la prueba se traduce en un criterio de amplitud o flexibilidad en la apreciación de los elementos de convicción (...), no pueden legitimar una verdadera franquicia probatoria de las reglas sobre el onus probando establecidos en el art. 329 del C.P.C.”*⁶ Esto mismo es lo que viene a decir la Sent. N° 145, 15-8-2001: *“Si bien en la materia la jurisprudencia valora la prueba en forma amplia ello no conlleva a un grado de flexibilidad tal que se aparte de los principios básicos del proceso. En consecuencia, rigen en su totalidad los arts. 139 (carga de la prueba), 140 (regla de valoración acorde a la sana crítica), 141 (regla de la experiencia común) del CGP.”*⁷

Para el estudio de las causales del abandono voluntario y de la separación de cuerpos por más de tres años, viene como anillo al dedo lo que se acaba de desarrollar, porque la primera causal refiere a uno de los casos de divorcio sanción, y la segunda a un caso de divorcio remedio.

Por último, es preciso que recalcar con respecto a esta clasificación que, lejos de ser una división intrasendente, será uno de los fundamentos de fondo en que se apoya nuestra tesis en cuanto al tema de la legitimación activa.

III. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE ABANDONO VOLUNTARIO

El acápite del art. 148 dice: *“La separación de cuerpos sólo puede tener lugar”*: (...) y su 8º numeral agrega: *“Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años.”*⁸

A) Concepto

En doctrina y jurisprudencia se han desarrollado diferentes conceptos del abandono voluntario como causal de la separación de cuerpos y de divorcio. En el libro *“Familia y derecho”*, de los autores nacionales RIVERO, RAMOS, y MORALES, se define esta causal expresando que consiste en el alejamiento del hogar con la intención de sustraerse a los deberes conyugales. Mediante este concepto, intentan recalcar el elemento de la culpabilidad que se da en el cónyuge que abandona el hogar.⁹

5. A.D.C.U. Tomo XX, pg. 87.

6. Cuadernos ... cit, pgs. 62 y ss.

7. Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXXII, pg. 179 y ss.

8. Para facilitar al lector transcribimos el art 148.

La separación de cuerpos sólo puede tener lugar:

1º Por el adulterio de cualquiera de los cónyuges.

2º Por la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria.

3º Por sevicias o injurias graves del uno respecto del otro. Estas causales serán apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación y condición del cónyuge agraviado.

4º Por la propuesta del marido para prostituir a la mujer.

5º por el conato del marido o el de la mujer para prostituir a sus hijos y por la connivencia en la prostitución de aquellos.

6º Cuando hay entre los cónyuges riñas y disputas continuas, que les hagan insoportable la vida común,

7º por la condenación de uno de los esposos a pena de penitenciaría por más de diez años.

8º Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges siempre que haya durado más de tres años.

9º Por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.

10º Por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente e irreversible (artículos 431 y siguientes en cuanto sean aplicables) y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que haya quedado ejecutoriada la sentencia que declaró la incapacidad.

b) Que, a juicio del Juez, apoyado en dictamen pericial, la enfermedad mental sea de tal naturaleza que racionalmente no pueda esperarse el restablecimiento de la comunidad espiritual y material propia del estado de matrimonio.

Ejecutoriada la sentencia, el cónyuge o ex cónyuge en su caso deberá contribuir a mantener la situación económica del incapaz, conjuntamente con todos los demás obligados por ley a la prestación alimenticia según las disposiciones aplicables (artículos 116 y siguientes).

9. Rivero, Ramos y Morales, *“Derecho y Familia”*, Montevideo, F.C.U., 2004, pg. 275.

MAZZINGHI resalta que esta causal constituye un incumplimiento del deber de cohabitación que les impone el derecho, y aclara que dicha actitud debe revelar, por parte del cónyuge a quien se atribuye la causal, una intención definitiva de apartarse de la convivencia con el otro.¹⁰

Hay quienes dicen que para que se configure la causal de abandono voluntario, es imprescindible que uno de los cónyuges se ausente *materialmente* del hogar, sin que sea suficiente que haya un abandono espiritual.

No opina de la misma forma DORAL, quien basándose en la opinión de LACRUZ BERDEJO, afirma que el abandono debe ser entendido como la realización de actos que impliquen la sustracción a los deberes conyugales, aun cuando no haya dado lugar a la ausencia material de uno de los cónyuges. Estos prestigiosos autores creen que el abandono no solo se configura cuando uno de los esposos se va del hogar, sino también cuando hay un abandono moral, aunque el infractor permanezca en su domicilio. Esta concepción amplia del abandono no ha sido recogida por nuestra jurisprudencia, pero no por ello hay que descartarla *ab-initio*. En efecto, tomando en cuenta el fundamento de esta causal, se entenderá la lógica de este planteo.¹¹

Lo único que se quiere remarcar con respecto a la conceptualización de esta causal, es que todos los autores citados califican de doloso al hecho de que uno de los consortes abandone su hogar.

B) Fundamentos

La justificación del abandono voluntario como causal de la separación de cuerpos y del divorcio radica en que este hecho supone, en la generalidad de los casos, un incumplimiento de los deberes conyugales. En efecto, a través de él no sólo se está contraviniendo el deber de convivencia que establece la relación matrimonial, sino que también se están incumpliendo otros deberes tales como el de auxilios recíprocos, débito conyugal, asistencia, contribución a los gastos del hogar, etc.¹²

Ante un caso de abandono voluntario, el derecho castiga al infractor haciéndolo pasible de un juicio de divorcio. ¿Ahora bien, desde el punto de vista de la persona que el derecho supuestamente castiga, será realmente visto como una pena o más bien como una solución a su problema? ¿Será un castigo teniendo presente que, en el supuesto de sentenciarse el divorcio, el que abandona su hogar readquiere la aptitud nupcial? Quizás lo que quería esta persona, y por eso seguramente abandonó a su familia, era desentenderse de esa relación que le traía ciertas cargas, y con esta solución podría estar alcanzando la finalidad que se había propuesto. Tampoco queremos hacer de esto una valoración crítica de lo que ha establecido el legislador, sólo planteamos algunas interrogantes para que el lector reflexione a la hora de asesorar a un cliente.

C) Requisitos

La doctrina nacional reconoció tres requisitos o elementos que se deben dar para estar ante un supuesto de la causal 8° del art. 148.

En primer lugar, hay un elemento material que no es más que el *“abandono (...) del hogar que haga uno de los cónyuges”*. Como ya se dijo, la jurisprudencia se ha inclinado por considerar al abandono como una ausencia material del hogar, dejando al margen la interpretación de DORAL y LACRUZ BERDEJO.

Resulta interesante analizar el contenido de la palabra abandono. Este concepto, utilizado por el legislador de forma *peyorativa*, da a entender que no se trata de una simple partida. Algunos autores dicen que para que haya abandono, debe existir un ánimo de no querer volver más al hogar, aun teniendo la posibilidad de hacerlo. La causal se configura por medio de una decisión unilateral, sin el consentimiento del otro cónyuge. El que se va, lo hace para desentenderse de una vez por todas de un vínculo que no está cumpliendo con una de sus finalidades que es la felicidad de los cónyuges. Abandonar un hogar implica desligarse de todos los deberes, y no sólo del deber de cohabitación.

El segundo requisito refiere al fuero íntimo de la persona que se va de la casa, y consiste en que ese abandono debe ser *“voluntario”*. No basta con que uno de los esposos se ausente del hogar, sino que debe hacerlo de forma intencional, arbitraria, y sin una causa que lo justifique.

Por ejemplo, no estaríamos frente a un caso de abandono voluntario cuando un cónyuge es enviado a prisión, ni tampoco cuando el marido se va con el consentimiento de su pareja a una misión internacional de

10. Mazzinghi, “Derecho de Familia”, Tomo 3, Bs. As. Ed. Astrea, 1996, pg. 140.

11. Rivero et al ... Ob. cit., pg. 275.

12. Rivero et al ... Ob. cit., pg. 275.

paz en el extranjero. Estas situaciones operan como causas de justificación e impiden que se concrete el divorcio o la separación de cuerpos. De todas formas habrá que analizar las circunstancias concretas. Una sentencia de la Cámara I Civil y Comercial de La Plata (Argentina), entendió que existía voluntariedad en el caso de un ciudadano británico que partió para combatir en la Segunda Guerra Mundial. “*El enrolamiento en las fuerzas armadas de su país para participar en un conflicto bélico, aun cuando no medie obligación de hacerlo, puede asimismo constituir abandono voluntario pero no malicioso*”.¹³

En estos casos el magistrado deberá analizar cuál fue la razón que llevó a la ausencia de uno de los cónyuges de su hogar. No es lo mismo que una persona se ausente de su hogar con el consentimiento de su consorte para obtener un mayor ingreso económico y así mejorar el nivel de vida de la familia, que una persona que huye inesperadamente, sin dar noticia, porque no soporta más la vida en común con su pareja.¹⁴

Otra causa de justificación puede ser la enfermedad –con ciertas características objetivas– del cónyuge abandonado. Supongamos un caso en que el médico le recomienda al cónyuge sano que se vaya del hogar con sus hijos porque sus vidas corren riesgo si no lo hacen de inmediato. De todas formas, para no incumplir los deberes propios del matrimonio, quien adopte esta actitud, deberá tomar las medidas destinadas a la protección y curación del enfermo.¹⁵

Con respecto a los motivos laborales como causa de justificación, MAZZINGHI dice que la valoración de este supuesto debe hacerse en concreto, esto es, apreciando en cada caso, si la necesidad laboral que impone dejar el hogar conyugal es insoslayable, y si de su aceptación depende que la familia cuente con los medios de subsistencia indispensables. Y ejemplifica señalando que el deseo de progresar en un carrera, de conseguir una promoción, no son causas aceptables para alejarse del hogar sin la conformidad del otro cónyuge.¹⁶ Aclaramos pues, que si se cuenta con el consentimiento del otro cónyuge, por supuesto que no se incurre en la conducta exigida por la causal.

El tercer requisito implica que el abandono del que se viene hablando debe prolongarse por “*más de tres años*.” Pero, ¿qué sucede cuando ese abandono no alcanza los tres años exigidos por la ley? Lo primero que se debe decir, es que si no se llega al tiempo requerido, no se estará ante un supuesto del numeral 8º, porque la ley no da lugar a ninguna duda. La doctrina y jurisprudencia han sorteado este obstáculo entendiendo que esta situación puede constituir un supuesto que se castigue por la causal de injurias graves. De elegir este camino, el actor deberá acreditar los tres requisitos necesarios para que se de la causal de injurias, es decir: cierta gravedad en las mismas, el “*animus injuriandi*” y una debida relación entre las supuestas injurias y la educación y condición del cónyuge agraviado.

Ahora bien, el abandono por sí sólo no configura una conducta injurianta, ya que el concepto de injuria del inciso 3º del art. 148 del Código Civil se refiere a hechos u omisiones de índole moral, y se configura siempre que se violen en forma voluntaria los deberes emergentes del matrimonio: fidelidad, socorro, asistencia, respeto mutuo, etc.¹⁷ ZANNONI dice a este respecto que injuria es la ofensa o menoscabo de un cónyuge a otro.¹⁸

Veamos cómo se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto. El Trib. Flia. 2º, Sent. N° 238, 11/11/98, dijo que: “*El abandono del hogar configura una situación de injuria sólo en muy especiales circunstancias, porque en principio, por sí solo no constituye conducta injurianta, y por lo tanto es así que la ley lo considerara causal de divorcio si se prolonga por más de tres años.*”¹⁹

En esta misma línea, el Trib. Flia. 1º Sent. N° 99, 14/6/95 dijo lo siguiente cuando el actor quiso hacer valer su pretensión de divorcio basándose en la causal de injurias graves: “*Es necesario que exista un sufrimiento moral y un ánimo de ofender, los que deberán ser apreciados por el juez, para que se configure esta causal de divorcio.*”

En el caso a estudio, dice el tribunal- el cónyuge, si bien se retiró de la finca asiento del hogar conyugal, no lo hizo en forma intempestiva ya que luego de una discusión con su cónyuge llamó a su hija y fue a convivir con ella.

13. Mazzinghi, Ob. cit. pg. 147

14. Aprovecho esta referencia a la aplicación de esta causal en Argentina, para decir que la legislación de dicho país da un paso más, y aparte de exigir que el abandono sea voluntario, y que se prolongue por un determinado tiempo, también dice que debe ser *malicioso*.

15. Mazzinghi, Ob. cit. pg. 146.

16. Mazzinghi, Ob. cit. pg. 146 y ss.

17. Grompone, Divorcio, pg. 63.

18. Zannoni, “Derecho y Familia”, T. II, Buenos Aires, Astrea, 2002 pg. 86.

19. Cuadernos del Anuario..., Ob. cit., pg. 14.

Existió por consiguiente una indudable causa que permite inferir que la demandada tenía razones para abandonar la finca y del hecho revelado no surge que haya habido intencionalidad de ofender al cónyuge, ni que haya significado ello un ataque al honor y dignidad del esposo. Por lo que no se hará lugar al divorcio por la causal de injurias graves."

En este otro caso, el tribunal confirmó la desestimación de la pretensión de divorcio. El hecho pretendidamente injuriante consistió en el simple abandono del hogar conyugal por parte del marido a los dos meses de celebrado el matrimonio. *"Para que la actitud del abandonante pudiera considerarse injuriosa y eventualmente pasible de fundar la causal del num. 3º del art. 148, es preciso que esté acompañada de circunstancias que evidencien un propósito menoscabante por parte de quien abandona. (...) De otro modo el precepto del num. 8º -es decir el del abandono voluntario- podrá burlarse fácilmente invocando un abandono que no cumple con el requisito temporal al que, indebidamente, se le atribuye el carácter de injuriante. Por lo que el Tribunal en mayoría confirmará la sentencia apelada."*²⁰

Será labor del juez determinar si dicha conducta entra o no en la causal de injurias consagrada en el numeral 3º del art. 148. El lector seguramente ha notado cómo se cumple lo que se ha anunciado anteriormente, en el sentido que en los casos de divorcio sanción los jueces son más estrictos con las exigencias probatorias. Los jueces pretenden con esta mayor exigencia en las pruebas que las partes no intenten llegar por medios indirectos, a un resultado que el legislador quiso evitar.

Por último, se puede decir que en el caso del abandono voluntario, a diferencia de la causal prevista en el num. 9º del 148 que se estudiará en breve, el legislador no prescribió expresamente que el abandono por más de tres años debía ser ininterrumpido. Sin embargo la doctrina ha entendido que, a pesar de que la norma legal no lo prevé, este requisito también se exige. Por lo tanto, si se interrumpe el abandono, y luego se reanuda, el plazo de tres años comienza a contabilizarse a partir de la última infracción. Igualmente quien tiene la última palabra para apreciar estas circunstancias particulares, será el magistrado.

D) Legitimación activa

Para estudiar el tema de la legitimación activa es necesario tener presente principalmente dos preceptos del Código Civil: los arts. 148 y 149. El primero de ellos enumera las causales del instituto de la separación de cuerpos que, como se dijo, se hacen extensivas al del divorcio por el art. 187 num.1º. El segundo artículo mencionado, es decir el art. 149, se refiere al tema de la legitimación activa.

Dice el comienzo del art. 148: *"La separación de cuerpos sólo puede tener lugar"*, y luego comienza con la nómina de los diez numerales. En el mismo sentido el art. 187 dispone que: *"El divorcio sólo puede pedirse"*. Lo que se pretende dejar en evidencia con estas citas, es que el legislador quiso que ambos institutos procedan exclusivamente en los casos previstos por la ley. Luego de una simple y parcial lectura de los artículos mencionados, se desprende con claridad la *ratio legis* de ambas normas, en el sentido de que no cualquier supuesto de hecho puede dar lugar a un divorcio o a una sentencia que decrete la separación de cuerpos.

Por lo tanto, no será una tarea sencilla defender una interpretación extensiva con respecto a la legitimación activa de ambas acciones, porque a primera vista la ley no da lugar a dudas: si se está dentro de un supuesto previsto por la ley, se tiene la posibilidad de iniciarlas, pero si no se está ante un supuesto previsto, no se tendrá dicha posibilidad.

El art. 149 dice: *"La acción de separación de cuerpos no podrá ser intentada, sino por el marido o por la mujer; pero ninguno de los cónyuges podrá fundar la acción en su propia culpa."* La primera parte de la norma refiere al carácter personalísimo que revisten estas acciones. La segunda parte alude al tema en cuestión señalando que, en principio, los dos cónyuges tienen legitimación, pero luego dice que en ningún caso podrán invocar un hecho culposo para acreditar la configuración del abandono voluntario.

En definitiva, el problema radica en analizar si los dos cónyuges tienen legitimación activa o sólo uno de ellos, y en este último caso en decidir quién.

En doctrina nacional, hay quienes sostienen que ambos cónyuges –incluso el que abandonó el hogar– son los que están legitimados para iniciar las acciones civiles. Como se verá, esta postura carece de sustento legal. Probablemente esta interpretación responda a la concepción del matrimonio que tengan dichos autores. Hacen primar el *libre albedrío* para disponer del vínculo matrimonial, sobre la *indisolubilidad* del mismo.

20. Cuadernos del Anuario..., Ob. cit., pg. 15.

Considero que esta postura no es correcta. La ley dice que quien cometió un hecho culposo, luego no lo puede hacer valer como supuesto de hecho que configure la causal de abandono voluntario. Por lo tanto, resta despejar una sola incógnita: ¿el abandono que hace uno de los cónyuges, es o no un hecho culposo? Si se concluye que sí lo es, la discusión quedará zanjada.

Sobre este punto ya se ha hecho referencia, y la doctrina más recibida valora con el calificativo de **culposo** al hecho mencionado. Esto no responde a un capricho doctrinario, sino a una visión lógica de lo que lleva consigo abandonar un hogar de forma voluntaria y por un lapso mayor a tres años.

¿No será *negligente* esta conducta teniendo en cuenta el futuro del núcleo familiar y en especial el de los hijos? ¿No será *imprudente* irse de su hogar sin el consentimiento de los demás miembros de la familia, y sin una razón que lo justifique? ¿No será una mala opción huir teniendo en cuenta las inevitables consecuencias que puede traer aparejado? ¿Qué es todo esto sino la constatación de no una, sino múltiples actitudes culposas?

Dado que estamos frente a una conducta culposa, es ineludible concluir que quien abandona el hogar no está habilitado para iniciar las acciones de divorcio y separación de hecho por esta causal e invocando dicho acto culposo. Por supuesto que ello no es obstáculo para que el culpable de un abandono pueda pedir, por ejemplo, el divorcio por adulterio si se entera de que a los dos meses de su partida su mujer le fue infiel. Pero la vía del numeral 8° está cerrada.

La solución legislativa tiene una razón de ser. No se quiere que el que realiza un acto culposo o doloso, a pesar del incumplimiento de los deberes conyugales, tenga la posibilidad de desentenderse de la relación matrimonial. En todo caso, la opción de tomar el camino del divorcio estará en manos del abandonado. El hecho de que quien abandona su hogar no esté legitimado para iniciar las acciones, es una sanción –aparentemente muy lógica– que le impuso el legislador, y como tal debe ser respetada.

IV. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

El numeral 9 del art. del 148, prevé como causal de separación de cuerpos y de divorcio: *“la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.”*

A) Concepto

Esta causal es uno de los claros ejemplos de *divorcio-remedio*. GROMPONE caracteriza a la separación de hecho, como aquella por la cual: a) cesa la cohabitación, es decir que se acaba con la vida de consuno, b) es resuelta por la voluntad de uno o de ambos cónyuges, c) no está obligada por una decisión judicial, y d) que dicha separación se haya prolongado ininterrumpidamente por tres años.²¹

RIVERO, RAMOS Y MORALES, recogen un concepto de separación de hecho que hace énfasis en el aspecto subjetivo, es decir en el ánimo de los cónyuges. Recogen la opinión al respecto de PUIG BRUTAU, quien afirma que el simple alejamiento físico de los cónyuges no implica el cese efectivo de la convivencia conyugal, sino que resulta necesario que el mismo haya tenido lugar con la intención de interrumpir la vida en común, ya que lo fundamental es la intención, el *ánimus*, constituyendo la separación física, el *corpus*, solamente su manifestación material.²²

LACRUZ BERDEJO opina de la misma forma, señalando que el elemento trascendental es el subjetivo – el *“ánimus separationis”* –, ya que si existe la separación material y los cónyuges habitan en diferentes lugares pero subsiste la *affectio* entre los cónyuges, no se produce la configuración de la causal. Por el contrario, existiendo el *ánimus separationis* o faltando la *affectio*, se produce el cese de la convivencia aunque el elemento objetivo (material) no se exteriorice por permanecer conviviendo los cónyuges bajo el mismo techo.²³

En este último supuesto, es decir cuando los cónyuges están bajo el mismo techo y pretenden demostrar que de todas formas están separados de hecho, estarán enfrentados con la ardua labor de probar que dicha situación se dio por *motivos de fuerza mayor* – como ser la urgencia económica– que imposibilitó que uno de los mismos se pueda instalar en otro domicilio.

Parece razonable entender que para que haya separación de hecho en teoría no es imprescindible que los cónyuges vivan en viviendas separadas, puesto que el fundamento de esta causal no radica en el lugar

21. Grompone, “Las nuevas causales de Divorcio”, pg 83.

22. Rivero et al ... Ob. Cit. pg. 278.

23. Lacruz, Ob. cit, pg. 211 y ss.

donde viven los cónyuges. Pero de todas formas resulta muy difícil pensar que alguien pueda probar que durante el lapso de tres años nunca reanudó la vida de consuno ni siquiera por un día. En lo único que podrá fundarse quien pretenda accionar por esta vía, es en la flexibilidad probatoria propia de los supuestos de divorcio remedio.

B) Fundamento

Para justificar esta causal, la doctrina se ha basado en el hecho de que una separación por tanto tiempo y con estas características, es incompatible con el fin matrimonial, y por lo tanto, los cónyuges tienen que tener la opción de extinguir el vínculo jurídico que los une, pero que, en los hechos, ya se ha desintegrado.

Los hechos son suficientemente poderosos para irritar un vínculo tan importante como el que se establece entre los esposos. Basta con el transcurso de un plazo sin convivencia, para que los deberes propios del matrimonio caduquen merced a esta suerte de prescripción liberatoria (...) ²⁴

MAZZINGHI está en contra de la existencia de esta causal. Señala que la misma se apoya en numerosos modelos extranjeros que, a su juicio, recaen en un mismo error, cuya repetición no lo convierte en acierto. Afirma que los legisladores que se pliegan a esta postura consideran al vínculo conyugal como algo muy próximo a la *unión libre*, en cuanto dura solamente mientras ambos integrantes de ella quieren que así sea. Le llama la atención que el legislador no considere necesario analizar las causas que determinaron la interrupción de la convivencia conyugal, ni explorar los medios a través de los cuales dichas causas pudieran ser conjuradas. ²⁵ Evidentemente, sale a la luz su concepción filosófica del matrimonio. Este autor se suma a los que piensan que las personas son libres de ingresar al matrimonio, pero una vez dentro, salvo casos extremos, ellos no son quienes deciden su término.

C) Requisitos

Para que se configure la separación de hecho es necesario que se de la yuxtaposición de cuatro requerimientos.

El primero de ellos es "*la separación de hecho*", y es el requisito que diferencia a los dos institutos objeto de este análisis. Tanto el elemento volitivo, como el elemento temporal están comprendidos en ambos institutos.

A simple vista, se puede notar una diferencia en los términos utilizados por el legislador; en un caso utiliza la palabra *abandono*, y en el otro la expresión *separación de hecho*. El primero hace referencia a una decisión personal, unilateral, -sin que medie el acuerdo del otro consorte-, mientras que la separación de hecho puede ser producto de un acuerdo de voluntades obtenido en los mejores términos. Por ejemplo, en determinado momento la pareja se da cuenta que, por el bien de toda la familia, lo mejor es que no convivan en el mismo hogar.

En el caso de la separación de hecho no suele haber un ánimo de sustraerse a los deberes matrimoniales. Los cónyuges tan sólo deciden poner fin a la vida de consuno, pero esto no quiere decir que se pretenda desentender abruptamente de la relación matrimonial.

El segundo requisito tiene que ver con la intencionalidad con que se produjo la separación de hecho. El Código exige que sea "*voluntaria*", es decir que el ánimo de interrumpir la vida de consuno debe existir en al menos uno de los cónyuges. Lo que se trata de lograr con este requerimiento es que los esposos no aprovechen una situación de fuerza mayor -es decir involuntaria- para interrumpir el matrimonio en el caso del divorcio, o para terminar con la obligación de vivir juntos en el caso de la separación de cuerpos.

A continuación se transcribirán extractos de una sentencia que fue recurrida, y en donde la discusión se centraba en la prueba del requisito de la voluntariedad. "*La sentencia del a quo, (...) -dice el Tribunal- desestima la demanda en razón de entender que los caracteres requeridos por el art. 148 N° 9 del Código Civil nada declaran los testigos sobre la voluntariedad de la separación, y que está a cargo de la parte actora el acreditamiento fehaciente de la voluntariedad (...).*"

El tribunal no comparte lo dictaminado en primera instancia, por lo que en su lugar lo revocará y admitirá la acción de divorcio. (...)

A continuación se verá como opera la flexibilidad probatoria por tratarse de un caso de divorcio remedio.

24. Mazzinghi, Ob. cit. pg 160.

25. Mazzinghi, Ob. cit. pg 159 y ss.

Cierto es que el elemento voluntariedad debe configurarse y resultar evidenciado, pero no menos cierto es que ningún testigo por más capacitado que esté, podrá saber los pensamientos y sentimientos de otra persona; es que, como se ha dicho doctrinariamente, "la voluntariedad consiste en la actitud psicológica del cónyuge de no querer cohabitar más con el otro en forma definitiva... la voluntariedad puede provenir de cualquiera de los cónyuges sin importar el motivo real que sirva de fundamento, pudiendo ser invocada por cualquiera de ellos..." (Cfr. Aguiar, Luis, las recientes reformas del C.C. – Estudio sobre la ley 14.766, FCU, p. 26; Anuario... T. VIII, pg. 242 y ss.) (...) Trib. 2º, Sent. N° 40, 27-4-1994.²⁶

Cuando media una causa de fuerza mayor que justifique la separación de hecho, como ser el caso de que uno de los cónyuges esté en prisión, de todas formas los cónyuges podrán invocar esta causal. Para probar la voluntariedad podrán alegar, en el ejemplo que analizamos, que en el tiempo en que el procesado estuvo en prisión, el otro no lo fue a visitar, teniendo la posibilidad de hacerlo.²⁷ Y siguiendo con el ejemplo, para el caso en que el *animus separandi* comience luego de que el cónyuge no preso vaya a visitar al establecimiento carcelario, el plazo requerido por la ley comenzará a correr a partir de la última visita.

Por lo tanto, de no existir el *animus separandi*, aunque permanezcan décadas enteras viviendo en distintos domicilios, no procede esta causal.

Por último, el motivo por el cual se separaron, no interesa a los efectos de ser un elemento que impida que se configure la causal. Es lo que viene a decir la última parte del numeral: "*sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.*"

El tercer requerimiento refiere a un elemento cronológico, consistente en que la separación debe tener una "*duración mínima de tres años*". Este es un hecho objetivo que deberá ser probado por quien pretenda el divorcio o la separación de cuerpos. No queremos insistir en la flexibilización que ha tenido nuestra jurisprudencia en cuanto a los requisitos de los casos de divorcio-remedio, pero decimos que este requisito de la temporalidad se presta para que los jueces hagan uso de esta salida admitida. Así lo dice la Sent. N° 106, 13-8-97 del Trib. 1º: "*Corresponde emplear un criterio amplio en lo que se refiere al cómputo de los tres años de separación conyugal (...)*"²⁸

Por último, la ley exige que la separación sea "*ininterrumpida*". Es decir que el estado referido debe ser continuo. Por ende, si la convivencia se reanuda aunque sea por muy poco tiempo, el plazo quedaría interrumpido y deberá comenzarse a computar el plazo de los tres años a partir de la última separación. Esto es lo que viene a decir LACRUZ BERDEJO: si se produce interrupción (incluso después de haber superado la respectiva duración establecida en la ley) por la reconciliación –aunque sea transitoria y no homologada judicialmente– de los cónyuges, y aunque cese de nuevo la convivencia de los mismos, volverá a iniciarse el cómputo del respectivo plazo legal.²⁹

Ahora bien, este requisito no quiere decir que para que se configure la causal es necesario que los consortes no hayan tenido ningún contacto. Así lo afirma la Sent. N° 106, 13-8-97, del Trib. 1º: "*Nada enerva la conclusión de que se configura causal de divorcio la circunstancia de que en alguna oportunidad se apreciase a los dos litigantes en algún acontecimiento de índole familiar (durante el lapso de separación de hecho) o que aun dentro de este período se observase que el actor concurría al domicilio de la demandada, donde vivían además su hija y nieta.*"³⁰

D) Legitimación activa

La separación de hecho no supone una conducta culposa; más aun, a veces puede ser una solución preventiva. Por lo tanto, los dos consortes tendrán legitimación activa para iniciar una acción de divorcio o de separación de hecho (art. 149). Prueba de lo expuesto es lo que dice la Sent N° 248, 18.12-97 del Trib. 2º "*El art. 148 N° 9 CC habilita el accionamiento por separación de cuerpos o divorcio con prescindencia de la responsabilidad subjetiva en la configuración de aquel.*

Motivo por el cual puede ser invocada por el cónyuge que hizo abandono del hogar o que aun sin abandonarlo en sentido estricto, se separa de su consorte. (Cf. Cestau, Derecho de Familia y Familia, Vol. I, FCU, 1989 pg. 220 y ss.)"³¹

26. A.D.C.U. Tomo XXV, pg. 145 y ss.

27. Esto fue lo que entendió el Tribunal de Familia de 2º Turno, en una sentencia del año 1999. A.D.C.U. Tomo XXX, pg. 130.

28. A.D.C.U. Tomo XXVIII, pg. 133.

29. Lacruz Berdejo, Ob. cit. pg. 211 y 212.

30. A.D.C.U. Tomo XXVIII, pg. 133.

31. A.D.C.U. Tomo XXVIII, pg. 134.

V. CONCLUSIÓN

Luego de haber reflexionado sobre las causales de abandono voluntario y separación de hecho se puede concluir lo siguiente:

1. En primer lugar, el **concepto** de ambas causales es diferente. El abandono voluntario implica la fuga de uno de los cónyuges luego de una decisión unilateral e intempestiva, sustrayéndose a los deberes matrimoniales tales como: deber de cohabitación, de prestar auxilios recíprocos, etc. Por otro lado, la separación de hecho supone que, luego de un acto decisorio uni o bilateral, los consortes interrumpen la vida de consuno, sin que esto signifique un descuido de los otros deberes propios del matrimonio.

2. Con relación a los **requisitos** exigidos por la ley para que se den las causales en estudio, hay que tener en cuenta que tanto elemento subjetivo de la voluntariedad como el elemento de la temporalidad se deben dar en ambos supuestos. Por otra parte, se dijo que la ley sólo exige que el plazo de tres años sea ininterrumpido en el caso de la separación de hecho, pero que la doctrina lo hizo extensivo a la otra causal. Por lo tanto, la única diferencia es que en uno se exige la constatación del abandono, y en el otro la separación de hecho.

Además, mientras el abandono voluntario es un claro ejemplo de *divorcio sanción*, y por lo tanto, los magistrados serán más exigentes a la hora de valorar los medios probatorios que ofrezcan las partes en el proceso judicial, la separación de hecho es un caso de *divorcio remedio*, y por ende los jueces serán más flexibles con los medios de prueba que hagan valer las partes para acreditar los hechos alegados.

3. El otro punto en el cual difieren estas causales, es en cuanto a la **legitimación activa** para iniciar los procesos de divorcio y separación de cuerpos. En primera instancia se dijo que las dos acciones en juego son de carácter personalísimo. Por ende, los cónyuges son las únicas personas que podrán acudir al Poder Judicial por un tema de esta naturaleza.

Para el caso del abandono voluntario, se señaló que había una disputa doctrinaria, en la cual unos creían que los dos cónyuges pueden iniciar las acciones mencionadas, y otros –entre los que nos contamos- que consideran que sólo el cónyuge abandonado puede iniciar las acciones por esta causal. Se descartó la primera tesis, sostenida por algunos profesionales, por carecer de fundamento legal. De acuerdo al art. 149, ningún cónyuge puede hacer valer en un juicio de divorcio y separación de cuerpos un hecho culposo como supuesto que configure alguna de las causales previstas por la ley. Se demostró que una persona que huye de su hogar, no sólo comete uno, sino varios hechos culposos, y por lo tanto, no podrá invocar el abandono como el supuesto para divorciarse o solicitar la sentencia de separación de cuerpos. Por todo esto, el único legitimado para iniciar estas acciones es el cónyuge abandonado.

Para el caso de la separación de hecho no se presenta esta problemática, puesto que esta situación no resulta ser una conducta culposa, y en consecuencia, ambos consortes podrán valerse de este hecho para acudir a la justicia y solicitar el divorcio o la separación de cuerpos.

BIBLIOGRAFÍA

Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomos: XX, XXV, XXVIII y XXX.

Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, N° 3 “*Divorcio*”, Montevideo, F.C.U., 1998.

GROMPONE, Romeo. “*Divorcio*”. Montevideo, Ed. Medina, 1946.

GROMPONE, Romeo. “*Las nuevas causales de Divorcio*”.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. “*Derecho de Familia*”. Barcelona, José María Bosh Editor, 1989-1990.

La justicia Uruguaya.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. “*Derecho de Familia*” Tomo 3 “*Separación personal y divorcio*”. Buenos Aires, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1996.

RIVERO, RAMOS Y MORALES. “*Derecho y Familia*”. Montevideo, F.C.U., 2004.

VARELA DE MOTTA, María Inés. “*Manual de Derecho de Familia*”. Montevideo, F.C.U., 1998.

ZANNONI, Eduardo. “*Derecho y Familia*” Tomo 2. Buenos Aires, Astrea, 2002.

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

ANA TRÍAS

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PANORAMA GENERAL. III. CONFIABILIDAD PRIVACIDAD Y SEGURIDAD.
IV. PAGOS EN LÍNEA. V. AUTENTICACIÓN, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y EXPEDIENTES. VI. EXPERIENCIA NACIONAL
DE LOS EE.UU. VII. EXPERIENCIA NACIONAL DEL URUGUAY.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar la regulación de la protección al consumidor en el comercio electrónico a través de las recomendaciones del ALCA, y presentar una descripción de las regulaciones y de las experiencias específicas de los EE.UU. y del Uruguay en esta área. Por lo tanto, el trabajo se concentrará en el estudio en el tratamiento del tema en los siguientes informes oficiales de ALCA:

1. Informe del Comité de Expertos en Comercio Electrónico del Sector Gubernamental y Privado del ALCA con Recomendaciones a los Ministros, de 1 de septiembre de 1999.
2. Informe y recomendaciones del ALCA sobre Comercio Electrónico de 10 de noviembre de 1999.
3. Segundo Informe del Comité de Expertos en Comercio Electrónico del Sector Gubernamental y Privado del ALCA con Recomendaciones a los Ministros, de 22 de noviembre de 2000.
4. Tercer Informe del Comité de Expertos en Comercio Electrónico del Sector Gubernamental y Privado del ALCA con Recomendaciones, de 1 de noviembre de 2002.
5. Informe Económico Público del ALCA No. 108 de 24 de octubre de 2001, basado en el Informe de CIFRA realizado para OCA en la misma fecha.
6. Informe Económico Público del ALCA No. 122 de 13 de febrero de 2002.

II. PANORAMA GENERAL

El Informe del Comité de Expertos en Comercio Electrónico del Sector Gubernamental y Privado del ALCA con Recomendaciones a los Ministros de septiembre de 1999, el comercio electrónico puede ayudar a los países de ALCA a ampliar su comercio, aumentar su competitividad global y acelerar su integración en un mercado unificado y regional. Los dividendos podrían ser especialmente altos para las compañías y economías más pequeñas de la región, que han sido obstaculizadas tradicionalmente por la información limitada, los altos costos de la entrada del mercado y la distancia de mercados importantes. La Comisión Mixta concluye que el comercio electrónico «puede hacer una contribución importante al futuro desarrollo económico sostenible en el hemisferio occidental.»

Al tiempo del informe, se estimaba el comercio electrónico global representaba aproximadamente 100 mil millones de dólares estadounidenses y crecería exponencialmente hasta alcanzar aproximadamente 3 billones de dólares antes de 2005. Asimismo se estimaba que durante el mismo período, el número mundial de usuarios de Internet aumentaría de 171 millones a 345 millones.

El comercio electrónico mantuvo su tendencia del crecimiento en 2000, tanto a nivel global como en nuestro Hemisferio. La innovación tecnológica constante respecto al acceso del Internet es determinante para la extensión del comercio en línea, permitiendo a segmentos demográficos más grandes compartir las

ventajas de transacciones comerciales en línea, y posibilitando a las empresas –incluso las pequeñas y medianas– ser parte del proceso, con el correspondiente aumento de competitividad y escala.

Y como lo expresa el Segundo Informe del Comité de Expertos en Comercio Electrónico del Sector Gubernamental y Privado del ALCA con Recomendaciones a los Ministros, de 22 de noviembre de 2000, “...la Comisión Mixta ha notado varias tendencias positivas respecto del comercio electrónico en América Latina, el Caribe y Norteamérica: gran aumento en el acceso de diversas poblaciones a las tecnologías de información; crecimiento substancial de los contenidos en español en Internet; desarrollo de industrias enteramente nuevas con impactos positivos substanciales del empleo; disponibilidad creciente del capital de riesgo para apoyar la realización de los sueños de nuevos empresarios; y progresos tecnológicos que pueden acelerar un acceso más amplio a las ventajas del negocio-a-consumidor (“Business to Consumer” o B2C) y del comercio electrónico del negocio-a-negocio (“Business to Business” o B2B). A pesar de estas tendencias positivas, que reflejan en parte los efectos de las políticas acertadas de los gobiernos y de las acciones privadas, mucho más trabajo es aún necesario.»

En el Hemisferio Occidental existe una disparidad significativa entre los países de la región con respecto a uso del Internet y al comercio electrónico. Por ejemplo, en 1999 aproximadamente 35% de estadounidenses y 25% de ciudadanos canadienses utilizaban Internet, mientras que la mayoría de los países latinoamericanos tienen menos de 3% de sus ciudadanos en línea. Una disparidad similar existe en los gastos regionales realizados en comercio electrónico. Sin embargo, el crecimiento reciente del uso de Internet en América Latina es uno de los más rápidos del mundo. América Latina presentaba solamente cerca de 8 millones de usuarios de Internet en 1999, y ya en 2003 se estimaba que podría haber 34 millones de usuarios en la región. Bajo este panorama, América Latina habría doblado su participación de 5% a 10% de los usuarios del Internet del mundo.

Por otra parte, los expertos estiman que la mitad de todos los usuarios de Internet en el año 2005 habla una lengua distinta del inglés, lo que hace pensar que el elevado monto estimado de las potenciales ganancias derivadas de presentar contenidos en otros idiomas llevará a la erosión de las barreras lingüísticas en la red.

El comercio electrónico es una herramienta para superar las desventajas comparativas antedichas así como otras creadas por largas distancias y barreras geográficas, y permite el acceso al mercado con costos substancialmente más bajos. Los dividendos podrían ser especialmente altos para las PyMEs y las economías más pequeñas de la región, y mientras que los aumentos más inmediatos se pronostican para el comercio electrónico negocio-a-negocio (especialmente en las actividades bancarias y los servicios financieros), las compras en línea de los consumidores continuarán creciendo. Se espera que ambos –negocios y consumidores– sean conductores del comercio electrónico.

La Comisión Mixta advierte que para la obtención de estos beneficios es esencial la cooperación internacional para evitar el fraccionamiento de los mercados regionales y globales. Sólo de esta forma las compañías podrán gozar de mayor crecimiento y eficacia y beneficios, mientras que los consumidores podrán beneficiarse de una oferta más variada y a precios más bajos en todo el Hemisferio.

Las estructuras jurídicas, comerciales y financieras fueron creados para ocuparse de transacciones físicas y pueden actualmente ser insuficientes para permitir la adecuada ejecución de los contratos electrónicos, asegurar la validez de firmas electrónicas, y proteger con eficacia los derechos de propiedad intelectual implicados en las electrónicas.

El escaso uso de tarjetas de crédito en la región es también un problema. El medio electrónico no crea inicialmente la confianza característica en transacciones «cara a cara». Actualmente los consumidores, sean personas físicas o jurídicas según el concepto adoptado, sufren de incertidumbre respecto del nivel de protección que ofrece Internet en comparación a los estándares de las transacciones físicas en materia de privacidad, seguridad, autenticación, y protección al consumidor.

El éxito o fracaso de la región para resolver estos desafíos, depende en gran parte de la actitud que los gobiernos y los sectores privados adopten hacia este medio innovador. Por lo tanto, pasaremos a analizar las principales preocupaciones en materia de protección al consumidor, así como algunas iniciativas recomendadas a o realizadas en los EE.UU. y el Uruguay.

III. CONFIABILIDAD, PRIVACIDAD Y SEGURIDAD

El comercio electrónico tiene la potencialidad de aumentar la oferta dirigida al consumidor, estimular la competencia en materia de precio calidad y servicio, y de brindar mayor y mejor información a los consumidores previo a la toma de decisiones. Pero al mismo tiempo, el comercio electrónico podría facilitar manio-

bras dirigidas a defraudar a los consumidores, les dificulta la evaluación de riesgos. Asimismo, crea nuevos desafíos para las empresas, que deben diseñar e implementar diversas estructuras de protección de las transacciones que realizan entre sí y con sus clientes.

La creciente competencia en el mercado electrónicos globalizado ofrece beneficios nuevos y ventajas sustanciales a los consumidores. Entre ellas se destacan los siguientes: conveniencia, acceso a una gama más amplia de mercancías y servicios, capacidad de recopilar y comparar la información en línea y en tiempo real, etc. Esto resulta a su vez en la posibilidad de reducir costos y precios, obteniendo en muchos casos calidad y servicio aún mejores.

Sin embargo, estas ventajas sólo pueden concretarse plenamente con la confianza del consumidor en el comercio electrónico doméstico e internacional. Y los elementos esenciales para construir dicha confianza son, entre otros: (1) la protección contra el fraude, la conducta engañosa y las prácticas comerciales injustas; (2) el respeto por la privacidad del consumidor; (3) las iniciativas del sector privado; (4) la cooperación global; (5) la educación del consumidor y de la empresa frente a la nueva realidad; y (6) los medios eficaces de resolución de controversias.

El tema principal de la 12ª Reunión de la Comisión Mixta del ALCA, que tuvo lugar del 13 al 15 de febrero de 2002, fue la protección al consumidor.

Las iniciativas nacionales e internacionales tanto de los gobiernos como del sector privado se dirigieron a identificar núcleos de desarrollo de la protección al consumidor en el mercado electrónico. Los siguientes son algunos de los núcleos de desarrollo identificados por la Comisión: (1) marco jurídico y contratos electrónicos; (2) protección de los datos y política de privacidad; y (3) firmas electrónicas.

Asimismo, se estableció que la determinación de jurisdicción y ley aplicable para la resolución de conflictos derivados de transacciones electrónicas es crítica para obtener la confianza del consumidor. El comercio electrónico está sujeto al marco jurídico de cada Estado en materia de atribución de jurisdicción y ley aplicable. En el futuro, se buscarán soluciones a nivel internacional, necesarias para alcanzar metas comunes tales como el crecimiento global del comercio electrónico, la confianza de consumidor y la previsibilidad de transacciones.

Las agencias de la protección al consumidor alrededor del mundo ya han comenzado a aunar esfuerzos para combatir prácticas fraudulentas, engañosas, e injustas en línea. Esta cooperación se ha traducido, entre otros, en compartir conocimientos, informaciones y experiencias, en realizar acciones comunes y en la coordinación de diversas actividades.

Por otra parte, los foros internacionales tales como OCDE, APEC, la Cámara de Comercio internacional, la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado y el Diálogo Global de Negocios en el Comercio Electrónico (GBDe) han comenzado a trabajar en la preparación de acuerdos y medios cooperativos de protección a los consumidores en el contexto del comercio electrónico fronterizo. Estos esfuerzos incluyen recomendaciones del sector privado, pautas internacionales, y ámbitos de diálogo públicos.

Conforme a las recomendaciones del ALCA, los países deben continuar aplicando la protección al consumidor existente, modificada en lo necesario a los efectos de reflejar la naturaleza del medio, de tal forma que los consumidores en línea reciban una protección tan eficaz como aquellos que realizan transacciones tradicionales. Con este propósito, los gobiernos deben promover la educación de empresas y consumidores sobre los riesgos y las ventajas de las transacciones en línea, y trabajar junto con organizaciones y consumidores para desarrollar principios y mecanismos, incluyendo procedimientos rápidos, simples y eficaces de resolución de quejas de consumidor.

La extensión del uso de la codificación o cifrado es esencial para que el comercio electrónico prospere en el hemisferio occidental. Los gobiernos deben permitir que empresas y consumidores tengan acceso a tecnología criptográfica (hardware y software ajustados a sus necesidades). Asimismo, los Estados deben buscar un delicado equilibrio entre la seguridad y confiabilidad en las transmisiones electrónicas por un lado, y por otro la aplicación de ley y la seguridad nacional. En este sentido, es importante continuar reduciendo las restricciones en la exportación de software y hardware criptográficos, a efectos de evitar la creación de condiciones competitivas injustas en la región.

El ALCA recomienda a los gobiernos la identificación y ejecución de diversos elementos tendientes a proporcionar seguridad y construir confianza alrededor de las operaciones de comercio electrónico de la región. Sólo así puede crearse un ambiente de fomento a las iniciativas del sector privado encaminadas a obtener soluciones tecnológicas que aporten seguridad a la red.

Otro tema identificado como esencial fue el desarrollo de una actividad nacional coordinada y dirigida a la protección del consumidor en línea, y al aumento de la confianza del consumidor en el comercio electrónico. Los elementos para la concreción de estas metas incluyen: (1) sanción y aplicación de leyes prohibitivas

de la conducta fraudulenta o engañosa; (2) desarrollo de iniciativas del sector privado; (3) educación del consumidor y de la empresa; y (4) cooperación internacional. Con respecto a la prestación transfronteriza de servicios, se consideró esencial la elaboración de estándares de inter-operatividad adecuada entre sistemas de pago electrónico extranjeros y domésticos.

Asimismo, se reconoció que los enfoques relativos a la protección del consumidor varían entre países de ALCA.

La privacidad es un problema significativo, puesto que la facilitación del comercio electrónico global se basa en el acceso transfronterizo a la información, y requiere al mismo tiempo, confianza del consumidor en que sus datos personales no sean mal empleados. Garantizar la protección de datos requerirá la cooperación entre el sector público y el privado entre sí y con los consumidores.

Pueden usarse distintos sistemas de protección, tales como la sanción y aplicación de leyes, la autorregulación del sector privado, y/o el desarrollo de tecnologías de protección a la privacidad. Pero cualquier sistema debe asegurar que los regímenes de la protección a la privacidad no sean discriminatorios ni obstaculicen la libre competencia, para lo cual es esencial la cooperación internacional.

En suma, el ALCA reconoce como positiva la variedad de acercamientos nacionales a la protección de la privacidad en las Américas siempre que la acción estatal no cree barreras al comercio transfronterizo; y reconoce también como positiva a la autorregulación eficaz basada en principios internacionalmente aceptados como justas prácticas de tratamiento de la información (las reglas de la OCDE sobre privacidad constituyen un valioso referente en la materia).

IV. PAGOS EN LÍNEA

Según el informe del ALCA segundo con recomendaciones, «la disponibilidad de los sistemas electrónicos eficaces de pago es un elemento significativo del comercio electrónico, permitiendo los comercios al por mayor y al por menor realizar operaciones su negocio-a-negocio (B2B) así como promociones y ventas negocio-a-consumidor (B2C) con preocupaciones mínimas en relación a la concreción de la parte financiera de la transacción. Sin embargo, el medio electrónico presenta desafíos vinculados al fraude, los riesgos de la seguridad, la protección al consumidor y la protección de la privacidad, que debe ser tratada adecuadamente. Además, la prestación transfronteriza de servicios de pago plantea problemas sobre los estándares aplicables a los sistemas domésticos de pago y a su interoperabilidad con los sistemas extranjeros. Asimismo, surge la cuestión del nivel de protección al consumidor disponible para los consumidores que hacen uso sistemas extranjeros del pago.»

Las Américas podrían beneficiarse de la participación y negociación en los mercados electrónicos de pago asociados al comercio electrónico. Pero hoy los sistemas de pago basados en tarjetas de crédito se consideran inadecuados, ya que las tarjetas de crédito son inasequibles para muchos consumidores potenciales del comercio electrónico en la región, y son relativamente costosas para las empresas pequeñas y medianas (PyMEs), incluyendo a los minoristas.

Las nuevas tecnologías de pago deben ayudar a empresas y consumidores a tratar estos problemas. Para el comercio electrónico de B2C, y los usos de algún SME, los bancos y otras compañías están creando nuevos enfoques que suplan a los métodos tradicionales. Las novedades incluyen las acreditaciones y los pagos de comercio electrónico incorporados a cuentas para uso general preexistentes; aprovechamiento de relaciones preexistentes del crédito, uso de las tarjetas de débito y de nuevas tecnologías de pago, tales como escaneo de códigos de barras, “smart cards”, tarjetas electrónicas y teléfonos portátiles; despliegue de nuevas tecnologías de seguridad y de tarjetas de prepago con montos poco elevados, vinculados al poder adquisitivo de los ciudadanos que carecen el acceso al crédito tradicional.

El crecimiento continuado del comercio electrónico depende significativamente del desarrollo de una infraestructura que soporte un sistema financiero transfronterizo eficiente y seguro para la prestación de servicios financieros transnacionales. Y depende también de la progresiva complejidad e interdependencia de las relaciones entre las instituciones financieras y sus clientes en línea.

En este contexto, dicen las Recomendaciones que los gobiernos deben trabajar entre sí y con el sector privado, acompañando el crecimiento de los sistemas electrónicos de pago, para mantenerse informados de las implicaciones de sus respectivas políticas y asegurarse de que las actividades gubernamentales se acomoden flexiblemente a las necesidades del mercado que emerge. Deben también continuar los esfuerzos existentes para combatir amenazas a la seguridad de los sistemas de los pagos, al fraude fronterizo, a las transacciones financieras ilícitas, y a las amenazas a la integridad de Internet. Posibles obstáculos a los sistemas de pago deben eliminarse para alcanzar enfoques consensuados, flexibles e innovadores en el desa-

rollo de mecanismos alternativos de pago. Los esfuerzos se deben dirigir a mejorar la eficacia y a bajar los costos, brindando seguridad a los sistemas transfronterizos de pago.

Otras recomendaciones de ALCA a los gobiernos incluyen la cooperación con el sector privado para educar las PyMEs y los minoristas sobre modelos eficaces de comercio electrónico en materia de tecnología accesible en la región para el pago; el estímulo a los esfuerzos de los sectores financieros y al por menor para utilizar tecnologías y prácticas seguras de pago respetuosas de la privacidad del consumidor; fomentar el uso de tarjetas electrónicas de pago por bancos y compañías (incluso PyMEs). Así se pretende promover una participación más amplia de las empresas e instituciones de intermediación financiera en el comercio electrónico de la región, protegiendo a los consumidores contra la responsabilidad irrazonable derivada de transacciones electrónicas fraudulentas y pagos no autorizados.

Finalmente, los gobiernos deben apoyar las políticas y procedimientos diseñados para promover la transparencia en la regulación de los sistemas de pago, incluyendo la creación e imposición de estándares, la implementación de procesos alternativos de resolución de controversias y revisión judicial, arbitral, y/o administrativa.

V. AUTENTICACIÓN, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y EXPEDIENTES

El uso y desarrollo de las tecnologías de la autenticación desempeñan un papel importante en la obtención de confianza del usuario en el comercio electrónico. Las partes de transacciones electrónicas deben poder identificarse con certeza y verificar que el contenido de sus mensajes no ha sido alterado durante la transmisión.

En el mundo electrónico, donde las partes no tienen contacto cara a cara y pueden no conocerse incluso por su reputación, las tecnologías de la autenticación ayudan a identificar a las partes y a proporcionar los medios por los cuales pueden firmar confiablemente documentos, consentir transacciones, y verificar la integridad de los documentos. Así, las tecnologías de autenticación y los métodos electrónicos son posibilitadores críticos del comercio electrónico.

Pero la tecnología no es suficiente en y sí misma. El desarrollo del comercio electrónico requiere el reconocimiento legal, la equivalencia funcional y la no discriminación en lo concerniente a firmas electrónicas, así como neutralidad tecnológica para evitar la imposición a consumidores y negocios de una tecnología que pueda no satisfacer sus necesidades y crear barreras artificiales al desarrollo de nuevas tecnologías.

Dice el ALCA que los gobiernos deben promover los acercamientos apropiados para el reconocimiento legal de firmas electrónicas de una manera tecnológicamente neutral (artículos 5 a 11 de la ley modelo de UNCITRAL).

En algunas situaciones, dependiendo del país, puede ser conveniente que los gobiernos permitan que las partes de una transacción determinen sus métodos de autenticación mientras cumplan los requisitos del sistema legislativo. Las soluciones operativas y flexibles del sector privado a la autenticación y a la certificación son esenciales para el comercio electrónico.

Las compañías están empleando cada vez más métodos de autenticación en mercados electrónicos a través de sistemas cerrados. Según la definición del Segundo Informe con Recomendaciones del ALCA, «un sistema cerrado es establecido por un acuerdo voluntario bajo derecho privado, en el cual los participantes especifican por adelantado cómo dirigirán su negocio, incluyendo qué método de entrada al sistema y de firma utilizarán. A través de sistemas cerrados, los participantes pueden tener acceso a la información, utilizar servicios, y participar en transacciones. Muchos sistemas cerrados emplean agentes electrónicos, programas de computadora que inician o responden a los mensajes a nombre de una entidad o de un individuo sin la participación humana contemporánea. En los sistemas cerrados, la confianza mutua se ha establecido ya entre las partes a través del acuerdo previo (...) que constituye la espina dorsal del comercio electrónico de B2B.»

Los diversos acercamientos nacionales al establecimiento y al manejo de las autoridades de la certificación y de sus actividades pueden coexistir; con tal que la libre competencia y la no discriminación sean principios importantes en la oferta de servicios de la certificación. Así, los gobiernos deben identificar y eliminar las barreras legales que obstaculizan el reconocimiento de transacciones electrónicas (la ley modelo de 1996 UNCITRAL sobre comercio electrónico es una referencia valiosa), en un intento para asegurarse de que su legislación electrónica de las firmas sea tecnológicamente neutral y de que valide expedientes y medios de prueba electrónicos para el uso judicial oficial, independientemente de la tecnología de la autenticación y de la certificación usada.

Finalmente, se recomienda también a los gobiernos que den a las partes de una transacción de B2B la libertad para determinar por acuerdo privado los métodos tecnológicos y comerciales apropiados para autenticar y dar efecto legal a la transacción (incluyendo los medios posibles de resolución de conflictos), sin perjuicio del orden público aplicable.

Los sistemas de la autenticación deben proporcionar la protección adecuada contra fraude y hurto de bienes y de la identidad, respetar la privacidad de los individuos, y no impedir el uso creando barreras artificiales al comercio electrónico.

VI. EXPERIENCIA NACIONAL DE EE.UU.

El sistema de protección al consumidor para transacciones en línea de EE.UU. se basa sobre la autorregulación de la industria, la aplicación de protecciones legales existentes y de leyes específicas, que pueden ser modificadas en lo necesario para contemplar las características únicas del medio.

Los pilares del enfoque de EE.UU. son (1) aplicación por el gobierno de leyes prohibitivas de la conducta fraudulenta o engañosa; (2) iniciativas del sector privado; (3) educación del consumidor y de la empresa; y (4) cooperación internacional. Este acercamiento cooperativo tiende a crear y fortalecer la confianza del consumidor en línea y ha contribuido al crecimiento de B2C en los EE.UU., de cerca de 20 mil millones de dólares en 1999 a cerca de 85 mil millones de 2002.

Hay 3 fuentes normativas principales en materia de protección al consumidor en los EE.UU.: (1) leyes y normas federales; (2) leyes y normas estatales; y (3) autorregulación de los sujetos intervinientes. A su vez, la ley aplicada al comercio electrónico se puede clasificar en general y especial.

Las disposiciones significativas de la ley general son el FTC Act, otros estatutos federales que regulan el crédito, las actividades bancarias, los alimentos y las drogas y la seguridad del producto. Las normas federales generales relevantes son, entre otras, la regla del Magnuson-Moss y la de licencias. Algunas de las reglas más importantes de la ley específica son el acto en línea de la protección de la privacidad de los niños de 1999 y la E-SIGN.

La ley de protección a la privacidad de los niños por sus actividades en línea, de 1999, requiere (1) aviso; (2) consentimiento de los padres para la recolección, el uso o el acceso de datos; (3) acceso de los padres a la información; (4) seguridad de datos; y (5) puertos de la caja fuerte. Y la ley federal E-SIGN, indica que cualquier ley que requiera la información referente a una transacción realizada por un consumidor será satisfecha con un expediente electrónico si: (1) el consumidor afirmativo consiente después de ser proporcionado una declaración clara y visible que informa al consumidor de sus derechos y obligaciones; (2) antes de consentir, el consumidor se notifica de la su derecho de retirar consentimiento y el procedimiento para hacer tan; (3) los consentimientos del consumidor electrónicamente de manera que demuestre que el consumidor puede tener acceso a la información que es el tema del consentimiento; y (4) después de consentir, se proporciona al consumidor una declaración por la que el emisor se obliga a avisar a cualquier cambio en el software o el hardware necesario para tener acceso a la información a la que el consumidor consintió, y a permitir en todo caso el acceso de consumidor a la información sin costo.

Sin embargo, un contrato con un consumidor no puede ser dejado sin efecto por la sola razón de que los accesos fueron proporcionados en forma electrónica sin el consentimiento del consumidor. Además, E-SIGN no afecta el contenido, la sincronización o la localización de ningún acceso requerido.

Por lo antedicho, el Ministerio de Comercio está trabajando con el sector privado para desarrollar campañas de información al consumidor y para animar a industrias a que ayuden a los consumidores a resolver sus quejas sobre compras en línea, a efectos de obtener una protección eficaz. Por su parte, la Comisión Comercial Federal (FTC) tiene una política agresiva contra prácticas fraudulentas y engañosas en línea, que se ejecuta mediante (1) análisis sistemático del mercado; (2) aplicación rigurosa de la ley existente; estímulo de la autorregulación de la industria; (3) educación del consumidor y de la empresa; y un acercamiento inclusivo a la preparación de políticas tuitivas.

La sección 5 de la FTC Act prohíbe generalmente las prácticas comerciales injustas o engañosas, incluyendo las prácticas en línea. Las prácticas engañosas son aquellas con probabilidad de engañar potencialmente a los consumidores que actúan razonablemente bajo circunstancias normales. Las prácticas injustas son las que causan lesión substancial no compensada por las ventajas y no razonablemente evitable. La justificación de la acción requiere de una base razonable y objetiva. Los remedios incluyen acciones de Derecho Administrativo (cese y renuncia, publicidad correctiva, compensación del consumidor y penas civiles) así como las acciones legales federales (prescripción, descubrimiento inmediato, helada del activo, custodia, compensación del consumidor y desprecio).

Antes de finalizar el año 2000, la agencia había traído ya 165 casos en contra de 562 demandados para las violaciones del FTC Act por operaciones en línea. El FTC analiza sistemáticamente datos de la queja de consumidor para identificar los casos más serios del fraude, engaño, y hurto de la identidad, a efectos de coordinar esfuerzos con otros agentes de de la aplicación de ley, y de responder rápidamente a los problemas emergentes.

Para la atención de quejas de fraude se ha creado un centinela internacional del FTC, apoyado por una base de datos del multiplicidad de Estados, que utiliza el Internet para proporcionar el acceso seguro a 250 agencias de la aplicación de ley en los EE.UU., el Canadá, y Australia. Los funcionarios aplicadores de la ley de varios países del mundo han reconocido la necesidad de cooperar y de compartir información y experiencias.

En este marco, los EE.UU. firmaron acuerdos de la cooperación en 2000 con las agencias de la protección al consumidor en Australia y el Reino Unido, y están buscando nuevos acuerdos cooperativos con otros países también. El año 2000 culminó con un aviso de un proyecto global de la aplicación de la ley de protección al consumidor en línea, iniciativa que comprende 251 acciones contra el fraude en línea tomado por las agencias a partir de 9 países y de 23 estados.

Los EE.UU. también han un miembro activo en el comité de la OCDE sobre Política de Protección al Consumidor, el cual publicó las pautas que disponen los principios generales previstos para ayudar a eliminar a algunos de las incertidumbres que tanto de los consumidores como las empresas encuentran al comprar y vender en línea. Estas pautas animan las iniciativas del sector privado, que incluyen la participación de los interesados, tales como la empresa, el gobierno y los representantes del consumidor, y acentúan la necesidad de la cooperación entre ellos.

Por otra parte, la existencia de sistemas domésticos eficientes y seguros para pagos, "clearing", créditos y seguros han sido críticos en el rápido desarrollo del comercio electrónico dentro de los EE.UU. Las políticas que fomentan acercamientos flexibles e innovadores estimularon el desarrollo de esta infraestructura de servicios financieros, permitiendo los comercios al por mayor y al por menor mover su B2B, así como la comercialización y ventas de B2C con preocupaciones mínimas por terminar o asegurar la porción financiera de la transacción.

En los EE.UU., las tarjetas de crédito son el método primario de pago para las compras en línea y se está imponiendo en la sociedad sobre el pago en efectivo. Se estima que de 14 millones de comerciantes de todo el mundo que aceptan tarjetas del pago, sobre 3.3 millones pertenecen a un consumidor de EE.UU., donde las transacciones por ese medio son realizadas por más del 75% de los consumidores, y más el de 80% de ellos han utilizado sus tarjetas en el último mes.

Históricamente en los EE.UU., los bancos han sido los agentes principales en el campo de los sistemas del pago, debido a la preponderancia de transacciones en efectivo y los requisitos de la calidad de miembro exigidos por las asociaciones de tarjetas de crédito. Los nuevos participantes realizan también importantes aportes para agregar soluciones únicas y valor al sistema de pagos y generar valor agregado en esta área. Un claro ejemplo son los "micropayments" personales (P2P), que se están ofreciendo a industrias reguladas y no reguladas en los EE.UU., creando una competencia útil y nuevos desafíos, y planteando alternativas que están siendo tratadas hoy por el gobierno, la industria y consumidores.

En materia de autenticación asistimos a una evolución legislativa en los EE.UU. En ella sobresalen la importancia de la legislación tecnológicamente neutral y la autonomía de la voluntad en materia de contratación privada, donde no existe obligación de licenciar por mandato de CAs.

En 1995 el estado de Utah sancionó una ley tecnológicamente específica que reguló solamente a las firmas digitales y requirió su licenciamiento por entidades de certificación. Sus estrictos requisitos para la autenticación y licencia la hicieron que fuese descartada como modelo. Otros estados de EE.UU, considerando las insuficiencias del modelo de Utah, desarrollaron soluciones legales propias, a menudo absolutamente diversas. La divergencia de enfoque y la amenaza de la inconsistencia entre las leyes de los 50 estados de EE.UU., condujeron la conferencia nacional de comisiones en leyes Uniformes del estado en 1999 para desarrollar la Ley Uniforme de las Transacciones Electrónicas (UETA). UETA da efecto legal a las firmas y a los documentos electrónicos, pero no favorece ninguna tecnología en particular, ni prevé el licenciamiento por entidades de certificación.

La misma preocupación por evitar los enfoques divergentes inspiró al Congreso de EE.UU., a sancionar en junio de de 2000 la ley nacional sobre firmas electrónicas de comercio (E-SIGN). Como UETA, E-SIGN prevé el reconocimiento legal de firmas y de documentos electrónicos, y no extiende presunciones u otras ventajas legales a una tecnología específica de la autenticación. Por otra parte, E-SIGN no otorga preferencia a las leyes estatales regulatorias de las transacciones electrónicas, con excepción de UETA, a menos que

sean concordantes con las reglas legales prescritas en E-SIGN. Así, quedaron derogadas aquellas disposiciones de las leyes estatales que otorgan ventajas a una tecnología particular.

Tanto UEAT como E-SIGN respetan la autonomía de la voluntad de las partes y otorgan un reconocimiento general a los actos de los diversos agentes electrónicos. Además, ni E-SIGN ni UETA prevén licenciar o la acreditar a los abastecedores de servicio de certificación. Sin embargo, hay algunas diferencias significativas entre E-SIGN y UETA. Por ejemplo, E-SIGN no contiene ninguna disposición análoga a la "box rule" de UETA, y carece de cualquier pauta para atribuir una firma electrónica a un individuo. Pero la diferencia más significativa es la inclusión de la E-SAMPLE en materia de protección al consumidor.

Por otra parte, los EE.UU. están participando activamente en trabajos desarrollados a nivel internacional. El Centro de Derecho Nacional para el Libre Comercio Inter-Americano (NLCITF) está desarrollando las Reglas Modelo para las Firmas y Documentos Electrónicos (tituladas las reglas Inter-Americanas Uniformes para los Documentos y las Firmas electrónicas (UIAREDS)) que incorporan estas recomendaciones.

VII. EXPERIENCIA NACIONAL DEL URUGUAY

El acceso y la infraestructura nacionales son elementos dominantes para el desarrollo comercio electrónico en Internet. En Uruguay, una iniciativa llamada "Proyecto Mercurio" ha sido emprendida por la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL) para asegurar el acceso universal a Internet en Uruguay. Para ello, el proyecto proveerá a cada cliente de ANTEL (es decir los usuarios de los servicios fijos de la telefonía, que numeraban alrededor 1.100.000 en 2000) un dispositivo terminal, bajo términos muy accesibles. Esto permite a los clientes de ANTEL simultáneamente tener acceso a Internet y hacer uso servicios telefónicos. Un portal de ANTEL será situado en la red nacional del IP, que recibirá sitios públicos y privados y los servicios de la red de Adinet. Bajo este proyecto, el correo de Adinet será proporcionado a todos los clientes.

Uruguay sería el primer país en el mundo en emprender un proyecto de esta naturaleza, teniendo como hace ciertas características básicas favorables para tal proyecto, incluyendo (1) una escala conveniente para poner este proyecto en ejecución, permitiendo que las inversiones sean altamente eficaces, y (2) infraestructura conveniente, puesto que Uruguay es el primer país en las Américas en tener 100% de sus redes digitales, y su red de datos provee la cobertura más grande con gran variedad de tecnologías avanzadas y con los mejores precios de la región.

Antes de 2001, 690.000 uruguayos de un total de 3.000.000 ciudadanos tenían acceso del Internet, y el número ha crecido enormemente. De esos 690.000 usuarios el 48% navega en Internet, representando a un total de 390.000 personas. Sin embargo, en 2000, solamente 4% de la población, es decir 29.000 ciudadanos, eran compradores en línea. El 21% indicó que compraría si fuera más seguro, de forma a la fecha que existían 150.000 potenciales compradores en línea. Tres de cinco compradores potenciales dijeron que comprarían en Internet si la protección al consumidor fuera más eficaz, demostrando que la seguridad y la confiabilidad son los inhibidores principales.

El problema es que con un bajo volumen de ventas, no parece redituabe invertir altas sumas de dinero para facilitar las transacciones en línea. En este contexto, el sector privado empresarial ha emprendido algunas iniciativas interesantes.

Por ejemplo, la tarjeta de crédito del OCA, lanzó el Certificado OCA Digital. Este proyecto alcanzará a parte significativa de los compradores potenciales, puesto que hay 600.000 tarjetas OCA en el mercado uruguayo. El 62% de los titulares de tarjetas uruguayas tienen OCA, el 51% del dinero se paga con tarjetas de crédito y el 54% de las transacciones de la tarjeta de crédito en 2001 fueron hechas con las tarjetas OCA. El Certificado Digital OCA es una ayuda para el comercio electrónico, puesto que permite que muchos uruguayos compren en línea sin incorporar su número de tarjeta, lo que indudablemente aumenta la confianza del consumidor. Y ello porque, además de lo antedicho, (1) el servidor del pago se ocupa de las complejidades de la transacción, (2) el uso del servidor del pago no tiene ningún coste adicional, (3) el sistema del pago se ha promovido con una fuerte campaña publicitaria multimedia, (4) OCA asume todo el riesgo del fraude y devoluciones, y (5) los sistemas trabajan solamente para las compras en Uruguay.

Para combatir la inseguridad en línea, el gobierno uruguayo creó el Comité Nacional sobre la Sociedad de la Información, que tiene por objeto principal el trabajo para el desarrollo de la sociedad de información (Uruguay en red) en base a una agenda pormenorizada. El plan de trabajo prevé tomar medidas en cinco áreas de funcionamiento: (1) instrucción telemática, (2) desarrollo de los servicios telemáticos para los ciudadanos y los negocios, (3) modernización de la administración pública, (4) promoción de las telecomunicacio-

nes y de un mercado eficientes en Internet, y (5) un programa para apoyar la competitividad del sector del software en Uruguay.

En Uruguay, la ley de Relaciones de Consumo 17.250 ha sido una herramienta eficiente en la protección al consumidor en general, y la jurisprudencia muestra una tendencia constante a expandir su ámbito subjetivo y fundamentalmente objetivo de aplicación. Además, los correos electrónicos y otros documentos en línea se han validado como evidencia en juicio, y según la tendencia internacional y regional, es de esperarse que la nueva regulación de la autenticación no tardará en llegar.

Por su parte, el la Cámara Nacional de Comercio y Servicios el Uruguay ha agregado la certificación digital, un servicio que ofrece actualmente a las compañías a través de todo el país. El Certificado de Digital fue lanzado oficialmente el 25 de mayo de 2000, como resultado de un acuerdo firmado con el Consejo Superior de España de Cámaras de Comercio e Industria. Los Certificados Digitales proporcionan las garantías legales internacionales para las comunicaciones y las transacciones de negocio.

Finalmente, otras iniciativas están en camino, puesto que Internet está llegando a ser más y más comercial por naturaleza. Las compañías apuntan a obtener las mayores ventajas ofrecidas por la por el medio, pero es claro que para establecer con éxito transacciones comerciales en el mundo virtual, el sistema debe ser seguro.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *“Derecho Administrativo Especial”, volumen 2, de Carlos E. Delpiazzo (por Felipe Rotondo Tornaría)*
- *“Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo” (por Carlos E. Delpiazzo)*
- *“Responsabilidad civil del Abogado y del Escribano”, de Gustavo Ordoqui Castilla (por Natalia Veloso)*

DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. Volumen 2.

Carlos E. Delpiazzo.
Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández.
Montevideo, 2007, 699 páginas.

El Profesor Delpiazzo no necesita presentaciones: es un referente en diversos ámbitos profesionales y en especial en el del Derecho Administrativo, por lo cual aludiremos directamente a este Volumen 2, con el cual completa su obra sobre la Parte especial del ordenamiento jurídico-administrativo uruguayo, dando acabado cumplimiento a la sistematización que planteara en el Volumen 1 (ya reseñado en el N° 10 de esta Revista).

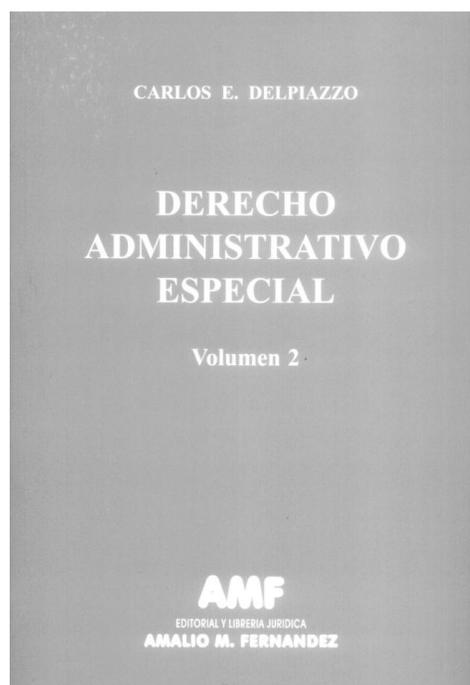
En efecto, allí fundamentó la importancia de esa Parte especial, a la luz de la doctrina y del proceso de su enseñanza en el Uruguay, ubicando con precisión que “su objeto es responder a las preguntas de cómo es la Administración pública uruguaya y en qué consiste su quehacer”, o sea “cuál es su organización y cuál es su actividad” según el Derecho positivo “analizado sistemáticamente en el marco científico previamente descrito”.

En el Volumen 2 prosigue el estudio de esos aspectos de la administración y lo hace –como en el anterior Volumen – mediante un desarrollo claro y ordenado, que permite conocer adecuadamente la estructura de las respectivas entidades públicas, sus cometidos y la normativa jurídica que les rige.

Trata de los “servicios de libre prestación”, en la terminología del autor, los que son tales porque respecto a su ejercicio los particulares tienen un derecho propio –no proveniente de acto jurídico estatal alguno – lo que determina que en esta categoría de cometidos resulte nítido el rol subsidiario del Estado.

Se incluye así la consideración de servicios sociales a través de sendos Capítulos sobre Enseñanza; Seguridad Social; Asistencia a la Salud; Protección de Menores, Discapacitados y Adultos Mayores; Actividad Cultural, Científica y Tecnológica; Vivienda. También el examen de los “Servicios Sociales Departamentales y Locales”.

Por otro lado la actuación estatal en el ámbito de la actividad privada que se trata en la Cuarta parte de la obra, denominada “Actividad económica de la Administración”, la que comprende Capítulos sobre Telecomunicaciones; Actividad bancaria; Actividad portuaria y aeroportuaria; Actividad Postal; Combustibles; Seguros; Casinos y Juegos de Azar. Concluye, asimismo, con el examen de la “Actividad económica departamental”.



Le siguen “las demás actividades de interés público”, en las cuales la administración estatal actuará en base al acto jurídico “ley” y a la configuración de dicho interés, con la ineludible calidad de servicial en relación a la persona humana, centro del sistema jurídico.

Así en la Quinta parte de la obra –a través de específicos Capítulos – se trata de los regímenes administrativos de las personas jurídicas; la propiedad privada; el comercio; la industria y el turismo.

Básicamente en todos y cada uno de los Capítulos del Volumen se efectúa un análisis que comprende la “Caracterización” de la actividad que se estudia; su “Evolución”; el respectivo “Cuadro Organizativo” y el “Desenvolvimiento” del servicio, agregándose la bibliografía correspondiente.

El contenido y la estructura armónica de la obra revelan el profundo conocimiento del autor sobre los principios y conceptos generales del Derecho administrativo, lo cual le permite realizar un examen detallado pero no farragoso de su Parte especial, precisamente porque esta se presenta sustentada en aquellos fundamentos.

En suma una obra valiosa para los diversos operadores jurídicos, estudiantes y en general para los interesados en el Derecho administrativo uruguayo, que se agrega a la extensa y proficua producción científica del Profesor Delpiazzo.

Felipe Rotondo Tornaría

MEMORIAS DEL VI FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y VIII JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Universidad Externado de Colombia,
Bogotá, 2007, 1001 páginas.

Durante la última semana de julio de 2007 se realizaron simultáneamente en el Campus de la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá, la reunión del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, evento ya tradicional y de alto prestigio que nuclea a especialistas de Derecho público de distintos países.

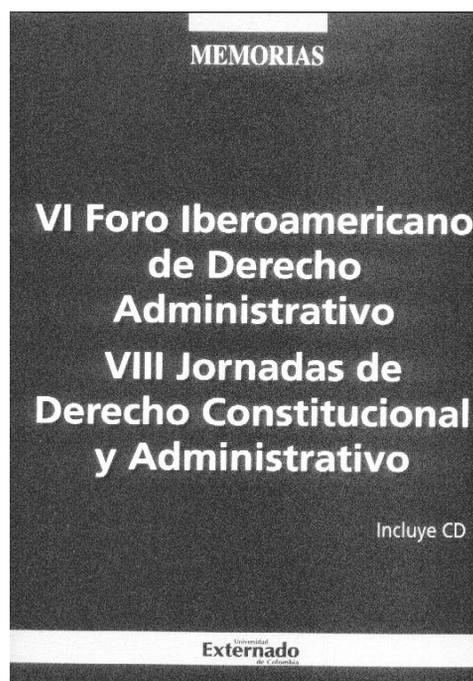
El volumen que se comenta -en muy cuidada edición- contiene, tanto en papel como en CD, las ponencias presentadas por los Profesores de Derecho Administrativo de Iberoamérica participantes en el VI Foro.

En tal sentido, el libro viene a sumarse a la colección de publicaciones resultantes de las fecundas actividades del mencionado Foro, que ya tuvo oportunidad de reseñar al comentar la obra resultante de la anterior reunión del Foro, realizada en la Universidad San Francisco de Quito en el año 2006, titulada "El marco constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica" (ver: Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año V, N° 10, págs. 229 y 230).

En esta entrega, el tomo está centrado en el análisis de la ley y el reglamento como fuentes del Derecho Administrativo.

Comienza con una **Introducción** a cargo del Prof. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, en donde se releva la complejidad conceptual de la ley y el reglamento en nuestros países, concluyendo que "El VI Foro Iberoamericano se ocupa del estudio y análisis a nivel del Derecho comparado de estas dos instituciones en aras de la consolidación de un sistema conceptual adecuado y posible en el ámbito de la internacionalización de las bases jurídicas de nuestras instituciones y sobre todo en procura de la identificación de las bases que sustentan el Estado de Derecho en nuestras naciones".

Seguidamente, se incluyen por orden alfabético las **Ponencias** de los Profesores participantes, que



fueron Mariano R. Brito (Uruguay), Juan Pablo Cajarville Peluffo (Uruguay), Hugo Haroldo Calderón (Guatemala), Juan Carlos Cassagne (Argentina), Pedro José Jorge Coviello (Argentina), Jorge Danós (Perú), Carlos E. Delpiazzo (Uruguay), Jorge Fernández Ruiz (México), Rogerio Gesta Leal (Brasil), Miriam Ivanega (Argentina), Andry Mantilla (Cuba), Miguel Angel Sendín (España), Rolando Pantoja (Chile), Alejandro Pérez Hualde (Argentina), Javier Robalino (Ecuador), Armando Rodríguez (Venezuela), Jaime Rodríguez Arana (España), Enrique Rojas Franco (Costa Rica), José Mario Serrate Paz (Bolivia), y Javier Ernesto Sheffer (Panamá).

En una tercera parte, se agrupan los **Documentos de Colombia** en el siguiente orden: Jaime Vidal Perdomo, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Jorge Enrique Ibáñez, Consuelo Sarria Olcos, Libardo Rodríguez Rodríguez y José Luis Benavides.

Es interesante constatar a través de la lectura de los trabajos de tan distinguidos Profesores como, con distintas tonalidades y énfasis, los problemas que se suscitan en los diversos países son similares y reflejan las tensiones entre el Estado legislador y el Estado regulador a través de órganos diferentes a los Poderes Legislativos.

Por eso, la preocupación que resulta de los diferentes enfoques prioriza la primacía de los derechos fundamentales en el marco de las novedades que presenta el reparto de competencias ejecutivas y legislativas.

En resumen, el libro que se comenta es un verdadero tratado sobre la ley y el reglamento en el contexto iberoamericano actual, constituyéndose en un jalón más en la destacada labor que viene reali-

zando el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en la reconstrucción de la disciplina desde una perspectiva servicial centrada en la persona humana.

Carlos E. Delpiazzo

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO Y ESCRIBANO

Dr. Gustavo Ordoqui Castilla
Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007, 312 págs.

La responsabilidad civil de los profesionales liberales es un ámbito del Derecho que se ha venido desarrollando a pasos agigantados en los últimos quince años. La actualidad del tema y el aumento de reclamos judiciales a los profesionales independientes ha modificado de forma sustancial la relación cliente-profesional, llegando incluso a instalarse como una práctica común la contratación de seguros por responsabilidad profesional.

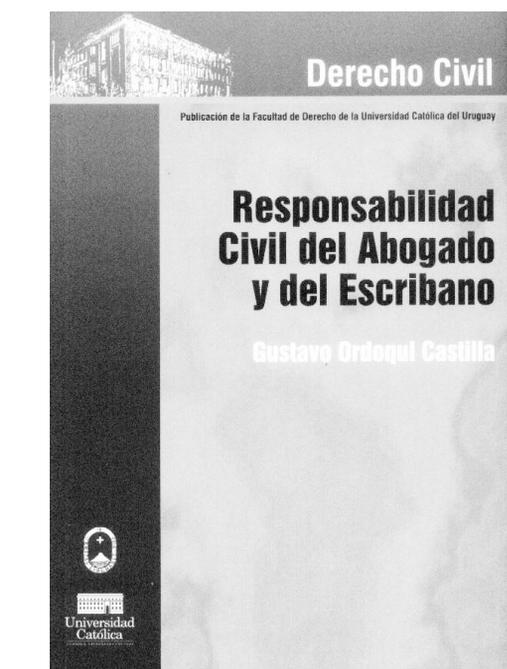
Mucho tiempo antes, este tema ya había captado la atención del Dr. Ordoqui. Es por ello que ya en el año 1993 publica su obra *"La responsabilidad civil del profesional Liberal"*, en la que analiza, no sólo la responsabilidad del abogado y del escribano, sino también la de los arquitectos, contadores, ingenieros y médicos.

Casi 15 años después, la dinámica del tema y la enorme casuística que ha venido presentando la realidad - para la cual muchas veces no existían respuestas- llevó al Dr. Ordoqui a replantearse su análisis, para dar un enfoque actualizado sobre las tendencias de la jurisprudencia y doctrina en materia de responsabilidad profesional, dedicando este primer libro exclusivamente a la responsabilidad de los abogados y escribanos.

En este escenario es que el Dr. Gustavo Ordoqui publica *"Responsabilidad Civil del Abogado y del Escribano"*, el cual es una clara muestra de su indiscutible autoridad en el tema, fruto de su destacadísima labor como profesional y docente de Derecho Civil y Derecho de las Obligaciones en la Universidad Católica y en la Universidad de la República.

Uno de los elementos más destacables del libro es que recoge el cambio de enfoque de la responsabilidad profesional que ha venido operando en los últimos quince años. En un primer momento, la responsabilidad civil del profesional liberal tendía a ser vista desde un enfoque protector de la víctima. Es decir, desde la óptica del cliente que sufría los perjuicios a consecuencia de la actuación del profesional.

Sin embargo, el uso abusivo de este tipo de reclamos ha determinado la necesidad de establecer límites a la responsabilidad del profesional. Muchas veces se inician reclamos infundados contra los profesionales, con la sola intención de llegar a un acuerdo transaccional. Sin embargo, independientemente de



cuan infundado sea el reclamo y de cual sea el resultado judicial del mismo, el daño generado al prestigio del profesional es verdaderamente irreparable. Por tales motivos, se ha producido un cambio de enfoque del tema y se ha comenzado a mirar la relación de responsabilidad, no sólo desde el ámbito de la víctima sino también desde el ámbito del profesional.

La obra del Dr. Ordoqui recoge este cambio de enfoque y viene a enmarcar la responsabilidad profesional en el estado actual del proceso con el fin de definir lo más claramente posible los parámetros en que debe desenvolverse la responsabilidad civil del abogado y escribano.

La obra se divide en tres partes. La primera, titulada *"Generalidades"*, profundiza ampliamente conceptos tales como la naturaleza de la obligación asumida por el profesional, la caracterización del contrato de servicios profesionales y el concepto de culpa profesional.

Uno de los aportes más novedosos de esta publicación es el análisis de la *responsabilidad profesional en equipo*. Hoy en día es muy común que la profesión se ejerza a través de estudios jurídicos o notariales en los que trabajan equipos de profesionales. Tan es así que muchas veces el cliente viene en busca de un estudio que le resulta confiable y no de un profesional concreto, lo cual se ve claramente reflejado en el hecho de que comúnmente el cliente contrata con el estudio y no con un profesional particular. El

Dr. Ordoqui analiza estos casos dando pautas para la determinación de la responsabilidad en esta modalidad de prestación de servicios profesionales.

La segunda parte se titula “**Responsabilidad Civil del Abogado**” dedicándose principalmente a la caracterización de las particularidades de la responsabilidad civil en esta profesión y dedicando un último capítulo al tratamiento de la responsabilidad civil del procurador.

En esta parte de la obra se puede apreciar una contribución fundamental a la depuración de conceptos que hasta ahora no estaban claramente definidos en la doctrina y jurisprudencia. Entre estos temas podemos destacar el tratamiento de la caracterización de la gestión del abogado; las garantías para el ejercicio de la profesión; los efectos de la aplicación de la ley de relaciones de consumo a la relación cliente -profesional y la responsabilidad por la actuación extra procesal del abogado entre otros.

La tercera parte trata exclusivamente la “**Responsabilidad Civil del Escribano**”. En ella se estudian los aspectos puntuales de la gestión notarial en los cuales más frecuentemente existe responsabilidad. Concretamente, se analizan los casos de responsabilidad por mal asesoramiento, por errores en la autenticación, por violación de los deberes de guardar secreto profesional, custodia, veracidad e imparcialidad y la responsabilidad por errores en el estudio de títulos. Adicionalmente, se reivindica la figura del

escribano como “policía de la simulación” remarcando su deber de controlar no solo los aspectos formales de los negocios sino también que su contenido no sea simulatorio.

Por otra parte, debe destacarse que, además del importantísimo aporte a la depuración de conceptos poco claros hasta ahora en la doctrina, la obra del Dr. Ordoqui cuenta con una importante labor de recopilación jurisprudencial que cuidadosamente se ha elegido para ilustrar y respaldar cada uno de los temas analizados.

Finalmente, como complemento, la obra cuenta con muy útiles **anexos** al final de cada parte, entre los cuales se pueden encontrar el Decálogo moral del profesional general; el Proyecto de ley de la abogacía; EL Código de Ética del Abogado del Colegio de Abogados de Uruguay; Los diez mandamientos del abogado propuestos por Eduardo J. Couture y el Código de Ética de la Asociación de Escribanos del Uruguay entre otros.

En definitiva, sin lugar a dudas “*Responsabilidad Civil del Abogado y del Escribano*” en materia de responsabilidad profesional se convierte en herramienta de consulta imprescindible tanto para profesionales como para clientes. El destacado análisis de la casuística de esta área del derecho y la autoridad de su autor en la materia hacen que la obra del Dr. Gustavo Ordoqui sea referencia ineludible en el área de la responsabilidad profesional.

Dra. Natalia Veloso Girbaldi