



# Revista de DERECHO

## MENSAJE DEL DECANO

Una invitación: proyectar un país mejor 3

## DOCTRINA

**Brito, Mariano**

El Derecho Administrativo frente a los procesos de integración 7

**Langón Cuñarro**

Primeras reflexiones sobre la Ley N° 17.897 de 14.9.05 17

**Loaiza Keel, Carlos**

Cambio de domicilio de las sociedades comerciales: consideraciones sobre su régimen jurídico 27

**Mantero, Elías**

La prohibición de compensación del inciso 2° del art. 1612 del Código de Comercio 37

**Sandonato, Pablo**

Contribución al estudio del fundamento del Derecho Internacional Público: la Escuela de la Paz 51

**Torres Cazorla, María Isabel**

Las dificultades que la Comisión de Derecho Internacional encuentra para codificar un tema controvertido: los actos unilaterales de los Estados 71

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

**Van Rompaey, Leslie**

El Derecho y la Justicia 87

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia N° 170 de la Suprema Corte de Justicia 93

**Chaves, Gastón**

Delimitación de la figura del cómplice en el concurso criminal 93

## INFORMACIONES

Carrera de Notariado 111

Presentación del libro "Derecho Administrativo Uruguayo" 113

## TESINAS DE MASTERS

**Chalkling Majó, Carolina**

Legitimidad del Estado para reclamar por concepto del droit de suite como dominio público oneroso 125

## MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

**Beitler, Ady**

La conciliación previa en el Uruguay a la luz de la teoría de la negociación legal 145

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Derecho de las Telecomunicaciones 169

Marco regulatorio del sector eléctrico en Uruguay 171

La protección jurídica de eslogan publicitario en el Derecho comparado 173

Derecho Médico Uruguayo 175

Incapacidad e inhabilitación 177

Código Penal, tomo II, volumen II 179

Datos personales para informes comerciales y habeas data 181

Manual del Sistema Legal de los Estados Unidos 183



---

## MENSAJE DEL DECANO

### *Una invitación: proyectar un país mejor*

**E**l profesor Alejandro Llano, ex - Rector de la Universidad de Navarra cuando inauguró los cursos 2002-2003 en esa Universidad, decía que *"el objeto de la esperanza no es lo seguro... es lo nuevo"* Personalmente prefiero decir que el objeto de la esperanza no es tanto lo nuevo, que por nuevo no necesariamente va a ser bueno, sino lo mejor, que es a lo que todos naturalmente aspiramos en la vida. Esta ilusión por lo mejor puede estar a flor de piel o puede estar implícita indirectamente en los proyectos que podemos ir forjando. Dios quiera que esos proyectos sean ambiciosos, innovadores y solidarios. Estas 3 características, ambición, innovación y solidaridad son las que pueden ayudarnos a buscar y encontrar ese mejor país que hemos de pretender para nosotros y para quienes nos sigan después.

**Ambición** en primer lugar supone no conformarse con vuelos a ras de suelo y no rendirle culto a la mediocridad. Demasiadas veces ya hemos visto los resultados que acarrea aplicar la teoría del mínimo esfuerzo, de hacer simplemente la de uno, de no estar dispuesto a dar más que lo estrictamente necesario en cualquier ámbito de la vida. Miguel Angel Buonarotti afirmaba que *"Una de las mayores tragedias que puede ocurrirle al hombre no es apuntar alto y fallar; es apuntar bajo y acertar..."* Exhorto a que todos nosotros profesores, alumnos y administrativos, apuntemos bien alto, pues aún en el caso de fallar, siempre tendremos la posibilidad de intentarlo de nuevo, una y varias veces, como los atletas entrenándose para competir en los eventos olímpicos que no logran los resultados que buscan si no es a través de un reiterado y agotador empeño.

La **innovación** es fruto de la creatividad; y son creativos los que aprenden a utilizar su inteligencia y su voluntad con originalidad. No repitiendo mecánicamente lo que otros ya han dicho o hecho sino cuestionando y cuestionándose nuevas formas y vías de recorrer los caminos que otros ya recorrieron: *"...dos caminos se bifurcaban en el bosque, y yo, yo tomé el camino menos transitado. Y eso ha sido la diferencia"* escribía en un poema Robert Frost hace ya algunos años. Esto supone ir contra la corriente y no aceptar ser rebaño, muy que les pese a los manipuladores de masas que siempre y en diversas épocas y circunstancias pretenden controlar al mundo por diferentes medios. Schiller advertía: *"Vive tu siglo, pero no dejes que te convierta en su criatura"*. Esto tampoco supone renegar o desechar las tradiciones; el amor por la tradición no es en modo alguno incompatible con el afán de progreso. La clave está en saber armonizar estas dos tendencias y de ahí surgirá la diferencia entre ser un mero imitador, un copiator o ser un hacedor, un líder que promueve liderazgos. En tal sentido viene bien recordar lo que dice Llano en otra parte de esa clase inaugural dictada años atrás:



## Revista de DERECHO

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

\*

### Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

### Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo  
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

### Consejo Editorial

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

### Comisión de Publicaciones

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

\*

### 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 / 05  
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 IV (2005), N° 8

*“El liderazgo no es el líder, sino aquel sistema de organización con el que todos los miembros de una institución actúan mejor que en cualquier otra. La creatividad es un sistema de colaboración...”*

La **solidaridad** es expresión de moda. Igual que la ética. Con ambas se corre el riesgo de repetir las cansinamente sin comprender su significado real; entonces se cae en la banalización, en la trivialización de estos términos, perdiéndose de vista su verdadero sentido. No se puede hablar de solidaridad y de ética sin vivirlas; sería incoherencia y a veces hipocresía. Estaríamos quedándonos con las formas y las etiquetas sin ir a los fondos y contenidos. La verdadera solidaridad supone compromiso en vez de indiferentismo; profundidad en vez de frivolidad (alguna vez ya he dicho que nuestra generación tiene los cables cruzados: llora por cosas que no hay que llorar y se ríe por cosas que no hay que reír...); implica practicar la generosidad en lo cotidiano, no hacer proclamaciones altruistas e inalcanzables que simplemente escudan un cómodo egoísmo. Supone finalmente aprender a trabajar en equipo, pues es la interdependencia y la interdisciplinariedad la que hoy puede mejorar al mundo. Ante tantas e innegables muestras de injusticia, de desigualdad, de pobreza y de trabas al desarrollo de millones de personas, es inmoral cruzarse de brazos y pensar que no hay nada que nosotros individual y colectivamente podamos hacer.

Los 3 caracteres antes mencionados que podrían resumirse en una **solidaria innovadora ambición**, se tornan acuciantemente imprescindibles si es que de verdad queremos transformar y mejorar la realidad que nos circunda. Se trata ni más ni menos de cooperar entre todos para devolverle al hombre sus derechos inalienables y reintegrarle su natural dignidad. Frank Sheed afirma que *“si el hombre en cuanto tal no tiene importancia, entonces yo tampoco tengo importancia...”* Si degradamos la idea de la humanidad y de la persona humana, nos degradamos a nosotros mismos.

El hombre no es pura materia o fórmulas químicas ni tampoco es puro espíritu, sino una balanceada combinación de ambos aspectos para que, intrínsecamente relacionados, pueda llegar mejor a cumplir su fin. Por otra parte, como afirma Frank Sheed, si no se llegase a apreciar debidamente al hombre, *“...si el hombre en cuanto tal no es objeto de valor – de modo que todo hombre sea apreciable por el mero hecho de ser hombre - , no se puede pensar en un orden social humanamente viable...”*

Así de simple y así de clave para buscar y encontrar ese país mejor...



## DOCTRINA

- **Brito, Mariano** - *“El Derecho Administrativo frente a los procesos de integración”*
- **Cuñarro, Langón** - *“Primeras reflexiones sobre la ley N° 17.897 de 14.9.05”*
- **Loaiza Keel, Carlos** - *“Cambio de domicilio de las sociedades comerciales: consideraciones sobre su régimen jurídico”*
- **Mantero, Elías** - *“La prohibición de compensación del inciso 2° del art. 1612 del Código de Comercio”*
- **Sandonato, Pablo** - *“Contribución al estudio del fundamento del Derecho Internacional Público: la Escuela de la Paz”*
- **Torres Cazorla, María Isabel** - *“Las dificultades que la Comisión de Derecho Internacional encuentra para codificar un tema controvertido: los actos unilaterales de los Estados”*



---

# EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE A LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

**MARIANO R. BRITO**

Rector de la Universidad de Montevideo  
Catedrático de Derecho Administrativo

## SUMARIO

- I. LA CUESTIÓN DEL TÍTULO. II. EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. III. LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD.  
IV. EL DERECHO DERIVADO DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR. SU NATURALEZA Y EFICACIA JURÍDICA: ¿ES CONSTITUTIVO  
DE UN DERECHO DIRECTAMENTE APLICABLE? V. A MANERA DE CONCLUSIONES

## I. LA CUESTIÓN DEL TÍTULO

1. Para procurar una respuesta concreta hemos de atender a una cuestión fundamental que aquí se plantea como frente a tantas otras manifestaciones del ordenamiento jurídico ante la integración. Es que el reto de la “nueva economía, la mundialización de sus dimensiones y aun su globalización, la cuestión social y las implicaciones éticas –entre otras- reclaman una respuesta en el orden del saber o del conocer, más allá de la información y constatación del orden de los fenómenos que sí acaecen: ocurre inequívocamente la integración, se transita por ella y se discurre a su respecto, y se procura su logro y afianzamiento. El derecho –orden instrumental, ciencia práctica para el fin ordenador- se hace presente y asume, en alguna medida, la conducción estabilizadora del proceso, a la vez que permite la reflexión sobre su prospectiva<sup>1</sup>. Una vez más, se decía a fines del siglo XX, “Un gran reto que tenemos al final de este milenio es el de saber realizar el paso, tan necesario como urgente, del fenómeno al fundamento”<sup>2</sup>.
2. En tal orden de reflexión más de una vez, asaz frecuentemente, se habrá de ver que “el derecho positivo no resuelve, sin más, íntegramente, las cuestiones controversiales, ni las de integración y coordinación que reclaman la acción del derecho para el ordenamiento de la vida humana en sociedad”<sup>3</sup>; tampoco las de integración entre estados y entre los diversos actores de la vida internacional.

3. ¿Qué hemos de entender por integración en orden a la respuesta buscada?

¿Acaso podríamos, para nuestra América Latina, con el título de una publicación parlamentaria de mi país, hablar de “AMÉRICA LATINA, una nación de repúblicas” o, antes bien, mucho ha conducido a la dispersión y aun, por qué no llamarla, desintegración económica, política y cultural? Si la respuesta fuera la conducente del título quedaría afirmada la calificación de “integrador” para el proceso que se desenvuelve entre nuestros países latinoamericanos y especialmente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en el constituido MERCOSUR. Se ha **recordado** que “En sentido etimológico, integración es acción y efecto de integrar e integrarse, “y” también unirse a un grupo para formar parte de él”<sup>4</sup>.

Magariños señalaba ya en 1967 que la expresión”, más que referirse a una realidad determinada, trasunta mejor una concepción del hecho histórico. Más que mencionar un objeto preciso indica una idea,

<sup>1</sup> Mariano R. BRITO, *Derecho Administrativo; su Permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva*, Publ. Universidad de Montevideo, 2004. Introducción, p. 9 a 22.

<sup>2</sup> Juan Pablo II, *Encíclica FIDES et ratio*, Ed. Palabra, Madrid, 2da. Ed, 1998, p. 114.

<sup>3</sup> Mariano R. BRITO, *ob. cit.*, p. 38.

<sup>4</sup> Héctor N. DI BIASE, *Introducción al Derecho de la integración con especial referencia al MERCOSUR*; en A.A.V.V., *El MERCOSUR después de Ouro Preto*, Publ. Universidad Católica del Uruguay, Revista de Derecho Constitucional y Político, Montevideo, 1995, p. 12.

un modo de acción, un postulado aceptado generalmente por todos, al cual debe tenderse permanentemente y que por fuerza se traduce en movimiento”<sup>5</sup>.

Más aún: podríamos tal vez pensar al abrigo del pensamiento de Hauriou, que el proceso integrador –con fuerza y rigor de vida que se hace y se afianza en su desarrollo, aunque con dificultades y perturbaciones y también frustraciones, a veces- puede conducir a perfilar y dar finalmente nacimiento a la institución. Ella según la genial definición del maestro de Toulouse “es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos”<sup>6</sup>.

Se advierte cuánto de lo que acaba de citarse bien puede hallarse cuando el Derecho Administrativo se enfrenta a los procesos de integración. Bastará aquí aludir a la organización, personalidad jurídica, sus órganos y clasificación, sus funciones o competencia, clasificación de ellos, etc.

4. Véase producido todo ello en el MERCOSUR con su proceso gradual de institucionalización, porque habiendo hallado su fuente en un tratado “para” (destinado a la constitución de un mercado común)<sup>7</sup>, no da nacimiento al MERCADO COMUN DEL SUR, anunciando en cambio que “Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur (MERCOSUR)”<sup>8</sup>.

“CONSIDERANDO, precisamente, que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo con justicia social, el Tratado de Asunción apunta al más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, y postula su base en los principio de gradualidad, flexibilidad y equilibrio” (“ENTENDIENDO”)<sup>9</sup>.

Recién más luego, mediante el Protocolo de Ouro Preto, el MERCOSUR hubo de tener personalidad jurídica de Derecho Internacional<sup>10</sup>, pero tampoco ello importó de suyo la integración culminada o acabada, siempre reclamando un proceso. Cuando de éste se habla o menta no puede desconocerse el fruto singular de una realidad latinoamericana de dispersión y desintegración que siguió al proceso independentista.

5. Con intensidad de propósitos en los términos de la globalización, la liberalización del comercio, desregulación y reducción del aparato estatal (todo eso con la consecuente redefinición de cometidos y competencias, mejora sustantiva en la eficiencia de gestión)<sup>11</sup>.

No menor es el reclamo ínsito de superación de las asimetrías y dificultades provenientes de economías competitivas y no complementarias. Para tales supuestos se definen en el Cap. I del T.A., entre otros, los siguientes propósitos, principios e instrumentos: “La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transporte y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de expresar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes”. Con tales determinantes obligatorias para los Estados Partes, cuyo origen fontanal se encuentra en el T.A., sigue para el Derecho derivado su obligatoriedad y cumplimiento que “... está impuesto por el deber de no frustrar los fines del Tratado de Asunción y sus protocolos complementarios, deber que está consagrado a texto expreso en el Art. 18 del Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 13

<sup>6</sup> Maurice HAURIU, *La teoría de la institución y de la fundación*, con traducción del francés, prólogo y biografía del autor por Arturo Enrique Sampay, Ed. Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 39-40.

<sup>7</sup> Mariano R. BRITO, *Solución de controversias en el MERCOSUR*; en A.A.V.V. *El Derecho de la Integración del MERCOSUR*, Publ. Universidad de Montevideo, 1999, p. 161; citando a Alejandro FFREELAND LOPEZ LECUBE, *Manual de Derecho Comunitario*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1996, p. 99.

<sup>8</sup> Tratado de Asunción, de 26.III.1991, Art. 1, párrafo 1º.

<sup>9</sup> *Ibidem*

<sup>10</sup> Protocolo de Ouro Preto, de 17.XII.1994, Art. 34.

<sup>11</sup> José Antonio VEIGA, *La reforma del Estado*, en *Revista de Antiguos Alumnos del IEEM*, Universidad de Montevideo, Año 5, Número 2, Agosto 2002, P. 47.

<sup>12</sup> Uruguay aprobó el Tratado de Viena por ley No. 16.173 de 30.III.1991.

Se ve allí a la luz de lo establecido en el párrafo precedente, un relevante ámbito para el desarrollo y prospectiva del Derecho Administrativo frente a los procesos de integración. Sin embargo, se crean para su ámbito regulatorio y operativo algunas serias dificultades de las que nos ocuparemos en los capítulos II y III <sup>13</sup>.

6. Pero, aun con carácter universal, puede afirmarse que la integración se va realizando y se alcanza o cumple durante y al cabo de un proceso, de tal modo gradual que nada puede autorizar identificación sin más, cuya noción procuraremos precisar más adelante.
7. Basta pensar, si acaso, cómo también “La actual Unión Europea no es un fenómeno aislado, debe enmarcarse en un proceso más amplio que es el de la creación de organizaciones internacionales de carácter regional en el ámbito de Europa occidental, a partir de la segunda Guerra Mundial <sup>14</sup>; organizaciones que constituyen un cauce permanente de relaciones entre los Estados del Occidente europeo y actúan como elemento de cohesión ideológica y cooperación económica, jurídica, política o militar entre sus estados miembros. Dentro de ese proceso, la creación de las tres Comunidades Europeas tuvo como objetivo inmediato la integración económica de sus Estados miembros, si bien no ha sido ajena ni en sus orígenes, ni en su ulterior desarrollo a la aspiración de alcanzar, como fin último, la unidad política de Europa” <sup>15</sup>.
8. No puede olvidarse la afirmación de Robert Schuman: “Europa no se hará de golpe ni en una construcción en conjunto; se hará mediante realizaciones concretas creando primero una solidaridad de hecho. Y agregaba: “La reunión de las naciones europeas exige que la oposición secular de Francia y Alemania sea eliminada. La acción emprendida debe tocar en primer término a Francia y Alemania”.

“Con esta finalidad el gobierno francés propone llevar inmediatamente la acción sobre un punto limitado pero decisivo”.

“El gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa”

“La puesta en común de las producciones de carbón y acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea...” <sup>16</sup>.

A partir de entonces, un largo proceso desde el Tratado de París (CECA) (18.IV.1951); Tratado de Roma (CEE) (25.III.1957); Tratado de Roma (CEE) (25.III.1957); Tratado de Bruselas (8.IV.1965); y la UNIÓN EUROPEA, Tratado de Maastrich (12.II.1992), y la secuela aún no culminada en una Constitución de la Unión Europea.

9. En proceso avanzado se advierte el “Tratado de Libre Comercio de América del Norte”. En virtud de éste la política económica se desarrolla según unos objetivos bien definidos: “propiciar la libre inversión en todas las áreas económicas. Y así se ha podido decir para México que las reformas legislativas... tienen como fundamental objetivo desregular la actividad económica y estimular la participación de los particulares en todas las áreas económicas incluyendo las anteriormente encomendadas al Estado Mexicano como los ferrocarriles, la energía, los aeropuertos, los puertos, la comunicación vía satélite, y aún la seguridad social y el ahorro. Las reformas efectuadas a las demás leyes no son reformas aisladas, forman parte de la reforma integral del Estado. ¿Cuál es esa reforma integral? Que México armonice su legislación con la legislación de nuestros socios comerciales... Si queremos negociar nos tenemos que entender jurídicamente y como el Derecho es un todo indivisible, tenemos que reformar toda nuestra legislación”.

“Todas las reformas responden a un mismo objetivo, armonizarlas para entendernos” <sup>17</sup>.

Es aun aserto fundamental que “Las reformas legislativas representan una estrategia global de cambio acorde con los dictados de la economía mundial. Los Tratados de Libre Comercio con instrumentos

<sup>13</sup> Cap. II, La cuestión de constitucionalidad.

Cap. III, El derecho derivado de los órganos del MERCOSUR. Su naturaleza y eficacia jurídica: ¿es constitutivo de un derecho directamente aplicable? v. *Infra* capítulos citados.

<sup>14</sup> Y también al presente, Europa Oriental por la integración de diez países de ese ámbito geográfico político.

<sup>15</sup> Victoria ABELLÁN HONRUBIA, *La Unión Europea y sus miembros*; en A.A.V.V., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Ariel, Barcelona, 2da. Ed., 1ª. Reimpresión, 1995, P. 14.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 15

<sup>17</sup> Lucinda VILLAREAL CORRALES, *ILC Las reformas legislativas, para el libre comercio 1991-2001*, México, Editorial Porrúa, Prólogo a, 2da. Ed., p. XXX.

omnínimos y omnipresentes, nada escapa a su jurisdicción, pactan desde la liberalización de aranceles hasta el respeto de los derechos humanos y la democracia, como imperativos políticos”<sup>18</sup>.

## II. EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

1. Para la adecuada referencia a las cuestiones de los Capítulos III y IV se vuelve necesario definir una cuestión previa: ¿qué hemos de entender por derecho de la integración?

En tanto nuestro tema es el Derecho Administrativo frente a los procesos de integración, lo es en tanto aquel entraña, es, ordenamiento jurídico, que aunque no se agota en el orden normativo, por la comprensión de los principios generales, tampoco se reduce a la constatación de su objeto fenoménico: la integración

2. Se ha afirmado por la doctrina argentina que “El derecho “de la integración” o “derecho comunitario” configura un ordenamiento jurídico pleno de carácter supranacional. Hemos dicho que la integración es un gran fenómeno político... que encuentra en el derecho, el sistema jurídico, su principal modo de expresión, de fundamentación y de consolidación. Así, desde esta perspectiva, la integración supone necesariamente la existencia de un ordenamiento (normas) supranacional, con efectiva vigencia en el interior de los Estados miembros”<sup>19</sup>.

Desde Uruguay, el ex canciller Héctor Gros Espiell ha dicho: “Existe un Derecho Comunitario cuando se ha producido una transferencia de competencias atribuidas a órganos internos del Estado a órganos comunitarios y cuando hay un tribunal o ente encargado no sólo de dirimir las controversias entre los Estados Partes, sino también de regular la aplicación interna del Derecho Comunitario y asegurar la primacía sobre el Derecho interno. Este no existe aún en el MERCOSUR.

Esta conclusión vale no sólo para el Uruguay, sino para todos los Estados Partes en el Tratado de Asunción”<sup>20</sup>.

3. Pero, ¿Derecho de la integración o Derecho comunitario? Como ha recordado José M. Gamio, “Existe bastante confusión incluso entre los técnicos en derecho de la integración, respecto al verdadero alcance de estos términos”.

“No obstante, agrega, la opinión mayoritaria parece referirse a “derecho comunitario” para aludir, entre otros, al efecto directo e inmediato del derecho de la integración en el ámbito interno de los Estados miembros y a la supremacía de ese derecho de la integración sobre aquellos derechos internos”.

“Mientras tanto, a través del concepto de “supranacionalidad” se quiere aludir, estrictamente, a la circunstancia de que alguno de los órganos del proceso de integración estén compuestos por funcionarios que no representan a los Estados de sus respectivas nacionalidades sino al proceso de integración en sí mismo. Ello sin perjuicio de que existan otros órganos, normalmente los que invisten supremacía jerárquica, cuya composición es en función de representantes de los Estados miembros”<sup>21</sup>.

4. Siendo tal el concepto, naturaleza y alcance del Derecho Comunitario y del Derecho de la integración, parece claro que más acá de toda confusión e incertidumbre, se hallan en juego el efecto directo e inmediato del derecho emergente de los órganos que integran el sistema y la supremacía de ese derecho sobre los derechos internos. En suma, que el concepto enunciado en cuanto encierra las notas distintivas expuestas, conlleva una integridad o medida de supranacionalidad.

En vista de lo cual, con Delpiazzo, podría afirmarse: “Siendo así, parece evidente que, al presente no se posible afirmar la existencia de un Derecho Comunitario del MERCOSUR, resultando quizás preferible hablar de un Derecho de la integración en función de la menor intensidad del proceso de integración económica regional, compuesto por las fuentes originarias y derivadas edictadas en el Art. 41 del protocolo de Ouro Preto”<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> Rodolfo Carlos BARRA, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, T. 1, 2002, P. 339.

<sup>20</sup> Héctor GROS ESPIELL, Naturaleza jurídica del Tratado de Asunción y de sus protocolos; en A.A.V.V., El Derecho de la Integración del MERCOSUR, Publ. Universidad de Montevideo, 1999, Facultad de Derecho, P. 59.

<sup>21</sup> José Ma. GAMIO, Ordenamiento jurídico del MERCOSUR, en El MERCOSUR después de Ouro Preto, Seminario de la Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, 1995, P. 86.

<sup>22</sup> Carlos E. DELPIAZZO, El Derecho de la integración frente a la Constitución uruguaya, en ob. Cit. Nota 20, cita a Nuri RODRÍGUEZ OLIVERA, MERCOSUR como instrumento para la creación de un Derecho Comunitario, en Revista de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1992, p. 39 ss.

5. Y he aquí – en punto a Uruguay- que la doctrina coherentemente uniforme niega al Tratado de Asunción tal alcance, siendo sólo creador de una organización intergubernamental en la cual los Estados Partes a partir de un principio de igualdad y bajo la fórmula de consuno, disponen y deciden acerca de las distintas materias comprometidas en el tratado (Art. 42 del Protocolo de Ouro Preto)<sup>23</sup>.
6. Concluido que sea sobre el carácter del T.A. y protocolos consiguientes, se debe aun contar con que el orden jurídico respectivo no podría haber establecido el mentado orden supranacional sin colidir con la Constitución uruguaya. Veamos, pues, la cuestión objeto del Cap. III.

### III. LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Con precisa referencia Delpiazzo recordaba que bajo la vigencia del Art. 6º, inc. 2º de la Constitución uruguaya “se inició el itinerario jurídico del MERCOSUR, principalmente por el Tratado de Asunción y los protocolos de Brasilia y Ouro Preto. Por lo tanto, es a su respecto y también respecto al Derecho secundario emanado de los Órganos del sistema regional –que se plantea la reflexión acerca de la llamada “cuestión constitucional”, es decir, sobre “la compatibilidad con una organización internacional que... estructura un sistema de órganos capaces de adoptar decisiones válidas en la materia, que obliguen al Estado y que tengan, además, una aplicabilidad directa e inmediata, erga omnes en la esfera interna”.<sup>24</sup>
2. La doctrina uruguaya coincide con generalidad en la apertura de Uruguay al proceso integrador en virtud de la norma citada, pero no más allá de la de las fórmulas que impliquen la institucionalización de una organización intergubernamental. Sin embargo, un sector de ella ha atendido que “la fórmula constitucional “integración económica y social” debe considerarse abarcativa de todas las formas institucionales que puede adoptar la integración, desde aquéllas que se basan sobre esquemas predominantemente intergubernamentales, hasta la forma más avanzada de supranacionalidad”<sup>25</sup>.  
En los términos de la que Delpiazzo califica “posición intermedia”, se ha enseñado que es deber del intérprete “proceder a una racional adaptación de la Constitución a la nueva realidad, mediante una interpretación evolutiva y lógica”. Y por esto, agrega, “nada impide que los órganos comunitarios adopten decisiones y que éstas sean directamente aplicables en el Uruguay, siempre que se refieran a casos que supongan o que impliquen una situación internacional o vinculada con una relación externa o interestatal”<sup>26</sup>
3. Por nuestra parte, hemos concluido que el texto del Art. 6º inc. 2º de la Constitución no abre las puertas a la vigencia y eficacia directa de un ordenamiento jurídico internacional que en procura de la integración habilite la aplicabilidad directa e inmediata de decisiones de los órganos que se crearan en virtud del sistema institucional emergente del TA y Protocolo de Ouro Preto, por cuanto ella constituye, no un mandato para el legislador y la administración, sino una auténtica directiva política no vinculante; es un cierto “embrión de supranacionalidad”<sup>27</sup> o, en nuestra opinión, un fenómeno de tendencia. Por último, señálase con Delpiazzo que el Protocolo de Ouro Preto, por su Art. 2º, atribuye a los órganos de capacidad decisoria “naturaleza intergubernamental”<sup>28</sup>, no supranacional.

<sup>23</sup> Mariano R. BRITO, Solución de controversias en el MERCOSUR, en A.A.V.V. El Derecho de la integración del MERCOSUR, publ. Universidad de Montevideo, 1999, p. 162.

<sup>24</sup> Carlos E. DELPIAZZO, El Derecho de la integración frente a la Constitución uruguaya, en ob. Cit. en nota 7, p. 62.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 62, con la cita de autores y obras.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 63 citando a Héctor GROS ESPIELL, en La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya, en Temas Jurídicos F.C.U., Montevideo, 1968, No. 1, p. 37.

<sup>27</sup> Carlos E. DELPIAZZO, cit., p. 64.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

## IV. EL DERECHO DERIVADO DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR. SU NATURALEZA Y EFICACIA JURÍDICA: ¿ES CONSTITUTIVO DE UN DERECHO DIRECTAMENTE APLICABLE?

1. Hemos concluido que el MERCOSUR no constituye un orden jurídico supranacional.
2. Pero aquí llegamos a una delicada cuestión, en cuanto a la determinación de aquello que el MERCOSUR es. Se trata de saber si absoluta y universalmente los actos jurídicos de los órganos con capacidad decisoria de la persona jurídica MERCOSUR no pueden ser objeto de aplicación directa o –con otros términos– si deben pasar necesariamente por un ineludible procedimiento de internalización<sup>29</sup>.

No está comprometido aquí el derecho originario que contiene prescripciones de aplicación directa, sino el derecho derivado.

### 2.1. Puede observarse en orden a la regla de la trasposición necesaria:

- Las reglas de los artículos 38 y 40.
- La norma del Art. 42 previendo la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.
- Di Biase entiende que “las decisiones que toma el MERCOSUR no son de aplicación directa en el interior de cada uno de los Estados Partes. Es necesario contar con la voluntad de cada uno de ellos para que los actos del MERCOSUR se conviertan en actos propios”. Para ello toma en cuenta que “la única fuente posible de decisiones supranacionales tiene que ver exclusivamente con la solución de controversias”.<sup>30 31</sup>
- Durán al respecto afirma: “Naturalmente las normas del Derecho originario resultan obligatorias. También las del Derecho derivado son obligatorias para los Estados Partes. Pero estas últimas deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (Art. 42)”. Y aún añade: “La delegación uruguaya que negoció el Protocolo de Ouro Preto pugnó por la aplicación inmediata del Derecho derivado, pero ello no fue posible.”<sup>32</sup>

2.2. La general conclusión afirmada es recogida y aceptada pro nuestra parte, con reconocimiento de la sólida argumentación que la funda, pero nos merece una reserva o atenuación a la que nos referimos más adelante.

3. Parafraseando a Abal, reconoceremos ante todo una dificultad: “...corresponde también señalar que no es demasiado fácil para un procesalista (administrativista en nuestro caso) analizar normas que, aunque procesales (aunque con connotaciones de Derecho Administrativo en lo que a nosotros hace), integren el Derecho Internacional”.<sup>33</sup> No es el nuestro el estudio de Derecho Internacional ni el propio del Derecho Procesal. Para nuestro objetivo se ha de atender primariamente y fundamentalmente al ámbito material o de derecho ..... del régimen del MERCOSUR: derechos y obligaciones que emergen del Tratado de Asunción. Acuerdos y Protocolos entre los Estados Partes y actos de sus órganos con capacidad decisoria atinentes a cuestiones de Derecho Administrativo. Esta en juego determinar cual sea el ordenamiento jurídico administrativo aplicable, establecido por el Protocolo de Brasilia y las normas del Protocolo de Ouro Preto para la solución de cuestiones controversiales o litigiosas, desde el ángulo sustantivo (materia u objeto comprometido).

<sup>29</sup> Protocolo de Ouro Preto: “El MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional” (Art. 34) Y “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR” (Art. 2).

<sup>30</sup> Héctor N. DI BIASE, Introducción al Derecho de la Integración con especial referencia al MERCOSUR, en el MERCOSUR después de Ouro Preto, cit., p. 24.

<sup>31</sup> Ver infra.

<sup>32</sup> Augusto DURÁN MARTÍNEZ, cit., p. 31.

<sup>33</sup> Alejandro ABAL OLIÚ, Solución de Controversias en el MERCOSUR. Aspectos procesales, en El MERCOSUR después de Ouro Preto, cit., p. 143.

4. Atento al régimen consagrado en el Protocolo de Brasilia –con la limitación efectuada- la solución de las controversias reclama unas precisiones relevantes:

4.1. No existe en el Tratado de Asunción ni en los consecuentes (Acuerdos y Protocolos) un órgano jurisdiccional habilitado para decir el derecho con fuerza de verdad legal y autoridad de cosa juzgada. El sistema carece de un tribunal de justicia. Tampoco podría crearse por acto de los órganos del MERCOSUR, ya que atribuida su competencia a texto expreso, la facultad mencionada no se halla presente entre las suyas.

4.2. En el ordenamiento jurídico del MERCOSUR, el derecho derivado no podrá ser objeto de aplicación directa. Sin embargo, aparece aquí la atenuación o reserva que nos parece posible advertir. No necesaria ni universalmente los actos jurídicos de los órganos con capacidad decisoria requerirán su trasposición al derecho interno: sí “cuando sea necesario”.

La necesidad apuntada habla de la internalización a través de los procedimientos referidos en el Art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, a que se remite su Art. 40, literal i., pero las medidas que sean necesarias para alcanzar aquel resultado “cuando sea necesario” (Art. 42 cit.)

Cierto es que habrá una dificultad para la determinación respectiva, pero esto no descarta la regla del Art. 42 ya mencionado: “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Art. 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio...”

La aplicación directa e inmediata, no tendrá lugar cuando fuere necesaria la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes mediante los procedimientos previstos por la legislación nacional.<sup>34</sup> No será necesaria, por el contrario, esa incorporación cuando los actos consagren derechos y obligaciones pura y simplemente en condiciones de certeza jurídica en cuanto a su objeto, nacimiento y aplicación en fechas determinadas –o en iguales condiciones- coordinen conductas administrativas para hacer posible un resultado consensuado por los Estados Parte.<sup>35</sup> Bastaría pensar en Decisiones, Resoluciones y Directivas que no supongan o reclamen la intervención de medidas de aplicación de autoridades nacionales o en aquellos casos en que la norma de los órganos con capacidad decisoria sea clara y precisa e incondicional. Tal vez sería también para pensar si, para el ámbito examinado, no correspondería circunscribir la trasposición interna a la hipótesis en que la intervención ulterior del Estado Parte es un complemento indispensable sin el cual no pudiera aplicarse.<sup>36</sup>

La distinción o advertencia planteada es relevante en virtud de que no hay en el régimen jurídico del MERCOSUR previsión de recurso de omisión, como sí la hay en el Tratado de Roma.<sup>37</sup>

La actuación del Tribunal Arbitral tendría ante sí, para la solución de controversias, no sólo el derecho derivado internalizado, sino también aquel que resultaría de aplicación directa en tanto y en cuanto no necesitara de un procedimiento nacional al efecto y en tanto no se trate de materia de reserva de la ley según el respectivo orden jurídico de los Estados Parte.

5. La jurisprudencia administrativa que se va haciendo con la actuación de los órganos con capacidad decisoria estaría mostrando ya un camino andadero en el sentido expuesto. Véase cuanto sigue:

En el BOM se establece una “Nota del Editor” especificando:

“Teniendo en cuenta que la incorporación al derecho interno de las Partes no es simultánea en todos los Estados signatarios del Tratado de Asunción, se aclara que **las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR, no se encuentran necesariamente incorporadas y en vigor a la fecha, en el ordenamiento jurídico interno de todos los Estados Partes**”.

Parece, sin duda, confirmar la regla de la necesidad de la trasposición en el derecho interno. Sin

<sup>34</sup> Aracelli MANGAS MARTÍN, Relaciones entre Derecho Comunitario y Derecho Interno, en el Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial, Madrid, 1ª Ed., 1993, p. 56. El autor muestra con precisión que la “Eficacia directa de las normas comunitarias significa que éstas deben desplegar por sí mismas, plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez”.

<sup>35</sup> Véase –a vía de ejemplo- la Resolución del Grupo Mercado Común, No. 71/97 de 13.XII.1997, sobre Sistema de Distribución de Señales Multipunto Multicanal en el MERCOSUR (MMDS) que entró en vigor el 15.I.1998 (Art. 2), publicada en BOM, Montevideo, Año II, No. 6, Julio-Setiembre 1988, pág. 154. Diversamente, es muy frecuente, que los actos jurídicos emanados de los órganos con capacidad decisoria establezcan que “Los organismos competentes de los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes a efectos de dar cumplimiento a los dispuesto en la presente Resolución” (v. Resol. No. 51/97 del GMC, Reglamento Técnico sobre Criterios Generales de Metrología Legal) – BOM, No. 6, cit, p. 55).

<sup>36</sup> Aracelli MANGAS MARTÍN, CIT., SUPRA No. 18, pág. 62.

<sup>37</sup> Tratado de Roma, art. 175.

embargo, la operación administrativa de los órganos del MERCOSUR revela múltiples actos que establecen pura y simplemente regulaciones, sin condicionamiento a internalización alguna, y aún con fecha de vigencia cierta.

Ejemplos administrativos de esta afirmación:

- Resolución No. 44/97 y 45/97, 13.XII.1997, del GMC, por las que se resuelve aprobar el Ajuste de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su Arancel Externo Común, con vigencia 1.I.1998;
- Resolución No. 46/97 DEL 13.xii.1997, GMC, por la que se aprueba el Reglamento Técnico del MERCOSUR para Productos Domisanitarios a base de Hipoclorito, con vigencia antes del 15.VI.1998.<sup>38</sup>
- En igual sentido, la Resolución del GMC No. 71/97 sobre Sistemas de Distribución de Señales Multipunto Multicanal en el MERCOSUR (MMDS) que entró en vigor el 15.I.1998, cit. En nota 19 (al pie)

Por otra parte, es necesario distinguir entre “los procedimientos previstos por la legislación de cada país” (Art. 42 del Protocolo de Ouro Preto) para la incorporación al orden jurídico interno –que ordinariamente serán actos legislativos (leyes en sentido formal, derecho uruguayo, Constitución Art. 85.3°)- y las medidas meramente administrativas, de aplicación o ejecución, que puedan dictar los órganos del MERCOSUR con capacidad decisoria, aunque algunas de ellas tengan carácter reglamentario, pero que no incursionen en esfera reservada a la ley.

De la manera expuesta queda a salvo el principio de “reserva de la ley” y “de las competencias constitucionales del Poder Legislativo que por cierto no han sido delegadas en los órganos intergubernamentales del MERCOSUR”.<sup>39</sup>

6. También es necesario destacar que la apuntada reserva legislativa –criterio que abona en sus supuestos la necesaria trasposición al derecho interno- no es aplicable a la hipótesis de adopción de medidas puramente administrativas de orden interno para la ejecución o aplicación de los actos de los órganos del MERCOSUR con capacidad decisoria. Ellas no serán más que actos administrativos internos, legítimos en la medida que respeten la supremacía constitucional y legal. El control de su legalidad quedará a cargo de los órganos competentes de la jurisdicción nacional. En tal supuesto, el dictado del acto administrativo local –acto de aplicación de la decisión del sistema MERCOSUR- llevaría a habilitar el juzgamiento por el órgano de la jurisdicción nacional de la validez de ésta (la Decisión, Resolución o Directiva) y, eventualmente, a detectar vicios que pudieran afectar de nulidad a dicha Decisión, Resolución o Directiva (así lo ha afirmado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia No. 1016/98).<sup>40</sup>
7. Cuando afirmamos la competencia de los órganos de la jurisdicción nacional para juzgar la legalidad de los actos administrativos de aplicación o ejecución, no descontamos su aptitud para juzgar también los propios actos de los órganos del MERCOSUR que actúen su capacidad decisoria para verificar si ellos han sido dictados con arreglo a la competencia atribuida por el Tratado de Asunción, Acuerdos complementarios y Protocolos aplicables.

## V. A MANERA DE CONCLUSIONES

1. El Derecho Administrativo frente a los procesos de integración ha de verse como poderoso instrumento ordenador –y como tal no neutro ni aséptico- antes bien al servicio de una voluntad política de base constitucional para las organizaciones y comunidades intergubernamentales, internacionales o supranacionales y comunitarias –según el caso-desde los parámetros mismos que lo conforman en el estado del derecho democrático contemporáneo.
2. Ante todo debe encarar la integración desde una correcta visión antropológica (la propia del hombre dotado con la primacía de la dignidad fundada en la vida humana, abierto a la libertad, y de razón y principio espiritual que reclama en él el derecho a la verdad, y lleva consigo la responsabilidad).

<sup>38</sup> BOM, Año II, No. 6 cit., p. 14 y 15.

<sup>39</sup> Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, nota a la Sentencia No. 1016/98, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en La Justicia Uruguaya, T. 119, En.-Feb. 1999, p. 94 ss.

<sup>40</sup> V. Sentencia cit. En nota 39.

3. Ya el rasgo definido –la primacía de esa dignidad –proclama de suyo los clamores del derecho a la protección y al disfrute igualitario.
4. Pero para el Derecho Administrativo surge sin equívoco posible un nuevo elemento cara a su quehacer al servicio de la integración: el hombre no es un ser a se sino ab alio. De su misma naturaleza surge que tiene la obligación de conservar su ser recibido, su vida y su integridad corporal y de tender a su perfección y a dar respuesta al reclamo de sentido de su vida, así como que dotado de una naturaleza esencialmente social tiende a una perfección que no puede alcanzar en estado de aislamiento.<sup>41</sup> El es partícipe del bien común y a él también se debe. El Derecho Administrativo de la integración aparece entonces determinado por los reclamos existenciales de un ser social, que lleva consigo deberes en relación de alteridad.
5. En suma, que entendemos procedente para el derecho administrativo la afirmación y reclamo, desde y por la integración, de un quehacer operativo para el bien común y éste, participado.<sup>42</sup> Por lo cual su operación ha de ser instrumental para generalizar el bien, con su doble dimensión, común y particular.<sup>43</sup> De donde, se sigue, que los entes y órganos de la integración ha de existir para servir en igualdad a los diversos estados partes y a las comunidades sociales y a quienes los integran.
6. De tales principios y criterios surgen y se desarrollan aquellos consecuentes que han de guiar las relaciones de integración entre los estados que concurren a ella y sus alcances.  
 Si en tanto de alguna manera y con intensidad variable según sus grados de desarrollo e institucionalización, las formas de integración suponen un sometimiento a un derecho originario supraestatal, se hallare u ocurriese que quienes son designados o electos para ejercer el poder, abusaren de él, comprometiéndolo en un uso dañoso para la comunidad, los estados parte han de recuperar sus derechos.  
 También podrá reflexionarse que por el ingreso al orden institucional de integración ni los estados, menos aún cada hombre, renuncian ni pierden sus derechos individuales a ellos inherentes.  
 Recuerda Barbé a Francisco de Vitoria, citando con Tomás de Aquino este principio de oro: “Homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum et secundum omnia. Sed totum quod homo est, et quod potest et habet, ordinatum est ad Deum”.  
 Vitoria no aceptará jamás el sacrificio individual del hombre en aras de la omnipotencia del Estado.<sup>44</sup>
7. Como recuerda Barbé, “Vitoria, con sus teorías jurídicas dio el golpe de gracia a la ilusión medieval un poco amorfa e inorgánica del imperio universal y del imperialismo teocrático. Pero la sustituye por un concepto de comunidad internacional a la que pertenecen todos los hombres en virtud de su naturaleza social anterior y superior a la división en naciones. Esa sociedad universal se rige por el derecho natural y, además, por el de gentes. Todavía no tiene su órgano unitario y adecuado para ejercer la autoridad que la orienta al bien común. Pero es posible y deseable la agrupación de las naciones perfectas, autónomas e independientes, bajo un poder universal, libremente aceptado por todos o por mayoría”<sup>45</sup> Bien pude verse allí un germen de ideas y criterios sobre la integración que también alcanzen o vinculen al Derecho Administrativo de la Integración a la hora de su estar frente a los procesos respectivos. Es que ellas constituyen los límites basilares de su operación en el ámbito respectivo y su invariable clave de bóveda.
8. Para concluir séame permitido citar a José Gervasio Artigas cuando decía al Cabildo Gobernador de Corrientes en comunicación de 5 de marzo de 1817, con trasunto de “La vocación americanista de los orientales”, según habría de llamarla más tarde nuestro historiador Felipe Ferreiro.<sup>46</sup>  
 “Acabo de saber oficialmente el triunfo que han conseguido en Chile **las armas de la patria**, contra el poder de los tiranos. Me es muy satisfactorio anunciar a V.S. este suceso para que sea celebrado en esa provincia como se ha verificado en las demás. Yo celebraría que ese triunfo sirviese de ejemplar para dirigir con eficacia nuestro empeños contra los que hoy intentan nuestra subyugación, y en el Oriente se

<sup>41</sup> Héctor BARBE PÉREZ, Raíces hispánicas de la protección del administrado en nuestro derecho, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1982, Año XXVI, Enero-junio, No. 1, p. 16.

<sup>42</sup> Mariano R. BRITO, Derecho Administrativo: Su permanencia – Contemporaneidad – Prospectiva, Montevideo, 2004, p. 635.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> BARBÉ, cit. Nota 1, citando a Fco. De Vitoria, p. 20

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>46</sup> Felipe FERREIRO, La disgregación del Reyno de Indias, Montevideo, 1981, p. 195.

hiciesen igualmente respetables las armas de la Patria y se repitiesen las glorias que supieron adquirir por su energía y virtudes".<sup>47</sup>

"El concepto que Artigas tenía de la "Patria" y que surge del documento enviado al Cabildo de Corrientes antes referido, era idéntico, por lo demás, al de otros indianos. Así en el "Satélite del Peruano", periódico de propaganda continentalista, se expresaba en 1812:

"Por **patria** entendemos toda la vasta extensión de ambas américas: comencemos a dejar de ser egoístas, y a renunciar para siempre esas ridículas rivalidades de provincias originadas de la ignorancia y preocupación, fuentes de males infinitos".

"**Todos cuanto habitamos el nuevo mundo somos hermanos, todos de una misma familia, todos tenemos unos solos intereses**".<sup>48</sup>

También Artigas escribiendo a Bolívar en 1819 le decía en cierta parte de la comunicación:

"Unidos íntimamente por vínculos de naturaleza y de intereses recíprocos luchamos contra tiranos que intentan profanar nuestros más sagrados derechos. La variedad en los acontecimientos de la Revolución y la inmensa distancia que nos separa, me ha privado la dulce satisfacción de impartirle tan feliz anuncio". Y más adelante: "No puedo ser más expresivo en mis deseos que ofertando a V.E. la mayor cordialidad por la mejor armonía y la unión más estrecha. Firmarla es obra de sostén por intereses recíprocos. Por mi parte nada será increpable, y espero que V.E. corresponderá escrupulosamente a esta indicación de mi deseo"<sup>49</sup>

Ya años antes, con palabras que escribió al Coronel French (1813) "en una hora grave de su vida, decía Artigas: "La libertad de América es y será siempre el objeto de mi anhelo. Si mi honor empañado ahora por la conducta maligna de Sarratea, hace oír el grito de mi defensa, mi honradez nivelará mis pasos consiguientes, sin envilecerme jamás. Un lance funesto podrá arrancarme la vida, pero mi honor será siempre salvo, y **nunca la América podrá sonrojarse de mi nacimiento en ella**"<sup>50</sup>

Y recuerda Ferreira, como "¡Coincidencia admirable!" que hablando San Martín en 1819, dijo en otros términos pensamientos sustancialmente iguales a los de Artigas:

"Desde que abandoné el servicio de la España para venir a sostener la justa causa que defiende la América del Sud, mi país, me propuse no defenderme jamás de los ataques"<sup>51</sup>

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>48</sup> *Ibidem*

<sup>49</sup> *Ibidem*

<sup>50</sup> *Ibidem*

<sup>51</sup> *Ibidem*

---

# PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY N° 17.897 de 14.9.05

*MIGUEL LANGON CUÑARRO*

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE LIBERTADES DISPUESTO POR LA LEY.  
III. MODIFICACIONES AL CPP Y A LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA. IV. DEROGACIÓN DE DISPOSICIONES PENALES.  
V. MEDIDAS DE SEGURIDAD PROVISIONALES PREVISTAS EN EL CAPÍTULO II. VI. RÉGIMEN DE REDENCIÓN DE LA PENA  
POR TRABAJO O ESTUDIO. VII. LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS LIBERADAS.  
VIII. ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL CRIMEN Y COMISIONES DE REFORMA.

## I. INTRODUCCIÓN

La L. 17.897, de 14.9.2005, dispuesta en siete capítulos y 23 artículos, es un nuevo eslabón de la línea que viene siguiendo el legislador uruguayo de los últimos años, en el sentido de introducir periódicamente modificaciones parciales al régimen penal y procesal penal, impidiendo de tal modo tener una idea cabal de cual es la política criminal que rige en el país (en rigor yo creo que no existe ninguna, porque en todo caso las que puedan merecer tal nombre terminan anulándose mutuamente), por cuanto no se termina de asentar un instituto cuando ya estamos modificándolo, o derogándolo, defecto estructural que venimos señalando desde hace tiempo<sup>1</sup>.

También se suelen introducir, como de relleno, institutos sobre los cuales en general se supone que no habrá objeciones que formular, particularmente porque no se tiene claro la efectividad que puedan tener, pero que oscurecen el sentido de la propia reforma, que por ser puntual no debería, nos parece, introducir aspectos que no estén estrictamente referidos al motivo de la misma, que en la especie, no es otro que la voluntad política del actual gobierno en el sentido de disminuir en lo posible el insoportable hacinamiento carcelario.

De modo que lo esencial de la reforma viene dado objetivamente por: 1) el capítulo I que regula un régimen excepcional de libertad provisional y anticipada; 2) por ciertas modificaciones introducidas por el Capítulo II al Código del Proceso Penal, y a la Ley de Seguridad Ciudadana que reformó bastante intensamente en su momento (hace diez años) el Código Penal y 3) por el capítulo V que directamente fue a la derogación de ciertas disposiciones penales.

El resto del articulado es francamente (o prioritariamente) programático, como el Capítulo III referido al llamado "régimen de redención de la pena", o el VI que crea el "Centro de Atención a las Víctimas" y determinadas "Comisiones" que se dedicarán a las reformas de los Códigos adjetivos y sustantivos de la materia, sin dejar de mencionar algunas disposiciones puntuales, que no hacen tampoco al núcleo del asunto aquí tratado, como el Capítulo II dedicado a medidas de seguridad provisionales para enfermos, mujeres embarazadas y posibilidad de aplicación de prisión domiciliaria para ancianos mayores de 70 años.

Haremos el estudio del articulado siguiendo este esquema de prioridades, teniendo en cuenta también que en lo esencial, es decir, en cuanto a los regímenes "excepcionales" de libertad dispuestos, la norma es claramente transitoria o temporal, es decir que se agota en sí misma y sobre cuyos efectos se juzgará obviamente por los resultados que sobrevengan.

## II. SOBRE EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE LIBERTADES DISPUESTO POR LA LEY

Lo primero que hay que establecer es que el sistema aquí previsto no deroga los regímenes existentes referidos a estos institutos, sino que establece que, para “procesados y penados que estaban privados de libertad al 1 de marzo de 2005”, y sólo respecto de ellos, se aplicará, “por única vez”, lo que se dispone en esta ley<sup>2</sup>.

Más allá de los problemas prácticos que tendrán los tribunales en la aplicación de esta normativa, lo cierto es que el paso del tiempo eclipsará su importancia, como ocurrió en su momento con la ley N° 17.272, de 24.10.2000 (art. 20 bis) llamada vulgarmente de “desempapelamiento”, (que instituyó un sistema de clausura provisional y definitiva de procedimientos en trámite) que tuvo *mutatis mutandi* finalidades similares a la presente, es decir, motivaciones pragmáticas para resolver una situación coyuntural.

Es importante señalar lo transitorio de esta ley, en este aspecto, y remarcar que permanece vigente el régimen anterior (que no es sustituido por éste) tanto el de la libertad provisional como el de la libertad anticipada.

Por tanto el régimen normal de libertad anticipada se sigue rigiendo por el artículo 328 del CPP, en la redacción que le diera la L. 16.349, de 10.4.93, y el de la libertad provisional por el dispuesto en los artículos 138 y complementarios del CPP, en la redacción dada por art. 26 de la L. 16.707, de 12.7.95; y el art. 20 de la L. 15.737, de 8.3.85, sin perjuicio de las modificaciones introducidas por L. sobre medidas sustitutivas al apriamiento N° 17.726, de 26.12.03, (arts. 4, 8 y 17)

Esta ley (art. 11) sustituye el numeral 3 del art. 328 del CPP, haciendo de regla obligatorio para la Suprema Corte de Justicia (es una disposición imperativa) conceder la libertad anticipada cuando el penado haya cumplido “las dos terceras partes de la pena impuesta”, no obstante lo cual, y contradictoriamente con la regla que dice claramente que la libertad se “concederá”, se le otorga a la Corporación la potestad (“podrá”) de denegarla en los casos “en que los signos de rehabilitación del condenado no sean manifiestos”, lo que transmuta lo imperativo en potestativo, situación en que, a mi criterio, hubiera sido más juicioso dejar el tema directamente en manos de la Suprema Corte atento a que, después de todo, es el máximo órgano de justicia del país, al que bien podría concedérsele el poder de entender plenamente en estos casos, sin los circunloquios referidos<sup>3</sup>.

Por mandato expreso del legislador (inc. 2 del art. 11) la imposición de medidas eliminativas no tendrá incidencia en el otorgamiento o no de la libertad anticipada, debiendo tomarse en consideración solamente el monto de la privación de libertad en relación al de la pena impuesta, al haberse derogado el numeral 3° del inciso 1° del art. 328 del CPP, “en la redacción dada por el art. 3° de la L. 16.349/93”.

De paso señalo lo engorroso de esta nueva manera de legislar, debiendo volverse al sencillo método, cuando se producen derogaciones y modificaciones, de darse el trabajo de redactar el nuevo texto en su integridad, sin tantas referencias oscuras, que solo pueden confundir a un intérprete inexperto, y dificultar la comprensión de la ley al común de las gentes cuyas conductas precisamente busca determinar y regular la ley.

Debo también señalar, aunque a esta altura es un planteo mas bien platónico, que la Constitución impide excarcelar provisionalmente a los individuos respecto de los cuales pueda recaer pena reincidente o sea de penitenciaría<sup>4</sup>, lo que sólo se admitía en cuanto a la excarcelación graciosa otorgada por la Suprema Corte,

<sup>1</sup> LANGON CUÑARRO, Miguel, “La necesidad de una política criminal de Estado para enfrentar el flagelo de la criminalidad”, en: Revista de Ciencias Penales, ed. Carlos Alvarez, N° 4, 1999:391-414; y en Revista de la Facultad de Derecho, N° 15, enero 1999:21-42.

<sup>2</sup> Como se quiso encontrar en la L. de Amnistía de Presos Comunes N° 15.743, de 14.5.85, un precedente de lo aquí resuelto, (amnistía encubierta, oculta o implícita), se utilizaron las mismas palabras, (igual formulismo) ya que esta norma refería también a un régimen excepcional de libertad anticipada aplicable por única vez respecto de personas privadas de su libertad al 1.3.85.

<sup>3</sup> Esto supone un retorno (el *corsi e recorsi* ya criticado de nuestra legislación penal) a la excesivamente permisiva L. 15.737, de 8.3.85, que establecía el criterio de la obligatoriedad de la concesión de la libertad anticipada con el solo cumplimiento de las dos terceras partes de la pena, excepto que se apreciara la “ausencia manifiesta de signos de rehabilitación del condenado”, en cuyo caso se podía denegar también por resolución fundada. No pretendo hacer aquí un estudio especializado del régimen de la libertad anticipada y de su historia, pero no puedo menos que señalar que todo este proceso de morigeración es directamente contradictorio con los orígenes del instituto que excluían del beneficio objetivamente, en todos los casos, a los sujetos a los que se hubiera impuesto medidas eliminativas de seguridad (redacción originaria del C.P. de 1934; L. 9.155/34; L. 10.573/44, lo que comenzó a cambiar con el CPP de 1980, que introdujo por primera vez la posibilidad de liberar también a los individuos en esta situación, lo que progresivamente dio como resultado que muy difícilmente un individuo llegue a cumplir efectivamente la totalidad de la pena. Casi se puede establecer esta regla: la pena que establece el juez nunca es la que se cumple en la realidad.

<sup>4</sup> Art. 27 de la Constitución: “En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley”.

por considerarse que ésta ejerce un acto de clemencia soberana, actuando jurisdiccionalmente, pero ejerciendo el Poder de Estado que le es inherente a su condición de tal, lo que difícilmente pueda ser extendido a un juez subordinado.

Tal vez la excepcionalidad del instituto disimule en parte su, para mi, notoria inconstitucionalidad.

Por otra parte es el propio legislador el que libera, funcionando los jueces sólo como correas de transmisión de un mandato inequívoco, en cuanto a la actuación que les es impuesta por los representantes de la soberanía nacional.

En efecto, comprobados que estén los requisitos exigidos por la norma y que no están incluidos en los casos excepcionales de no aplicación de la misma, los jueces deben actuar “de oficio y sin más trámites” tanto la libertad anticipada como la provisional a que refiere el texto (art. 2 y 3), lo que deberá hacerse en el término perentorio y “máximo” de 60 días hábiles a contar desde la fecha de vigencia de la ley.

La esperanza de que esto no redunde en un perjudicial aumento de la criminalidad en el seno de la comunidad, se pone en la vigilancia obligatoria a que estarán sometidos estos liberados por parte del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, instituto al que se intenta dar nuevos elementos para poder cumplir con su delicada función, y a la revocación también “de oficio y sin más trámite” de los beneficios concedidos, en caso de incumplimiento del régimen de vigilancia a que se les someterá, conforme al art. 102 C.P. y 5 de la ley<sup>5</sup>.

Este sistema, que aparece de súbito y sin infraestructura previa y suficiente a nivel nacional, puede ser, no obstante, el embrión de un régimen general que se aproxime a la *probation*, de dudoso resultado en derecho comparado, pero que ha sido visto en algún momento (hace unos veinte años) como la panacea del tratamiento del liberado, con miras a reducir la reincidencia en el crimen.

La aparición coyuntural y sorpresiva de este régimen, la falta de un debate serio previo, en cuanto a sus posibilidades de implantación, y a los resultados que se pueden esperar de su implementación, demuestra una vez más la improvisación con que suelen tratarse estos temas, no obstante que puede resultar de ello, y sobre todo de la vocación de servicio de los esforzados miembros del Patronato, algo interesante para considerar en el futuro.

Se ha instalado en el foro un debate sobre el ámbito de aplicación de la ley.

A mi juicio hubiera sido mejor, obviamente, que la ley comenzara a regir por única vez, etc, respecto de las personas privadas de libertad y en las condiciones legales a la fecha de la vigencia de ella, y no desde la mítica fecha del 1 de marzo.

Pero así se hizo y por tanto, a mi juicio, tanto el universo de personas a las que puede aplicarse la ley como las condiciones exigidas, deben remitirse a esa fecha.

La ley a mi criterio alcanza sólo a las personas que estaban privadas de libertad al primero de marzo de este año, y siempre que, en esa fecha, reunieran las demás condiciones previstas por el resto del articulado.

No obstante, como ni siquiera en esto pudo ser claro el legislador, queda abierta la posibilidad de interpretaciones alternativas, que consideren que se aplica la ley sólo a los que estuvieren privados de libertad en esa fecha, pero a los que, hasta los 60 días hábiles posteriores a la vigencia de la ley, lleguen a cumplir los demás elementos exigidos (tiempo de condena, plazo de detención, etc.)

### III. MODIFICACIONES AL CPP Y A LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA

#### A) Libertad anticipada (remisión)

Sobre las modificaciones introducidas al régimen de la libertad anticipada (art. 11), nos hemos referido anteriormente y a ello remitimos.

<sup>5</sup> Debe notarse que también en este punto referido al Patronato, la ley de amnistía de presos comunes N° 15.743, de 1985, había puesto toda su esperanza en el mismo, lo que se desvaneció en la nada. Los términos son idénticos a los que se utilizan nuevamente ahora. El art. 5 decía: “Los procesados y penados liberados conforme a las prescripciones de esta ley estarán sujetos a un régimen de vigilancia a cargo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, en las condiciones del artículo 102 del C.P., y las que se establecerán por vía reglamentaria. El Patronato podrá solicitar directamente la colaboración de la policía”. Es que toda reforma y estas de tipo carcelario en especial, requieren no solo voluntad, sino recursos, y si estos no se otorgan nada es posible.

## B) Libertad condicional

También se modifica el art. 327 del CPP, en cuyo caso sí se optó por el procedimiento correcto de redactar *ad novo* el texto normativo.

El régimen de la libertad condicional es uno de los que más reformas ha sufrido en el curso de los años.

El régimen vigente es el del art. 327 del CPP, en la nueva redacción, que sólo modifica lo existente en: a) que el informe del Instituto Nacional de Criminología (INACRI) no se dará en todos los casos, sino solamente ("será preceptivo") cuando el penado "hubiere cometido un nuevo delito durante el lapso que estuvo en libertad provisional", b) en que no se establece la necesidad de fundar el fallo por parte de la Suprema Corte cuando no se comparta la opinión del juez, y c) en la determinación expresa de que corresponde al juez de la causa disponer la liquidación del saldo de pena a cumplir en libertad condicional, determinando su duración y vencimiento<sup>6</sup>.

Siguen vigentes las normas de la L.17.726/03 (arts. 13, 14 y 15) que establecen que: a) en caso de negarse la libertad condicional, la pena se liquidará a razón de un día-multa por cada día de pena con los descuentos correspondientes (de preventivas o medidas sustitutivas); b) la que se ejecutará conforme al art. 337 del CPP, y c) que el término de la vigilancia de la autoridad será de tres años (pudiendo ser reducido a dos por el juez de ejecución tanto de oficio como a petición de parte)

Como se ve nada esencial resulta de esta modificación legal, que en todo caso no aprovechó la ocasión para resolver algunos de los graves problemas interpretativos creados por la ley de medidas sustitutivas y a los que nos hemos referido anteriormente<sup>7</sup>.

## C) Salidas transitorias

El régimen de las salidas transitorias, establecido por primera vez en la ley Penitenciaria, DL 14.470/75, modificado en la ley de seguridad ciudadana N° 16.707 de 1995, y vuelto a cambiar por la llamada 2da. Ley de seguridad ciudadana, L. 16.928/98, es reformado ahora nuevamente, demostrando una vez más esta verdadera compulsión de modificación permanente que vivimos en materia penal.

La modificación, igual que en el caso anterior, es mínima, se reduce a: 1) elevar el término que tiene la autoridad carcelaria para entregar el informe, de diez a veinte días; b) el informe de la autoridad carcelaria será entregado directamente por ésta en la sede de la autoridad judicial competente. (no más al detenido o a su defensor); y c) cambios menores de redacción en los incisos finales que no alteran el sentido original.

En este caso se puede observar también la poca relevancia de la modificación que realmente es de detalle y si bien no daña (y puede darle un mayor tiempo de estudio al penitenciario) no justifica en modo alguno, a mi criterio al menos, que se modifique un instituto, que como cualquiera, necesita tiempo para asentarse en las costumbres y la cultura de las gentes, siendo preferible un texto no perfecto (como tampoco lo es el actual) que dar esta sensación permanente de provisionalidad que padecemos.

De ello resulta todo un capítulo de tres artículos (dos de ellos de relativa extensión), que anuncian cambios en institutos trascendentes, y que en realidad no cambian nada, o muy poco, resultando en todo caso inútiles a los efectos de la disminución de la población reclusa, que al fin y al cabo era el motivo de esta reforma legal.

<sup>6</sup> En el sentido del art. 320 CPP.

<sup>7</sup> LANGON CUÑARRO, Miguel, "Nueva legislación penal y procesal penal del Uruguay", en: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año III, N° 6, 2004:61-84.

## IV. DEROGACIÓN DE DISPOSICIONES PENALES

Las derogaciones expresas dispuestas por los artículos incorporados al capítulo V de la ley merecen especial consideración.

### **A) Derogación de la pena mínima de penitenciaria para violaciones y rapiñas en grado de tentativa (art. 15 y 17)**

Con la misma técnica engorrosa ya referida, el legislador vino a derogar los incisos finales de los artículos 344 y 272 C.P., introducidos en el año 2000 por la ley de urgencia N° 17.243, de 29.6.2000, por los cuales, no obstante la regla de la pena rebajada prevista por el art. 87 C.P. para la tentativa, se preveía que, en todo los casos, en estos delitos, la pena sería, para el conato, de un mínimo de penitenciaría.

La razón de esta reforma radica en que se visualizó (a mi juicio sin fundamentos criminológica y estadística claros) que en el castigo incrementado para estos graves crímenes estaba una de las causas del aumento exponencial de la población reclusa referido al comienzo.

No conozco ni las cifras totales o absolutas, ni los porcentajes de procesados o penados por tentativas de rapiñas y violaciones que hubieran justificado o al menos explicado tamaña derogación.

Debo decir que no se entiende cómo ni por qué lo que se entendió era grave en 2000, dejó de serlo en 2005.

Tampoco hubo debate serio sobre cual puede ser la razón actualmente para dulcificar el castigo de la tentativa, donde buena parte de la doctrina encuentra simplemente que el azar viene a beneficiar al reo que ha puesto de sí toda la potencialidad de su criminalidad, toda su peligrosidad, en búsqueda del fin criminal que lo movilizó y que sólo la involuntaria no producción del resultado, por causas obviamente ajenas a su voluntad, le han impedido consumar.

Los casos especiales o las circunstancias excepcionales que pueden justificar un procesamiento sin prisión en estos casos o la libertad provisional si fueren procesados con prisión, como creo que en principio corresponde (rapiña y violación son verdaderos crímenes que integran la esencia del derecho penal nuclear), habían quedado en el régimen ahora derogado en manos de la Suprema Corte de Justicia, máximo órgano del Poder Judicial, que bien podría considerarlos y otorgarles la libertad provisional si lo viere del caso, sin necesidad de dejar esto en manos de jueces de instancia, con variabilidad de criterio y expuestos a lo que Abadie Santos consideraba un "sentimentalismo crapuloso" respecto del hombre que delinque<sup>8</sup>, que vemos reproducirse ahora, y a lo que será sensible el judicialario, porque ese es su deber, para dar cumplimiento al mandato legal.

Yo no veo porque estos gravísimos crímenes, aún en grado de tentativa, deban recibir del legislador ningún tipo de contemplación y por tanto encuentro irracional la reforma, y amargos los frutos que dará, en especial desde el punto de vista de las víctimas, que seguramente no comprenderán como su asaltante, que tanto daño físico y moral les ha causado o les quiso causar, sea objeto de tamaña consideración.

Espero que la ponderación rija el buen criterio de los magistrados, aunque me hago cargo, como dije, que el sentido de la ley les inducirá casi inevitablemente (y no seré yo el que los critique, desde que sostengo la necesidad de que el juez no haga el derecho, sino que ejecute lealmente el que le proporciona el legislador, cualquiera que sea) a proceder en el sentido de ella, que es el de la máxima consideración para con el criminal.

### **B) Derogación de pungas, arrebatos y hurtos con violación domiciliaria como tipos agravados del hurto**

Seguramente por un error inexcusable en el trámite legislativo, debido quizás a la premura con que se quiso sancionar esta ley, lo cierto es que se produjo un hecho que tendrá repercusiones enormes en la labor jurisdiccional actual y en el tratamiento futuro de este tipo de delitos.

No vemos claro de qué forma pueda el legislador, si es que quiere, corregir este enorme error que ha cometido.

<sup>8</sup> ABADIE SANTOS, Horacio, "Exposición de Motivos", del C.P. de IRURETA GOYENA, 1.6.33.

Al sustituirse el art. 341 del C.P., por el art. 16 de la ley, se omitió toda referencia a estas figuras tradicionales, consustanciales con los delitos de hurtos agravados desde el fondo de la historia, dando por resultado que sólo quedaron en el texto legal los seis primeros numerales, no advirtiéndose que estas figuras (que en el C.P. originario ocupaban dos de los tres primeros lugares de las circunstancias agravantes especiales del hurto) habían pasado con las reformas de 2000 y 2003, a la parte final del artículo que se mutiló de este modo.

En 2000 se crearon dos tipos de hurtos agravados: a) los especialmente agravados (art. 341 N° 1 a 6) con pena de 12 meses de prisión a ocho años de penitenciaría, que sobrevivieron, y b) los muy especialmente agravados, con pena de dos a ocho años de penitenciaría, y que absurdamente desaparecieron de la ley y se transformaron en meros hurtos simples (art. 340 C.P.)

Esto tiene enormes consecuencias jurídicas y prácticas:

Pungas, arrebatos y hurtos con penetración domiciliaria son ahora hurtos simples.

En todo caso las situaciones complejas se deben resolver conforme a las reglas generales, y así por ejemplo, la penetración domiciliaria con finalidad de hurto se resolverá en un caso de concurso fuera de la reiteración (conexión delictual del art. 56 C.P.) aplicándose la pena del delito mayor (el hurto) aumentada por el delito de violación de domicilio (art. 294 C.P.) hasta la mitad de la misma pena (art. 54 C.P.)

Cuando del arrebato o hurto por sorpresa de las cosas que la víctima llevara consigo, resultaren lesiones personales, habrá concurso de figuras (hurto y lesiones) o imputación por rapiña impropia (art. 344 inc.2 C.P.), según correspondiere, pero cuando ello no ocurra, el caso se resolverá en hurto simple, menos grave que cualquiera de los del art. 341 C.P., del que se le excluyó esta modalidad.

Tal vez el caso mas insoportable sea el de la punja o hurto con destreza, donde difícilmente se pueda atrapar a alguien en grado de consumación, precisamente por la habilidad del actor, lo que llevará casi inevitablemente a un procesamiento sin prisión (pues es un hurto simple en tentativa, y por lo tanto con pena reducida de un tercio a la mitad), es decir, que la norma producirá una cuasi impunidad, en hipótesis en que el legislador debe saber, porque no tiene derecho a ignorarlo, que se trata en la mayoría de los casos de un profesional, de un delincuente habitual, que ha hecho de esta modalidad del hurto su modo de vida, que es potencialmente tan peligrosa para la víctima, por el estrecho contacto que el actor tiene con ella, y aún por los instrumentos de "trabajo" que suele portar (trinchetas, navajas, etc.), resultado gratuitamente tolerante que puede llevar también al desaliento de la fuerza policial, que puede visualizar como realmente inútil su esfuerzo cotidiano, y al desconcierto de la población que no entenderá tamaña consecuencia.

Como se trata de una ley posterior y más benigna, porque no solo cambia la modalidad agravada por una simple, sino que tiene una pena sensiblemente menor, debe aplicarse retroactivamente (art. 15 inc 2 C.P.), pudiendo justificar, en caso de sentencias ya firmes, recursos extraordinarios de revisión (art. 283 N° 4 CPP), por tratarse precisamente de una ley penal más benigna que debe aplicarse retroactivamente, con todo lo que ello implica, especialmente desde el punto de vista del incremento de trabajo de la Suprema Corte de Justicia (art. 285 CPP) y de los propios juzgados de instancia (art. 288 CPP), sin mencionar la eventual responsabilidad patrimonial por daños que pudiere resultar a cargo del Estado (art. 290 CPP)

### **C) Derogación de la punibilidad de la conspiración seguida de actos preparatorios en rapiña y copamiento**

Este efecto deriva del texto expreso del art. 18 de la ley, y realmente creo que no significa nada, porque que yo sepa al menos no hubo nunca un procesado ni un penado por el artículo 346 bis C.P., que se deroga ahora.

No se justificó su inclusión en el Código (no tuvo sentido en verdad), pero tampoco se explica su derogación, salvo por un problema "estético" de sacar lo que sobra, especialmente cuando la conducta aquí prevista en realidad queda atrapada por la figura de la asociación para delinquir (art. 150 C.P.) que cubre perfectamente, con otro nombre, y bajo otra objetividad jurídica, el núcleo duro del concierto para delinquir (art. 7 C.P.)

Obviamente que no reducirá en nada el número de reclusos, el hecho de derogar una norma por la que nadie ha sido privado, que se sepa, de su libertad.

## **D) Derogación del delito de juego de mosqueta (art. 348 bis C.P.)**

La misma disposición citada anteriormente deroga esta figura, sobre la que tuve oportunidad de referirme extensamente en el comentario respectivo del Código Penal anotado por mí<sup>9</sup>.

Desde luego que el asunto tiene una importancia sólo relativa, pero es evidente que con la criminalización de esta conducta el legislador había dado una clara muestra del camino correcto a seguir en materia de faltas, insinuando que, cuando corresponde, ellas deben ser elevadas a la categoría de delito, logrando con ello la prevención de una actividad dañosa para la comunidad, como seguramente lo es el abuso de la ignorancia de la gente más vulnerable, que son las víctimas habituales de los timadores que practican esta actividad.

Es que la mosqueta no es un juego de azar, sino un timo, un engaño, una farsa, una forma de estafa, por lo que había hecho bien el legislador al tipificarla como delito, aunque probablemente en una forma no muy feliz.

Como no es un juego de azar no le será aplicable la contravención tradicional del art. 361 N° 10 C.P., debiendo resolverse los casos de mosqueta, a mi juicio, como modalidades de la estafa, conforme a la norma general (art. 347 C.P.)

Lo más probable, sin embargo es que, como de todos modos se derogó expresamente la norma que definía el tipo, los jueces o vuelvan a discutir eternamente sobre la competencia (la *"raquette"* establecida entre jueces de faltas y los de primera instancia en lo penal) conforme a la controvertida naturaleza contravencional o delictiva de la conducta, o el asunto se resuelva definitivamente por la total impunidad, efecto que nada me extrañaría que pudiera llegar a ocurrir.

Claro está que tampoco los "mosqueteros" llenaban las cárceles del país, por lo que mal puede verse por este lado la razón de la modificación, que a mi juicio no responde a ningún criterio sistemático que pueda resultar de la propia ley o de su fundamentación, y que mas bien se inscribe, me parece, en ese ánimo o compulsión reformista sin ton ni son que he denunciado previamente.

## **E) La derogación del delito de intermediación lucrativa en la captación de socios o afiliados para instituciones de asistencia médica colectiva y de promoción para la captación de socios o afiliados.**

El artículo 18 de la ley que comentamos en realidad derogó en su totalidad la L. 17.549, de 22 de agosto de 2002, que incluía este tipo criminal.

Por cierto que nada tengo que objetar a ello, en lo que concierne a la eliminación de un tipo delictivo absurdo<sup>10</sup>, salvo anotar, como hemos hecho antes, que en nada significará una disminución del número de presos, por cuanto, que yo sepa, es estadísticamente inexistente la cantidad de personas procesadas o penadas por esta norma.

Por otra parte este es un ejemplo paradigmático de la crítica estructural que formulo al legislador en cuanto este delito fue establecido primero en la L. 17.296, de 21.2.2001, modificado por L. 17.549, de 14.8.2002 y derogado al fin ahora en 2005.

Como una mariposa tropical nació para morir.

Jamás debió existir, porque no respondió nunca a los principios básicos de un derecho penal de mínima intervención, y en el mejor de los casos sólo respondió a una coyuntura, y nada objeto por tanto a su desaparición del catálogo de tipos penales, no obstante señalar que este no es el único caso, ni el mas importante que merece derogación.

<sup>9</sup> *"Código Penal y Leyes Complementarias de la República Oriental del Uruguay"*, comentado, sistematizado y anotado, ed. Universidad de Montevideo, T. II, Vol. II, 2005:414-417.

<sup>10</sup> Ver mis Comentarios al mismo en el Código anotado referido antes, T.II. Vo.II, p. 408- 413.

## V. MEDIDAS DE SEGURIDAD PROVISIONALES PREVISTAS EN EL CAPÍTULO II

En realidad este capítulo introduce modificaciones a los artículos 127 y 131 del CPP

En cuanto al primero de ellos la reforma otorga la facultad al juez para disponer la prisión domiciliaria en sustitución de la preventiva o de la pena, respecto de personas “mayores de 70 años de edad”, siempre que: a) “ello no involucre riesgos” considerando especialmente las circunstancias de delito cometido, y b) interdictándola totalmente para responsables de homicidios especial y muy especialmente agravados; violaciones y de “delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (L. N° 17.510, de 27.6.2002)

Es en definitiva una tímida humanización del castigo para personas ancianas, que por otra parte no suelen contribuir al incremento del número de personas privadas de su libertad (son muy pocas las personas de esa edad que se encuentran en prisión), ni resultar objetivamente peligrosas, apareciendo como enormemente difícil determinar en que casos la libertad de un criminal no involucrará riesgos, elemento normativo o valorativo de apreciación subjetiva del juez, a quien se le ha otorgado en buen romance la discrecionalidad de disponer o no la sustitución de que se trata, conforme a su leal saber y entender.

Todo lo demás es por añadidura, porque es evidente que los homicidas pueden generar “riesgos” así como las personas que algún día sean enjuiciadas por delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra u otras de las figuras previstas en el orden internacional y de competencia de la Corte Penal Internacional, pero que aún no han sido objeto de definición interna, pues todavía no tenemos por ejemplo tipificados los delitos de torturas, desaparición forzada de personas, o terrorismo (salvo el delito de financiación del terrorismo tipificado por art. 14 L. 17.835/04)

La modificación del art. 131 del CPP, viene a complementar lo antes dispuesto, para personas en estado de inimputabilidad (art. 30 C.P.), que podían ser internadas en “establecimientos especiales” (centros hospitalarios, albergues psiquiátricos, etc.), en el sentido de habilitar la sustitución de la preventiva o de la pena, por prisión domiciliaria u otra medida asegurativas (que no describe y deja al arbitrio del juez) cuando la persona:

- a) estuviere enferma de “gravedad” o en “circunstancias especiales” que hicieren “evidentemente” perjudicial para él el encarcelamiento, o
- b) se tratase de una mujer que se hallare en los últimos tres meses de gravidez o en los tres primeros de lactancia, en ambos casos previo dictamen pericial que determine la conveniencia o necesidad de la medida.

Estas medidas son transitorias durante el lapso que dure el estado que las justificó, y se prevé la revocación por incumplimiento, cuyo control por otra parte es muy difícil de hacer en las actuales circunstancias.

La labilidad de los términos empleados dejan, como puede verse, un amplio margen de discrecionalidad al juzgador, el que deberá considerar también el tipo de delito, la peligrosidad del autor, etc., debiendo inspirarse en cuanto a qué “medidas asegurativas” disponer, en mi opinión, en las que aparecen en la ley de medidas sustitutivas, en cuanto fueren pertinentes, sin perjuicio de otras que pudiere fijar el juez, pues el término permite una interpretación evolutiva de su significación.

Nada tengo que objetar a todo esto, pero no veo tampoco de qué manera estas disposiciones que no son nuevas en esencia, puedan contribuir a disminuir el hacinamiento carcelario, aunque no dudo que puedan tener un efecto humanitario evidente, en beneficio de los infelices que se hallen en esta situación, que deberá ser considerada detenidamente, si no se quiere sufrir abusos e incluso probables fugas ambientadas en estas buenas intenciones.

## VI. RÉGIMEN DE REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO O ESTUDIO

El artículo 13 de la ley introduce este novedoso instituto en nuestro sistema, aplicable no solo a las personas procesadas o condenadas, sino también a las que se encuentren en régimen de salidas transitorias.

Es claramente una norma programática, de muy difícil instrumentación, que entrará en vigencia a partir de la fecha de aprobación de su reglamentación, que ha quedado en manos del Poder Ejecutivo, que tiene un plazo de ciento cincuenta días para dictarla.

En principio me parece una excelente idea, una buena intención, pero mucho me temo que sea casi imposible de instrumentar con seriedad, pudiendo ser, si no se actúa con acierto, una fuente inagotable de problemas y también de corrupción.

No quiero ser negativo, pero se me ocurre que, en un momento en que se asiste a tantas dificultades en el sistema carcelario, que motivan precisamente este tipo de leyes de emergencia, este sistema de enorme idealismo puede resultar apresurado, falto de realismo, y tal vez el motivo de una nueva frustración, que espero no se haga realidad.

## VII. LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS LIBERADAS

La disposición del art. 14 en cuanto a la obligación de que en todos los pliegos de licitaciones de obras y servicios públicos, se incluyan en las planillas de trabajo un 5% del personal afectado a tareas de peones o similares, a los liberados que se encuentren registrados en la Bolsa de Trabajo que llevará el Patronato, por un lado puede provocar la limitación de la oferta o de la inversión, o su encarecimiento, sin perjuicio de presentar problemas de igualdad respecto de las personas que no han delinquido nunca y que ven limitadas así sus posibilidades de acceso al mercado laboral.

Otros sectores especiales (por ejemplo discapacitados, jóvenes que desean acceder al mercado del trabajo, mujeres, despedidos mayores de 40 años, madres solteras, padres de numerosa prole, etc.) podrían reclamar, tal vez con mejor derecho, igual consideración, no siendo posible atender a todos como es natural.

El tema del trabajo de los liberados es uno de los más difíciles de resolver, y es posible que la vía compulsiva no sea la mejor opción.

Más racional me parece la vía a que apunta el inciso segundo, en el sentido del estímulo por el camino de la bonificación a los empresarios, claro que no en el sentido restrictivo del aumento por sobre el 5% obligatorio, sino en general para reclusos.

También es correcta la vía del acuerdo con los entes públicos a que refiere el inciso final del artículo es estudio.

Debo decir que la generalidad con que la ley refiere a “personas liberadas”, me llevan a pensar que la disposición no es transitoria y que no refiere solo a los liberados en función de esta ley extraordinaria, sino a todo liberado por la razón que fuere en el futuro, no ya en aplicación de esta ley de emergencia, sino conforme al sistema general de libertades que rige en el país.

El Patronato debería entonces incorporar a la Bolsa de Trabajo a todos los que por una razón u otra alcanzan la libertad provisional, condicional o anticipada, con toda la amplitud imaginable en condiciones de igualdad.

## VIII. ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL CRIMEN Y COMISIONES DE REFORMA

La creación de un Centro de Atención a las Víctimas, que puede verse como un hecho coyuntural, para responder a las críticas surgidas respecto de la empatía evidente que esta ley supone para con el sector criminal privado de su libertad, y para compensar de algún modo al pánico social que pudo originarse con el anuncio de la liberación masiva de encausados, es sin embargo, un hecho auspicioso, que no deja por ello de integrarse entre las normas programáticas incorporadas en la ley.

La ubicación dentro del Ministerio del Interior denota el apresuramiento de su creación, y la falta de recursos propios y de personal especializado que requiere un Centro de este tipo, pero ello tal vez pueda corregirse en el futuro.

La afortunada vinculación a la Declaración de Naciones Unidas de 1985, obligará a dotar al Centro de los instrumentos con que pueda realmente desempeñar su labor, debiendo tenerse presente, si es que no se quiere simplemente haber creado una estructura burocrática más, que debe resolverse el problema principal de la asistencia, que pasa por la indemnización, el resarcimiento de la víctima, la restauración en lo posible a la situación anterior al crimen, lo que implica en definitiva la socialización de los efectos del crimen, puestos a cargo de toda la comunidad, lo que supone ingentes recursos económicos, en un sistema similar al que solventa los riesgos de accidentes laborales o algo parecido a un régimen de seguro obligatorio contra el crimen, lo que conlleva cargas a rentas generales, que sólo se pueden pagar con impuestos.

En cuanto a las Comisiones de reformas me permito ser escéptico, sin perjuicio de descontar desde ya el ingente esfuerzo que llevarán adelante las personas que sean designadas al efecto.

Me permito anotar que, objetivamente, las comisiones cuando son institucionales y muy numerosas como en el caso (de diez y once miembros respectivamente) en general demoran muchísimo en producir resulta-

dos y las obras que resultan de todo ello suelen ser de compromiso, producto de innumerables transacciones, que las hacen irrelevante o de muy difícil transformación en ley.

La experiencia del proceso de reforma del Código del Proceso Penal que dio por resultado su aprobación, como se dice a macha martillo, por puro voluntarismo político, por la L. 16.893, de 16.12.97, reformado casi enseguida (siguiendo la línea legislativa criticada en este trabajo) por L. N° 17.221, de 31.10.99, y suspendido definitivamente en su entrada en vigor por L. 17.506, de 18.6.2002, debería llamarnos a reflexión.

De allí que veamos con fundado escepticismo el resultado del art. 21, que encomienda a la Comisión apenas la elaboración de "las bases de la reforma del proceso penal", no ya la reforma en sí, lo que parece demasiado poco, visto que en realidad de todo el proceso antes visto resultan más que elaboradas las bases referidas (que se originan, tomando un punto de partida relativamente reciente, en el llamado Proyecto Piaggio, seguido por el Proyecto Reta-Grezzi y el Proyecto de la Suprema Corte de Justicia, que antecedieron al modelo Peri-Otatti, que fue el más inmediato de la ley referida que dicto un Código que jamás pudo existir en la realidad.

La puesta en marcha de un Código Procesal moderno requiere un texto creíble, probablemente elaborado por un solo autor o por un grupo pequeño y especializado, como podría ser el Instituto Universitario de Derecho Procesal, un cambio cultural, una voluntad política y sobre todo recursos económicos que creo estamos muy lejanos a conseguir.

Similares si no mayores dificultades y dudas resultan de los productos que puedan esperarse del esfuerzo de la Comisión de reforma del C.P., que tiene el encargo de elaborar simplemente las "bases" de la reforma penal, no teniendo a la vista ningún antecedente nacional que pueda servir de orientación, destacándose que en el ámbito de la ciencia penal, no suele existir consenso ni siquiera sobre la misión del mismo, por lo que mal se puede ser muy optimista, visto que si no hay acuerdos básicos en el seno comunitario o por lo menos en el ambiente académico-profesional, las reformas están condenadas al fracaso o más aun, a ni siquiera llegar a ser.

Pero todo ello refiere a un momento futuro y sólo el tiempo dirá que ocurrirá.

---

# CAMBIO DE DOMICILIO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES: CONSIDERACIONES SOBRE SU RÉGIMEN JURÍDICO

**CARLOS LOAIZA KEEL**

Prof. Asp. de Derecho Financiero I y II en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

## SUMARIO

I. ALCANCE DEL ESTUDIO. II. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE INDAGAR SOBRE EL RÉGIMEN DEL CAMBIO DE DOMICILIO SOCIETARIO. III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CAMBIO DE DOMICILIO DE SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL URUGUAY. IV. CONCLUSIONES.

## I. ALCANCE DEL ESTUDIO

El presente trabajo se inscribe en un estudio de investigación más profundo sobre el mismo tema. De allí el nombre escogido, y la extensión del trabajo, puesto que en esta oportunidad no es posible sino presentar consideraciones acerca de un tema más vasto.

No obstante, y sin perjuicio de la cuestionable calidad científica de toda actividad dogmática o doctrinaria<sup>1</sup>, el presente estudio intenta recurrir a los métodos racionales de investigación científica que deben también guiar el discurso jurídico, al menos si éste pretende descubrir porciones más amplias de verdad<sup>2</sup>.

El objeto de las consideraciones, y comienzo ahora a aprovechar el nombre seleccionado por entenderlo propio, es el régimen jurídico aplicable al cambio de domicilio societario. Su incuestionable vigencia, intensificada por la adopción de posturas particularmente rigurosas por parte de autoridades de regulación y control de sociedades en países como la Argentina, motivan la incursión en el punto, al menos bajo esta forma. Ello no es despreciable, principalmente por dos razones: en primer lugar porque el trabajo, sin agotar el tema, lo trata sin embargo con profundidad; en segundo lugar, porque no existe pretensión científica que supere la transitoriedad<sup>3</sup>.

El análisis, atractivo aún en abstracto, merece especial atención en estos momentos. Como se dijo, organismos como la Inspección General de Justicia de la Argentina han adoptado un comportamiento progresivamente riguroso ante las sociedades extranjeras con actividad en su territorio, generalmente cuando estas sociedades tienen determinado tipo, operatividad restringida<sup>4</sup> en su territorio de origen o régimen peculiar

<sup>1</sup> Sobre el punto, es elocuente la posición de BLANCO, Andrés, *"Evasión, Elusión y Fraude Fiscales: delimitación, explicación y crítica desde marcos teóricos generales"*, inédito, citando a ATIENZA, Manuel: "Introducción al Derecho", Fontamara, México, 2003, pp. 246 a 249.

<sup>2</sup> Como expone GARCÍA FIGUEROA, *"si no fuera posible discutir sobre cuestiones jurídicas racionalmente, entonces nos hallaríamos en el mundo del capricho, de las preferencias puramente personales..."*, en GASCÓN ABELLÁN, Marina y FIGUEROA GARCÍA, Alfonso, *"La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales"*, Palestra Editoriales, Lima, 2003, p. 60.

<sup>3</sup> Como señala POPPER, *"El juego de la ciencia, en principio, no se acaba nunca. Cualquiera que decide un día que los enunciados científicos no requieren ninguna contrastación ulterior y que pueden considerarse definitivamente verificados, se retira del juego"*. POPPER, Karl, *"La Lógica de la Investigación Científica"*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 52.

<sup>4</sup> Por ejemplo, la Resolución General N.º 2/05, eliminó la posibilidad de que las SAFIs, cuya operativa se haya restringida en el país de su constitución, se regularicen como sucursales, debiendo cumplir en todo caso con los severos requisitos impuestos por la Resolución General N.º 12/03, reglamentaria del art. 124, LSCA, análogo al 198 de la Ley de Sociedades Comerciales uruguaya.

Dicho de otro modo, la Inspección General de Justicia determinó que las sociedades extranjeras cuya actividad se halla restringida en el país donde fueron constituidas, y operen efectivamente en la Argentina, deban cumplir con todos los requisitos de constitución y funcionamiento aplicables a las sociedades que se constituyen en la Argentina (art. 124 LSCA).

La única forma de que una SAFI quede exceptuada de esta inclusión formal en el art. 124, LASC, y pueda por tanto inscribirse conforme los arts. 118 párr. 3º y 123, LASC, es que la misma se utilice como un vehículo de inversión lícito de un grupo de sociedades que sí poseen negocios genuinos o asientos principales en terceros países (Resolución General N.º 22/04).

de alguna especie (v. gr. las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión uruguayas), exigiendo el establecimiento de su domicilio o sede principal en el territorio en el que actúan, o al menos el sometimiento íntegro a las normas de constitución y funcionamiento del país receptor. Una vez más, la realidad hace más motivante emprender la reflexión científica, y le confiere más utilidad a sus resultados.

En estos términos, se impone desde ahora adentrarse en la temática concreta sobre la cual se han erigido estas reflexiones.

## II. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE INDAGAR SOBRE EL RÉGIMEN DEL CAMBIO DE DOMICILIO SOCIETARIO

Las sociedades comerciales desarrollan su giro empresarial en un lugar determinado o en varios simultáneamente. Ello supone que la sociedad posea una sede o asiento principal, pero actúe al mismo tiempo por medio de sucursales en distintos lugares, con vocación de permanencia en cada uno de ellos. Las últimas, que conforman con su matriz la misma persona jurídica, actúan sin embargo en territorios distintos al lugar en el que la matriz fue constituida o tiene su domicilio comercial.

El fenómeno descrito en el párrafo anterior se contempla en nuestro orden jurídico, como en otros, en disposiciones normativas que reconocen la personalidad jurídica de las sociedades constituidas en el exterior, permitiendo que actúen en forma aislada sin cumplir con requisitos adicionales en el territorio, pero exigiendo que cumplan con determinadas formalidades cuando se proponen ejecutar en forma habitual actos propios de su giro (art. 193 de la Ley de Sociedades Comerciales Uruguaya, "LSCU").

No obstante lo dicho, el fenómeno de sucursalización en distintos territorios no agota las posibilidades de actuación en distintos órdenes jurídicos de una misma sociedad comercial. De hecho, la propia sociedad matriz puede mudar su sede o asiento principal, cesando por completo su actividad en el territorio en el que fue constituida, o incluso conservando su presencia en el último, aunque ya no como sede principal, sino como sucursal. Estas hipótesis están comprendidas en el fenómeno de "*cambio de domicilio social*".

Algunos órdenes jurídicos contemplan expresamente el procedimiento concreto para el cambio de domicilio social. Éste no es el caso del orden jurídico uruguayo, que sí contiene normas que aluden al cambio de domicilio (v. gr. arts. 240 y 362, LSCU), pero no lo regula sistemáticamente<sup>5</sup>.

Diversa es la hipótesis en la cual una sociedad es constituida en un territorio con el exclusivo objeto de quedar regida por un orden jurídico, frecuentemente benigno desde el punto de vista operativo o fiscal, pero desarrolla su giro principal en otro.

Los ordenes jurídicos comparados contienen frecuentemente normas de policía que desplazan en estos casos el sistema de conflicto de derecho internacional privado, de manera de prevenir la actuación en fraude a la ley, identificada muchas veces como el "*síndrome de Delaware*"<sup>6</sup> (v. gr. arts. 198 LSCU, 124 de la Ley de Sociedades Comerciales Argentina, "LSCA").

De cualquier manera, el fenómeno del cambio de domicilio, bien derive de la voluntad genuina de la sociedad, dentro de una estrategia acorde con un *business purpose*, bien derive de la prescripción de una norma anti fraude de un orden jurídico, debe recibirse y resolverse por todos los órdenes jurídicos involucrados, de manera de no obstaculizar el trasiego jurídico transfronterizo de una sociedad comercial<sup>7</sup>. Esto implica necesariamente admitir la preservación de la personalidad jurídica de la sociedad conforme transpone las fronteras de distintos Estados<sup>8</sup>, pues de lo contrario la libertad de establecimiento se torna una quimera<sup>9</sup>.

Los autores que han analizado el fenómeno de cambio de domicilio no se han pronunciado sobre las consecuencias del mismo cuando se experimenta por una sociedad constituida en el Uruguay, sin perjuicio de advertir la importancia del asunto y de su aparente falta de regulación<sup>10</sup>; aparente, puesto que el orden

<sup>5</sup> Vide también art. 414 Cód. de Com. de Bolivia; arts. 71 y 72 del Decreto-Ley N.º 2.627, de Brasil; arts. 1196 a 1201 del Código Civil del Paraguay.

<sup>6</sup> SORENSEN, Karsten y NEVILLE, Mette, "*Corporate Migration in the European Union*", The Columbia Journal of European Law, Nueva York, 1999, p. 183. También BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, "*La Transferencia Internacional de Sede Social*", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 53 a 56.

<sup>7</sup> Uno de los intentos es la llamada teoría de "*Siège réel*", o punto de conexión del asiento principal de negocios. *Ibidem*, p. 184.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, vide los artículos 3.2 y 3.5 del Código das Sociedades Comerciais del Portugal.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 191. También son pretensiones que se cristalizan en la propuesta de la Vigésimocuarta Directiva de la Unión Europea sobre "*Company Law*", presentada por la Comisión Europea en 1997. *Ibidem*, p. 195.

<sup>10</sup> Vé. BOGGIANO, Antonio, "*Derecho Internacional Privado*", tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 115 a 118; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "*Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*", Zavalia, Buenos Aires, 2003, pp. 1311 y 1312;

jurídico es completo, y ello, sin perjuicio de la corrección teórica de las soluciones normativas, se materializa por el mecanismo integrador del derecho, como se verá más adelante <sup>11</sup>.

La importancia del asunto es evidente. Negar la posibilidad a las sociedades de mudar el domicilio conservando su personalidad, obliga a transitar por la disolución y liquidación de la sociedad y, consecuentemente, obstaculiza el desplazamiento de las empresas, perjudica el comercio y desestimula el desarrollo e inversión económicos de alicento transnacional.

A un tiempo, una solución negativa: contraría el principio de libre establecimiento; vulnera el principio de conservación de la empresa, el que, como postuló OLIVERA GARCÍA al analizar la LSCU al poco tiempo de su sanción <sup>12</sup>, informa todo el derecho de las sociedades comerciales; y, por último, violenta en forma elíptica la realidad de la personalidad jurídica, tesis a la que me he afiliado en anterior oportunidad y sostengo hasta el presente <sup>13</sup>.

Como ejemplos de la relevancia práctica de la solución basta considerar que, conservando su personalidad jurídica, la sociedad evita renovar todas las relaciones jurídicas en las que se halla involucrada, conserva su historia y prestigio, evita costos de transferencia de bienes y derechos a un nuevo patrimonio (v. gr. costos notariales y fiscales), entre otros aspectos de notoria trascendencia jurídica y financiera.

Para el análisis que subsigue se prefiere una perspectiva con vocación neutral respecto del país receptor de la sociedad que cambia de domicilio, aun cuando en todo caso se asume que la misma sociedad se haya regida *ab initio* por el orden jurídico uruguayo, por haber sido constituida en territorio uruguayo.

### III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CAMBIO DE DOMICILIO DE SOCIEDADES COMERCIALES CONSTITUIDAS EN EL URUGUAY

Para resolver el punto en el orden jurídico uruguayo, y respecto de sociedades comerciales constituidas en el Uruguay que pretenden o deben cambiar su domicilio, es imprescindible pronunciarse sobre la *lex societatis*, y para ello realizar un análisis del sistema de derecho internacional privado nacional, integrado por normas de fuente internacional y de fuente interna, en ese orden, de conformidad con el art. 1° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, CIDIP I, 1979.

Si bien *a priori* puede observarse el tema como uno ajeno al derecho internacional privado, por la ausencia de un conflicto actual de leyes, no puede negarse que sí existe un conflicto potencial de leyes (por superposición). Además, como se expuso, esa potencialidad se ha actualizado en los últimos tiempos por exigencias concretas de autoridades de países extranjeros.

En todo caso, el análisis desde una perspectiva *iusrivativista* se impone por dos poderosas razones: para confirmar la existencia de un conflicto potencial de leyes que reclama solución (en los hechos eso está sucediendo); y para resolver este problema, ya no desde el derecho internacional privado, sino desde la dogmática sustancial, que debe adecuarse a la solución propuesta <sup>14</sup>.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Eduardo, "Sociedades Constituidas en el Extranjero", FCU, Montevideo, 1999, pp. 115 a 121; BERDAGUER, Jaime, "Sociedades Extranjeras", FCU, Montevideo, 1998, pp. 80 a 84.

<sup>11</sup> Resulta adecuada la integración, con prescindencia de la opinión que se preconice sobre la existencia de lagunas en el Derecho, puesto que la habilitación para integrar es en nuestro orden jurídico, como en muchos otros, de recepción positiva (art. 16 CCu), lo cual se completa con el inexorable deber de fallar que recae sobre los jueces (arts. 15 CCu y 5° de la Ley N.º 15.750, de 24 de junio de 1985). Vide especialmente KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996, pp. 176 a 178.

<sup>12</sup> OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "La nueva ley de sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios", en Anales del Foro, N.º 100, Montevideo, 1991.

<sup>13</sup> LOAIZA KEEL, Carlos, "La Existencia y Capacidad de las Personas Morales en el Derecho Sucesorio", en Revista Uruguaya de Derecho de Familia, Tomo 17, FCU, Montevideo, 2004, pp. 187 a 205. Vide las referencias a Alvira, Rafael; Grimaldi, Nicolás y Herrero, Montserrat, "Sociedad Civil: la democracia y su destino, sobre el pensamiento comunitarista", pp. 121 a 134. EUNSA, Pamplona, 1999; y Hervada, Javier, "Introducción crítica al Derecho Natural", Pamplona, EUNSA, 1994, pp. 174 y 175.

<sup>14</sup> La cuestión se reduce a la inteligencia de la ley que regirá a la sociedad cuando muda su domicilio desde el lugar de constitución a un nuevo Estado, con poder reconocido en su territorio, y a la de la reacción que el derecho sustancial del Estado de origen debe tener. Esta inteligencia aprovecha el método *iusrivativista* (su perspectiva), pero para dar una solución en la dogmática interna del país de origen. Esta teleología es perfectamente admisible, desde que no existe verdadera autonomía científica dentro de la dogmática jurídica (todas sus ramas comparten método y objeto). Sobre el objeto y método *iusrivativista* vide la opinión de HERBERT, Ronald, en "Objeto y Método del Derecho Internacional Privado", Montevideo, 1986. Y sobre la carencia de naturaleza científica del discurso doctrinario, vide BLANCO, Andrés, al referirse a la crítica teórica externa de la tesis de los "principios de la tributación" y de la coherencia del orden jurídico, en "Tributos y Precios Públicos" (en prensa), citando a ATIENZA, Manuel, "Introducción al Derecho", Fontamara, México, 2003, pp. 193 a 206, y 246 a 249.

Además, la perspectiva desde el derecho internacional privado para el cambio de domicilio societario es la que ha adoptado la más moderna doctrina comparada al analizar el fenómeno (vide BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, "La Transferencia Internacional...", cit., p. 23).

En este sentido, el razonamiento propuesto se expone seguidamente.

## A) Imposibilidad de contemplar normas de DIPr de fuente internacional

Por no existir *a priori* posibilidad de considerar la existencia de Tratados internacionales que hayan sido ratificados por Estados hipotéticamente involucrados en estos casos, corresponde acudir al sistema de derecho internacional privado de fuente interna (disperso en el Código Civil Uruguayo, "CCu", y en la LSCU).

## B) Ausencia de previsiones expresas sobre sociedades comerciales constituidas en el Uruguay en el sistema de DIPr de fuente interna

La LSCU no se pronuncia en forma expresa sobre el punto de conexión ni derecho remitido para el caso de sociedades nacionales, sino sobre las constituidas en el extranjero, aunque puede entenderse que adopta como principio el punto lugar de constitución (art. 192 LSCU).

Por su parte, el Apéndice del CCu tampoco regula expresamente la categoría sociedades comerciales, y solo contiene una categoría referida a la *"existencia y la capacidad de la persona jurídica"*.

Es claro que las sociedades comerciales son personas jurídicas, pero no deben considerarse incluidas en esta categoría, puesto que ella misma elige como punto de conexión al *"Estado en el cual [la persona jurídica] ha sido reconocida como tal"*, siendo este punto de conexión uno de aplicación imposible para el caso de las sociedades comerciales, para las que dicho reconocimiento estatal no existe, siendo su personalidad jurídica una de origen *ex lege* (art. 2 LSCU).

Esta proposición del razonamiento se basa en distintos argumentos.

En primer lugar, la normativa y dogmática del Derecho Internacional Privado reconocen meridianamente la independencia de la categoría sociedades comerciales de la de personas jurídicas<sup>15</sup>, y entienden que el Derecho Comercial Internacional es un derecho especial cuyas categorías, en su mayoría, *"no tienen regulación en la legislación interna uruguaya"*<sup>16</sup>.

Prueba de esta independencia, y argumento para preferir esta interpretación, es la regulación independiente que a estas categorías se concedió tanto en las normas de conflicto de fuente interna como en las de fuente externa (LSCU, Tratados de Derecho Comercial Terrestre y Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles de 1979, "CIDIP II").

Adicionalmente, esta interpretación de la categoría jurídica es consecuente con la interpretación del punto de conexión "lugar de reconocimiento", de acuerdo con el art. 21 del CCu. Éste último, al referirse al reconocimiento, lo hace en relación al acto concreto que emana de la "autoridad pública", que como se dijo, es de aplicación lógica imposible para las sociedades comerciales (de reconocimiento *ex lege*)

La interpretación del punto de conexión resultante es unívoca, bien se asuma una conceptualización a partir de la *lex fori* (la que se elige)<sup>17</sup>, bien se acuda a otras normas supranacionales en la materia, puesto que los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 no definen el punto de conexión "lugar de reconocimiento" (el segundo porque ni siquiera lo adopta como criterio para remitir un orden jurídico)<sup>18</sup>.

La técnica hermenéutica es además congruente con lo prescrito por los arts. 17 y 20 del CCu, sobre la interpretación gramatical y sistemática de las normas, especialmente pertinente cuando lo que se interpreta es un compendio con pretensiones de sistematicidad (como lo es indubitadamente un código).

Por último, la independencia de categorías propuesta se presenta como un caso de disociación argumentativa de nociones lógicamente válida, siguiendo ahora a PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, desde que esta pareja clasificatoria (persona jurídica-sociedad comercial, en relación género-especie), posee un sólido fundamento de distinción. Esto significa que estas nociones, persona jurídica y sociedad comer-

<sup>15</sup> TÁLICE, Jorge Rodolfo, "Las Sociedades Mercantiles en el Derecho Internacional Privado Americano", Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, N.º 29-30, Montevideo, enero-junio 1984, pp. 31 y 32.

<sup>16</sup> TÁLICE, Jorge Rodolfo, "Interpretación e integración en el Derecho Internacional Privado", en Revista Uruguaya de Derecho Internacional N.º 3, Montevideo, 1974, pp. 157 y 158.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 135 a 137.

cial, originalmente confundidas (incluso en la técnica de aplicación de las normas de conflicto), pueden perfectamente disociarse y mantener una relación de género a especie como resultado de una revisión conceptual profunda<sup>19</sup>. La especie sociedad comercial posee histórica y técnicamente atributos más que suficientes para concebirse independiente lógicamente y normativamente<sup>20</sup>.

### C) Integración del sistema de DIPr de fuente interna

Al no existir categoría expresa en el Apéndice del CCu, es preciso integrar el sistema de derecho internacional de fuente interna, tal como lo ha reconocido en forma contundente la doctrina<sup>21</sup>.

En este punto, y de acuerdo con el art. 16 del CCu, corresponde acudir a los fundamentos de las leyes análogas<sup>22</sup>, que en materia de sociedades mercantiles se cristalizan en la CIDIP II.

La utilización de las normas especializadas vigentes para la integración concuerda con la intención del propio autor del Apéndice del CCu, quien intentó lograr con el Apéndice una condensación de *“la sustancia jurídica de la doctrina nacional”*, a la que entendía en *“íntima conexión con los principios por los tratados vigentes y por los recientemente aprobados”* (destacado mío).<sup>23</sup> Ellas representan la evolución normativa en materia de DIPr, un régimen jurídico creado *ex profeso*, un *“derecho adecuado”* a las necesidades del fenómeno considerado<sup>24</sup>.

La integración con la CIDIP II determina que las sociedades comerciales se rigen en principio por la ley del lugar de su constitución, en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución (art. 2°). Aceptar este principio es congruente con la ostensible inspiración del art. 192 LSCU, no obstante su aplicación directa a las sociedades extranjeras.

Sin perjuicio de la solución de principio, la propia CIDIP II contiene una norma de permiso para los Estados ratificantes, por la que *“Las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos por la legislación de este último”* (art. 5°).

La norma, dirigida a los Estados ratificantes, puede también aplicarse como criterio de excepción al principio general del lugar de constitución, integrando el orden internacional privado de fuente interna. De esta forma, con mayor corrección, debería decirse que, en el sistema de derecho internacional privado uruguayo de fuente interna, el punto de conexión *“domicilio o sede principal”* se encuentra en principio desplazado (esto es, no admitido) por el del lugar de constitución, pero se erige como criterio rector cuando el país receptor de la sociedad que muda su domicilio ha hecho uso de este *“permiso”*, recurriendo en este punto a la concepción deóntica de KELSEN<sup>25</sup>.

Uruguay, como Argentina, han aplicado la norma permisiva y dictado sendas normas sobre aplicación preceptiva del orden jurídico interno a sociedades constituidas en el extranjero que establecen su sede principal en territorios distintos al del lugar de constitución (arts. 198 LSCU y 124 LSCA).

<sup>19</sup> PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *“Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica”*, Editorial Gredos, Madrid, 2000, p. 628.

<sup>20</sup> Lo que PERELMAN reconoce como *“parejas clasificatorias”* son aquellas que aparentemente están destinadas a subdividir un conjunto en partes distintas, por ejemplo el conjunto de la historia en distintas épocas, pero que en realidad poseen un sólido fundamento conceptual. Una vez que la formulación de la pareja toma consistencia, luce como una estructura objetiva y despojada del discurso.

Un ejemplo es la distinción entre la Edad Media y el Renacimiento. Cuando Michelet creó el concepto de Renacimiento, dudó en su sentido, como resurrección de la Edad Media original o como un sustituto, y prefirió finalmente el segundo. Eligiendo el segundo, el concepto histórico de Edad Media que conocemos es el real, y se aleja del de Renacimiento. Si hubiera optado por la primera de sus intenciones, entonces lo que ahora consideramos Edad Media genuina la veríamos como un preludio de la verdadera. Claro está, la elección histórica no es caprichosa, es técnica, como la disociación que se postula en este trabajo. Vide. PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, op. cit., pp. 643 y 644.

<sup>21</sup> TÁLICE, *“Interpretación...”*, cit., pp. 153 y 154.

<sup>22</sup> COVIELLO, Nicolás, *“Doctrina General del Derecho”*, UTEHA, Ciudad de México, 1949, pp. 92 a 97.

<sup>23</sup> VARGAS GUILLEMETTE, *“Codificación Nacional de Derecho Internacional Privado”*, Montevideo, 1943, p. 11. El autor consiente con sus dichos que la aplicación, en la interpretación y aun en la integración, responda a principios comunes y reciba la evolución en materia de DIPr. De allí que se refiera a los tratados *“vigentes”*, pero también a los *“recientemente aprobados”*. De hecho, cuando tuvo que hacer una remisión expresa a los Tratados de Montevideo, la hizo a los de 1889, puesto que los de 1940 no habían sido aún ratificados, pero al momento de considerar las convenciones internacionales como normas de fundamento análogo, no se limitó a los tratados vigentes, sino también a los aprobados, puesto que representaban un estadio más en la evolución iusprivatista a la que Uruguay adhería.

<sup>24</sup> TÁLICE, *“Interpretación...”*, cit., p. 158

Si bien un sector de la doctrina iusprivatista ha vinculado estas normas exclusivamente con una finalidad “anti-fraude”, y las ha catalogado como “normas de policía”, que excluyen el sistema de conflicto<sup>26</sup>, ni su letra ni su espíritu permiten inferir tal conclusión. Las normas se aplican en todo caso en que una sociedad establezca su domicilio en lugar distinto al de su constitución, y así lo ha reconocido prestigiosa doctrina del derecho privado<sup>27</sup>.

De manera que, para interpretar sistemática y congruentemente el sistema de derecho internacional privado integrado con la CIDIP II, es imprescindible conservar el sentido de ambas disposiciones (la que elige como punto de conexión el lugar de constitución y la que permite a los Estados imponer sus órdenes jurídicos), y al mismo tiempo evitar una solución que suponga la duplicidad de órdenes jurídicos aplicables a una misma relación jurídica. Lo inverso es inaceptable para el derecho internacional privado, pues contraría uno de sus postulados básicos, por el que “no puede haber nunca más que un solo derecho local aplicable”<sup>28</sup> para cada relación jurídica.

La interpretación adecuada es entonces que el derecho aplicable a las sociedades comerciales es el del lugar de su constitución, salvo cuando éstas establezcan su sede principal en otro país y ese otro país haya hecho uso de la facultad otorgada por la CIDIP II, esto es, la de imponer normativamente el orden jurídico nacional a las sociedades extranjeras que establecen sede principal en su territorio.

La conclusión antes descrita cobra mayor vigor por tres sólidas razones adicionales.

En primer término, es congruente con el sistema normativo uruguayo, que reconoce la existencia del fenómeno de cambio de domicilio (arts. 240, 362 LSCU), y que contiene una norma sancionada en uso de la facultad concedida por la CIDIP II (art. 198). Sostener opinión contraria supone omitir el trato recíproco y negar la lógica inspiradora del legislador uruguayo al dictar una norma de este tenor. No resulta plausible entender que el orden jurídico uruguayo, que contiene una norma de este tipo, desconoce la existencia de normas análogas en órdenes extranjeros.

En segundo lugar, es una solución congruente desde la perspectiva de un orden jurídico extranjero que contiene normas como la del art. 198. No es correcto suponer que la norma sólo se aplicará a las sociedades constituidas en el Uruguay que actúan en fraude a la ley extranjera, ocultando que tienen su sede principal en el exterior, y no a las que de buena fe deciden trasladarse. Una interpretación distinta conduce a eventuales discriminaciones sin fundamento evidente por el derecho extranjero.

Por último, es la interpretación adecuada a: a) el principio de la “libre circulación de personas jurídicas y la libertad de establecimiento”, regla básica del ordenamiento de integración según la doctrina especializada<sup>29</sup>; b) el principio de conservación de la empresa, que informa nuestro régimen societario<sup>30</sup>; y, finalmente, c) a la realidad de la personalidad jurídica y su reconocimiento por distintos órdenes jurídicos conforme se desplaza libre y legítimamente<sup>31</sup>; y d) a la necesidad de suprimir una incompatibilidad por superposición de regímenes jurídicos aplicables a una misma relación de notas internacionales<sup>32</sup>.

## D) Armonización del orden jurídico uruguayo a la solución propuesta

Las normas de derecho uruguayo interno deben interpretarse en forma congruente con la integración formulada.

La Auditoría Interna de la Nación (“AIN”), como todos los órganos que integran el Estado uruguayo, debe interpretar sus potestades de conformidad con la normativa aplicable a la sociedad que mudó de domicilio, y que por ello dejó de estar regida por el derecho uruguayo.

<sup>25</sup> “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 1997, pp. 28 a 30, y Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996, p. 42.

<sup>26</sup> TÁLICE, “Las Sociedades...”, cit., pp. 55 a 58; y LÓPEZ, Carlos, op. cit., p. 115.

<sup>27</sup> BOGGIANO lo hace claramente, considerando que la norma abarca tanto los casos de fraude a la ley como los de “cambio de estatuto real”, en op. cit., p. 116 y 117.

<sup>28</sup> DE SAVIGNY, Federico Carlos, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Tomo VI, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, pp. 131-132, 187 y 188. CHEQUEAR U.M.

<sup>29</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, op. cit., 1312. La autora cita incluso una innovadora sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso “Centros”.

<sup>30</sup> OLIVERA GARCÍA, op. cit.

<sup>31</sup> Vide LOAIZA KEEL, op. cit. pp. 202 a 205.

<sup>32</sup> Con lo cual ingresa en una nueva disociación de nociones, esta vez el principio de la excepción por utilización de la norma permisiva, fruto de una “transformación más profunda, provocada siempre por el deseo de suprimir una incompatibilidad”, cf. PERELMAN, y OLBRECHTS-TYTECA, op. cit., p. 629.

Ello no solamente es adecuado a la aplicación normativa propuesta, sino también al límite territorial de las potestades de cualquier órgano estatal uruguayo.

La sociedad que traslada su sede principal al exterior conserva su personalidad, pero abandona el régimen uruguayo para pasar a estar alcanzada por el del Estado extranjero en el que se instala, y por ello es preciso efectuar ciertas correcciones en su situación jurídica frente al orden jurídico uruguayo.

En primer lugar, la sociedad deja de estar sometida al control del Estado uruguayo, encauzado a través de la AIN y otras autoridades (v. gr. autoridades fiscales, sanitarias, registrales). Esto supone un tránsito imprescindible, que debe llevarse a cabo de forma de no lesionar los intereses involucrados.

Los intereses que deben protegerse son: el de los accionistas o socios; el de los acreedores sociales, incluyendo al del propio Fisco; y el de todo otro órgano de control o regulación del Estado uruguayo.

Protegidos estos intereses, será procedente un mecanismo de cancelación de la inscripción registral de la sociedad, que debe reflejar la real situación de cambio de domicilio, y no solamente una reforma estatutaria.

## 1. Interés de los socios y accionistas

El interés de los socios o accionistas se protege en forma suficiente por los mecanismos previstos en la misma LSCU, esto es la necesidad de acuerdo unánime para la modificación del contrato social y traslado de domicilio al extranjero en las sociedades personales y sociedades de responsabilidad limitada con menos de veinte socios (arts. 208 y 240), y el derecho de receso en las sociedades de responsabilidad limitada de veinte o más socios y sociedades anónimas (arts. 240 y 362)<sup>33</sup>.

## 2. Interés de los acreedores sociales distintos al Fisco y otras autoridades estatales

Dado que la personalidad jurídica de la sociedad pervive la mudanza de domicilio, los intereses de los acreedores sociales no se ven en principio afectados<sup>34</sup>. Su deudor continúa existiendo y sigue siendo para ellos posible satisfacer los créditos que ostentan sobre el patrimonio original de aquél.

Admitir sin reparos la realidad señalada implica una visión reduccionista del problema, pues es innegable que la modificación de domicilio trae consigo en general distorsiones en las relaciones jurídicas que unen a la sociedad con sus acreedores, especialmente si ésta es declarada en quiebra en el Estado receptor (en el que tal vez existan normas de trato preferencial a acreedores locales en la ejecución colectiva, v. gr. art. 1577 Cód. de Com. uruguayo).

Además, el cambio modifica en general la jurisdicción competente, además del orden jurídico aplicable, en ambos casos perteneciente al Estado al cual la sociedad muda su domicilio. El problema más importante es precisamente el de la jurisdicción, y ello cobra especial relevancia en sistemas que, como el uruguayo, adoptan el criterio asunción de competencia internacional directa en función del derecho remitido aplicable a la relación (criterio Asser, art. 2401, CCu).

No obstante, y más allá del problema de la jurisdicción, la protección de los acreedores no trae consigo una dificultad insuperable para aceptar el traslado de domicilio, pues las relaciones que vinculan a la sociedad deudora que muda su domicilio con sus acreedores continúan, en principio, regidas por las reglas de DIPr aplicables a las categorías contractuales particulares, con prescindencia del cambio de reglas internas respecto del funcionamiento social.

El interés de los acreedores sociales distintos al Fisco y otras autoridades estatales con potestades extraordinarias se protege en forma bastante mediante la publicidad del traslado de domicilio al exterior y la eventual seguridad de los créditos de acreedores que no consienten el traslado<sup>35</sup>. El art. 17 de la LSCU prevé el mecanismo de publicidad cuando ella es "*exigida legalmente*" y la fuente legal no indica el órgano de publicidad o el número de días, disponiendo que la publicación se hará por una vez en el Diario Oficial y en otro periódico con circulación en la sede de la sociedad, todo ello sin perjuicio de la publicidad inherente a las modificaciones contractuales en el caso de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada con veinte o más socios (arts. 243 y 361 LSCU).

<sup>33</sup> Estos son indicios unívocos de la adopción por nuestro régimen de un sistema de preservación de la personalidad jurídica de la sociedad que se traslada al exterior, en solución asimilable al art. 3.6 del Código das Sociedades Comerciais del Portugal.

<sup>34</sup> SORENSEN, Karsten y NEVILLE, Mette, en op. cit., p. 203.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 204, donde se menciona el Art. 8 de la citada propuesta de Directiva de la Unión Europea.

Debe destacarse que, aun cuando la LSCU no prevé publicaciones para esta circunstancia, sino cuando se trata de modificaciones contractuales y sólo para ciertos tipos sociales, el art. 17 es aplicable toda vez que la publicidad de alguna vicisitud ínsita en la vida societaria sea “exigida legalmente”, esto es por acto legislativo nacional, y no exclusivamente por la misma LSCU. De allí que pueda concluirse sin violencia que la publicidad necesaria para proteger los intereses de acreedores sociales en los casos en los casos en que no es exigida por la LSCU posee igualmente un fundamento legal, en los arts. 82 y 84 de la Ley N.º 16.871, de 28 de setiembre de 1997 (“Ley de Registros Públicos”), sobre cancelación de inscripciones.

En efecto, el art. 82 nal. 1º de la Ley de Registros Públicos admite la procedencia de la cancelación de una inscripción vigente (la de la sociedad en el caso), cuando *“la parte a quien ampare consienta su extinción”*. Es claro que la publicidad de la sociedad ampara los intereses de los habitantes del Uruguay frente a los cuales la sociedad es oponible desde su inscripción, y que es por tanto su consentimiento el que debe recabarse para que la cancelación proceda. La única forma posible de reunir el consenso es evidentemente la publicidad.

Para los tipos sociales que exigen publicidad al momento de constitución (arts. 227 y 255 LSCU), el art. 84 de la Ley de Registros Públicos no deja dudas sobre la necesidad de publicidad para lograr el consentimiento, al expresar que *“las cancelaciones consentidas de inscripciones vigentes deberán estar otorgadas con las mismas formalidades que se exijan para la constitución de los derechos que las inscripciones amparen”*.

Una vez realizadas las publicaciones necesarias y recabado el consentimiento de los acreedores, la AIN debería también consentir la cancelación y oficialiar al Registro Nacional de Comercio para que se haga efectiva.

Ninguna de estas soluciones elimina empero la necesidad de reglamentar el tránsito ordenado de régimen jurídico, de manera de proteger suficientemente a los acreedores. Esta reflexión deja de ser descriptiva, siendo una intención prescriptiva de regulación futura de este mecanismo.

### 3. Interés del Fisco y entes recaudadores de tributos

Nuevamente, es preciso reiterar que los intereses de estos acreedores no se ven en principio perjudicados. Su deudor mantiene la personalidad jurídica y también permanecen inalteradas las obligaciones tributarias de las que son acreedores en virtud de la ley.

Sin perjuicio de ello, antes de proceder a la modificación efectiva del domicilio, la sociedad debe regularizar su situación frente a las autoridades fiscales, nacionales y departamentales, obteniendo los certificados correspondientes y cancelando los registros existentes.

La hipótesis de cambio de domicilio debería asimilarse, desde el punto de vista fiscal y sólo a los efectos de la obtención de certificaciones especiales, al de la de la liquidación (v. gr. art. 80 lit. A, Título 1, Texto Ordenado de la Dirección General Impositiva de 1996, “T.O.”).

Desde el punto de vista fiscal “sustancial”, la sociedad que muda su domicilio quedará regida por las normas tributarias de conformidad con su nuevo estatus: sociedad extranjera. Por ejemplo, si la sociedad conservara una sucursal en el país y desarrollara en nuestro territorio actividades industriales o comerciales en las que se combinen los factores de capital y trabajo, quedará alcanzada por el Impuesto a la Renta de la Industria y Comercio, sin perjuicio de otros tributos (art. 2º lit. A y 7º, T. 4º, T.O., art. 1º nal. 4 del Decreto 840/988). La situación variará de acuerdo con la forma jurídica de la sociedad y sus perspectivas negociales en el territorio uruguayo.

## IV. CONCLUSIONES

- 1) La LSCU se refiere en varias disposiciones al cambio de domicilio de la sociedad para trasladarlo al exterior (arts. 240 y 362).

Sin embargo, no existe regulación legal respecto al régimen aplicable al cambio de domicilio.

No obstante, de la referencia legal debe admitirse que el cambio de domicilio de una sociedad comercial al exterior es admitido por nuestro Derecho. En consecuencia, dicha sociedad continuará su actividad bajo una legislación extranjera, sin pasar previamente por las etapas de disolución y liquidación y conservando su personalidad jurídica.

- 2) Existe un vacío en la legislación nacional respecto a la ley aplicable a las sociedades constituidas en el Uruguay.

Para las sociedades constituidas en el exterior, la LSCU establece como principio general que, en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución se regirán por la ley del lugar de consti-

tución (art. 192). No obstante, cuando se propongan establecer su sede social en el Uruguay o cuyo principal objeto esté destinado a cumplirse en el Uruguay estarán sujetas en cuanto a los requisitos de validez del contrato social a la ley nacional (art. 198).

Por su parte, el Apéndice del CCu establece que la existencia y capacidad de las personas jurídicas se rige por la ley del Estado donde haya sido reconocida como tal (art. 2394). Sin embargo, esta norma resulta aplicable a las asociaciones civiles, sujetas a un acto estatal de reconocimiento (art. 21, CCu) y no a las sociedades comerciales, cuya personalidad jurídica es reconocida por la ley (art. 2, LSCU).

- 3) El vacío legal de la legislación uruguaya debe completarse acudiendo a normas de análogo fundamento, que considero, junto a la doctrina especializada, se encuentra en la CIDIP II.

La CIDIP II establece como principio general que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales se regirá por la ley del lugar de constitución (art. 1°).

Dispone a continuación que las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último (art. 5).

- 4) De lo expuesto surge que si bien la CIDIP II establece como principio general que las sociedades comerciales se rigen por el lugar de su constitución, admite que pasen a regirse por la ley del lugar del domicilio cuando se cumplan acumulativamente dos requisitos: a) pretendan establecer su sede principal en otro Estado; y b) la ley de dicho Estado exija que se sujeten a la ley nacional.

En estos casos, la ley del lugar de constitución cambia por la ley del lugar del domicilio.

- 5) De lo expuesto surge que la ley uruguaya admite que las sociedades constituidas en el Uruguay se regulen por la ley del lugar del domicilio cuando su sede principal se encuentre en el exterior y el Estado receptor las obligue a sujetarse a la ley del domicilio.

En consecuencia, procede de acuerdo con la ley uruguaya que se cancelen todos los vínculos de registración de la sociedad en el Uruguay, pasando a regirse por los requisitos establecidos por la ley del lugar de su domicilio.

- 6) La LSCU sólo prevé la cancelación de la inscripción registral para la sociedad disuelta y luego de completarse el procedimiento de liquidación (art. 181).

Sin embargo, la Ley de Registros Públicos prevé la cancelación de inscripciones en los registros públicos cuando la parte a quien ampare consienta la inscripción o cuando la misma sea resuelta judicialmente (art. 82). Dispone además que la cancelación deba otorgarse con las mismas formalidades que se exijan para la constitución de las inscripciones (art. 84).

- 7) La aplicación de estas normas a la materia societaria exigiría que se obtuviera el consentimiento de los sujetos amparados por la misma (sociedad, acreedores, fisco) y que la AIN instruyera al Registro Público de Comercio la cancelación de la misma.

En el caso de los acreedores podría entenderse que existe consentimiento cuando se publica el proyecto de cambio de domicilio sin que existan oposiciones. En el caso del Fisco, sería razonable que se obtuvieran los certificados que acreditaran que la sociedad se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, en forma asimilada a una hipótesis de liquidación y sólo a estos efectos.



---

# LA PROHIBICIÓN DE COMPENSACIÓN DEL INCISO 2º DEL ART. 1612 DEL CÓDIGO DE COMERCIO\*

**ELÍAS MANTERO MAURI**

Profesor Ayudante Grado 1 de Derecho Privado II y III, Universidad de la República.

## SUMARIO

I. JUSTIFICACIÓN. II. GENERALIDADES. III. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA. V. ¿LA PROHIBICIÓN RIGE SÓLO PARA DESPUÉS DE LA QUIEBRA O TAMBIÉN PARA ANTES? VI. LA PROHIBICIÓN COMIENZA A REGIR DESDE EL MOMENTO DE LA CESACIÓN DE PAGOS. VII. CONCLUSIONES.

## I. JUSTIFICACIÓN

La norma del inciso 2º del Código de Comercio (C. Co.) que nos proponemos estudiar en el presente no ha recibido análisis alguno en la doctrina nacional<sup>1</sup>. Es por esta ausencia de tratamiento doctrinal -consecuencia quizás de su escasa conflictividad hasta el presente- que se explica, a mi juicio, la incertidumbre que actualmente ha planteado su aplicación en el ámbito judicial, lo cual justifica la realización de este trabajo.

Ciertamente, el tema excede el mero interés teórico, ya que ha cobrado gran actualidad debido a las múltiples acciones judiciales por las que se pretenden efectivizar compensaciones en virtud de los llamados “Eurobonos” del Banco de Montevideo<sup>2</sup>.

## II. GENERALIDADES

El art. 1612 del C.Co. regula lo concerniente a la compensación en el contexto de la quiebra, conteniendo dos incisos.

El primero de ellos, establece que *“la compensación tiene lugar en caso de quiebra, conforme las reglas generales establecidas en el Título XVI, Libro II: De los modos de extinguirse las obligaciones”*.

La compensación es un modo de extinguir obligaciones que tiene lugar cuando dos sujetos son acreedores y deudores recíprocos, situación en la cual las obligaciones quedan extinguidas hasta el importe de la menor (arts. 975 y 976 del C.Co.; arts. 1497 y 1498 del C.C.)<sup>3</sup>.

Se reconocen cuatro tipos de compensación: legal, facultativa, convencional y judicial<sup>4</sup>.

\* El presente recoge en lo sustancial la disertación del autor en el evento científico sobre el instituto de la compensación, que se desarrollara los días 9 y 10 de junio del presente año en el Banco Central del Uruguay.

<sup>1</sup> Luego de terminado este trabajo, el Prof. Gerardo Caffera realizó comentarios respecto de la norma en las jornadas sobre compensación de referencia. De igual modo, el último número del Anuario de Derecho Civil Uruguayo (tomo XXXV) de reciente aparición, recoge un trabajo del Prof. Carlos de Cores, en donde también se hace alguna referencia al inc. 2º del 1612. En el curso del presente examinaremos los aportes de estos autores.

<sup>2</sup> La aplicabilidad de la norma a la situación de los Eurobonos es indiscutible, ya que el art. 14 de la Ley 17.613, que regula la liquidación de instituciones bancarias, establece la aplicación subsidiaria de la normativa referente a la liquidación de sociedades anónimas (Ley 2.230), la cual, a su vez, impone la aplicación - también en forma subsidiaria de las normas de la quiebra del C.Co. (art. 13).

<sup>3</sup> Ver Jorge Peirano Facio, “Curso de Obligaciones – Extinción de las Obligaciones”, tomo VI, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1962, pág. 153 y sigtes.

<sup>4</sup> Cfm. Jorge Peirano Facio, ob. cit., págs. 162 a 180.

Para que se verifique la compensación *legal* se requiere que ambas deudas sean de igual género (prestaciones de igual materia), líquidas (monto determinado) y exigibles (arts. 977 del C.Co. y 1499 y 1502 del C.C.)<sup>5</sup>.

En los restantes tipos de compensación el efecto es el mismo: la extinción de las obligaciones. Pero a diferencia de la compensación legal, que exige la presencia simultánea de los elementos enumerados y que opera de pleno derecho, en estos casos la compensación se produce aun en ausencia actual de dichos requisitos legales, los cuales son removidos de las siguientes formas: por la voluntad de una sola de las partes en la compensación *facultativa* (ej. renuncia al plazo estipulado a favor de quien abdica); por acuerdo de ambas partes en la compensación *convencional*; o en el ámbito de un juicio en la compensación *judicial*. Lo anterior implica, como se echa de ver, que estas compensaciones no operan en forma automática.

No será objeto de tratamiento en el presente el tema general de la compensación en la quiebra, el cual nos proponemos estudiar en otra oportunidad<sup>6</sup>.

Por su parte, el inciso 2° del artículo, que conforma el objeto de este estudio, dispone que: *"no podrán alegar compensación los cesionarios o endosatarios de títulos o papeles de crédito contra el fallido"*.

### III. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN

#### A) Nuestra opinión

A nuestro criterio, la norma prohibitiva en análisis se inscribe en el objetivo fundamental perseguido por el legislador de la quiebra de proteger el interés general de todos los acreedores del fallido contra la consecución de fraudes y maniobras ilegítimas que son moneda corriente -como ya lo destacaba Mezzera<sup>7</sup>- en situaciones en las que una empresa comienza con un proceso de dificultades económicas que termina con su quiebra. En este sentido, esta norma comparte la misma teleología que la acción revocatoria concursal (1602 a 1605 del C. Co.), pero a diferencia de ésta, en donde se trata de preservar a la masa general de acreedores respecto de actos perjudiciales concertados entre el fallido y un acreedor individual, la norma en análisis

<sup>5</sup> Respecto al concepto de exigibilidad que brinda el art. 1502 del CC, debe aclararse que esta disposición no puede aplicarse en forma descontextualizada a lo que es la regulación legal de la compensación, en el entendido de que - como bien lo señala Planiol - *"para que el deudor demandado pueda oponer la compensación es necesario que tenga derecho a exigir actualmente su pago. La palabra 'exigibilidad' toma aquí un sentido diferente del que ordinariamente tiene, no basta que haya ausencia de término o condición, se requiere que el acreedor posea, plenamente, la facultad legal de exigir. Así, el deudor no puede oponer en compensación a su acreedor una obligación natural a cargo de éste y a favor suyo, porque no podría obligarlo a pagar esa obligación [...]"*. (Vé. Tratado Elemental de Derecho Civil. Las obligaciones. 12ª Ed. José. M. Cajica. Jr., 1945, págs. 365-366). Para mayor abundamiento, ver nota siguiente.

<sup>6</sup> Sin embargo, nos permitimos adelantar algunos breves comentarios al respecto. La **exigibilidad** producida por el auto de quiebra de créditos aún no vencidos contra el fallido (1607 del C. Co.) no es hábil para operar la extinción por compensación de un crédito a favor de aquél, ya que la caída de los plazos producida por la quiebra tiene como única finalidad permitir a todos los acreedores del fallido participar en el proceso concursal para obtener un pago proporcional; pero no da derecho a accionar contra el fallido para el pago del crédito, único efecto jurídico éste que permite identificar a la **exigibilidad ordinaria** que requieren las "reglas generales" a que refiere el 1612 del C. Co. (art. 977 num. 3° del mismo Código) para posibilitar la compensación, tal como lo destacara hace ya mucho tiempo la doctrina francesa. Así, expresan **Planiol-Ripert-Esmein-Radouant-Gabolde**, que el concepto de exigibilidad de las obligaciones debe entenderse *"en el sentido amplio de que cada una de ellas debe ser de tal naturaleza que pueda ser objeto de un pago y, más aún, de un pago actual. Cualquier causa que impida reclamar el pago, excluye igualmente la compensación"*. Y refiriéndose concretamente al tema que nos ocupa establecen que *"la exigibilidad que resulta de la declaración de quiebra o de liquidación judicial no permiten la compensación, puesto que la misma resolución judicial implica el desposeimiento (dessaisissement) del quebrado, y por tanto imposibilita cualquier pago posterior a favor de alguno de los acreedores"* ("Tratado práctico de derecho civil francés", tomo séptimo - Las obligaciones, segunda parte, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1945, pág. 620). Esta es también la opinión de la doctrina de sistemas jurídicos que, como el nuestro, son de cuño francés. Tal el caso de la doctrina argentina que resumiremos en la siguiente opinión de **Ricardo Williams**: *"Conforme el art. 116 de la ley 11.719 [hoy sustituida], las deudas no vencidas se hacen exigibles por la declaración de quiebra, pero ello no autoriza la compensación. Dos razones existen para que así sea: 1) El pago en dinero, por cesión o compensación, es absolutamente nulo, y 2) importa un simple decaimiento, y no la exigibilidad del vencimiento del término, a que se refiere la ley civil"* ("La compensación en la quiebra", en Rev. La ley, tomo 61, pág. 869). El TAC 2°, en sentencia 190 de 3 de agosto de 2005 (Sosa Aguirre -red.-, Sassón y Chediak), se pronunció en este mismo sentido, sosteniendo -con cita de Bolaffio, Rocco y Vivante- que *"la exigibilidad del crédito que resulta de la quiebra no produce el efecto del vencimiento ordinario y por esto no autoriza la compensación del dicho crédito, con la deuda frente al fallido"*. Adicionalmente, una vez declarada la quiebra, el objeto del crédito contra el fallido pasa de ser la prestación convenida a un derecho al dividendo. De ello se extraen dos consecuencias: a) El dividendo se encuentra necesariamente indeterminado en su cuantía, por lo que no se cumple con el requisito de la **liquidez** de la deuda que requiere el art. 977 num. 2° para que opere la compensación legal; b) Una vez determinado el dividendo, la compensación sí operará, pero no de acuerdo al crédito originario, sino hasta el monto de la determinación. El TAC 2°, en la sentencia mencionada, también coincide con este postulado, afirmando que el crédito del acreedor *"se convierte en un simple derecho al dividendo y es solamente el dividendo la deuda de la masa compensable con el crédito de la misma"*.

<sup>7</sup> Curso de Derecho Comercial, tomo V "Quiebras", 4ª edición actualizada y ampliada por Siegbert Rippe, FCU, Montevideo, 1997, págs. 11-12.

pretende tutelar a la colectividad de acreedores de maniobras reprochables, realizadas por deudores del fallido sin la colaboración de éste <sup>8</sup>. Así, se puede decir con el profesor argentino Edgardo Alberti que la prohibición establecida es la consecuencia lógica, sobre negociación entre terceros, de la prevención respecto de las convenciones para compensar que pudiera celebrar el insolvente durante el período de sospecha <sup>9</sup>.

Esta tutela se traduce en última instancia, en asegurar la vigencia del principio de trato igualitario de todos los acreedores (*"par conditio creditorum"*), principio cardinal de los procesos concursales (arts. 1750, 1745 inc. 3° del C. Co. y 2372 del C.C.) cuya operatividad resulta amenazada por los actos que las normas de referencia pretenden evitar; lo cual ha sido destacado por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno (Elena Martínez -red.-, Felipe Hounie, Sara Bossio -disc.- y Victoria Couto) y 4° Turno (Jorge Larrieux -red.-, Juan P. Tobía, Eduardo Turell y Cristina López Ubeda) en sus respectivas Sentencias N° 217 de 15 de setiembre de 2004 (Considerando I) y N° 177, de fecha 27 de julio de 2005 (Considerando VI).

Dicho lo anterior, expliquemos con un ejemplo cuál es el procedimiento compensatorio vedado por el legislador, a partir de lo cual se podrán ver claramente cuáles son las razones por las cuales se establece tal prohibición:

Ubiquémonos en la situación de una empresa en dificultades, que cesó en el pago de sus obligaciones y que luego de un proceso de creciente deterioro económico ve decretada su quiebra. En ese escenario -antes y después de la declaración de quiebra-, los créditos contra esa empresa, por tornarse presumiblemente incobrables, disminuyen enormemente su valor pudiendo llegar incluso a un valor nulo. Pues bien, un deudor de este fallido, supongamos por la suma de \$ 100.000, aprovechando esta coyuntura, contacta a un acreedor del comerciante en dificultades y le compra por un precio insignificante un crédito cuyo valor nominal también es \$ 100.000, alegando luego que, al reunirse en su persona las calidades de deudor y acreedor del comerciante en dificultades por iguales cantidades, se habría operado la extinción recíproca de los créditos por compensación. Es evidente que en este supuesto el deudor por \$ 100.000 del comerciante no compró el crédito contra éste (por un valor nominal igual a la suma por él debida) con la genuina e inocente finalidad de pretender cobrarlo, sino que lo adquirió a los solos efectos de provocar la extinción de su obligación a un costo irrisorio representado por el precio de la cesión. Como se podrá apreciar, el único perjudicado por esta maniobra es el colectivo de acreedores del comerciante quebrado, que verá excluido de la masa de activos -contra la cual cobrará su dividendo - un crédito importante; mientras que el beneficiado por la maniobra es el deudor del fallido que extinguió su deuda de \$ 100.000 pagando una suma insignificante.

Pues bien, esta maniobra dañosa es precisamente la que está prohibida por el inciso 2° del art. 1612 del C. Co. A nuestro criterio, se trata de una solución enteramente justa pues protege, entre los intereses en pugna en la situación involucrada, al más digno de tutela, quitándole amparo a aquéllos que, persiguiendo egoístamente un provecho personal desmedido, pretenden compensar sus deudas a un costo insignificante comprometiendo de esta forma las posibilidades de cobro de la masa de acreedores del fallido y perjudicando en la misma medida a la economía en general.

## B) Opinión de la doctrina nacional

A excepción de los comentarios respecto de la norma que incidentalmente efectuó el Prof. Gerardo Caffera en su reciente disertación en el evento ya mencionado, y de algunas otras apostillas sobre la misma realizadas por el Prof. Carlos de Cores en el último ADCU, no existen trabajos doctrinarios nacionales que analicen la literalidad ni el espíritu del inciso 2° del art. 1612, por lo que esta cuestión no ha recibido tratamiento profundo en el Uruguay.

En línea con lo aquí sostenido, Caffera opina que el art. 1612 inc. 2° *"reprocha la especulación a la baja de los valores [...] se trata de un reproche de la masa de acreedores al sujeto que especula"*, planteando incluso que por la misma norma *"se tutelan no sólo a los acreedores sino al sistema de créditos (la especulación a la baja) y por tanto también es un límite remedio"*<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Estos mecanismos represivos de actos fraudulentos o abusivos no sólo protegen el interés de la masa de acreedores del quebrado sino que, en una visión más general, persiguen la protección de la economía colectiva, por cuanto la quiebra tiene una dimensión económica que trasciende al caso puntual de la empresa mercantil en problemas para involucrar a la organización social dentro de la cual la empresa actúa (Cfm. Rodolfo Mezzera Álvarez, ob. cit. págs. 11-13; Camilo Martínez Blanco, "Manual teórico práctico de derecho concursal", UM, Montevideo, 2003, pág. 64).

<sup>9</sup> Edgardo Marcelo Alberti, "Apuntes sobre la compensación en el concurso", en RDCO, 1980, pág. 333.

<sup>10</sup> La opinión del Prof. Gerardo Caffera -además de ser escuchada por el suscrito en las Jornadas sobre Compensación del BCU- se extrae del resumen de dichas jornadas realizado por el Dr. Diego Puceiro que recoge la Revista Tribuna del Abogado (del Colegio de Abogados del Uruguay) en su Nro. 143, junio/julio de 2005, pág. 13.

Por su parte, De Cores entiende que *“la ratio legis para excluir la compensación a favor de titulares de papeles endosables es que el endoso no tiene normalmente fecha cierta, lo que enfoca la posibilidad de que el reclamante haya adquirido el crédito en la etapa inmediatamente anterior o luego de la quiebra a un precio vil”*, lo cual no ocurriría *“si por cualquier medio, la adquisición del créditos resulta de fecha anterior a la quiebra, y ello resulta comprobado por un documento con fecha cierta o comprobada”*<sup>11</sup>.

### C) Opinión de la doctrina argentina

La doctrina argentina más antigua que estudia textos idénticos al oriental (art. 86 de la ley N° 4.156 -ex artículo 1464 del C. Co. argentino- y art. 121 de la ley N° 11.719<sup>12</sup>) así como la más moderna, entiende -al igual que lo aquí sostenido-, que la finalidad de la norma es evitar el perjuicio a la masa derivado de extinciones de créditos a favor del fallido por la premeditada provocación de la compensación a través de la adquisición de créditos contra aquél.

Recojamos algunas de estas opiniones:

Carlos Malagarriga ha sostenido que la excepción del segundo inciso *“se basa en la presunción juris et de jure de que se trata de una colusión dolosa a efecto de eludir los efectos normales de la quiebra”*<sup>13</sup>.

En similar sentido, García Martínez explica la prohibición de marras en la *“presunción juris et de jure de inteligencia fraudulenta entre las partes que intervienen, en provisión de la quiebra, y para eludir los efectos normales de ésta”*<sup>14</sup>.

Ésta también es la opinión de F. Martín y Herrera, para quien la disposición contenida en la parte final del artículo argentino *“entraña una excepción a las reglas generales de compensación, según las cuales no se requiere que el crédito compensable sea personal, bastando que sea líquido y exigible. Nuestra ley de quiebras, tratando de prevenir una colusión entre las partes intervinientes, prohíbe la compensación y al efecto establece una presunción que no admite prueba en contrario: una u otra de las partes, o las dos, han realizado la operación al solo objeto de eludir los efectos normales de la quiebra”*<sup>15</sup>.

Por su parte, Ricardo Williams entiende que con la disposición del art. 121 de la ley 11.719 *“se pretende evitar los arreglos que favorezcan a unos acreedores en perjuicio de otros”*<sup>16</sup>.

Edgardo Alberti expresa que *“el sentido de la disposición era impedir la provocación de compensación transmitiendo esos papeles a deudores del fallido, quienes pagarían para adquirirlos sumas mayores que el dividendo esperable por el portador, de verificarlos en la quiebra”*<sup>17</sup>.

Más recientemente, Julio César Rivera, analizando el régimen vigente sobre quiebras en su país (Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522 del año 1995), señala que *“como enseña Alberti la compensación ha de haberse producido espontáneamente, por lo que ella no tendrá efecto si quien es deudor del fallido adquiere la calidad de acreedor de éste por vía de una cesión de créditos o mediante el endoso de un título de crédito. Es que de este modo se intenta burlar el efecto general de la quiebra. Por lo que, si bien el negocio de cesión o endoso es en principio legítimo, si aparece hecho en fraude a la ley sus efectos deben ser desconocidos”*<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> Carlos De Cores, “Primicias sobre compensación”, ADCU, tomo XXXV, pág. 660. La opinión de De Cores será analizada particularizadamente más adelante.

<sup>12</sup> Ambas normas tenían el mismo texto: *“Sin embargo no podrán alegar compensaciones los cesionarios o endosatarios de títulos o papeles de crédito contra el fallido”*. Con posterioridad a estas normas se sancionaron en Argentina otras leyes sobre quiebra que no reprodujeron esta disposición, estableciendo simplemente que *“La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de quiebra”* (art. 134 de la ley 19.551 y art. 130 de la actual ley 24.522).

<sup>13</sup> Derecho Comercial Argentino. Código de Comercio comentado según la doctrina y jurisprudencia, tomo IX, artículos 1379 a 1548, De las Quiebras -Ley n° 4.156, de diciembre 30 de 1902, J. Lajouane & Cía. Editores, Buenos Aires, 1922, págs. 291 y 351.

<sup>14</sup> García Martínez, “El concordato y la quiebra”, tomo II, núm. 613, citado por Ricardo Williams, “La compensación en la quiebra”, en Rev. La Ley, tomo 61, pág. 875.

<sup>15</sup> F. Martín y Herrera, citado por Eduardo Jiménez de Aréchaga, “La compensación en las moratorias, en el concordato y en la quiebra” en Revista de derecho público y privado, año I - número 1, 1938, pág. 332.

<sup>16</sup> Ricardo Williams, “La compensación en la quiebra” cit., pág. 875

<sup>17</sup> Edgardo Alberti, ob. cit., pág. 333.

<sup>18</sup> Julio César Rivera, “Instituciones de Derecho Concursal”, segunda edición actualizada, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2003, pág. 168. Es bueno reiterar que esta ley 24.522 (art. 130: *“Compensación. La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra”*) no contiene una prohibición expresa en este sentido, pues, como vimos, en la misma no se reproduce el texto de las anteriores leyes sobre quiebra 4.156 (art. 86) y 11.719 (art. 121) que sí la establecían (con texto idéntico al inc. 2° de nuestro 1612), lo cual demuestra que Rivera deduce tal prohibición de los principios generales del sistema -en el caso, como el mismo dice, el de evitar el fraude a la ley en perjuicio de la masa- y aclara sobre la evidencia de esta consecuencia jurídica. Esta no inclusión expresa de la prohibición bajo análisis ya se arrastraba desde la inmediata ley anterior sobre quiebras; nos referimos a la ley 19.551 cuyo art. 134 tenía una redacción idéntica al actual art. 130 de la ley 24.522. La regulación de la ley 19.551 tampoco fue óbice para que el profesor Edgardo Alberti entendiera vigente la interdicción que nos ocupa, sosteniendo que *“La suficiencia de los principios sistemáticos de la materia explica la brevedad del actual texto* (ob. cit. págs. 333, 338 y 339).

## D) Opinión de la Jurisprudencia nacional

Es del caso mencionar, que el TAC 4º en su Sentencia N° 177 ya mencionada se pronunció en el mismo sentido que este trabajo, convocando para ello las opiniones de Malagarriga y Alberti precedentemente recogidas. Igual posición adoptó el TAC 2º en Sentencia N° 190 de 3 de agosto de 2005 (Tabaré Sosa Aguirre -red.-, Mariela Sassón y Jorge Chediak).

De igual modo, nuestra Suprema Corte de Justicia (Daniel Gutiérrez, Roberto J. Parga, Leslie Van Rompaey -red.-, Hipólito Rodríguez Caorsi y Pablo Troise) resolviendo el recurso de casación con que fue impugnada la Sentencia del TAC 6º referida en el presente, entendió que *“asiste razón a la demandada y al Tribunal cuando señalan que la ‘ratio legis’ del art. 1612 C. Comercio radica en impedir que en forma oblicua o indirecta, adquiriendo a un bajo precio créditos contra el fallido, sus deudores puedan extinguir por el valor nominal, una deuda contraída en el pasado por un monto mucho mayor, rompiendo de tal forma la igualdad entre acreedores”*. (Sentencia N° 150, de fecha 20 de julio de 2005).

## IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA

Según la norma estudiada, la compensación prohibida es aquella que puedan alegar *“cesionarios o endosatarios de títulos o papeles de crédito contra el fallido”*.

¿Acaso puede entenderse que estos giros lingüísticos hacen referencia únicamente a las cesiones o endosos de títulos valores y que, en consecuencia, la prohibición sólo rige para estos casos? Entendemos que no, por razones que se elucidarán a través de algunas definiciones terminológicas.

Nos parece que la palabra “títulos” contenida en la norma se emplea para aludir a créditos cualesquiera sean, sólo que se identifica a los mismos a través de lo que es su expresión documental<sup>19</sup>, es decir, se utiliza la palabra “títulos” como sinónimo de “créditos”, tal como acontece en otros artículos del C. Co.: 1680 inc. 1º (incluso en su inc. 3º se habla de *“acreedores por escritura pública”*, lo cual es revelador de lo que viene de referirse); 1755 (esta norma alude a *“títulos garantidos”* para significar claramente créditos garantidos); y 1664 inc. 3º (*“créditos o títulos”*).

En consecuencia, no cabe identificar el vocablo “títulos” con “títulos valores”, máxime cuando a continuación la norma menciona a los “papeles de crédito”, referencia -esta sí- indiscutiblemente asociada a aquéllos en el C. Co. (arts. 7 num. 3º, 956 num. 3º, 1719 y 1729) En este caso, estimamos que la conjunción “o” se usa en su función disyuntiva, es decir, diferenciando sustantivos y no explicando sinónimos.

No obstante, cabe reconocer que existen algunas otras disposiciones del C.Co. en las que se asocian los conceptos de “título comercial” y “título valor”, tal el caso del art. 1735 inc. 2º.

Pero, aun si entendiéramos que en la concepción legal “títulos” y “papeles de crédito” son un único e idéntico concepto, es decir, el de título valor, la conclusión que sostenemos (prohibición de compensaciones originadas en adquisiciones de créditos de cualquier tipo en un contexto falencial) no se vería modificada. Y ello por cuanto, el artículo 1612 inc. 2º es una *norma material*, que prohíbe una determinada conducta atendiendo a los resultados de la misma y no a las formas o caminos que se adopten para efectivizarlos.

Es pertinente en este momento traer a colación las reflexiones del Prof. Blengio sobre normas materiales, a fin de aclarar este razonamiento.

Normas materiales, para Blengio, *“son aquellas que, en lugar de limitarse a vedar o permitir el uso de una determinada forma jurídica, hacen del resultado económico el contenido de la norma. Son disposiciones que están encaminadas a reglar un determinado fin práctico, cualquiera sea la forma de obtenerlo y aunque el texto de ellas prevea alguna en particular (que de regla será la que con más frecuencia lo determine) (...) [P]uede ocurrir que la ley aun contemplando en su texto la prohibición de una determinada especie negocial típicamente idónea para alcanzar determinados intereses, persiga impedir la realización de éstos cualquiera sea el medio que se pretenda emplear. Si, en esta hipótesis, los particulares, utilizando un medio distinto del regulado, consiguieran por otra vía el resultado que la norma veda, estaríamos frente a un negocio ilícito en fraude a la ley”*.

<sup>19</sup> En este sentido, el “Vocabulario Jurídico” de Eduardo J. Couture, (3ª edición, actualizada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira Editor, Montevideo, 2003, págs. 700-701) da una definición del término “título” que coincide con el alcance asignado en el presente: *“Documento o conjunto de documentos que constituyen la justificación de un derecho”*.

Y más adelante expresa el referido profesor, que *“no es razonable pensar que el legislador cuando establece una prohibición para evitar que resulten lesionados ciertos intereses o principios cuya intangibilidad busca preservar, sólo entienda referirse a aquellos actos que la violan directamente. En otras palabras, si estamos en presencia de una norma material, aunque la misma sólo prevea una vía concreta de llegar al resultado que se quiere prohibir, deberán entenderse comprendidos todos los caminos que lo produzcan, pues la oblicuidad de los medios empleados, no puede ser una patente de corso que legitime el obrar de quienes los utilizan”*<sup>20 21</sup>.

En el caso del inc. 2° del art. 1612, el interés evidente del legislador, como ya se ha visto, es impedir el perjuicio a la masa de acreedores por parte de un especulador adquirente de créditos contra el fallido; entendemos que resulta ilógico pensar que dicho legislador haya querido prohibir ese resultado solamente si se realiza a través de la cesión o endoso de un título valor, y no cuando se efectivice a través de otro “camino”, esto es, con la cesión de cualquier otro crédito. Esta interpretación resulta incompatible con la finalidad de la norma, su historia y su ubicación en el cuerpo normativo, elementos todos de los cuales se desprende que la intención legislativa fue prohibir el resultado<sup>22</sup>.

El TAC de 6° Turno en su sentencia ya citada, coincide con la interpretación formulada en el presente, afirmando que *“la intelección de tal norma [art. 1612 inc. 2°] permite sostener que comprende tantos los créditos trasmisibles mediante endoso como los que requieren de una cesión de créditos y que su sentido o ‘ratio legis’ es abarcar las transferencias de créditos en general”*.

## V. ¿LA PROHIBICIÓN SÓLO RIGE PARA DESPUÉS DE LA QUIEBRA O TAMBIÉN PARA ANTES?

### A) Planteo

Un tema particular que está siendo objeto de debate hoy ante los estrados judiciales es, si esta prohibición de la norma bajo análisis rige únicamente para las compensaciones originadas en cesiones de créditos o endosos de papeles realizados después de declarada la quiebra del comerciante, o si comprende también aquella situación en la que el crédito para compensar se adquiere antes de tal declaración.

Adelantamos nuestra opinión en el sentido de que una correcta interpretación de la disposición que conjugue armónicamente su tenor literal y su espíritu lleva a concluir que la prohibición rige para ambas situaciones, siempre que se presente en éstas el fundamento de la interdicción y con los límites que se expondrán en el siguiente apartado.

En este sentido, el TAC 6° ha sostenido con agudeza en su Sentencia que *“la intelección [del inc. 2° del art. 1612 C. Co.] permite sostener que comprende tanto los créditos trasmisibles mediante endoso como los que requieren de una cesión de crédito y que su sentido o ‘ratio legis’ es abarcar las transferencias de créditos en general, restringiendo las obligaciones compensables en la quiebra a las que desde su origen fueran personales entre el fallido y el titular actual del crédito contra éste”*.

Sin embargo, en una reciente Sentencia del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1er. Turno (a cargo de la Dra. Teresita Rodríguez Mascardi) se ha realizado una interpretación contraria, con fundamento en que la norma referida tiene por *“objeto evitar que se especule con la compra de dichos títulos luego de*

<sup>20</sup> Juan Blengio, “El negocio en fraude a la ley”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XV, págs. 47 y 50.

<sup>21</sup> En similar sentido expresa el maestro Jorge Gamarra, que las “normas materiales” son aquellas *“disposiciones que están destinadas a disciplinar un determinado fin práctico, sin tomar en cuenta [...] la vía elegida por la partes para su obtención”*. *“Las normas materiales se aplican en consideración a la importancia particular del interés tutelado, normalmente por razones de orden público, incluso cuando se trata de un simple motivo, porque tienden a contemplar un determinado efecto económico en sí mismo, prescindiendo del procedimiento jurídico elegido para obtenerlo”*. Y refiriéndose a un caso puntual de normas materiales (referidas a la donación) pero en razonamientos de alcance general, entiende Gamarra que *“las mismas razones que imponen la prohibición en un caso, rigen para el otro. No se trata aquí de que la ley establezca una prohibición atendiendo a una forma determinada (el contrato de donación) siendo indiferente a todos los demás casos en que el efecto se produzca con prescindencia de dicha forma”* (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo XIII, 3ª edición, FCU, Montevideo, 1992, pág. 202 y tomo VI, 3ª edición actualizada, FCU, Montevideo, 2004, pág. 222)

<sup>22</sup> El prestigioso profesor argentino Raymundo Fernández, ante una disposición idéntica a la de nuestro art. 1612 inc. 2° (art. 121 inc. 2° de la ley 11.719 con igual texto que el art. 86 de la anterior ley 4.156, ambas normas hoy sustituidas), ni siquiera se plantea la cuestión y en sentido coincidente con lo aquí expuesto, afirma genéricamente que la prohibición alcanza a cualquier *“compra [de] un crédito”* contra el fallido (*“Fundamentos de la Quiebra”*, Buenos Aires, 1936, pág. 1050). Por su parte, el también profesor argentino Julio César Rivera, comentando la actual ley de quiebras de su país N° 24.522 (que no reitera la disposición referida de las anteriores leyes argentinas citadas), no duda en afirmar que la prohibición se extiende a cualquier adquisición de créditos contra el fallido, *“por vía de una cesión de créditos o mediante el endoso de un título de crédito”* (ob. cit., pág. 168).

*declarada la quiebra pero ello no significa por el contrario que si el título fue adquirido con anterioridad a la quiebra o liquidación de la entidad financiera, dicho tenedor no puede (sic) invocar la compensación durante el proceso falimentario, que no es el caso de autos en que el actor adquirió dichos Eurobonos antes de la liquidación del Banco demandado*" (Sentencia Nro. 52, de 8 de noviembre de 2004). El referido Juzgado ha reiterado esta solución en otras tantas sentencias, lo cual ha sido compartido en líneas generales por el similar de Concursos de 2º Turno, a cargo de la Dra. Cristina Crespo (ver, entre otras, Sentencia s/n de fecha 9 de agosto de 2005).

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia, en Sentencia ya referida en el presente, resolvió definitivamente la cuestión, haciendo aplicable la norma en comentario a situaciones verificadas con anterioridad a la quiebra, aunque no directamente, sino recurriendo a la analogía. Sostuvo la Corporación que si bien *"el art. 1.612 C. Comercio no resulta directamente aplicable al subexámine (en la medida que en el momento que adquirió los eurobonos el Banco Montevideo no estaba en moratoria ni en liquidación y por ende no podía ser considerado como 'fallido'), de todas formas, la situación de autos resulta semejante a la contemplada por el supuesto de hecho previsto por el art. 1.612 del C. Comercio, pues en ambos casos el deudor se ve impedido de pagar, y consecuentemente los acreedores ser ven impedidos de cobrar; por ende la misma razón que determina la solución impuesta por el art. 1.612 C. Comercio, consiste en impedir la compensación mientras dure la imposibilidad (moratoria, quiebra) también rige en autos (suspensión de actividades), justificando de tal forma la aplicación al subexámine de la misma consecuencia normativa atribuida al caso previsto por el art. 1.612 C. Com."*

## **B) Nuestra opinión: La prohibición rige para antes y después de la declaración de quiebra. Crítica a la sentencia del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1er Turno.**

Pese a que no se explicita claramente, entendemos que el principal argumento de esta Sentencia parte de suponer que, como la norma en análisis alude a los casos de cesiones o endosos *"contra el fallido"*, la prohibición sólo alcanzaría a aquellas compensaciones que tuvieran su origen en transmisiones de créditos realizadas luego de la declaración de quiebra.

Para demostrar que este razonamiento es equivocado comenzaremos por descomponerlo en las premisas en que entendemos se asienta:

a) El objeto de la prohibición legal lo constituye una situación en la que existe una cesión de crédito o endoso contra un sujeto al que se denomina "fallido";

b) La ley sólo denomina fallido a quien se encuentra en estado de falencia;

c) Sólo se está en estado de falencia cuando media una declaración de quiebra;

De lo cual se inferiría que:

d) El objeto de la prohibición de la norma, al hablar de "fallido", sólo puede estar referido a una situación de cesión de crédito o endoso realizada luego de la declaración de quiebra.

Entendemos que la conclusión de este razonamiento (letra d) es equivocada, por no ser verdadera la premisa que identificamos con la letra b. No es cierto que la ley sólo y únicamente denomine fallido a quien se encuentra en estado de quiebra, pues existen supuestos normativos que regulan situaciones en las que el comerciante todavía no fue declarado en quiebra y sin embargo la ley igualmente llama a éste "quebrado" o "fallido".

Un ejemplo de éstos lo encontramos en el inciso 1º del art. 1604 del C. Co., que hace susceptibles de ser alcanzados por la acción revocatoria concursal a *"todos los contratos, obligaciones y operaciones mercantiles del quebrado que hayan sido celebrados dentro de los diez días precedentes a la declaración de quiebra"*. En efecto, nótese cómo este artículo está regulando una situación que comprende a un comerciante que aún no fue declarado en quiebra (*"diez días precedentes a la declaración de quiebra"*) y, sin embargo, lo denomina "quebrado".

Similar situación encontramos en el art. 1605, también en sede de acción revocatoria concursal, en donde se establece que *"las cantidades que el quebrado haya pagado en dinero (...), en los quince días precedentes a la declaración de quiebra por obligaciones directas cuyo vencimiento fuese posterior a la fecha de esa declaración será devueltas a la masa por los que las percibieron"*. Otra vez la ley reputa quebrado a un comerciante que, al momento de la situación contemplada por el artículo, no tenía tal calidad por no estar la quiebra declarada aún.

También en el art. 1650 del C. Co. acontece una situación análoga, pero esta vez la ley utiliza el término “fallido”<sup>23</sup>.

Lo anterior, como ya adelantamos, torna inválida la premisa b) del razonamiento precedente, pues la ley, reglamentando determinadas realidades que se ubican temporalmente antes de la declaración de quiebra, identifica al sujeto implicado en las mismas (el comerciante) como quebrado, cuando al momento de la situación regulada ese sujeto no poseía tal calidad por no existir sentencia declarativa.

Para que la premisa analizada mantuviera validez, la ley en todos estos casos, debería haber hablado de “comerciante” y no de “quebrado” o “fallido”, lo cual, como vimos, no sucede.

Estimamos que la utilización por la ley de los términos “quebrado” o “fallido” para regular indiferenciadamente distintas situaciones (unas en las que el comerciante reviste efectivamente tal calidad por haber sido declarada la quiebra, y otras en las que no, por no existir aún tal declaración) responde a la obvia circunstancia de que la ley siempre se coloca temporalmente en un contexto de quiebra declarada. En otras palabras, la ley no utiliza una terminología diferente para referirse al fallido cuando éste aún no lo era, sino que, colocándose en el estado actual de falencia declarada, se refiere a situaciones anteriores a la misma sin modificar la designación del comerciante que en tales situaciones aún no era fallido.

Por ello, entendemos que no cabe extraer de este temperamento legal ningún argumento definitorio para sostener que la prohibición de compensación del inc. 2º del 1612, que habla de “fallido”, sólo rige para los casos de cesiones de créditos o endosos ocurridos luego de la quiebra. Y, en tanto la interpretación textual no arroja claridad respecto al alcance de la norma, se debe ocurrir a la consulta de su espíritu (art. 17 del Código Civil) para desentrañarlo.

Sí, como ya vimos (*supra* 3), la finalidad de la disposición legal es evitar el dolo representado por la adquisición de un crédito contra el fallido a un precio vil para compensar una deuda propia mucho mayor, todo ello en detrimento del conjunto de acreedores, esta situación se verifica tanto cuando existe una quiebra declarada como cuando, todavía sin existir quiebra, la publicidad de la insolvencia de un comerciante ambienta la posibilidad de adquirir créditos contra el mismo a precios exigüos.

Es decir, la *ratio legis* de la norma comprende a ambas situaciones, lo cual nos conduce a entender que la previsión se aplica a un espectro temporal extendido antes y después de la declaración de quiebra. Esta interpretación, que sí es definitoria, debe en esta instancia, complementarse con anteriores conclusiones en el sentido de que el uso del término “fallido” no puede considerarse relevante a los efectos de delimitar el período temporal de aplicación de la norma<sup>24</sup>.

En definitiva, una interpretación sistemática y teleológica de la disposición comentada, lleva a sostener la tesis opuesta a la manejada por la sentencia del Juzgado de Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1er. Turno y, por el contrario, a coincidir en este aspecto, con la sentencia mencionada del TAC de 6º Turno.

Otra derivación trascendente del tema que corresponde analizar en esta oportunidad y que complementa la línea argumental que hemos seguido, es que según el artículo 1595 del C. Co. la quiebra “*se retrotrae a la fecha en que, según el artículo 1643, tuvo lugar la efectiva cesación de pagos, en todos los casos determinados en este Código*”, fecha que puede ubicarse según este último artículo hasta un año antes de la declaración de quiebra. Si entendemos, como creo que corresponde, que la prohibición de la norma es un “caso” regulado por el Código, una compensación originada en la adquisición de un crédito contra el quebrado en un momento posterior a la fecha de cesación de pagos declarada judicialmente, resultaría indubitablemente prohibida, pues en tal momento y por virtud de la retroactividad del estado de quiebra, existiría un “fallido” declarado tal. Es decir, ni siquiera llegaría a plantearse la cuestión referida en el presente acerca del alcance de la disposición, porque aun en la interpretación realizada por el Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1er. Turno, estaríamos ante una cesión o endoso realizados contra un comerciante ya declarado en estado de quiebra.

<sup>23</sup> Véase adicionalmente, que este empleo lato de los términos referidos no puede atribuirse tampoco a la retroactividad de la quiebra, por cuanto los períodos de diez y quince días a que refieren los artículos 1604 y 1605 citados -que se cuentan desde la quiebra hacia atrás- no necesariamente coincidirán con el estado de cesación de pagos a cuyo comienzo se retrotrae la falencia (1595 del C. Co.). Sin embargo, como veremos seguidamente, tal retroactividad del estado de quiebra constituye un argumento adicional para sostener que la prohibición de compensación rige también para el caso de cesiones ocurridas antes de la sentencia declarativa.

<sup>24</sup> Con mucha más razón debe sostenerse esta tesis en lo que hace al caso de las compensaciones con Eurobonos del Banco de Montevideo antes referido, ya que la Ley No. 17.613, que regula la liquidación de bancos, eleva a los derechos de los depositantes de las entidades liquidadas al rango de bien jurídico expresamente protegido, expresando incluso que tal tutela se fundamenta en razones de interés general (ver entre otros los arts. 22 y 27). En tanto la compensación que prohíbe el inc. 2º del art. 1612 perjudica a dichos depositantes en su calidad de acreedores de la quiebra, los mismos que la ley 17.613 se encarga de anunciar que desea proteger, va de suyo que dicha compensación no puede nunca prosperar a su respecto.

Como se aprecia, en la interpretación que hemos realizado, ya no es menester recurrir a la analogía para aplicar por esa vía indirecta la prohibición del 1612 a situaciones verificadas antes de la quiebra (posición de nuestra Suprema Corte de Justicia), sino que, de acuerdo a lo expuesto, tales situaciones quedarían comprendidas directamente en el supuesto prohibitivo de la norma.

Por lo demás, la aplicación por analogía de la norma en estudio podría merecer algún reparo técnico si se considera que *“la analogía no es aplicable a las normas restrictivas de derechos, prohibitivas o sancionadoras, ni a las que establecen incompatibilidades y penas administrativas”*<sup>25</sup>.

### C) Análisis de opiniones doctrinarias sobre la cuestión

Precedentemente (*supra* 3), analizamos la opinión de algunos doctrinarios respecto a lo que era la finalidad o espíritu de la norma prohibitiva. Sin embargo, no todos los autores citados son claros en cuanto al punto concreto de si la prohibición rige para antes y después de la quiebra o si sólo se aplica en esta última hipótesis.

Es por ello que, consideraremos a continuación, la opinión de quienes sí se pronuncian al respecto, recordando siempre la utilidad adicional representada por la consulta de autores extranjeros que comentan textos positivos idénticos al nacional.

Así, Raymundo Fernández entiende que la compensación no procede cuando *“un deudor del fallido compra, durante el período de sospecha, un crédito contra éste, para provocar la compensación legal”*, citando en su apoyo a Massé<sup>26</sup>, Lyon Caen y Renault, así como a Percerou para quien *“en el caso en que un deudor del fallido adquiere, antes de la sentencia declarativa pero después de la cesación de pagos, un crédito vencido perteneciente a un tercero contra el fallido, no puede útilmente invocarse la compensación”*, pues dicho acto estaría sospechado de fraude o al menos mirado con disfavor<sup>27 28</sup>.

Por su parte, el profesor Edgardo Alberti sostuvo que durante el período de sospecha la única compensación viable es la de *“producción espontánea”*, aclarando a mayor abundamiento que *“(e)s preciso que las circunstancias determinantes de la compensación no sean el resultado de un acto fraudulento de cualquiera de ambos interesados, sino que tal coincidencia ha de provenir espontáneamente del desarrollo negocial, sin alteración de éste para provocar la configuración del medio extintivo”*<sup>29</sup>.

A la luz de estas afirmaciones cabe concluir que para el autor, una compensación provocada por la adquisición de un crédito contra el fallido antes de la declaración de quiebra pero luego del período de sospecha estaría irremediablemente prohibida, pues no se habría producido espontáneamente<sup>30</sup>.

En cuanto a la opinión de Rivera, el autor no formula distinciones en relación al ámbito temporal de la prohibición; pero, si como él mismo dice, la única compensación que procede es la que se produce *“espontáneamente”*, prohibiéndose aquella originada en cesiones o endosos, dicho supuesto prohibitivo se verifica

<sup>25</sup> Cfm. José Sánchez Fontáns, “Interpretación extensiva y analogía”, en Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, tomo 60, setiembre/1963, pág. 213.

<sup>26</sup> La referencia a Massé es trascendente pues su opinión es fuente de nuestro artículo 1612, lo cual aclara el alcance de la norma. Ver al respecto Amancio Alcorta, “Fuentes y concordancias del Código de Comercio”, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1887, pág. 498.

<sup>27</sup> Raymundo Fernández, “Fundamentos de la Quiebra”, Buenos Aires, 1936, pág. 1050 y su nota 296. Recordemos que esta opinión se emite bajo la vigencia del artículo 121 de la ley 11.719 cuyo texto coincide con nuestro art. 1612 inciso 2º.

<sup>28</sup> En la jornada científica sobre la compensación que diera mérito al presente, el Prof. Eugenio Xavier de Mello afirmó que la opinión de los autores franceses se fundamenta en que éstos aceptan el concepto de “quiebra virtual” (esto es, que el simple estado de hecho de la cesación de pagos produce, aun antes de la declaración de quiebra por el juez, los efectos de tal declaración). La afirmación del referido profesor no resulta acertada, pues la doctrina francesa rechaza casi unánimemente el concepto de quiebra virtual, que es de creación pretoriana. Y, particularmente, tal opinión es equivocada respecto a los autores citados en el evento (Massé, Lyon-Caen y Renault y Percerou), pues todos ellos critican duramente la teoría de la quiebra virtual. Así, Massé sostiene que *“no hay quiebra sin sentencia declarativa”*; por su parte Lyon-Caen y Renault afirma que *“este sistema (de la quiebra virtual) es inadmisibile; está en desacuerdo con el espíritu de la ley en materia de quiebras y con los textos. Todos los efectos de la quiebra suponen una sentencia declarativa dictada por un tribunal de comercio declarando la cesación de pagos”*; finalmente, sostiene Percerou que *“en resumen, esa teoría se nos aparece como contraria a los textos sanamente interpretados, incierta e ilógica en su criterio de aplicación, chocante por las contradicciones de sentencias a que conduce, peligrosa en fin en sus consecuencias prácticas, porque substituyendo la liquidación colectiva que deriva de la sentencia declarativa por un sistema de liquidación individual, hace correr los más graves riesgos a los acreedores lejanos y puede así comprometer la seguridad de las relaciones comerciales. Son éstas bastantes razones para descartar la tesis jurisprudencial de las quiebras de hecho”*. La posición de la doctrina francesa en general y las opiniones particulares recogidas se pueden consultar en Raymundo Fernández, ob. cit págs. 833 y 840-841 y sus respectivas notas 32 y 33.

<sup>29</sup> Edgardo Alberti, ob. cit., págs. 338-339.

<sup>30</sup> Es de hacer notar que al momento que escribió Alberti estaba vigente en Argentina la ley 19.551, que como vimos, no contenía una previsión expresa al respecto (ver notas 12 y 18), lo cual explica que el autor no se refiera puntualmente al caso de las cesiones o endosos contra el insolvente; no obstante, es muy claro que estos casos quedan comprendidos en el supuesto prohibitivo enunciado por el autor: *“compensación no producida espontáneamente durante el período de sospecha”*.

tanto antes como después de la quiebra y por el sólo hecho de que el crédito no sea originario. Cabe aclarar sin embargo, que Rivera recoge en esta instancia la posición de Alberti, de lo cual debe inferirse que el primero comparte la opinión del segundo en torno a que la prohibición recién comenzaría a partir del período de sospecha<sup>31</sup>.

En suma: los autores argentinos y franceses que se pronuncian expresa o implícitamente sobre la cuestión llegan a la conclusión de que la prohibición de compensación se extiende a supuestos de adquisiciones de créditos tanto posteriores como anteriores a la declaración de quiebra, pero en este último caso sólo a las adquisiciones verificadas a partir del período sospechoso. Es decir, la doctrina analizada coincide con lo aquí expuesto en cuanto a que la prohibición irradia hacia un período anterior a la declaración de quiebra, pero realiza una importante puntualización: la interdicción rige desde el comienzo del período de sospecha, con lo cual concordamos plenamente, tal como explicaremos más adelante.

## D) Análisis particular de la tesis del Prof. De Cores respecto a la compensación con Eurobonos

En reciente publicación, el Prof. Carlos de Cores<sup>32</sup> comentando la Sentencia N° 217 del TAC 6° Turno ya referida, sostiene que comparte totalmente la argumentación del Tribunal de Segunda Instancia *“con una precisión”*, afirmando que la *“ratio legis para excluir la compensación a favor de titulares de papeles endosables es que el endoso no tiene normalmente fecha cierta, lo que enfoca la posibilidad de que el reclamante haya adquirido el crédito en la etapa inmediatamente anterior o luego de la quiebra a un precio vil”*.

De lo afirmado por el citado Profesor, se desprende que éste comparte al menos que la intención de la norma es abarcar adquisiciones de créditos realizadas en *“la etapa inmediatamente anterior [a la quiebra]”*.

Posteriormente afirma De Cores, en lo que constituiría su *“precisión”*, que lo precedente no ocurre *“si por cualquier medio, la adquisición del crédito resulta de fecha anterior a la quiebra y ello resulta comprobado por un documento con fecha cierta o comprobada”*.

Si se comparan los dos postulados anteriores del Prof. De Cores, esto es, la intención que le asigna a la norma con la *“precisión”* que él mismo realiza luego, lógicamente debe entenderse que De Cores distingue los conceptos de *“inmediatamente anterior”* y *“anterior”*, resultando que estaría prohibida la compensación cuando la adquisición del crédito se verifica en la etapa *“inmediatamente anterior”* a la quiebra y no cuando se realiza en la etapa *“anterior”* a la misma.

Sostener lo contrario supondría una contradicción en el razonamiento del autor, pues por un lado compartiría que la *ratio legis* de la norma es prohibir la compensación con créditos adquiridos en la etapa *“inmediatamente anterior”* a la quiebra a un precio vil y, por otro lado, admitiría la compensación ante ese mismo supuesto, pues el concepto de *“anterior”* considerado sin la puntualización anterior, comprendería al concepto de *“inmediatamente anterior”*.

Pero aun en la interpretación que asignamos a la tesis de De Cores, la misma no está exenta de críticas, pues el concepto de *“inmediatamente anterior”* es por definición indeterminado, por lo que no se logra precisar en definitiva el período concreto en el que regiría la prohibición de compensar.

A nuestro criterio, en el caso planteado por los Eurobonos de Banco Montevideo, el período de la prohibición debería entenderse comenzado en el mismo instante en que se empezó a verificar la *ratio legis* de la norma, esto es, al momento en que los Eurobonos para compensar se empezaron a adquirir a precio vil. Es sabido que ello se produjo a partir de la suspensión de actividades del Banco Montevideo decretada por el Banco Central del Uruguay (Resolución N° D/454/2002, de fecha 30.07.2002), lo cual resulta lógico pues fue desde ese momento que se hizo pública la imposibilidad del Banco de afrontar su pasivo. Entendemos, en consecuencia, que las acciones judiciales tendientes a declarar verificadas compensaciones deberán desestimarse en los casos en que los actores hayan adquirido los Eurobonos para compensar luego de la suspensión de actividades del Banco.

De Cores continúa diciendo que *“la cuestión no es si se trata de transmisión de créditos por vía de endoso o por vía de cesión de créditos, sino si la transmisión tiene fecha oponible anterior a la quiebra, debiéndose admitir la compensación en caso de que sí la tenga”*.

Al respecto cabe comentar que, si lo anterior constituye una crítica a la sentencia, la misma es equivocada, pues el Tribunal no enfoca como *quid* del asunto la cuestión de si la prohibición abarca la transmisión de créditos

<sup>31</sup> Ver notas 12 y 18.

<sup>32</sup> Ob. cit., pág. 660.

por vía de endoso o cesión, sino que, en realidad, el Tribunal orienta la *questio juris* a la *ratio legis* de la norma (compartida por el propio Profesor), que es restringir “*las obligaciones compensables en la quiebra a las que desde su origen fueron personales entre el fallido y el titular actual del crédito contra éste, impidiendo que, en forma oblicua o indirecta, adquiriendo créditos contra el fallido, sus deudores puedan romper la igualdad contra el resto de los acreedores, desvirtuando de este modo la esencia y el sentido del instituto de la compensación*”.

Por último, termina el autor sosteniendo que “*preferimos esta visión porque castigar indiscriminadamente a todos los tenedores de obligaciones negociables escriturales con la inadmisibilidad de la compensación en la liquidación es incoherente con la tutela legal de la inversión en valores de oferta pública, reconocida en la ley de Mercado de Valores 16.749 y refrendada por la ley de relaciones de consumo 17.250, lo que hace preferible una armonización de los respectivos regímenes*”.

En relación a ello, cabe acotar que la Ley No. 17.613, como vimos, sitúa a los derechos de los depositantes de las entidades liquidadas en la posición de bien jurídico expresamente protegido, expresando incluso que tal tutela se fundamenta en razones de interés general. Y como la compensación con Eurobonos perjudica a los depositantes de dichas entidades en su calidad de acreedores de la quiebra, proteger a los Eurobonistas en desmedro de aquellos no resultaría coherente con la finalidad legal.

## E) Análisis del Derecho comparado

La racionalidad y justicia de la solución interpretativa que se propugna en el presente son tan evidentes, que la misma es adoptada incluso por sistemas jurídicos que -a diferencia del francés del cual el uruguayo es seguidor- habilitan la compensación en la falencia, aun respecto de créditos no exigibles con anterioridad a la misma y vueltos exigibles por ésta.

Así, la **ley italiana de quiebras**, N° 267 de 16 de marzo de 1942, que en su art. 56 inc. 1° establece que “*los acreedores tienen derecho de compensar con sus deudas hacia el fallido los créditos que ellos posean contra él, aun los no vencidos antes de la declaración de quiebra*”; luego, en el 2° inciso del mismo artículo dispone que “*para los créditos no vencidos la compensación, empero, no procede si el acreedor adquirió el crédito por acto entre vivos luego de la declaración de quiebra o en el año anterior*”.

La **ley concursal alemana** (*Konkursordnung*) de 10 de febrero de 1887, establecía similares soluciones a la italiana en torno al tema, pero la prohibición de compensación para adquirentes de créditos sólo regía si éstos tenían conocimiento de la insolvencia o de la promoción de la demanda de quiebra<sup>33</sup>.

Sin embargo, la ley de fecha 5 de octubre de 1994 (*Insolvenzordnung*) introdujo algunos cambios.

En primer lugar, si bien se sigue permitiendo la compensación de créditos con posterioridad a la quiebra, no resulta de aplicación a los créditos compensables la regla del vencimiento anticipado<sup>34</sup>.

En segundo lugar, el art. 96<sup>35</sup>, que regula la prohibición de compensación para adquirentes de créditos contra el fallido, sólo la establece cuando los créditos fueron adquiridos luego de la apertura de los procedimientos de insolvencia, abandonando la solución legislativa anterior que la hacía regir, como vimos, aun antes de la declaración de quiebra.

Por su parte, la **ley paraguaya** de quiebras N° 154/69, en su artículo 96<sup>36</sup> sólo habilita la compensación cuando ésta se verifica antes de declarada la falencia, salvo en los casos de “*obligaciones conexas derivadas de un mismo contrato o de una misma negociación y aunque sean exigibles en diferentes plazos*”.

<sup>33</sup> Esto se recogía en los art. 54 y 55: “La compensación no es excluida en la quiebra por el hecho de que los créditos por compensar, o uno de ellos, dependan de plazo o de condición en el momento de la apertura del concurso [...] o de que el crédito a cargo del fallido no consista en suma de dinero” y “la compensación en el concurso no es admisible:...3) si el deudor del insolvente **antes de la apertura del concurso** adquirió el crédito contra ese deudor común, fuere por contrato con él, fuere por cesión o por consecuencia de pagar a otro acreedor, cuando al momento de la adquisición aquél conocía que el deudor común había cesado sus pagos o que había sido demandada la apertura del concurso”.

<sup>34</sup> “(Sección 94): *Preservación del derecho a compensar: Si por ley o en base a un contrato un acreedor de los procesos de insolvencia tiene el derecho a compensar su crédito a la fecha de apertura de los procesos de insolvencia, dicho derecho no será afectado por dichos procedimientos*”. (Sección 95): *Adquisición del derecho a compensar un crédito durante los procedimientos (1) Si a la fecha de apertura de los procedimientos de insolvencia uno o más créditos a ser compensados entre ellos fueron condicionales, “inmaduros” o no son reclamables por medio de similares procesos de ejecución dicha compensación no será efectiva hasta tanto sus condiciones no sean reunidas. Secciones 41 y 45 no serán aplicables. La compensación debe ser excluida si el crédito respecto del cual va a hacerse efectiva fuera incondicional y maduro antes de que pueda ser compensado (...)*”.

<sup>35</sup> “Sección 96: *Prohibición de compensar (1) La compensación se encuentra prohibida si [...] 2. un acreedor de los procedimientos de insolvencia adquirió su derecho de otro acreedor únicamente luego de la apertura de los procedimientos de insolvencia*”.

<sup>36</sup> “La compensación tiene lugar en el caso de quiebra, conforme a las normas relativas a ese modo de extinción de las obligaciones, salvo las disposiciones especiales contenidas en esta ley. La quiebra impide toda compensación que no se hubiese producido legalmente hasta la fecha de su declaración entre obligaciones recíprocas de fallido y acreedores, salvo que se trate de obligaciones conexas derivadas de un mismo contrato o de una misma negociación y aunque sean exigibles en diferentes plazos”.

En lo que a nuestro tema interesa, la ley prohíbe (art. 97)<sup>37</sup> la compensación a cesionarios de créditos contra el insolvente **antes de declarada la quiebra** cuando *“en la época de la adquisición ya les era conocido el estado de insolvencia del deudor aunque todavía no se hubiera declarado su quiebra”*.

## VI. LA PROHIBICIÓN COMIENZA A REGIR DESDE EL MOMENTO DE LA CESACIÓN DE PAGOS

El anterior análisis nos introduce al último tema que nos interesa tratar en este trabajo, cual es si la prohibición del inc. 2° del art. 1612 alcanza a todos los supuestos en que se pretenda compensación a partir de la adquisición de un crédito contra el fallido, sea cual fuera la fecha del negocio, o si, por el contrario, habría que limitar temporalmente la prohibición en alguna forma.

Si se prescinde de la finalidad legal, y se coincide con el alcance que le hemos asignado en el presente al vocablo “fallido” en el sentido de que éste no remite necesariamente al estado falencial, resultaría que la norma analizada no establecería distinción temporal alguna, por lo que podría sostenerse que prohibiría la compensación en todo el universo de casos, imposibilitando cualquier compensación que pretendieran acreedores no originarios del fallido, aunque los créditos hubieran sido adquiridos fuera del período de sospecha, es decir, en un momento en donde no cabría presunción de fraude alguna.

En la doctrina argentina, la posición de Malagarriga podría ambientar esta solución, pues el autor no realiza deslinde alguno, e incluso cita jurisprudencia de aquel país según la cual *“para que proceda compensación contra el concursado, el crédito en que se funda debe ser originario del ejecutado”*<sup>38</sup>. La sentencia del TAC 6° mencionada en el presente, postularía algo similar al entender que el 1612 inc. 2° restringe *“las obligaciones compensables en la quiebra a las que desde su origen fueran personales entre el fallido y el titular actual del crédito contra éste”*, con lo cual también daría lugar al referido entendimiento. En efecto, de acuerdo a estos pronunciamientos, cualquier compensación pretendida en virtud de un crédito adquirido mediante un negocio entre vivos (cesión o endoso) estaría prohibida, sin importar la fecha de tal adquisición y por el sólo hecho de no ser este crédito originario del pretensor de la compensación.

Nosotros entendemos que una lectura de la norma que sea consecuente con su espíritu imposibilita un resultado interpretativo que conduzca a postular la no formulación de distinciones. Ciertamente, si - como vimos - lo que busca la norma es prevenir la maniobra consistente en la adquisición de un crédito contra el fallido a un precio vil para compensarlo luego con una deuda mayor a favor de aquél y en perjuicio de la masa de acreedores, dicho fundamento no estaría presente antes de la publicidad de la crisis económica del posterior fallido que lo lleva a no cumplir sus compromisos, cuando el crédito que se adquiere es a todas luces cobrable y nada hace presumir que se esté comprando a un precio distorsionado.

Sostener lo contrario, por otra parte, atentaría contra los principios de buena fe y seguridad jurídica, sometiendo al participante en un negocio lícito a una prohibición de compensación que no se justifica por las características de dicho negocio.

Por ende, nuestra propuesta interpretativa es postular la existencia de límites temporales a la prohibición de la norma que la hagan compatible con lo que es su espíritu. En este sentido, entendemos que la prohibición debería regir desde el momento en que el comerciante ha cesado en sus pagos, pues es sólo a partir de allí que puede plantearse verosímelmente la existencia de una especulación prohibida mediante la adquisición de créditos contra el comerciante insolvente a un precio vil. Esa determinación en los hechos es asaz dificultosa, por lo que el legislador resolvió la cuestión estableciendo en el art. 1650 que la fecha de la cesación de pagos es la de su declaración judicial, zanjando así, con carácter general, una cuestión que en la práctica no es sencillo definir.

En este sentido, consideramos fundamental la apreciación de las circunstancias relevantes por parte del juez de la causa, quien deberá determinar la existencia o no de maniobra ilícita, para lo cual, a su vez, deberá

<sup>37</sup> Art. 97°. *“No podrán alegar compensación en la quiebra: a) Los cesionarios o endosatarios de títulos o papeles de comercio a cargo del fallido. b) Los deudores del fallido de obligaciones vencidas antes de la declaratoria de quiebra que hubiesen adquirido créditos contra el fallido también exigibles antes de dicha declaratoria, ya sea por contrato celebrado directamente con éste, o por cesión de derechos, o del pago de un acreedor del deudor fallido, si en la época de la adquisición ya les era conocido el estado de insolvencia del deudor aunque todavía no se hubiera declarado su quiebra”*.

<sup>38</sup> Ob. cit., pág. 291. A menos que se interprete el texto como queriendo decir que el requisito de la titularidad no derivada del crédito sólo rige para después de la declaración de quiebra, esto es, que sólo existiría prohibición cuando el crédito a compensar hubiera sido adquirido por derivación y luego de decretada la quiebra; lo cual, justo es decirlo, no se desprende de la afirmación tan absoluta de que el crédito “debe ser originario del ejecutado”.

analizar la inclusión o no de las cesiones o endosos en cuestión luego de la cesación de pagos declarada judicialmente. En otras palabras, si el acto fue realizado luego de la misma, existirá una presunción *juris et de jure* de especulación prohibida que debe caer. Como se aprecia, esta posición viene a coincidir con la sostenida por la doctrina analizada *supra* que hacía regir la prohibición desde el comienzo del período sospechoso.

## VII. CONCLUSIONES

a) La finalidad del inc. 2º del art. 1612 del C. Co. es impedir el perjuicio a la colectividad de acreedores, proveniente de extinciones de créditos a favor del fallido por la deliberada provocación de compensaciones por parte de deudores a través de la adquisición de créditos contra aquél a un precio vil.

b) El supuesto prohibitivo abarca cualquier tipo de adquisición de créditos y no sólo el supuesto representado por la cesión o endoso de títulos valores. Tal conclusión deriva de entender que el vocablo “títulos” inserto en el artículo es utilizado como sinónimo de “créditos”, lo cual resulta de: a) una interpretación puntual de la norma en la que se separan los conceptos de “títulos” y “papeles de crédito” a través de la conjunción disyuntiva “o”; b) una interpretación sistemática en donde se tienen en cuenta otros artículos del C. Co., que identifican por un lado los conceptos de “títulos” y “créditos” (1680 inc. 1º, 1755 y 1664 inc. 3º), y por otro los de “títulos valores” y “papeles de crédito” (7 num. 3º, 956 num. 3º, 1719 y 1729); c) la atribución de la condición de norma material al 1612, que supone entender que la misma prohíbe un determinado resultado -el perjuicio a los acreedores a través de compensaciones-, sin importar los “camino” por los que se pretenda alcanzarlo (adquisición de un título valor o de cualquier otro crédito).

c) Una interpretación de la norma que conjugue su tenor literal (en el que la utilización de la palabra “fallido” no es definitiva) con su *ratio legis*, lleva a entender que la prohibición de compensación se aplica a supuestos de adquisiciones de créditos tanto posteriores como anteriores a la declaración de falencia, con la salvedad de que, en este último caso, la proscripción sólo comprenderá a las adquisiciones realizadas a partir del período de sospecha declarado judicialmente, el cual puede extenderse hasta un año hacia atrás de la quiebra (art. 1643 inc. 2º del C. C.o.).

d) A la misma conclusión se llega por aplicación del art. 1595 del C.Co., pues si, según este artículo, la quiebra se retrotrae a la fecha en que “*tuvo lugar la efectiva cesación de pagos, en todos los casos determinados en este Código*”, y uno de estos casos, según estimamos, es la prohibición de compensación del 1612, aun antes de la declaración de quiebra y por la retroacción de ésta, existiría “fallido” desde la fecha de cesación de pagos determinada judicialmente.



---

# CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL FUNDAMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: LA ESCUELA DE LA PAZ

**PABLO SANDONATO DE LEON**

Profesor adscripto de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica del Uruguay.

SUMARIO<sup>1</sup>:

- I. PRESENTACIÓN DEL TEMA. II. NOTA HISTÓRICA INTRODUCTORIA. III. LA ESCUELA ESPAÑOLA DE LA PAZ.  
IV. ELENCO DE LAS PRINCIPALES MATERIAS DE DERECHO DE GENTES ESTUDIADAS  
POR LA ESCUELA ESPAÑOLA DE LA PAZ. V. SÍNTESIS Y PROYECCIÓN.

## I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Un tema central a la hora de entender el Derecho Internacional Público (DIP) es el de su origen, es decir, el de su fundamento. En doctrina este tema ha sido objeto de tratamiento por diversos publicistas y filósofos del derecho. Entre ellos, algunos reconocen este mérito a un conjunto de teólogos juristas españoles del s. XVI aproximadamente, y que se conoce como la *Escuela Española de la Paz* (EEP). Con todo, los manuales de DIP raramente dedican más de un párrafo a esta Escuela, dejando consecuentemente un vacío en la formación académica de los estudiantes.

En este espíritu, en el presente artículo desarrollaremos de manera general los puntos centrales de la EEP, para de este modo dar los elementos de juicio necesarios para una formación *justa*.

Como premisa metodológica cabe aclarar, que un estudio pormenorizado de la EEP requeriría ciertamente una obra específica, por tanto hemos preferido comentar solamente a dos autores: el iniciador de esta Escuela, el dominico Fray Francisco de Vitoria y el último exponente de la misma, el jesuita Francisco Suárez. Realizando así, una especie de glosa de la EEP.

## II. NOTA HISTÓRICA INTRODUCTORIA

Así como no es posible la comprensión cabal de un instituto jurídico sin conocer su evolución, es decir, la historia del mismo, de igual manera no es posible comprender una corriente de pensamiento sin una remisión a sus fuentes. De esta manera, para comprender el carácter innovativo de la EEP hemos creído necesario mencionar las fuentes de la misma.

### A) Primeras manifestaciones

El pensamiento de los Padres de la Iglesia, que se conoce como Patrística, presenta los primeros indicios para el desarrollo ulterior del DIP.

Resulta todavía claro que, justamente por su alto contenido teológico y aún primitivo, no es ciertamente posible atribuir a los Santo Padres el calificativo de internacionalistas, y, cuanto menos aún la "autoría" del DIP.

<sup>1</sup> Se siguen los lineamientos trazados por: URDANOZ o. p. (Teófilo): *Edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica* en: "Obras de Francisco de Vitoria". Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960, para el pensamiento de Fray Francisco de Vitoria; y PEREÑA (L.), ABRIL (V.) et SUNER (P.) *Edición crítica bilingüe* en: "Corpus Hispanorum de Pace: Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore" t. IV (II 13-20). Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1973, para el pensamiento de Fray Francisco Suárez.

Estos indicios se pueden apreciar en los escritos de *San Agustín* (354-430), Obispo de Hipona. En *De Civitate Dei*, (La Ciudad de Dios), San Agustín desarrolla la idea de un derecho común para todos los estados y para todos los hombres, un *ius gentium*. No obstante su fuerte contenido *iusnaturalista* y especialmente teológico, el Obispo realiza preclaros aporte internacionalista. En su Epístola, al § 205 distingue la guerra justa (la que tiene causa justa y fundamento legal) de la guerra injusta y aconseja el cumplimiento de los pactos (*pacta sunt servanda*), así el respeto de las reglas de la guerra, haciendo un llamado general a la humanidad para su organización sobre la base de la paz, el amor y la justicia.

Otro de los autores que se ubican en esta línea fue un Obispo de Sevilla, San Isidoro<sup>2</sup> (s. VI-VII), conocido justamente como *San Isidoro de Sevilla*. sigue la óptica de San Agustín.

San Isidoro siguiendo la óptica agustiniana, nos lega una acertada definición del Derecho de Gentes (DG) como aquel del “que casi todas las naciones hacen uso de él.”<sup>3</sup>

De igual modo Isidoro esboza la idea, por cierto reiterativa en la Escuela del Derecho Natural, de una mancomunidad internacional de la humanidad toda, regida por un derecho.

Merece particular atención el desarrollo de este derecho por Isidoro, al que reputa como universalmente obligatorio por su sola aceptación general. Otro de los aportes interesantes existe en la triple gradación de la organización social: el primero y elemental, constituido por la *domus* (que es la hogar o, mejor entendido, la familia). Un grado ulterior de organización lo constituye la *urbs*, que es la sociedad política, una ciudad, o incluso su manifestación institucional actual en el Estado. Por último, ubica la *orbis*, que es la institucionalización de las comunidades menores, es decir, la comunidad internacional en sí misma. De esta manera, San Isidoro de Sevilla evidencia la existencia de un triple orden de organización social, institucional y jurídica, cada una con su propio derecho, informados por preceptos comunes a la conciencia humana.

## B) Ubicación de la EEP:

La EEP se ubica dentro de una corriente mayor de pensamiento que fue la Escolástica, que dominó el pensamiento iusfilosófico y teológico de durante los siglos XIII a s. XVI.

En los escritos de su máximo exponente, Santo Tomás de Aquino (1224-1274) *Doctoris angelici* de la Iglesia, es posible encontrar preclaros desarrollos relacionados al DG.

El aquinista afirma la importancia de la observancia de buena fe de los pactos<sup>4</sup>, de la costumbre jurídica como fuente de derecho<sup>5</sup> y de la existencia de una entidad propia y distinta del simple conjunto de estados, una verdadera Comunidad Internacional<sup>6</sup>. Otro de los temas que Tomás estudia es el de la guerra. Particular atención le merece el estudio de los supuestos de su licitud<sup>7</sup>, es decir cuando el lícito hacer la guerra; tema de un *Ius ad Bellum*. Pero más importante aún, son sus desarrollos en materia de *Ius in Bello*, es decir el relativo a la conducción de las hostilidades.

Un tema al que Tomás dedica especial atención, y que lastimosamente guarda plena vigencia, es el de la guerra. Tomás busca limitar las causas de su licitud y la conducta de los beligerantes en la misma. La humanidad es su punto cardinal: “aún cuando la guerra pueda ser lícita, no todo es lícito contra el enemigo puesto que la guerra no es un estado de naturaleza sino contra naturaleza dada la sociabilidad del hombre<sup>8</sup>.”

## III. LA ESCUELA ESPAÑOLA DE LA PAZ

La EEP fue la corriente de pensamiento de teólogos juristas españoles de los siglos XVI a XVII que buscan encontrar los principios válidos sobre los cuales basar el Derecho en general e, inclusive aquel que regula las relaciones internacionales.

La Escuela Española formula así un derecho fundamentado, por un lado: en las Sagradas Escrituras, el Derecho Canónico, la filosofía y la teología y, por el otro: en la razón y el derecho natural como expresión de la ordenación natural de la creación. Así entendido el DG es parte de una ley de la naturaleza.

<sup>2</sup> Particularmente ilustrativos pueden resultar los siguientes párrafos: *De Civitate Dei*: 1.4 , C.15; 1.12, C.21; 1.19, C.17; 1.19, C.7:PL 40,633. *Etymologiarum*: capítulos 4 y 6.

<sup>3</sup> de SEVILLA (S. Isidoro): *Libri Etymologiarum sive originum libri XX* lib. 5, cap. 5

<sup>4</sup> Secunda sec., quest. XL, art. 3.

<sup>5</sup> *Summa...* 1-2, 97, 3; 2-2, 79, 2 ad 2; 100 2c.

<sup>6</sup> *Summa...* 1-2; 106; 4c.

<sup>7</sup> Secunda sec., quest. XL, art. 1.

<sup>8</sup> *Summa Theologica* 1-2, 1, 8; 3, 8 ad 2; 2-2, 39, 2 ad 2.

Por cuanto hace a su evolución cronológica, acertadamente señala PEREÑA VICENTE<sup>9</sup> que la misma puede dividirse en 3 generaciones:

- 1) *creadora*: que abarca de 1528 a 1560 aproximadamente y que busca legitimar la ocupación española en Indias. Su primer exponente es Fray Francisco de Vitoria y su último Domingo de Soto, notable discípulo de Vitoria. También es posible ubicar en esta generación a Diego de Covarrubias y Leiva, quien tiene el mérito de fundamentar en perspectiva jurídica la teoría de la paz como condición esencial de vida.
- 2) *de expansión*: que abarca aproximadamente de 1560 a 1585. La EEP expande su base material, especialmente en todo lo relativo a las guerras surgidas a partir de la ocupación. Destacan en esta generación Juan de la Peña, Antonio de Córdoba, Pedro de Aragón, Fray Luis de León, Bartolomé de Medina, Pedro de Sotomayor, Sebastián Pérez y Juan de Guevara.
- 3) *de sistematización doctrinal*: comprende aproximadamente desde los 1585 a 1612. Como el nombre lo indica, se evidencia una especie de glosa de los desarrollos precedentes. Destacan en esta generación Martín de Azpiricueta, Fernando Vázquez de Menchaca, Batolomé de Medina, Baltasar de Ayala, Domingo de Molina, Gregorio de Valencia, Antonio de Córdoba, Pedro de Tapias y Luis de Alcázar. De todos, especial mención merece Francisco Suárez quien, con su máximo *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* (Tratado de la ley con Dios como legislador), “integra pacíficamente las conquistas científicas de todos un siglo”<sup>10</sup>

En lo relacionado exclusivamente al ámbito iusinternacionalista, el mérito fundamental de la EEP fue justamente su objetivo central: el estudio jurídico de los *casus belli*, es decir, de los supuestos en que es lícito hacer la guerra, así como del trato humanitario a los que hoy denominamos combatientes y personal civil. Por otra, a la EEP se debe también el mérito de haber consagrado el principio general de la libertad, el reconocimiento del estatuto privilegiado de los enviados extranjeros y el sentar las bases de la personalidad internacional de las naciones y la defensa de la comunidad internacional bajo el ideal del “*bonum orbis*, razón de ser última del derecho positivo de gentes.”<sup>11</sup> Desde nuestro punto de vista, en cambio, la mayor contribución de la EEP a la teoría general del DIP y a la filosofía del Derecho, es el haber enseñando y demostrado que no habrá verdadera paz entre los pueblos hasta tanto no se proscriba y acepte definitivamente el uso de la violencia, y la justicia impere en las relaciones internacionales. Hace de esta manera, digno honor al calificativo de Escuela de la Paz.

De esta manera, puede concluirse que el mérito de la EEP consiste en haber realizado los primeros *desarrollos* del DIP. Es justamente a partir de estos desarrollos que los tratadistas posteriores, principalmente los iusnaturalistas racionalistas de los siglos siguientes, darán forma definitiva a los mismos, cercenándolo de sus elementos naturales y creando así lo que se ha dado en llamar DIP clásico.

No obstante cuanto pueda afirmarse, la EEP logra, a través de un siglo, separar al DIP de la Teología y dotarlo autonomía científica y normativa.

Por último, correspondería en esta breve descripción el estudio de las causas del cuasi anonimato, cuando no lisa y franca ignorancia, de la EEP. La respuesta la proporcionó ya mucho antes que nosotros el Prof. Manuel Miaja de Muela: la causa es la decadencia española a partir del siglo XVII.<sup>12</sup> El decaimiento del poder político y militar y a la larga económico y cultural de España a partir del s. XVII, trajo como consecuencia “la consideración de Hugo Grocio, como el fundador del derecho internacional moderno y, junto con ello, el olvido de muchos de los principios rectores de la doctrina española de paz.”<sup>13</sup> A partir de entonces se critica a la EEP por falta de unidad y conciencia temática. Miaja de la Muela<sup>14</sup> rebate la falta de unidad al recordar que la EEP se caracteriza por su:

- i) universalidad: es decir la aplicación del DG a todas las gentes, a todos los pueblos sean cristianos y no cristianos;
- ii) igualdad: de las diferentes gentes o comunidades políticas;

<sup>9</sup> PEREÑA VICENTE (Luciano): *La Escuela Española de la Paz en: “Cuadernos Hispanoamericanos”,* num. 339. pg. 484. Madrid, 1978: citado por: MOYANO BONILLA (César): *Aproximación a la Escuela Española de la Paz en: “Homenaje a Fray Francisco de Vitoria y la Escuela Española de la Paz”,* pg.23. Montevideo, 1986.

<sup>10</sup> MOYANO BONILLA (César): *Aproximación a la Escuela Española de la Paz en: “Homenaje a Fray Francisco de Vitoria y la Escuela Española de la Paz”,* pg.23. Montevideo, 1986.

<sup>11</sup> PEREÑA (Luciano): *La génesis suareciana en el ius gentium en: “SUAREZ (Francisco): Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore (II 13-20) de iure gentium.. Estudio Preliminar,* pg. XXVI. Madrid, 1973

<sup>12</sup> MOYANO BONILLA (César): *Op. Cit.* pg. 24.

<sup>13</sup> MOYANO BONILLA: *Op. Cit.*, pg. 25

<sup>14</sup> MIAJA de la MUELA (Manuel): *De la existencia de una escuela internacional española de los siglos XVI y XVII en: “Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria”,* Madrid, 1949; citado por MOYANO BONILLA: *Op. Cit.*

iii) solidaridad internacional: que existe por sobre el concepto de soberanía y de organizaciones políticas o institucionales. “Propia del género humano”, se dirá más tarde;

La crítica a la falta de unidad sistemática, que podría evidenciarse en la ausencia de una obra específicamente titulada y dedicada al DG es un argumento tan débil que cae ante el menor estudio histórico, no que por su propio peso. Como se verá más adelante, las *Relecciones* vitorianas no son una única obra, sino varias (obvio el título plural, por cierto) y, en este aspecto, Vitoria dedicó no una, sino dos obras al DG, las llamadas *Relecciones internacionales* (*De Indi* y *De iure belli*). Se rebaten así ambas críticas: la formal: si existen obras específicas de DIP; y la material: el contenido de las mismas obras es realmente de DIP. De esta manera, semejantes críticas no pueden que demostrar la falta de conocimiento de tan elementales textos.

## A) Fray Francisco de Vitoria<sup>15</sup>

Francisco de Vitoria nace en Burgos (aunque la ciudad de Vitoria también ha disputado su filiación) en 1492, fecha esta también discutida.

Vitoria realiza su profesión religiosa a los 14 años, que era la edad mínima requerida por la legislación entonces vigente, e ingresa al Convento dominico en Burgos donde estudia humanidad. En 1510, es decir a los 18 años, se traslada a París para estudiar teología en la Universidad de París. La segunda etapa de su estancia parisina Vitoria la inicia con su ingreso a la enseñanza de la teología en el Colegio dominico de San Santiago. A los 30 años se licencia, y el 21 de junio de 1522 recibe el doctorado.

Finalizados sus estudios, sus superiores le reclaman en España para divulgar allí su ciencia. Parte año siguiente y es designado Profesor de Teología y Regente del Colegio de San Gregorio en Valladolid (Castilla). A los 33 años, en 1525, su Orden lo designo como Maestro de Sagrada Teología, alcanzando así el mayor honor en la enseñanza de la Teología. Al año siguiente, con 34 años, le es confiada la Cátedra de Prima de Teología en propiedad en la Universidad de Salamanca a la que, como sincero docente, permanecerá entregado por veinte años, hasta el final de su vida terrenal.

Francisco de Vitoria “[H]abía recibido del cielo el ‘don de enseñar’, como dicen los antiguos biógrafos, y el arte de hacer interesantes las materias más áridas. Como decía su discípulo Melchor Cano, ‘el maestro Vitoria podía tener discípulos más sabios que él, pero ni los más doctos de entre ellos enseñaban como él’. Se ve, por los muchos testimonios, que el maestro ejercía sobre su auditorio una impresión enorme, siendo escuchado como un oráculo. Su persona y su doctrina ejercían una atracción irresistible. ‘Parecía en verdad un milagro de la naturaleza’, escribe Vaseo para expresar el carácter insólito de su competencia como profesor.”<sup>16</sup>

La *Relecciones*<sup>17</sup> son la obra principal de Vitoria y se enmarcan en la problemática del descubrimiento y conquista del Nuevo Mundo. Consternado por los relatos de los misioneros Vitoria no podía que plantearse los problemas que el descubrimiento generaba: las guerras de conquista, la esclavización, las encomiendas, la evangelización de los indios, (sentenciada en principio como imposible por incapacidad de aquellos y que el maestro tacha de herejía y que en 1537 el Papa Pablo III confirmó con Bula *Sublimis Deus* “en la que se determina, como cosa de fe, que los indios son verdaderos hombres como los demás, capaces de la salvación y de todos los sacramentos”).

Fray Francisco de Vitoria muere el 12 de agosto de 1546.

<sup>15</sup> Una desarrollada biografía, de la que nosotros no hacemos sino una rápida mirada, puede encontrarse en: URDANOZ o. p. (Teófilo): *Introducción Biográfica en: “Obras de Francisco de Vitoria”,* pgs. 1 a 84. Madrid, 1960.

<sup>16</sup> URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.* pg. 23.

<sup>17</sup> Las *Relecciones, Relecciones o Repeticiones* era una tesis que el Catedrático debía, obligatoriamente al menos una vez al año, exponer en forma de lección o clase, pública (pues podía asistir toda la Universidad) y solemne (pues no eran admitidas interrupciones ni cuanto menos cuestionamientos). Duraban aproximadamente dos horas y culminaban sin discusión, mientras que las lecciones ordinarias terminaban con un ejercicio académico (objeción de la tesis propuesta). Vitoria debió dictar alrededor de quince *Relecciones* incluso cuando algún año, a causa de su persistente enfermedad, no haya podido cumplir. Hoy, se conservan lamentablemente sólo trece, que son: *de potestate Ecclesiae* (De la potestad de la Iglesia) en 1532 y 1533, *De potestate civili* (De la potestad civil) en 1528, *De potestate Papæ et Concilii* (De la potestad del Papa y del Concilio) en 1534, *De indis prior* (De los indios) en 1539, *De indis posterior seu de iure belli* (De los indios y del derecho de la guerra) en 1539, *De matrimonio* (Del matrimonio) en 1531, *De augmento caritatis et diminutione* (Del aumento y disminución de la caridad) en 1535, *De temperantia* (De la templanza) en 1537, *De homicidio* (Del homicidio) en 1530, *De simonia* (De simonía) en 1536, *De magia* (De la magia) en 1540, *De eo quod tenetur homo cum primum venit ad usum rationis* (De aquello a que está obligado el hombre cuando llega al uso de razón) en 1535. Es posible que haya dictado una *De silentii obligatione* en 1527 pero no existen rastros escritos de ella. En 1543 podría haber dictado la última *De magia posterior* pero, debido a su mal estado de salud, Urdanoz sostiene que no debió redactarla. *Vide:* URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.* pg. 80 y 81.

## 1) El pensamiento de Vitoria:

El pensamiento vitoriano marca una clara distinción con el pensamiento medieval, obsesionado aquél con la primacía del poder espiritual sobre el temporal y con la evangelización, causa y fin, de la conquista.

La innovación del pensamiento vitoriano consiste en analizar el problema del descubrimiento en perspectiva jurídica, y estudiando la evangelización del nuevo mundo como *colonización*. Así, no justifica la conquista de los indios por su esclavitud natural, derivada del estado de salvajismo en que se encuentran en comparación con los españoles, sino a partir del hecho jurídico del descubrimiento como justo título de dominio del Rey de España sobre dichas tierras. De hecho, y como nota marginal, creemos necesario recordar que estas tierras americanas no fueron nunca una colonia española, sino territorios del Reino de Indias.

La legitimidad de la adquisición de territorios, que Vitoria aborda en 1539, es no sólo un tema recurrente en su obra, sino con el cual se podría decir pasará a la historia. Con "sus dos reelecciones *De indis* y *De iure belli*, que le consagran a la vez como el primer internacionalista y creador del derecho de gentes y el defensor de un sistema de colonización en plena armonía con su ideal de pacifismo universal y de organización del mundo en una sociedad universal que hiciera innecesaria la guerra."<sup>18</sup> En la perspectiva vitoriana, el hombre es el centro de gravedad de la paz, como ser, como miembro del estado y como integrante de la comunidad internacional.

## 2) Las Relecciones y el Derecho de Gentes

Como mencionáramos, son dos las Relecciones relativas al DG. La quinta, y seguramente la más conocida, es *De Indis*, donde el maestro salamantino "niega el derecho de dominar por la fuerza a los demás países, reconociendo así su personalidad e independencia, y combate la atribución que se hacen los Papas de repartir las tierras habitadas por paganos. Sostiene que los Españoles solo tienen derecho a comerciar en el nuevo mundo, y si ese derecho les fuese negado, a vindicarlo por la fuerza y garantizarlo por la conquista, pero que no hay derecho a hacer la guerra por creencias religiosas."<sup>19</sup> Analiza también la cuestión de la capacidad jurídica de los indios, los casos de legitimidad e ilegitimidad del uso de la fuerza contra ellos, estudia cuestiones relativas a la libertad (en el mundo, de los mares y navegación, de comercio, residencia, circulación), la nacionalidad, domicilio, colonización, autodeterminación, libre asociación, validez de los tratados y otros que se verán.

La sexta Relección es enteramente dedicada al Derecho Internacional bélico, no en vano lleva el nombre: *De jure belli*. En ella Vitoria "demuestra el derecho que tienen los cristianos para hacer una guerra defensiva y aun ofensiva para reivindicar un derecho desconocido y llega a estas tres conclusiones: 1ª Que solo la necesidad puede justificar la guerra.- 2ª. Que el objeto de la guerra no es la destrucción del enemigo sino el restablecimiento de la paz.- 3ª. que la victoria debe responder al objeto de la guerra, y no debe ser un motivo de opresión ni de despojo para el vencido"<sup>20</sup>. Esta Relección a su vez, se subdivide en cuatro en cuatro partes: i) la licitud de las guerras, ii) la autoridad competente para hacer y declarar la guerra, iii) causa justa de la guerra y iv) límites del derecho de guerra o *ius in bello*. Como se aprecia, el objetivo del maestro salamantino sigue siendo la limitación del recurso bélico y la tutela de la persona humana y su dignidad. Tan es así, que en un cierto sentido podría decirse que Vitoria fue el primero en desarrollar una doctrina del Derecho Internacional Humanitario.

## 3) La cuestión de los indios y su capacidad

*De indis* está dividida en dos partes: los títulos ilegítimos y los títulos legítimos por los cuales pudieran venir los bárbaros, es decir los indios, a dominio los españoles.

La Relección va precedida de una introducción donde analiza los problemas de la capacidad y dominio de los indios, y concluye que aquellos son tan capaces y capaces de dominio, antes de la llegada de los

<sup>18</sup> URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.* pg. 53.

<sup>19</sup> PÉREZ GOMAR (Gregorio): *Curso Elemental de Derecho de Gentes, precedido de una Introducción sobre el Derecho Natural*, t. II, pg. 216. Montevideo, 1866

<sup>20</sup> PÉREZ GOMAR (Gregorio): *Op. Cit.*, pg. 217.

españoles, como cualquier príncipe cristiano lo es sobre sus tierras<sup>21</sup>. Con lo cual, hecha por tierra las pretensiones de aquellos que negaban hasta la naturaleza humana a los indios americanos.

#### 4) Títulos no legítimos para la conquista

El primer capítulo de la Relección lo dedica al estudio de los títulos no legítimos para dominar tierra americanas. Con un criterio bastante restringido para la época, Vitoria niega muchos de los títulos de dominio usualmente admitidos, por ejemplo el dominio universal del emperador, o incluso el dominio universal del Papa o la voluntad de Dios. Niega también que las Indias puedan ser dominadas por el título del descubrimiento, o incluso por causa de la infidelidad de los indios, o de los vicios en que vivían.

Hay dos títulos que le merecen especial atención a Vitoria. Uno es el derecho de descubrimiento. Afirma, con razón, que la única ocupación (o descubrimiento) que es título legítimo para adquirir el dominio es la efectuada sobre bienes públicos o privados que han sido abandonados y que ninguno reclama, *res nullius*. En el caso de las tierras americanas Vitoria no acepta este título, pues las mismas estaban ya en poder de los nativos cuando llegaron los españoles. Concluye así, célebremente, afirmando que de ser lícito lo contrario (es decir: de ser lícita la ocupación por lo españoles de tierras dominadas por los indios), tanto lo habría sido si hubieran sido los indios a conquistar Europa. *“Ex dictis patet quod hispani, cum primum navigaverunt ad terras barbarorum, nullum ius secum afferebant occupandi provincias illorum”*<sup>22</sup>

El otro título al que dedica especial atención es la cesión de soberanía. En esta parte Vitoria estudia, en el s. XVI, los requisitos de validez de los tratados internacionales como instrumento hábil de cesión de soberanía. Al igual que el título anterior, afirma el Padre dominico, en puridad este es título sería aceptable, pues “nada más natural que dar por válida la voluntad de un propietario que quiere transferir su dominio a otro dueño”<sup>23</sup>. Sin embargo, el caso concreto revisa particularidades que lo excluyen: la falta del cumplimiento de los requisitos esenciales para la validez de los tratados, diríamos hoy. De esta manera, llegados los españoles a América en nombre del Rey de España, podrían los indios todos (y no su jefe por decisión propia) haber aceptado al Rey de España como propio Señor, realizando de esta manera una cesión soberana del dominio sobre sus tierras. Como él mismo afirma: *“Sed ego pono CONCLUSIONEM: Nec iste titulus est idoneus. Patet primo, quia deberet adesse metus et ignorantia quae vitiant omnem electionem. Sed haec maxime intervenit in illis electionibus et acceptationibus. Nesciunt enim barbari quid faciunt, imo forte nec intelligunt quid petunt hispani. Item hoc petunt circumstantes armati ab imbelli turba et meticulosa.”*<sup>24</sup> “De esta manera, en el s. XVI Vitoria hecha las bases del moderno Derecho de los Tratados<sup>25</sup>.

#### Normas imperativas de Derecho internacional:

Unos de los mayores avances del DIP en el s. XX, a pesar de la fuerte influencia positivista, fue el desarrollo de una particular jerarquía de ciertas normas que buscan proteger valores fundamentales para comunidad internacional en su conjunto (*ius cogens*). Las mismas no hacen, que explicitar el necesario contenido axiológico de las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico.

En el DIP, la preclara visión internacionalista del maestro dominico, evidenció ya la existencia ciertas normas cuya violación afecta a cualquier miembro de la comunidad. El más elemental criterio de temporalidad interpretativa permite excusar al dominico el no referir expresamente a esta categoría por la denominación dada en el siglo XX. Sin embargo, el maestro tenía bien claro el tema, pues reconocía que entre las normas de DIP existían algunas de especial y superior importancia cuya violación constituía un verdadero “atentado” contra el sistema todo. En efecto, desde hace cuatrocientos años Vitoria nos enseña que: *“Habet enim totus orbis... potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium. Ex*

<sup>21</sup> “Quod barbari nec propter peccata alia mortalia, nec propter peccatorum infidelitatis impediuntur quin sint veri domini, tam publice quam privatam. Nec hoc titulo possunt a christianis occupari bona et terrae illorum” (Que ni el pecado de infidelidad ni otros pecados mortales impiden que lo bárbaros sean verdadero dueños o señores, tanto publica como privadamente, y no pueden los cristianos ocuparles sus bienes por este título). *Relectio De Indis* 1<sup>o</sup>, n. 19.

<sup>22</sup> “... por sí solo no justifica la posesión de aquellos bárbaros, no más que si ellos nos hubieran descubierto a nosotros.” *De indis*, p. 2, n.7.

<sup>23</sup> *De indis*, p. 2, n.16.

<sup>24</sup> Yo, en cambio establezco esta conclusión: Tampoco este título es idóneo. Es bien patente, primero, porque debían andar ausentes el miedo y la ignorancia que vician toda elección. Pero esto es precisamente lo que más interviene en aquellas elecciones y aceptaciones, pues lo bárbaros no saben lo que hacen, y aún quizá ni entienden lo que les piden los españoles. Además, esto lo piden gentes armadas que rodean a una turba desarmada y medrosa. *De indis*, p. 2, n.16.

<sup>25</sup> Recuérdese lo dispuesto por los artículos: 48, 49, 50, 51 y 51 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

*quo patet quod mortaliter peccant violantes iure gentium, sive in pace sive in bello. In rebus tantem gravioribus, ut est de incolumitate legatorum, neque licet regno nolle teneri iure gentium; est enim latum totius orbis auctoritate.*<sup>26</sup> De esta manera, existirían dos tipos de pecados: unos simples y otros graves. Quienes cometan pecados simples pecan, digamos, simplemente y; en cambio, quienes cometan pecados graves pecan mortalmente. Habría así, dos tipos de sanciones: la no mortal y la mortal. Ahora bien, cabría preguntarse ¿qué hace que unos pecados sean mortales y otros no? En términos jurídicos, la respuesta sería: el bien jurídico tutelado por la norma. Por lo tanto, existirían normas que regulan asuntos simples y otras que regulan asuntos graves. De ello se sigue, que quienes violan una norma simple pecan “simplemente”, y quienes violan una norma grave pecan mortalmente.

Pero el maestro va más allá, y hace una aparentemente inadvertida precisión. Vitoria habla de “asuntos *tan* graves”. De esta manera, existiría una subespecie de asuntos graves, aquellos que son “*tan*” graves, es decir, más graves que graves normales. Por ejemplo, la extensión del mar territorial podría catalogarse como una cuestión menor del DIP<sup>27</sup>, mientras que la legítima defensa sería uno de esos asuntos graves o importantes en el DIP. Ahora bien, por encima de la legítima defensa existe otra norma de superior jerarquía, uno de esos asuntos *tan* graves, como la proscripción del uso o de la amenaza del uso de la fuerza. ¿Cuáles serían pues esas normas tan graves a que hace referencia? Vitoria nos da un ejemplo: la inviolabilidad de los legados, y todos aquellos que el DG considera como fundamental. Al igual que en la concepción actual de las normas de *jus cogens*, Vitoria afirma que no es tampoco la violación de cualquier norma la que produce ese efecto, sino sólo aquellas norma muy graves, como por ejemplo: la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza, la autodeterminación, la no intervención, el uso de los propios derechos sin perjuicio de los demás<sup>28</sup>, la protección internacional de los Derechos Humanos, la salvaguardia del medio ambiente, etc.<sup>29</sup>

Como aspecto metodológico, la remisión a un elemento de orden teológico sería ciertamente criticable desde una perspectiva pura del derecho. De nuestro punto de vista, la misma vale como una suerte de “desviación profesional” si se nos permite la expresión. Es claro que cuando un científico o artista tiene necesidad de expresarse en asuntos de su ciencia o arte más fácil le resultará utilizar las expresiones propias de su ciencia o arte que las de otro, justamente por el conocimiento detenido de la misma y la mayor propiedad de su lenguaje en esa área. Igual en el caso de Vitoria. La transpolación de conceptos de orden teológico al orden jurídico, permite fácilmente concluir en su pionera visión de normas de importancia fundamental para la comunidad internacional cuyo no cumplimiento constituye una violación grave del DIP, como reconoce la moderna doctrina.

## 5) Títulos legítimos para la conquista

La Relección prosigue luego con el estudio de los títulos que hacen lícita la ocupación española de América, estudiando en esta parte de la obra, temas centrales del DIP, mostrando así su preclara erudición.

Al inicio de su obra, Vitoria nos da un concepto de lo que ha de entenderse por DG, adaptando la antigua máxima romana según la cual el *Ius gentium* era “*Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*”<sup>30</sup> por “*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*”<sup>31</sup>. Como afirma, con razón URDANOZ “[T]al feliz cambio gramatical no parece que se deba al azar. Tampoco parece error de copista, ya que no se encuentra variante de ella en ningún manuscrito o edición. [...] Este, en efecto, adquiere sentido y contornos precisos en la nueva definición modificada, como expresión de un orden jurídico objetivo que se extiende a todo el orbe, y del que son miembros inmediatos los pueblos o naciones, no las personas individuales. El derecho interna-

<sup>26</sup> Es que el **orbe todo...** tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como las del derecho de gentes. De donde se desprende que **pecan mortalmente** los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea de guerra, en los **asuntos tan graves** como en la inviolabilidad de los legados. Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la **autoridad de todo el orbe**. *De potestate civile*, n. 21.

<sup>27</sup> Que no excluye las arduas discusiones para su acuerdo final.

<sup>28</sup> *Sic utere tuo ut alienum non lædas*.

<sup>29</sup> En el DIP contemporáneo el Profesor Roberto Ago nos proporciona valiosos ejemplos como “fundamental rules concerning the safeguarding of peace, and notably those which forbid recourse to force or threat of force; fundamental rules of a humanitarian nature (prohibition of genocide, slavery and racial discrimination, protection of essential rights of the human person in time of peace and in war); rules prohibiting any infringement of the independence and sovereign equality of States; the rules which ensure to all members of the international community the enjoyment of certain common resources (high seas, outer space, etc.)” [AGO (Roberto): “*Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*”, Vol. 134 (1971), p. 324 nota de pie 37, en: *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pg. 496, La Haya, 1996].

<sup>30</sup> Es lo que la razón natural estableció entre todos los **hombres**.

<sup>31</sup> Es lo que la razón natural estableció entre todos los **pueblos**.

cional nace, pues, de la pluma de Vitoria como la ley que rige las relaciones jurídicas de la comunidad de pueblos o naciones del mundo entero. Los Estados son ahora el sujeto primario de los derechos y deberes de la comunidad supranacional.”<sup>32</sup> Vitoria parte del concepto romano de *Ius Gentium*, como aquel derecho aplicable a las gentes no romanas<sup>33</sup> y evolucionado de la jurisprudencia pretoria, y desarrolla toda una nueva concepción del *Ius Gentium*, como el derecho rector de las relaciones entre los pueblos, no ya entre las gentes privadas. Un *ius inter gentes* y no ya el *ius intra gentes*.

## 6) La Comunidad Internacional y su Derecho

El concepto que ya San Agustín había iniciado y Santo Tomás ampliado es desarrollado en su justa medida por el Padre Vitoria.

La natural sociabilidad de los seres humanos<sup>34</sup> lleva a que unos y otros por común utilidad y necesidad, que es el bien de todo el orbe (o comunidad internacional)<sup>35</sup>, se relacionen entre sí. Pues, así como el neonato no sobrevive sin su madre ni el niño sin sus padres, constituyendo la familia la organización social básica, los individuos, por iguales móviles, se unen en una organización superior y estas, a su vez, en otra mayor<sup>36</sup>, siendo cada nación parte de todo el orbe<sup>37</sup>. Y visto también que el Estado posee un derecho que lo ordena, por aquello de que *ubi societas ibi ius*, también esa comunidad de toda la humanidad se dará, naturalmente, sus propias normas<sup>38</sup>, las que tienen verdadera fuerza obligatoria de ley<sup>39</sup> y no tan sólo la de simples acuerdos que se han desarrollado por pactos, sino principalmente por común consentimiento de todas las naciones, por lo cual no es lícito a ninguna de ellas apartarse.

La Comunidad Internacional (CI) vitoriana es una *respublica*<sup>40</sup>: así como los hombres conforman naciones o estados, las naciones o estados conforman las gentes, es decir, la Comunidad Internacional.

Esta doble relación podría esquematizarse del siguiente modo:

hombres ⇒ pueblos o naciones <sup>41</sup>  
pueblos o naciones ⇒ gentes (comunidad internacional)

La limitación de la soberanía estatal constituye por tanto un presupuesto necesario para integrar la CI, pues la actuación de cada integrante singular ha de estar ordenada al bien común<sup>42</sup>. Puede entonces afirmarse que la CI de Vitoria se caracteriza por ser: una, natural, organizada y legislativa; “la idea vitoriana del *totus orbis* ofrece la figura jurídica de una organización mundial de todas las gentes y naciones con potestad de legislar”<sup>43</sup>. Tal estado de organización, que catalogaríamos como constituye, aún hoy, un ideal aún por lograr. En nuestros días, gran parte de la vida internacional sigue basada en un derecho de fuente convencional o consuetudinaria, cuando no en la simple conveniencia política, el lugar de aquel ideal donde cada estado adecuara su propia conducta en el sólo interés del bien común de la comunidad. No obstante, las reglas actualmente en vigor, sean convencionales que consuetudinarias, tienen y conservan plena y verdadera fuerza positiva y obligan como tales. En lo relativo al derecho convencional por la máxima según la cual *pacta sunt servanda*. Igual consideración vale para la costumbre, a la que reconoce como fuente principal de DG: “... después de los primeros tiempos de criado el mundo... la mayoría de los hombres estableciere que

<sup>32</sup> URDANOZ o. p. (Teófilo): *Introducción a la primera* reelección pg. 568 y sgts. en: “*Obras de Francisco de Vitoria*”. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960. Para el lector interesado recomendamos especialmente este excelente análisis.

<sup>33</sup> En este sentido el derecho de gentes romano guardaba más similitudes con el actual DI Privado que con el DI Público.

<sup>34</sup> por ejemplo: *De Potestate civile* n. 4, pg. 156. También: *De indis*, p. 3, n. 2. En ésta última especialmente el argumento decimocuarto.

<sup>35</sup> *De Potestate civile*, n. 7.

<sup>36</sup> *De Potestate civile*, n. 13.14.21.

<sup>37</sup> *De Potestate civile*, n. 13, tercer corolario.

<sup>38</sup> Su iluminación es bien digna de cita: “*Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestati ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium [...] neque licet uni regno nolle teneri iure gentium; est enim latum totius orbis auctoritate*” (Es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes [...]) Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe). *De potestate civile*, 21, pg. 191.

<sup>39</sup> “el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes”. *De Potestate civile* n. 21, pg. 191.

<sup>40</sup> Obviamente en sentido jusfilosófico y no constitucional.

<sup>41</sup> Las que conservarán siempre cierta unidad cuasi política o moral, dirá después Suárez.

<sup>42</sup> *vide infra* número 33.

<sup>43</sup> URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.* pg. 576.

*los legados en todas partes fueran intangibles, que los mares fueran comunes, que los cautivos de guerra fueran esclavos, y que convenía que los huéspedes no fueran expulsados, ciertamente esto tendría fuerza de ley, aunque algunos otros se opusieran.*<sup>44</sup>

Los ejemplos que cita Vitoria son, obviamente, los propios de su tiempo, el trato de humanidad entre (de y hacia) españoles y bárbaros<sup>45</sup>, no impedirse mutuamente el tránsito<sup>46</sup>, residencia<sup>47</sup>, hospitalidad<sup>48</sup>, comercio<sup>49</sup> y trato humano<sup>50</sup>. Incluso “si a algún español le nacen allí hijos y quisieran éstos ser ciudadanos del país, no parece que se les pueda impedir el habitar en la ciudad o el gozar del acomodo y derechos de los restantes ciudadanos”<sup>51</sup>.

Motivado siempre en la protección de la persona humana, Vitoria reconoce también a los hombres sujetos de derechos fundamentales, cuya violación trasciende las fronteras de los asuntos internos. Siendo de esta manera de los primeros en proclamar el carácter internacional de la protección de los Derechos Humanos. Como tales, los individuos son sujetos de esta CI. En este aspecto, la idea del actual derecho internacional privado ya estaba presente en Vitoria. En lo relativo en cambio, a la subjetividad internacional de la persona humana en el campo del DIP Vitoria continúa siendo un pionero que, ciertamente, la práctica internacional concluirá por confirmar.

## 7) Los principios generales de la conducta de los Estados

El tema siguiente en el que se detiene Vitoria es la determinación de los derechos que corresponden a los españoles y que su violación constituye un *casus belli*. Derechos que, en realidad, son una serie de postulados generales que rigen la conducta internacional de los Estados, ya mucho tiempo antes de la postulados vattelianos<sup>52</sup>, y que tienen por nota común su relatividad. Es decir, su sometimiento al bien común.

El jurista desarrolla ahora el *Principio de libertad de los mares*<sup>53</sup> (usualmente atribuido a Grocio). Sostiene que, habiendo sido al principio lícito a todos los hombres recorrer el mundo, no se ve razón alguna por la cual ello haya cambiado. De esta manera, los españoles pueden establecerse en América siempre que no sea en perjuicio de los indios, que ya ocupaban y dominaban dichas tierras. Del mismo modo: “*Iure naturali communia sunt omnium et aqua profluens et mare: item flumina et portus atque naves iure gentium undecumque licet applicare*” *Instit. de rerum divisione, et eadem ratione videtur publice. Ergo neminem licet ab illis prohibere.*<sup>54</sup>”

El *Derecho a la propia existencia y vida de cada nación*: como el derecho de cada Estado a existir, y a ser reconocido como tal en tanto que entidad organizada y capaz de cumplir con sus compromisos internacionales. Como se aprecia, este enunciado guarda profunda relación con el principio de autodeterminación y del reconocimiento de estados.

El *Derecho de conservación y defensa de la propia integridad* del Estado se deriva del anterior y vendría a ser una especie de correspondiente institucional al derecho de cada individuo. Consiste en la facultad acordada al Estado para adoptar todas las medidas necesarias para mantener la propia existencia: seguridad y orden interior, defensa, relaciones exteriores, etc.. Es posible evidenciar los corolarios de este principio en el derecho natural (inmanente) de legítima defensa y en el Estado de Necesidad, sobre el que después nos detendremos.

El *Derecho a la soberanía interna*: es el que posee todo estado de gobernarse a sí mismo en la forma que estime más conveniente a su bien, sin lesión de la comunidad, pudiendo incluso libremente decidir desaparecer como tal, como sería el caso, por ejemplo, de la incorporación.

El *Derecho al propio desenvolvimiento y expansión*: es un corolario del principio de existencia y de la soberanía interior, y que consiste en la hoy denominada autodeterminación y no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción doméstica.

<sup>44</sup> *De indís*, p. 3, n. 4.

<sup>45</sup> *De indís*, p. 3, n. 2.

<sup>46</sup> *De indís*, p. 3, n. 2, argumento segundo y décimo, respectivamente.

<sup>47</sup> *De indís*, p. 3, n. 5.

<sup>48</sup> *De indís*, p. 3, n. 2, argumentos quinto, sexto y noveno.

<sup>49</sup> *De indís*, p. 3, n. 3.

<sup>50</sup> Véase: *De indís*, p. 3, n. 2.

<sup>51</sup> *De indís* p. 3, n.5.

<sup>52</sup> VERDROSS (Alfred): *Derecho Internacional Público*. Madrid, 1957.

<sup>53</sup> Iguales consideraciones serían aplicables al Espacio Exterior, en tanto que el principio general de libertad que rige en él.

<sup>54</sup> “Por derecho natural, comunes a todos son las aguas corrientes y el mar ; lo mismo los ríos y los puertos ; y las naves por derecho de gentes es lícito atracar a ellos’ según se dice en las *Instituciones*. Y por la misma razón parecen públicas esas cosas, luego nadie puede prohibir el uso de ellas.” *De indís* p. 3, n.2, 10<sup>mo</sup>.

El *Derecho a la independencia política*, que es el aspecto exterior de la soberanía interna, y que se deriva igualmente del principio de propia existencia y de soberanía interna. Este principio consagra lo que conocemos hoy con el nombre de ‘soberanía exterior’<sup>55</sup>. Corolario, por otra parte de la independencia política y la soberanía exterior, es la igualdad jurídica de la que se deriva la inmunidad jurisdiccional del estado y la de sus agentes<sup>56</sup>. A partir del derecho a la independencia política el salamantino expone su posición en lo relativo al tema de la hoy llamada “intervención humanitaria”<sup>57</sup>. Como afirma quien más ha estudiado el tema “la soberanía e independencia de los Estados queda limitada ante las exigencias de solidaridad o del bien común. En virtud de esta misma ley internacional existe, pues, el derecho y hasta el deber de intervención, sobre todo en defensa de los derechos e intereses superior de la humanidad contra la barbarie”<sup>58</sup>.

El *Derecho a la igualdad jurídica con los demás estados*, que Vitoria afirma enérgicamente, está destinada a poner en pie de igualdad a los indios (en un momento en que incluso se discutía su naturaleza humana) con los españoles y con el género humano en general. Igualdad de derecho que, como reconoce el propio Vitoria, se ve atenuada por la notable diferencia fáctica.

El *Derecho a la estima y buen nombre o respeto del honor*. Los Estados como las personas deben abstenerse de ofender a los otros, *sic utere tuo, ut alienium non ledas*. Es la aplicación de esta antigua máxima que, su inobservancia, genera una nueva situación de cosas, imponiendo a quien al responsable, la obligación de *restaurar* el nuevo estado de cosas. También en el ámbito internacional estos desarrollos guardan plena vigencia a la luz de la doctrina y práctica en materia de responsabilidad internacional de los Estados<sup>59</sup>. Vitoria reconoce el derecho del ofendido a buscar y obtener la reparación de su honor.

La *Fidelidad en el cumplimiento de los pactos*, no es otra cosa que la aplicación vitoriana de la *pacta sunt servanda*, sancionada por los romanos y verdadera regla que nos llega “de tiempos inmemoriales”<sup>60</sup>. Regla que, por otra parte, ha sido no sólo recogida por la generalidad de los derechos internos (análisis allende nuestro objeto, pero confirma su positividad) sino que ha sido recogida o codificada<sup>61</sup> por la legislación escrita de DIP (art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

El *Derecho fundamental de comunicación*. Este es un principio cardinal en el pensamiento vitoriano. Su *ius communicationis* adquiere relevancia en todo el ámbito del DG: cada miembro de las *urbs* mantiene un mínimo de comunicación con otro. En otras palabras, el aislamiento es una situación tan antinatural en los estados como en los hombres. Este principio viene así a relacionarse directamente con la nacionalidad (en tanto que vinculación entre la persona y la nación), el domicilio (en tanto que vinculación de la persona con la sociedad en lo relativo a su asiento físico permanente), al tránsito o peregrinaje y recíprocamente los deberes de los estados hacia los extranjeros (igualdad jurídica de todos los extranjeros, derecho de trabajo y propiedad, residencia, derecho a no ser expulsado en tiempo de paz y sin justa causa). Nos limitamos solamente a su enunciación, pues el lector comprenderá la enorme proyección de los mismos en prácticamente todo el DIP e incluso en el DI Privado, por ejemplo en todo lo relativo al derecho de extranjería.

Otro aspecto derivado del *ius communicationis* en la típicamente la libertad de los mares y su corolario, la libertad de pesca, comercio internacional. Principio general de libertad que luego glosará Grocio (con la oposición de Selden) y terminará por imperar indiscutidamente en nuestros días<sup>62</sup>.

## 8) Intervención por violación del “*ius communicationis*”

Prueba de la centralidad que ocupa el *Ius Communicationis* en el pensamiento vitoriano los constituye la legitimación al recurso bélico por su violación. De cuanto vienen de estudiarse *supra* no parece exagerado ver en Vitoria a un amante de la libertad y del imperio del Derecho.

En concreto, el recurso a la intervención, por violación del *ius communicationis* es legítimo:

<sup>55</sup> Cfr.: SANDONATO (Pablo) *et al.*: *La Orden de Malta en el orden jurídico eclesial e internacional*, en: *Ius Canonicum*. n. 87, vol. XLIV Enero-Junio 2004 Navarra. 2004.

<sup>56</sup> Cfr.: SANDONATO (Pablo): *El Estatuto Jurídico de los Agentes Diplomáticos Nacionales y, o Residentes Permanentes del Estado Receptor* (inédito).

<sup>57</sup> Un interesante estudio es el realizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Canadá. Cfr.: *La Responsabilidad de Proteger*, v: [www.iciss-ciise.gc.ca](http://www.iciss-ciise.gc.ca)

<sup>58</sup> URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.*, pg. 596.

<sup>59</sup> Cfr.: Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 53 período de sesiones: Cap. IV: Responsabilidad Internacional de los Estados, en: [www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm](http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm)

<sup>60</sup> Digesto 1.3.32.1 (Julianus) donde se afirma que: “Inverterata consuetudo pro lege non immerito custodiatur”, así como en CICERÓN: *De inventhione rhetorica*, 2.22.7.

<sup>61</sup> MARESCA (Adolfo): *Il Diritto dei Trattati, la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio di 1969*, pg. 405. Milano, 1971.

<sup>62</sup> Art. 87 de la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar de 1982.

i) como medio excepcional de solución de una controversia. Surgido el diferendo, Vitoria impone a los españoles el deber de buscar una solución pacífica. Imposición hecha a los españoles, justamente en atención al mayor grado de civilización; y sólo si los indios “acuden a la violencia, los españoles pueden defenderse y tomar todas las precauciones que para su seguridad necesiten”<sup>63</sup>. La intervención armada es autorizada así como última solución y como defensa contra la agresión indígena. Fracasados así los medios pacíficos, queda expedita para los españoles la vía armada, que debe revestir las características de una legítima defensa: “porque es lícito rechazar la fuerza con la fuerza”<sup>64</sup>. Pero el genio de Vitoria va más allá de la exclusión de la antijuridicidad en la legítima defensa sino que la admite sólo como respuesta racional a la injuria causada, evidenciándose así el elemento de la efectividad (inmediatez, racionalidad del medio, y necesidad de la respuesta). En palabras del maestro: “*sin excederse y guardando la moderación de una justa defensa, y sin que puedan usar de los demás derechos de la guerra, como sería, obtenida la victoria y seguridad, el matarlos, despojarlos y ocupar sus ciudades... deben los españoles defenderse; pero en cuanto sea posible, con el mínimo daño de ellos, pues es guerra defensiva solamente.*”<sup>65</sup> No obstante, si los indígenas persistieran en su malicia y trabajaran la perdición de los españoles pueden estos tratarlos como pérfidos enemigos, pues el fin de la guerra es la paz y la seguridad. Acá cambia ya el supuesto de guerra defensiva a guerra ofensiva o ataque, usando así de todos los derechos de la guerra: conquistando sus tierras, destruyendo a sus señores, y aún siempre “moderadamente y según la calidad del asunto y de las injurias.”

Vitoria impone por tanto la solución pacífica como solución primera, y sólo si inútilmente tentada esta se podrá recurrir a la intervención armada y aún sólo para la defensa. Ahora, si no obstante ello, la parte contraria (en este caso los indios) persistiera en su intención agresiva y destructiva, se autoriza la guerra ofensiva, es decir, exenta de los límites de la legítima defensa. Aún en este caso, Vitoria recuerda a los beligerantes la necesidad del respecto de las reglas de humanidad.

ii) Otro de los supuestos que habilitaría el recurso a la guerra sería el caso de pueblos con “costumbre y rito nefasto”. Desde nuestro punto de vista esta es una “causal humanitaria” y que autoriza el uso de la fuerza a fin de evitar a la población sufrimientos graves con posible riesgo de vida para sus miembros<sup>66</sup>. El título va dirigido más al aspecto humanitario que al político, lo cual confirma la centralidad antropológica del ordenamiento jurídico vitoriano por sobre consideraciones circunstanciales.

iii) También sería lícito a los españoles ocupar un territorio americano si los indios voluntariamente aceptan al Rey de España como su príncipe. En este caso operaría una cesión, como título hábil para transmitir la soberanía, en ejercicio de la autodeterminación, hoy imperativamente reconocida. Aunque el principio valió base jurídica del proceso de descolonización también sería lícito aplicarlo para el caso inverso: un estado que decida unirse completamente a otro o, permaneciendo libre, se le asocie.

iv) Tal como la doctrina contemporánea reconoce<sup>67</sup>, también es lícito el recurso a la fuerza para la defensa de terceros. De esta manera “puede la república pedir auxilio a los extranjeros para vengar las injurias hechas”. En el bien entendido, este título autorizaría alianzas defensivas entre varios Estados, desarrollo que, por otra parte, la práctica también confirma<sup>68</sup>.

v) Un tema que ni la doctrina ni el DIP positivo aceptan hoy en el derecho, o deber, de colonización. Según este, habría pueblos, o naciones no civilizadas, que no estarían aptas para gobernarse evidenciando un grado primitivo de desarrollo. Para ello, la Sociedad de las Naciones primero y las Naciones Unidas<sup>69</sup>, estructuraron un sistema de administración fiduciaria, *lato sensu*. La intervención en casos de pueblo no civilizados, no llevaría de modo alguno a su asimilación ni mucho menos a su aniquilación; el espíritu es justamente uno altruista, diríase: “el bien y utilidad de ellos y no solamente por el provecho de los españoles”.

vi) Admite también otros títulos de orden jurídico-religioso que no vienen al caso en este estudio, como la propagación de la fe cristiana, y otros de la misma especie.

<sup>63</sup> *De indís*, p. 3, 5<sup>a</sup> prop.

<sup>64</sup> *ibídem*.

<sup>65</sup> *ibídem*.

<sup>66</sup> En este sentido, se recuerda la *infra* 56.

<sup>67</sup> CONFORTI (Benedetto): *Diritto Internazionale*, pg. 384. Nápoles, 2002; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (Eduardo): La legítima defensa, en: *Derecho Internacional Público, obra dirigida por Eduardo Jiménez de Aréchaga*, t. II, pg. 319. Montevideo, 1995; RONZITI (Natalino): *Diritto Internazionale dei Conflitti Armati*, pg. 51. Torino, 2001.

<sup>68</sup> Notablemente el caso del Tratado del Atlántico Norte, y del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Lo fue también el Pacto de Varsovia.

<sup>69</sup> Desde 1994 el Consejo de Administración Fiduciaria ha dejado de reunirse periódicamente, al poner fin al último de los 11 Acuerdos de Administración Fiduciaria, que era Territorio en Fideicomiso de las Islas del Pacífico (Palau), administrado por los Estados Unidos. Cfr: [www.un.org/spanish/aboutun/organs/tc.htm](http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/tc.htm)

## 9) La cuestión de la Guerra y su licitud

Como ya se explicara Vitoria sostiene que es lícito hacer la guerra sólo en ciertos casos. A fin de comprender el pensamiento del Padre Vitoria, y de la EEP toda, en lo relativo a la guerra, es necesario detenernos un momento más en este tema.

Como primera cosa, es necesario distinguir la guerra defensiva de la guerra ofensiva, pues ambas se regirán por principios distintos. Así, mientras la primera busca frenar el ataque de otro, pues es lícito repeler la fuerza con a fuerza; la guerra ofensiva busca la satisfacción de las injurias causadas y aumentar la seguridad de la república cuando el enemigo se apresta al ataque<sup>70</sup>. Aunque claramente distinguidas una de otra en el plano teórico, también resulta clara la dificultad en la individualización práctica, puesto que la guerra ofensiva podría ser el complemento circunstancial de la guerra defensiva cuando las circunstancias lo habiliten<sup>71</sup>.

De todos modos, Vitoria concibe la guerra siempre como un instrumento excepcional y nunca como un derecho. No existe en Vitoria en derecho "fundamental" a hacer a la guerra, a lo sumo, existiría una *facultad* o habilitación legal que excluiría su antijuridicidad, pero nunca un derecho subjetivo. Como enseña el Padre "... *ex fine et bono totius orbis. Prosus enim orbis consistere in felici statu non posset, imo esset rerum omnium pessima conditio, si tyranni quidem et ladrones et raptores possent impure iniurias facere et opprimere bonos et innocentes, nec liceret vicissim innocentibus animadvertere innocentes.*"<sup>72</sup>

Después de estudiar la competencia interna en materia de declaración de guerra (que atribuye al Jefe del Estado<sup>73</sup>), Vitoria se dedica al estudio de la tercera cuestión relacionada a la licitud de la guerra: la justas causas. "*Unica est et sola causa iusta inferendi bellum, iniuria accepta*"<sup>74</sup> De esta manera Vitoria limita la guerra a la respuesta contra una ofensa, es decir, como lícita reacción contra una agresión extranjera. Pero la grandeza del jurista dominico puédesse apreciar en la calificación de la agresión: "*no basta una injuria cualquiera para declarar la guerra.* Se prueba. Porque ni aun a los propios súbditos es lícito imponer castigos graves, tales como la muerte, el destierro o la confiscación de sus bienes, por una culpa cualquiera. Y como todas las cosas que en la guerra se hacen son graves y atroces, pues son con matanza, incendios y devastaciones, no es lícito castigar con la guerra por injurias leves a sus autores, porque la dureza de la pena debe ser proporcional<sup>75</sup> a la gravedad del delito"<sup>76</sup> que "conviene examinar con grande diligencia de la justicia"<sup>77</sup>

La guerra vitoriana adquiere de esta manera, las características típicas de la legítima defensa, que además claramente denomina: "guerra defensiva".

Consecuencia, y mérito principal de su desarrollo, es la limitación del instrumento bélico como medio de solución de controversias<sup>78</sup>. La guerra debe evitarse por todos los medios<sup>79</sup>. Es obligación del príncipe evitar la guerra a toda costa, pues éste "*está obligado* a examinar el asunto diligentemente y a oír pacíficamente las razones de la parte contraria, por si puede llegar a algo cierto, bien a su favor, bien en el de otro"<sup>80</sup>

En resumen, pues, la guerra sólo será lícita cuando se verifiquen aditivamente todos los requisitos siguientes:

- i) sea para **defenderse** de una injuria (o ataque);
- ii) que la **injuria sea grave y atroz**;
- iii) la respuesta sea **proporcional** al daño causado;
- iv) se recurra a ella como **última solución**, habiendo fallado los medios pacíficos

<sup>70</sup> *De iure belli*, c. 1, sexta prueba.

<sup>71</sup> véase *infra* n. 52.

<sup>72</sup> "... por el fin y el bien de todo el orbe. Porque de ninguna manera el orbe podría permanecer en un estado feliz, es más, llegaríamos al peor estado de cosas, si los tiranos, los ladrones y los raptores pudiesen impunemente hacer injurias y oprimir a los buenos e inocentes y no fuese lícito a estos últimos repeler sus agresiones y escarmentarlos." *De iure belli*, c. 1, séptima prueba.

<sup>73</sup> *De iure belli*, c. 2, n. 7.

<sup>74</sup> "La única y sola causa justa de hacer la guerra es la injuria recibida." *De iure belli*, c.3, prop. 4.<sup>a</sup>

<sup>75</sup> Por ejemplo en *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I)*, pg. 246.

<sup>76</sup> *De iure belli*, c. 3, n.14.

<sup>77</sup> *De iure belli*, c. 3, n.21.

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, el Pacto de la Sociedad de Naciones, limitaba el recurso a la guerra imponiendo a los miembros el previo sometimiento de los propios diferendos al arreglo judicial, arbitral o al del Consejo de la Sociedad y, sólo en caso de fallar estos podría recurrirse a ella.

<sup>79</sup> Entre varios textos: *De iure belli*, n. 24 y 60.

<sup>80</sup> *De iure belli*, n. 29.

## 10) El Derecho Humanitario en Vitoria<sup>81</sup>

Admitido entonces, que se hubieran verificado estos supuestos se abre la vía al uso de la fuerza.

Sin embargo de llegarse a un tal estadio, no es lícito todo contra el enemigo, pues de la racionalidad del medio y la finalidad en última instancia pacífica de la guerra (ofensiva o defensiva), se extrae la limitación de los medios de guerra. Es decir, que los efectos del estado de “guerra” deben limitarse estrictamente a los objetivos militares y a los combatientes puesto que de atentarse contra civiles, mujeres, niños, etc. la recta intención del instrumento bélico (la defensa) se trunca.

Se evidencia así la definida vertiente humanitaria del maestro salamantino quien antepone el respeto a la persona humana y su dignidad<sup>82</sup> a la necesidad de la guerra: “*quod oportet cavere ne ex ipso sequantur maiora mala quam vitentur per ipsum bellum.*”<sup>83</sup> Así, realizando un neto estudio jurídico, se cuestiona, entre otros temas, si es lícito matar a inocentes como niños y mujeres. Su respuesta no puede ser que negativa: la guerra no la hacen los inocentes y por tanto no deben sufrir ellos las consecuencias; y, además, porque no se habrá de castigar a los buenos por los delitos de los malos.

Otro tema que estudia, es el de la esclavitud que era un instituto vigente en su tiempo<sup>84</sup>. Su posición, en cambio, en fuertemente limitativa. Afirma que sólo podían tomarse por esclavos a sarracenos, pues “por derecho de gentes, parece admitido entre los cristianos que en la guerra entre ellos mismos no se hagan esclavos, sino para exigir rescate por ellos.”<sup>85</sup>

Además de la persona humana, el DIH regula la situación de los bienes, públicos o privados y muebles o inmuebles, durante el estado de conflictualidad. También este tema es estudiado por el Padre Vitoria, con una solución que mantiene grandes similitudes con el derecho vigente en la materia:

- *bienes del estado* enemigo: admite la ocupación a título de indemnización;
- *ciudades enemigas*: admite su saqueo pero sólo por causa de necesidad de guerra;
- *bienes privados de nacionales del estado enemigo*: admite su confiscación, pero sólo por causa de necesidad de guerra;
- *bienes de particulares nacionales de terceros estados situados en territorio enemigo*: no admite su confiscación, con la sola excepción de la necesidad de guerra.

Por último, finalizada la guerra Vitoria admite la posibilidad que sea necesario adoptar ciertas medidas (*sanciones de guerra*) para obtener suficiente indemnización y seguridad futura. Las mismas son evidenciadas por Vitoria, y serían:

- a) ocupar fortalezas, ciudades y partes de territorios enemigos<sup>86</sup>;
- b) imponer multas<sup>87</sup>;
- c) deponer a los príncipes vencidos<sup>88</sup>.

A modo de resumen, se adopta el esquema de Urdanoz<sup>89</sup> sobre el *Ius in Bello* vitoriano, el que se presenta de la siguiente manera:

- a) *fin general de la G.*: el restablecimiento de la justicia y del derecho, cuya violación por el adversario es causa de la guerra;
- b) *fin superior*: la paz (n.18)<sup>90</sup>;
- c) *fin inmediata*: - la defensa de la nación, vidas y bienes de sus miembros (n. 44);
  - recuperar bienes y derechos sustraídos por el adversario (n. 16);
  - reparar los daños inferidos injustamente por el enemigo, resarcándose y compensándose de los bienes del mismo (n. 17);
  - tomar las medidas de seguridad necesarias para obtener una paz estable y evitar el peligro de guerra: destruir fortificaciones enemigas, apoderarse de territorios, armas, rehenes y otras garantías (n. 18);

<sup>81</sup> Principalmente en *De iure belli*, pero también en *De indis* en: p. 3, n. 2.

<sup>82</sup> *V. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I)*, pg. 303.

<sup>83</sup> ... se ha de precaver que de la guerra no se sigan mayores males de los que por ella se hayan de evitar.” *De iure belli*, n. 37.

<sup>84</sup> Sobre este tema puede consultarse un completo estudio en: BARREIRO ZORRILLA (Gastón): *Castilla es mi Corona*. Montevideo, 1992.

<sup>85</sup> *De iure belli*, n. 42.

<sup>86</sup> Como fue el caso de los territorios del Trentino en Italia después de las 2GM.

<sup>87</sup> Como fue el caso de Alemania después de la 1GM.

<sup>88</sup> Como le sucedió al Emperador Hiro-hito del Japón y al Rey Umberto II de Italia (en este último caso, los acuerdos no preveían la deposición de Su Majestad, mas el llamado a un referéndum para definir la forma institucional del Estado).

<sup>89</sup> URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.*, pg. 802.

<sup>90</sup> También en: *De indis*, n. 7.

- el castigo ulterior de la injuria por medio de la imposición de penas correspondientes a la gravedad de los delitos (n. 19);

d) *principio general*: permisión de todas aquellas acciones con daño al enemigo que sean necesarias para conseguir esos fines (pues no implican intrínseca ilicitud).

Lo antedicho por cuanto refiere a los primeros desarrollos de la EEP, correspondientes todos a Francisco de Vitoria.

La EEP continuó dando notables exponentes, como ya se viera<sup>91</sup>, y culmina con la obra de Francisco Suárez, que condensa la totalidad en su *Tractatus...* los logros de todo un siglo. A él su momento.

## B) Francisco Suárez

Francisco Suárez, *Doctor Eximio y Pío* de la Iglesia, nace en Granada en 1548 y a los 16 años entra en la Compañía de Jesús y estudia Teología en Salamanca y Derecho y Filosofía Política.

Es Profesor de Teología en la Universidad de Salamanca y ocupó también diversas Cátedras en Alcalá y Coimbra. y Roma. En 1612 Suárez publica su máxima obra, el *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore* donde presenta una sistematización general del Derecho. Dos años antes, en 1610 Suárez había aceptado la invitación del Nuncio de Su Santidad en Madrid para participar una polémica con el Rey de Inglaterra Jacobo I y el Cardenal Belarmino relativa al poder real y sus relaciones con el poder espiritual. Producto de su intervención en el debate Suárez publica, en 1614, la *Defensio Fidei*. En ella el jesuita ofrece solución al problema de las relaciones entre ambos poderes y desarrolla la teoría del poder indirecto del Papa, echando a tierra la posición protestante.

Como se ha afirmado “[E]l pensamiento político de Suárez expresa la continuidad de una tradición integralmente católica. Aunque sus ideas están lejos de recibir el asentimiento de todos los católicos, corresponden a la orientación fundamental de una Iglesia romana en plena renovación, cuyas posiciones conservan una importancia capital.”<sup>92</sup>

Francisco Suárez muere en Lisboa en 1617.

### 1) La filosofía suareciana del DG

La concepción romana del derecho efectuaba una bipartición general del derecho: el derecho civil y derecho natural. El derecho civil como el sancionado por los hombres, y el derecho natural, que subdividía en aquel aplicable a todos los seres animados (*lex naturalem communem*<sup>93</sup> o ley natural común) y la ley natural propia de los hombres (*ius gentium*<sup>94</sup> o Derecho de Gentes). En la concepción romana por tanto, el DG era parte integrante<sup>95</sup> del derecho natural romano.

Suárez inicia su estudio del DG aceptando en principio esta concepción, pero entendiéndola en su justo sentido, es por ello realiza algunas precisiones. Enseña Suárez que mientras el derecho natural, en su verdadera acepción, está escrito en el corazón de los hombres y se conoce mediante un simple acto intelectual, el DG no se conoce así simplemente sino que surge de un complicado proceso de deducciones<sup>96</sup>, ya que, de lo contrario se calificaría como DG a institutos ajenos a este, como la propiedad privada, la esclavitud y otras. En cambio, explica Suárez, el DG no se deduce tan directamente ni se aplica como necesidad cuando ha sido razonado e introducido libre y voluntariamente por los hombres en toda comunidad humana. En otras palabras: el Padre Suárez determina el objeto del Derecho Internacional Público al enseñarnos que el DG surge solamente en virtud de la razón natural, pero que “no es aplicable a los hombres absolutamente considerados sino en cuanto integrado en alguna sociedad humana. Por eso se diferenciaría del derecho natural primario en cuanto que es una especie de derecho natural secundario que llamamos derecho de gentes.”<sup>97</sup> (*De Legibus*, L.II 13-20, C. XVIII, 3). En otras palabras, el DG es una derivación del derecho natural.

<sup>91</sup> V. supra pg. 3.

<sup>92</sup> TOUCHARD (Jean): *Historia de las ideas políticas*, pg. 236. Madrid, 1999.

<sup>93</sup> “Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non solum humani generis proprium est, sed omnium animalium quæ in terra marique nascuntur, avium quoque commune est” Inst 1, 2, pr.

<sup>94</sup> “Ius gentium est quo gestes humanæ utuntur.” Dig. 1, 1, 1, 4.

<sup>95</sup> Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur”: Dig. 1, 1, 9.

<sup>96</sup> *De Legibus* L. IV (II 13-20) c. XVII, n. 8.

<sup>97</sup> “ius haberi ex vi solius rationis naturalis; tamen non convenire hominibus absolute spectatis, sed ut congregationis in aliqua societate humana; et ideo distingui a primario iure naturali tanquam senuadarium vocarique ius gentium.” [*De Legibus*, L.IV (II-13-20), c. XVIII, n. 3]

La contradicción con Vitoria es sólo aparente pues al derecho natural secundario, o sea el DG, no se llega por acto creador, sino por un acto de la razón, un acto de descubrimiento. Ese proceso de “llegar” ha de ser el verdadero sentido de la expresión “*el derecho de gentes surge en virtud de la razón natural*”. En este bien entendido puede seguirse que si bien en muchas cosas el derecho natural y el de gentes coinciden “se dan diferencias formales y específicas entre ellos. *Coinciden*, en primer término, en que ambos derechos son de algún modo comunes a todos los hombres [...] En segundo lugar, coinciden en que, del mismo modo que el contenido del derecho de gentes es aplicable a los hombres solamente (en tanto que comunidad), así también el derecho natural, en su totalidad o en su mayor parte, es peculiar de los hombres [...] La tercera coincidencia entre el derecho de gentes y el natural consiste en que los dos contienen prohibiciones y concesiones o permisiones<sup>98</sup>... Por otra parte, el derecho de gentes *difiere del natural*, primero y principalmente, en que la obligación de cumplir sus mandatos, por lo que a los preceptos afirmativos se refiere, no deriva únicamente de la naturaleza del objeto a través de un proceso de conclusiones deducidas evidentemente de principios naturales. Todo lo que cumple esas conclusiones es derecho natural... De igual modo, los preceptos negativos del derecho de gentes no prohíben un acto por ser esencialmente malo, pues estas prohibiciones son también meramente naturales. Por tanto, desde el punto de vista de la razón humana, el derecho de gentes no es sólo indicativo de lo que es malo, sino constitutivo del malo.<sup>99</sup> Así no se prohíbe un acto malo por ser un acto malo, sino que al prohibirlo hace que sea malo... Por consiguiente... el derecho de gentes no puede ser tan inmutable<sup>100</sup> como el natural. Porque la inmutabilidad nace de la necesidad. Y lo que no tiene igual grado de necesidad, tampoco puede tener igual grado de inmutabilidad”.<sup>101</sup>

La extensión de la cita permite demostrar la independencia del DG del derecho natural y su carácter obligatorio. Es lícito entonces afirmar que mientras el derecho natural no puede dejar de ser obedecido más que por error, el DG puede dejar de ser obedecido por la sola voluntad humana. De esta manera, el DG evidencia la debilidad propia de toda norma humana: la posibilidad de su incumplimiento y la consecuente<sup>102</sup> necesidad del elemento coactivo. “*Ius autem gentium non semper omnibus sed regulariter et fere omnibus commune est, ut Isidorus loquitur.*”<sup>103</sup>. De esta manera, Padre Suárez, funda el DG en el jusnaturalismo, pero, a la vez, separado del derecho natural.

## 2) El fundamento del Derecho de Gentes

Así como el Derecho tiene su fuente en la natural sociabilidad humana (*ubi societas ibi ius*), también el DG –que es parte del Derecho todo– tiene su *ratio* en la sociabilidad. Como enseña el propio Suárez “*humanun genus, quantumvis in varios populos et regan divisum, semper habet aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturalæ praeceptum mutui amoris et misericordiæ quod ad omnes extenditur, etiam extraneo et cuiuscumque nationis. Quapropter, licet unaquæque civitas perfecta, respublica aut regnum, sit in se communitas perfecta et suis membris constatans, nihilominus universi, prout ad genus humanum spectat. Numquam enim illæ communitates adeo sunt sibi sufficientes sigillatim, quin indigeant aliquo mutuo iuvamine et societate ac communicationes, interdum vero etiam ob moralem necessitatem et indigentiam, ut ex ipso usu constat.*”<sup>104</sup> <sup>105</sup>

<sup>98</sup> Pues en el DIP encontramos tanto normas permisivas, en el sentido de impositivas de una conducta, como prohibitivas, en el sentido de abstención.

<sup>99</sup> Así el deber de no intervención no es *per se* malo si se lo entiende materialmente como un consejo; la maldad de la conducta es constitutiva, se crea positivamente por la voluntad legislativa expresada en la norma, para imponer un límite a la actividad de otros estados respecto de sus pares y lograr así un *minimum* de protección a la actividad estatal.

<sup>100</sup> La mutabilidad del DIP ya convencional ya consuetudinaria es un dato de la realidad y un hecho pacíficamente aceptado por la doctrina. Así por ejemplo: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I)*, pg. 276.

<sup>101</sup> *De Legibus*, L. II, c. XIX, n. 2.

<sup>102</sup> Sobre la accesoriadad de la coacción a la norma, puede consultarse un excelente estudio de MESSINEO. V. MESSINEO, A.: *Il Diritto Internazionale nella Dottrina Cattolica*. Roma, 1944.

<sup>103</sup> *De Legibus*, L. II, c. XIX, n. 2.

<sup>104</sup> “el género humano, aunque de hecho está dividido en pueblos y reinos, mantiene, sin embargo, en todo momento una cierta unidad, no ya sólo la específica [de toda la raza humana], sino cuasi política y moral como lo indica el precepto natural de la solidaridad y ayuda que se extiende a todos, incluso extranjeros y de cualquier nación. Por lo cual, aunque un Estado -monarquía o república- sea naturalmente comunidad perfecta y esté dotada de sus propios elementos constitutivos, sin embargo, cualquiera de los Estados es también, en algún sentido y en relación con el género humano, un miembro de esta comunidad universal. Porque estos Estados, aisladamente considerados, nunca gozan de autonomía tan absoluta que no precisen de alguna ayuda, asociación y común intercambios, unas veces para su mayor bienestar, progreso y desarrollo y otras incluso por verdadera necesidad moral y a falta de medios, como demuestra la experiencia misma.”

<sup>105</sup> *De Legibus*, t. II, c. XIX, n. 9.

Los hombres pueden dividirse o asociarse, según como se entienda el asunto, en organizaciones políticas de mayor o menor grandeza, pero mantienen siempre una cierta unidad, la propia de los hombres como cuerpo moral (humanidad) y la unidad como cuerpo político (comunidad). Así, pues como las personas se asocian entre sí, también los Estados tienden a asociarse y a establecer lazos de amistad entre ellos, creando de esta manera esa suerte de comunicación o relación, que hoy llamamos exterior.

Suárez fundamenta el derecho internacional a partir de algunas conclusiones a las que ha arribado durante su estudio. Afirma que el DG es:

- i) un dato empírico: pues la humanidad se ha dividido en varias comunidades particulares;
- ii) un hecho de la naturaleza: pues aunque dividida, la humanidad conserva siempre una cierta unidad: política y moral, constituyendo a la vez que varias comunidades particulares, una comunidad universal, una *hominum communitate*; y que cada una de esas comunidades particulares por necesidad o utilidad se ha dado particularmente un derecho para sí que las rige;
- iii) el derecho de esa comunidad internacional.

Como el mismo Suárez afirma: "*nihilhominus ut illæ communitates sese mutuo iuvare et inter se in iustitia et pace conservari possent (quod ad bonum universi necessarium erat), oportuit ut aliqua communia iura quasi communi fœdere et consensione inter se observarent, et hæc sunt quæ appellantur iura gentium, quæ magis traditione et consuetudine quam constitutione aliqua introducta sunt, ut diximus.*"<sup>106</sup> "Nace así el DG en su moderna acepción como aquél derecho común a la comunidad internacional la que, bien por necesidad bien por utilidad, se ha dado para regir las relaciones entre sus miembros y que está constituido principalmente por normas consuetudinarias, aunque también por convencionales.

### 3) La costumbre y los principios generales de derecho como fuente del DG

En lo relativo a las fuentes del DG la solución actualmente adoptada (art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) no varía de la ofrecida por *Patrem Suarez* y por la EEP hace cuatrocientos años.

Nos enseña que la fuente principal<sup>107</sup> del DG es la costumbre<sup>108</sup> por oposición a lo que para en los derechos de los estados (el así llamado Derecho Civil *lato sensu*), donde este primado lo ocupa la ley.

Un aspecto por demás relevante en la teoría de la costumbre jurídica internacional es el carácter de la *generalidad*<sup>109</sup>, sancionada la Corte Permanente de Justicia Internacional<sup>110</sup>. Esta misma generalidad, que se traduce en la no necesaria aceptación de una práctica por todos los Estados, es evidenciada por el Padre Suárez justamente al decir que basta que una costumbre sea aceptada por "casi todas las naciones". La explicación la ofrece el mismo Suárez: "*no hay que pasar por alto con ligereza la partícula casi. Con ella se indica que no se da en este derecho una necesidad absolutamente intrínseca y natural; y que tampoco es preciso que sea común absolutamente a todas las naciones, incluso prescindiendo de ignorancias y errores; es suficiente que hagan uso de él casi todas las naciones bien organizadas.*"<sup>111</sup>

La otra fuente a la que dedica un estudio particular son los principios generales de derecho, como aquellos inferidos de la práctica estatal, es decir: "una ley que cada uno de los Estados o reinos cumple dentro de su territorio, pero que se llama derecho de gentes por ser comparables y coincidir las naciones en su reconocimiento."<sup>112</sup> Estos principios, que el maestro llama segunda clase de DG, comprenden "ciertos preceptos, formas y modos de vida que intrínseca y directamente no dicen relación a todos lo hombres... Los establece cada Estado a través de un proceso jurisdiccional y de acuerdo con los procedimientos constitucionales. Sin embargo son de tal naturaleza, que casi todas las naciones coinciden en la práctica de semejantes usos o leyes, llegando a veces a cierto paralelismo con el ordenamiento global y otras casi hasta en sus normas".<sup>113</sup>

<sup>106</sup> "Pero para que éstos (los hombres) pudieran ayudarse mutuamente y conservar la paz y la justicia en sus mutuas relaciones (que es esencial para el bienestar universal de todos los pueblos) fue conveniente que en sus mutuas relaciones pusieran en vigor como por acuerdo y común consentimiento algunas leyes comunes. Es por ello que se llama derecho de gentes, que ha sido instituido por costumbre y tradición más que por decretos positivos expresos, como ya hemos dicho." *De Legibus, Additiones...* 3.

<sup>107</sup> *De Legibus, Additiones...* 3.

<sup>108</sup> Además, puede consultarse al final del tomo, las *Additiones Suarecii ad Ius Gentium*, n. 4.

<sup>109</sup> Como había ya sostenido San Isidoro de SEVILLA en: *Libri Etymologiarum sive originum* libri XX lib. 5, cap. 4.

<sup>110</sup> PCIJ, asunto del Lotus. (Serie "A", n. 10).

<sup>111</sup> *De Legibus*, l. II, c. XIX, n. 6.

<sup>112</sup> *De Legibus*, l. II, c. XIX, n. 8.

<sup>113</sup> *De Legibus*, l. II, c. XIX, n. 10.

A diferencia de la costumbre, donde el elemento de la generalidad supera el voluntarismo estatal, en esta segunda clase de DG (es decir los principios generales de derecho) al haber sido creados por cada reino o Estado, “puede cambiarlo un reino o Estado particular para su propio territorio nacional.”<sup>114</sup> De esta manera “aquella ley, en cuanto está vigente en ese Estado es sin más e intrínsecamente (por así decir) puro derecho civil, y lo llamamos derecho de gentes únicamente por comparación y paralelismo con los ordenamientos de otros Estados; o porque son leyes tan próximas al derecho natural, que dan origen, en consecuencia, a que se las considere universales para todas o casi todas las naciones. Pero de suyo y en cuanto está vigente en cada uno de los Estados, ese derecho de gentes depende de las particularidades, autoridad y costumbres de cada pueblo considerado individualmente y con independencia de las demás naciones.”<sup>115</sup>

Es decir, que en la concepción suareciana el DG se integra con la costumbre como elemento central, surgida del consenso general, por los acuerdos (como ya viéramos con Vitoria), y por los principios generales de derecho como elemento secundario pero, y a la vez, informantes de aquel. Teoría de las fuentes del DIP actual.

#### 4) La Comunidad Internacional en la concepción suareciana.

Como ya hemos afirmado, la sociabilidad es un elemento común en la persona que en los estados. Suárez sus *Addiciones ad Ius Gentium* explicando que dos pueden ser las acepciones de “Comunidad Internacional”. Una, como un simple aglomerado de hombres sin ningún orden ni unión física o moral, no formando un todo ni física ni moralmente, los que “no forman, propiamente hablando, un cuerpo político”<sup>116</sup>. El otro sentido, es el sentido propio de Comunidad Internacional como “*corpus politicum*”, en el que los hombres “*quatenus speciali voluntate seu communi consensu in unum corpus politicum congregatur uno societatis vinculo et ut mutuo se iuvent in ordine ad unum finem politicum, quomodo efficiunt unum corpus mysticum, quod moraliter dici potest per se unum; illudque consequenter indiget uno capite.*”<sup>117</sup>

Suárez concibe la CI como un cuerpo político y moral de hombres que, aunque dividido en varios estados, conserva siempre una cierta unidad política y moral. Le jesuita expresa que la unidad, o mejor dicho la división del cuerpo político-moral, es de tipo parcial. La humanidad no está totalmente dividida en comunidades “estancas”, y la misma no se ha operado por una razón natural (la sociabilidad) pero tampoco ha logrado unirse totalmente en una comunidad internacional perfecta existiendo, ya en el s. XVII cuanto en el XXI, comunidades políticas menores “*nam licet universitas hominum non fuerit congregata in unum corpus politicum, sed in varias communitates divisa fuerit.*”<sup>118</sup>

La CI concebida por *Patrem Suárez*, que sigue los lineamientos de la CI de la EEP, supone que el poder de cada miembro no es absoluto, sino limitado al común bien. La soberanía no es absoluta o ilimitada sino al contrario porque en un todo orgánico internacional el miembro tiene que limitarse para que pueda existir la comunidad, como ya enseñara Vitoria. En otras palabras, la EEP reconoce una soberanía estatal que no absoluta, sino con atributos que corresponden a la CI en sí misma.

#### 5) Caracteres del IG suareciano

“El *ius gentium* deriva del consentimiento virtual de todo el orbe, aunque no haya sido formalmente convenido. Comprende el conjunto de normas jurídicas introducidas en el curso de la historia por la práctica continuada de las naciones, en cuanto miembros de la comunidad.”<sup>119</sup>

Se caracteriza por ser:

- **jurídico**, pues regula las relaciones entre pueblos (*ius inter gentes*) pero también entre individuos de diferentes pueblos (*inter homines*). En este último sentido no es exagerado decir que Suárez refiere a lo que hoy conocemos como Derecho Internacional Privado<sup>120</sup>;

<sup>114</sup> *De Legibus*, I. II, c. XX, n. 7.

<sup>115</sup> *De Legibus*, I. II, c. XX, n. 7.

<sup>116</sup> *De Legibus*, I. II, *Additiones Suarecii ad Ius Gentium*, 1.

<sup>117</sup> “se integran en un solo cuerpo por medio de un vínculo social “para ayudarse mutuamente en orden a un fin político; de este modo, forman un solo cuerpo “místico” que puede llamarse uno en sentido moral.” *De Legibus*, I. II, *Additiones...* 1

<sup>118</sup> “La totalidad de los hombres no ha llegado a integrarse en un solo cuerpo político, sino que más bien se ha dividido en varios Estados.” *Additiones...* 1.

<sup>119</sup> PEREÑA (Luciano): *La génesis suareciana en el ius gentium* en: “SUAREZ (Francisco): *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore (II 13-20) de iure gentium... Estudio Preliminar*, pg. XXV. Madrid, 1973.

<sup>120</sup> Vitoria ya había distinguido el derecho entre naciones y entre personas de distintas naciones (como oportunamente viéramos). Suárez, en cambio, adopta una visión universalista del derecho internacional.

- obligatorio, pues crea vínculos que deben ser respetados;
- positivo<sup>121</sup>, pues ha sido sancionado mediante el consentimiento de todos los pueblos, *ex communi consensu omnium gentium et nationem*, mediante leyes o costumbres, y;
- universal pues es aplicable a toda la humanidad.

#### IV. ELENCO DE LAS PRINCIPALES MATERIAS DE DG ESTUDIADAS POR LA EEP<sup>122</sup>

En las páginas que anteceden nos hemos detenido en las cuestiones fundamentales del Derecho Internacional Público: su esencia, su fundamento, y su fuentes, así como otras importantes consideraciones como el derecho bélico y el humanitario.

Además de estas cuestiones fundamentales, la EEP dedicó sus páginas al estudio sistemático de las materias que actualmente componen la currícula general y particular del DIP.

En una mención meramente enunciativa, hay que recordar: el principio general de la libertad<sup>123</sup>; la libertad de comunicación<sup>124</sup>; la libertad de navegación, de los mares y de pesca<sup>125</sup>; la libertad de comercio<sup>126</sup>; los institutos democráticos de gobierno directo<sup>127</sup>, el sufragio<sup>128</sup>; los deberes de los Estados para con los extranjeros<sup>129</sup>; los modos de adquisición del dominio territorial del Estado<sup>130</sup>; la Pacta sunt servanda<sup>131</sup>; la autodeterminación<sup>132</sup>; la solución pacífica de controversias<sup>133</sup>; la obediencia debida y la objeción de conciencia contra ordenes injustas<sup>134</sup>; la nacionalidad y sus formas de adquisición<sup>135</sup>; el domicilio como ley regulatoria de la relación jurídica<sup>136</sup>; la administración colonial<sup>137</sup>; y las normas imperativas de derecho internacional<sup>138</sup>.

También la libertad de celebrar tratados y de su objeto lícito<sup>139</sup>; el arbitraje y mediación<sup>140</sup>; en Derecho humanitario: la esclavitud<sup>141</sup>; y la postliminio<sup>142</sup>. La prohibición de la guerra como práctica<sup>143</sup>; y los supuestos de su licitud<sup>144</sup>; la prohibición de atacar al enemigo en tiempos de tregua<sup>145</sup>; la legítima defensa<sup>146</sup>. Y en materia de Derecho diplomático el derecho de legación<sup>147</sup>; y la inmunidad de los embajadores<sup>148</sup>.

<sup>121</sup> En lo que se aparta de Vitoria, pues según éste el DG deriva del Derecho Natural.

<sup>122</sup> Como nos propusiéramos al inicio del presente, sólo se reportan los propios a los autores estudiados.

<sup>123</sup> *De indis*, p. 3, n. 2.

<sup>124</sup> *De indis*, p. 3, n. 2. En la jurisprudencia contemporánea, por ejemplo: *Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Reports 1996 (I)*, pg. 803 en adelante.

<sup>125</sup> *De indis*, p. 3, n. 2 y 4.

<sup>126</sup> *De indis*, p. 3, n. 3.

<sup>127</sup> *De indis*, p. 2, n.16.

<sup>128</sup> *De indis*, p. 2, n.2.

<sup>129</sup> *De indis*, p. 3, n.2, conclusión 1<sup>ra</sup>.

<sup>130</sup> *De indis*, p. 3, n. 2.

<sup>131</sup> *De potestate civile*, n. 21 y *Tractatus...* L. II, c. XVIII, 5 y c. XIX, n. 7 y 8.

<sup>132</sup> *De indis*, p. 2, n. 16.

<sup>133</sup> *De iure belli*, n. 29.

<sup>134</sup> *De iure belli*, n. 24.

<sup>135</sup> *De indis*, p. 3, n. 5.

<sup>136</sup> *De indis*, p. 3, n. 5.

<sup>137</sup> *De iure belli*, n. 15 y 16.

<sup>138</sup> *De potestate civile*, n. 21.

<sup>139</sup> *Tractatus...* L. II, c. XIX, n. 7.

<sup>140</sup> *Tractatus...* L. II, c. XIX, n. 8.

<sup>141</sup> *Tractatus...* L. II, c. XIX, n. 8.

<sup>142</sup> *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5.

<sup>143</sup> *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5.

<sup>144</sup> *Tratatus...* L. II, c. XIX, n. 8.

<sup>145</sup> *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5.

<sup>146</sup> *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5.

<sup>147</sup> *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5 y c. XIX, n. 7.

<sup>148</sup> *Tratatus...* L. II, c. XVIII, 5 y c. XIX, n. 7.

## V. SÍNTESIS Y PROYECCIÓN

### A) Síntesis

Al llegar al final de este estudio podemos concluir en el determinante aporte de la Escuela Española de la Paz a la evolución del Derecho de gentes y al desarrollo del moderno Derecho Internacional Público.

Su primer exponente, el dominico Fray Francisco de Vitoria, inicia una corriente de pensamiento que, progresivamente, irá independizando el DG/DIP de sus aspectos teológicos y, en la medida de su exceso, del Derecho Natural a un plano más *puro*, para usar una palabra cara a los positivistas. Carácter determinante de los aportes vitorianos al DG que permiten a no pocos estudiosos reconocer en Vitoria al verdadero fundador DIP<sup>149</sup>. Será sin embargo la Escuela por él iniciada la que, a lo largo de poco más de cien años, desarrolle el DIP como unidad sistemática y con independencia de objeto. El pensamiento de la EEP constituye la cúspide del pensamiento iusnaturalista evolucionado desde los primeros tiempos de nuestra era. Vitoria, en dos magnos estudios, analiza las reglas fundamentales que deben regir entre las naciones en tiempos de paz y en tiempos de guerra, y desarrolla un sistema en donde la persona humana y su dignidad constituyen el centro y fin último del sistema de derecho (Principio de humanidad) y donde la libertad constituye una situación de principio frente a la intervención estatal (Principio de subsidiariedad).

Asimismo, la EEP tiene el mérito de ser la primera en entender al DIP en su actual concepción, no como derecho interestatal (de relaciones entre Estados como centros aislados de poder) sino como un derecho comunitario (de la comunidad internacional, como entidad diversa de la sus miembros integrantes).

El DIP para la EEP no es una enunciación deontológica descubierta puramente por la razón vaya uno a saber de donde, sino y justamente lo contrario, basado en hechos de la realidad y en principios naturales, vivos, actuales y universales existentes en el seno de la comunidad internacional. La vida internacional, como la creación misma, tiene un orden, y la labor del jurista será deducir de la conducta natural, auxiliado por los postulados generales de la razón, las normas que han de regirla.

### B) Proyección

La evolución del pensamiento iuspublicista a la luz de los avances de la EEP se presenta de manera espiral: habiendo surgido inspirada por consideraciones de orden axiológico, habiendo atravesado luego una etapa de pseudopurificación principalmente durante el s. XX. En la actualidad, y a partir de los la segunda mitad del siglo pasado, el DIP de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia ha vuelto sobre sus pasos y ha reconocido la existencia de ciertos elementos que interesan a la comunidad internacional como un todo y que exceden a la decisión singular de un miembro, como por ejemplo la protección de los Derechos humanos, el respeto del medioambiente. Las conquistas de los últimos decenios del siglo pasado, como la descolonización, el reconocimiento de la necesidad de proteger ciertos valores fundamentales para la salvaguardia de la comunidad internacional en su conjunto, los principios generales del moderno Derecho del Mar, la protección de la persona humana en tiempo de conflicto armado son todos corolarios del *Totus orbis* vitoriano,

Nos auguramos que los derechos internos sepan seguir la justa vía evolucionada del DIP y retomen los caminos iniciales.

<sup>149</sup> Se coincide por tanto con PEREÑA al afirmar que "Grocio aparece como sucesor de Suárez, aprovechándose de sus trabajos y de sus concepciones. El más ligero examen de esas obras bastará para probar que no sólo la piedra fundamental, sino los materiales de todo el sistema de Grocio le fueron proporcionados por los grandes maestros entre los que se encuentra Suárez. Es poco o nada lo nuevo en su tratado general sobre el derecho internacional, concluye T. A. Walter (*A history of the Law of Nations*, p. 330). Su sistema es fundamentalmente idéntico a la idea señalada por Suárez. Un análisis más interno del *ius gentium* ha llevado a J. Larequi (*Influencia suareciana en la filosofía de Grocio*, p. 11-44) a detectar más exactamente la influencia suareciana en la filosofía de Grocio. Existe un absoluto paralelismo ideológico y a veces hasta literal ente las fórmulas de Grocio y los textos de Suárez al definir la sociabilidad natural de los Estados (*De iure belli ac pacis*, prolegomena, n. 22 = *De Legibus* II, XIX, 9), necesidad de un derecho de gentes (*De iure belli ac pacis*, prolegomena, n. 23 = *De legibus* II, XIX, 9), su fin en la utilidad de la comunidad internacional, carácter consuetudinario del derecho de gentes (*De iure belli ac pacis*, prolegomena, n. 2; 48; 40 = *De legibus* II, XIX, 7; XIX, 9; III, II, 6) y la evolución del derecho internacional (*De iure belli ac pacis* I, XIV, 1; II, VIII, 1, 2; II, III, 5,1 = *De legibus* II, XIX, 2; II, XIX, 19; II, XX, 7)" PEREÑA (Luciano): *La génesis suareciana en el ius gentium* en: "SUÁREZ (Francisco): *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore t. IV (II 13-20) de iure gentium... Estudio Preliminar*, pg. LXX. Madrid, 1973.



---

# LAS DIFICULTADES QUE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL ENCUENTRA PARA CODIFICAR UN TEMA CONTROVERTIDO: LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS \*

**MARÍA ISABEL TORRES CAZORLA**

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga (España).

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. OBSTÁCULOS EXISTENTES PARA LOGRAR LA CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL TEMA. III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ES POSIBLE LLEVAR A CABO LA CODIFICACIÓN Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DE ESTA MATERIA?

## I. INTRODUCCIÓN <sup>1</sup>

El análisis de los actos unilaterales de los Estados constituye una cuestión clásica del Derecho Internacional, sobre la que existen múltiples luces y sombras, a las que este ordenamiento aún no ha sabido dar una respuesta. La definición de qué se entienda por acto unilateral, cuáles son los rasgos de los que habrán de estar dotados los mismos, las diversas clases de actos de esta índole, así como las posibilidades de que se puedan dar por terminados, suspenderse o anularse, son múltiples interrogantes que surgen a la hora de estudiar esta figura. Mi interés por este tema se incentivó, sin duda, gracias a la oportunidad que se me brindó de asistir el verano de 2000 al Seminario de Derecho Internacional, que se organiza cada año coincidiendo con el segundo período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional; la conferencia que nos ofreció en julio de 2000 a los participantes en el Seminario el Relator Especial de la CDI nombrado al efecto para estudiar los actos unilaterales de los Estados (V. Rodríguez Cedeño), planteó la diversidad de interrogantes que se encuentran abiertos, llamando la atención sobre los campos de investigación que se suscitaban a nuestro paso. Desde luego, el hecho de que la CDI se encuentre en la actualidad ocupándose del estudio de los actos unilaterales de los Estados, ha sido un factor que ha contribuido positivamente a que me continuase dedicando al estudio de esta cuestión, inclusive colaborando activamente durante los últimos dos años. Especialmente en este Seminario, donde se me ofreció la oportunidad de coordinar un grupo de trabajo sobre actos unilaterales en el pasado período de sesiones (julio de 2003), tratando de conseguir práctica estatal, labor que después continué desde mi Universidad –Málaga, España- y que he desarrollado igualmente en el actual período de sesiones. Vaya desde aquí mi más sincero agradecimiento a todos los que me han permitido estar esta tarde con ustedes, hablándoles de un tema sin duda alguna muy complejo, y para el que existen personas mucho más capacitadas que yo, entre las que destacamos el mismísimo Relator Especial. Es para mí un honor, además de una enorme responsabilidad, compartir el plantel de insignes profesores, miembros de la CDI en su gran mayoría, con los que ustedes van a tener la posibilidad de discutir sobre los diversos temas que la Comisión está abordando en este período de sesiones.

\* El presente texto trata de reflejar buena parte de la conferencia que su autora impartió en el Seminario de Derecho Internacional celebrado en Naciones Unidas (Ginebra) en julio de 2004.

<sup>1</sup> Desde estas líneas, su autora agradece al Director del Seminario, sr. D. Ulrich von Blumenthal, así como al Relator Especial, sr. D. Víctor Rodríguez Cedeño, la oportunidad que se le brindó de dialogar en el marco del Seminario, coincidiendo con el debate en la Comisión de Derecho Internacional, acerca de un tema sin duda controvertido, pero también apasionante, como es la cuestión de los actos unilaterales de los Estados. Igualmente, quisiera mostrar su agradecimiento al profesor D. Pablo Sandonato de León, participante en dicha sesión del Seminario, por el interés mostrado en que se divulgase esta conferencia.

Cualquier aproximación a los actos unilaterales guarda relación directa con uno de los problemas ya señalados por el Relator Especial, que además encuentra su reflejo en los siete informes presentados por el mismo hasta el momento, y cuyo contenido explicaremos después. El estudio de los actos unilaterales encierra una enorme contradicción: a pesar de que resulta claro que los Estados realizan en el día a día una multiplicidad ingente de manifestaciones de las que se desprenden consecuencias jurídicas para los mismos, las posibilidades que para el internacionalista existen de conocer dichas manifestaciones son limitadas. A diferencia de lo que sucede con los tratados internacionales, cuya publicidad se garantiza al existir un depositario de los mismos, así como el Registro de Naciones Unidas, los actos unilaterales gozan de unos caracteres diametralmente opuestos. Aquí, verdaderamente, es donde radica uno de los grandes obstáculos con los que la codificación y el desarrollo progresivo han tropezado, y que han sido puestos de relieve por alguno de los miembros de la Comisión: la escasez de práctica recogida por el Relator Especial en sus primeros informes constituyó un dato sintomático de las dificultades existentes para acceder a la misma. Ello explica las enormes diferencias que se observan entre los cinco primeros informes, en los que la práctica era muy escasa, la oscilación y el cambio de perspectiva mostrado en el sexto informe –en que el Relator se vio forzado por las circunstancias a cambiar drásticamente de metodología y abordar una categoría de actos unilaterales: los de reconocimiento– y el cambio rotundo que se observa en el séptimo informe, donde la fundamentación práctica es la esencia.

Estos cambios metodológicos obedecen al intento del Relator Especial por seguir las pautas que la Comisión le ha venido marcando. Si bien en un primer momento los informes primero a quinto planteaban tanto un intento de definición, como una serie de proyectos de artículos, que en ocasiones seguían bastante de cerca las disposiciones del Convenio de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, esta labor se ha visto drásticamente truncada en los dos últimos informes por un cambio de perspectiva. Y el observador se preguntará: ¿dónde va la Comisión respecto al tratamiento de este tema? El avance en el camino está plagado de múltiples obstáculos, entre los que destacaremos tres: las posiciones enfrentadas en el seno de la propia Comisión, el desinterés estatal por codificar el tema, y en tercer y último lugar, las dificultades para lograr una definición de acto unilateral operativa que permita su calificación, clasificación y codificación. A estos tres puntos me referiré a lo largo de esta exposición, finalizando con unas pequeñas conclusiones.

## II. OBSTÁCULOS EXISTENTES PARA LOGRAR LA CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL TEMA

### A) Las posiciones enfrentadas en el seno de la propia Comisión

Si bien ha sido en 1996 cuando la CDI ha comenzado el estudio del tema de los actos unilaterales de los Estados, mediante su inclusión en la agenda, bajo los auspicios de la Asamblea General, debe destacarse que esta cuestión no es totalmente novedosa. Ya se había planteado, de la mano del proceso codificador del derecho de los tratados, la posibilidad de que esta materia fuese objeto de estudio por la Comisión. Así, a comienzos de la década de los setenta, la C.D.I. consideró los actos unilaterales de los Estados como una materia susceptible de ser estudiada, teniendo en cuenta los múltiples interrogantes existentes sobre la misma<sup>2</sup>. Esta sería una poderosa razón que justificaba la siguiente afirmación: «La labor de la Comisión en esta esfera podría así proporcionar, o llegar a proporcionar, cierto esclarecimiento autorizado en esta rama del derecho, independientemente de la condición formal del texto. El tema de los actos unilaterales parece ser, en todo caso, lo bastante importante como para merecer la atención de la Comisión en lo futuro, sea cual sea la forma precisa que finalmente se elija para su codificación»<sup>3</sup>. Pero el futuro al que hacía referencia la Comisión hubo de postergarse varias décadas, dándose prioridad a otros trabajos, alcanzando muchos de ellos un altísimo grado de aceptación por parte de los Estados: derecho de los tratados, o el derecho diplomático y consular, entre los más relevantes.

¿Cuáles han sido los grandes hitos que han marcado la evolución de este tema una vez que la C.D.I. ha asumido la necesidad de su tratamiento? De forma general, destacamos los siguientes:

<sup>2</sup> Ciertamente, parecía que nada estaba claro respecto de este tema; así, se señalaba que «en lo que respecta al alcance y significación de los actos unilaterales, ha habido considerables polémicas entre los autores, y no puede decirse que se haya llegado a ningún consenso amplio, ni sobre su definición ni sobre su lugar exacto en el funcionamiento del derecho internacional». Véase *Anuario de la C.D.I.*, 1971, vol. II, 2ª parte, p. 63.

<sup>3</sup> *Anuario de la C.D.I.*, 1971, vol. II, 2ª parte, p. 64.

-El Primer Informe sobre los actos unilaterales de los Estados, presentado por el sr. Relator Especial nombrado al efecto, el sr. Rodríguez Cedeño, en marzo de 1998, era un documento general, en el que se pretendieron aclarar algunas cuestiones que, sin embargo, han vuelto a ponerse sobre la mesa en los últimos años: la determinación de los actos unilaterales que se han de considerar o no relevantes para el estudio emprendido por la Comisión, así como sus caracteres esenciales<sup>4</sup>.

-El Segundo Informe presentado por el Relator Especial en abril de 1999 es un texto bastante más osado, aunque igualmente general, puesto que el mismo contempla una serie de proyectos de artículos con comentarios, partiendo de una definición operativa, que en buena parte ya había sido dibujada en el primer informe<sup>5</sup>. En este segundo informe se simplificó dicha definición, entendiéndose por acto jurídico (declaración) unilateral la manifestación autónoma inequívoca de voluntad formulada públicamente por uno o varios Estados, en relación con otro u otros Estados, con la comunidad internacional en general o una organización internacional, con la intención de adquirir obligaciones jurídicas en el plano internacional<sup>6</sup>. Los problemas que impedían lograr una definición operativa con la que la Comisión estuviera de acuerdo llevaron consigo la constitución de un Grupo de Trabajo, presidido por el propio Relator Especial, que el 14 de julio de 1999 presentó su Informe<sup>7</sup>.

Durante las discusiones en la Comisión durante ese verano de 1999 salieron a relucir diversas cuestiones que conforman aún la problemática esencial de los actos unilaterales y la manera de abordar su estudio: una óptica amplia que dejase a un lado la noción de autonomía de la que hablaba el Relator Especial (opinión de PELLET)<sup>8</sup>, frente a otra opinión tendente a restringir algunos de esos actos (dejando a un lado, por ejemplo, los formulados en el contexto de Organizaciones Internacionales, siguiendo a ECONOMIDES)<sup>9</sup>. Esto situaba a la Comisión, como planteó PAMBOU-TCHIVOUNDA, ante la tesitura de “optar entre la óptica “Economides”, relativamente centrada, y la óptica “Pellet”, que sería mucho más generosa en el sentido de la ampliación”<sup>10</sup>.

Pero no sólo existía en estos momentos un problema de determinación, sino también del lugar donde se debía acudir para hallar la práctica estatal. En ese sentido, una visión pesimista, pero no exenta de realismo, era expresada por AL-KHASAWNEH, al señalar que “el segundo Informe preparado por el Relator Especial sobre los actos unilaterales de los Estados es muy digno de elogio, aunque le parece que el tema no está realmente maduro para su codificación. El Relator Especial trata de abrirse camino a través de una *terra incognita*, no tanto porque no haya bases teóricas sobre la cuestión, sino porque la práctica de los Estados en la materia no ha sido nunca objeto de un estudio sistemático (...)Ese estudio resulta tanto menos fácil cuanto que las fuentes a que cabría posible referirse en esa esfera se encuentran a menudo dispersas en las cancillerías, si es que existen, ya que los Estados no siempre consideran útil dejar huella escrita y publicada de sus actos unilaterales (...)”<sup>11</sup>.

En realidad, en este período de sesiones ya se mascaba la tragedia de un tema espinoso y controvertido, puesto que los tres aspectos centrales que el Grupo de Trabajo pretendió abordar fueron los siguientes (y a un oyente avisado no se le pasará por alto que aún estos temas, cinco años después, continúan sin haber sido solventados de forma total): 1. Ponerse de acuerdo sobre los elementos básicos de una definición “operativa” de los actos unilaterales; 2. Determinar las directrices generales por las que haya de regirse el acopio de la práctica de los Estados; 3. Indicar la dirección en que haya de desarrollarse la labor futura del Relator Especial<sup>12</sup>. En el Grupo de Trabajo se pusieron de relieve las diferentes posturas de los miembros de la Comisión en relación con algunos de los caracteres que habían sido señalados por el Relator Especial en su Segundo Informe (desde la denominación de “actos jurídicos”, el término publicidad, la intencionalidad e inclusive la noción de autonomía, entre otros). Teniendo presentes esas opiniones, se elaboró en el Grupo un concepto consensuado, que permitiría hacer acopio de la práctica estatal en la materia (estamos hablando de lo que ya se decidió en 1999), cuyo contenido era el siguiente:

<sup>4</sup> Doc. A/CN.4/486.

<sup>5</sup> En Doc. A/CN.4/486, párr. 170, se definió como “una manifestación autónoma de voluntad clara e inequívoca, hecha explícita y públicamente por un Estado, con el objeto de crear una relación jurídica en particular, crear obligaciones a su cargo, en relación con un tercer Estado que no ha participado en su elaboración sin que resulte necesaria su aceptación por ese tercer Estado o comportamientos ulteriores de éste que pudieren significar tal aceptación”.

<sup>6</sup> Doc. A/CN.4/500, p. 38.

<sup>7</sup> Doc. A/CN.4/L.588.

<sup>8</sup> Véase por ejemplo Doc. A/CN.4/SR.2593, pp. 19-20, o DOC. A/CN.4/SR. 2594, pp. 5-8.

<sup>9</sup> Véase DOC. A/CN.4/SR.2594, p. 17.

<sup>10</sup> Doc. A/CN.4/SR.2594, p. 21.

<sup>11</sup> Doc. A/CN.4/SR.2596, p. 4.

<sup>12</sup> Doc. A/CN.4/L. 588, p. 3.

“Una declaración unilateral (autónoma) de un Estado por la que éste tiene la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales y que se notifica al Estado o la organización interesados, o se pone de alguna otra manera en conocimiento de ese Estado o esa organización.”<sup>13</sup>

El Grupo de Trabajo, además, adoptó en esa ocasión otra medida, tal vez en exceso confiada, como veremos en el siguiente apartado, al decidir que “la Secretaría, en consulta con el Relator Especial, elaborase y enviase a los gobiernos, antes de octubre de 1999, un cuestionario que habrían de contestar dentro de un plazo razonable y en que se les pidiesen materiales e información sobre su práctica en materia de actos unilaterales, así como su parecer con respecto a ciertos aspectos del estudio de la Comisión sobre el tema”<sup>14</sup>. Ese exceso de confianza del que hablamos se plasmó en las respuestas al cuestionario: sólo doce Estados<sup>15</sup> respondieron en plazo al mismo, lo que da cuenta del “grado de interés” provocado por el tema, así como de la “enorme ayuda” que para el desenvolvimiento de la codificación en la Comisión iba a provocar la colaboración estatal.

-El Tercer Informe presentado por el Relator Especial el 17 de febrero de 2000 trata de lograr, teniendo presentes las dificultades antes comentadas, la redacción de un grupo inicial de artículos en los que se contemple una definición de acto unilateral<sup>16</sup>, la capacidad para formularlos, así como las posibles causas de nulidad que pueden afectar a estos actos unilaterales. Ahora bien, en el debate desarrollado en el seno de la Comisión volvieron a vislumbrarse dos posiciones enfrentadas: para algunos, no era necesario seguir planteándose la pertinencia del tema, puesto que la cuestión ya había sido resuelta por la propia Comisión y la Asamblea General cuando decidieron incluirlo en el programa de trabajo<sup>17</sup>; siguiendo este razonamiento, el objetivo que debía lograrse era el de proteger a los Estados mismos contra sus propios actos proponiéndoles un conjunto coherente de normas claras relativas a los actos unilaterales que podían obligarles en el ámbito internacional, y tratar de deducir las normas esenciales que regulan en la práctica esos actos unilaterales. Una posición frontalmente opuesta a la anterior se planteó por otros miembros de la Comisión para quienes surgían dudas respecto a que el tema fuese apropiado para lograr su codificación, dada la flexibilidad de dichos actos unilaterales; esta circunstancia hacía que en diversas ocasiones el recurso a esta figura por los Estados fuese más atractivo que acudir a los tratados internacionales. Una codificación muy rígida sería inaceptable para los Estados y en sentido inverso, una codificación meramente basada en lo que los Estados ya hacían de forma natural, tendría también un interés muy limitado<sup>18</sup>.

-El Cuarto Informe<sup>19</sup>, presentado a la Comisión en el año 2001, así como el Quinto, el verano del año siguiente<sup>20</sup>, ponían de relieve nuevamente las dificultades para codificar una materia en la que prácticamente todos los aspectos eran controvertidos. El primero de estos informes trataba de adentrarse en la necesidad de realizar una clasificación de los actos unilaterales, recurriendo para ello a la doctrina y a las escasas respuestas al cuestionario que se habían recibido por parte de los Estados; planteaba inclusive diversidad de aspectos relativos a la interpretación de los actos unilaterales. Inclusive en este período de sesiones se volvió a hacer un llamamiento a los Estados para que suministrasen práctica al respecto; el resultado fueron tres respuestas<sup>21</sup>. El quinto informe dejaba traslucir algunas de las carencias de los informes anteriores, especialmente la ausencia de práctica estatal, y recapitulaba acerca de la definición y otras cuestiones que pudieran ser objeto de adopción de proyectos de artículos. Aquí hallamos un punto de inflexión en la metodología que la Comisión habría de seguir respecto al tratamiento del tema. En las discusiones que se mantuvieron en la Comisión sobre el Quinto informe, la perplejidad que en alguno de sus miembros se suscitó<sup>22</sup>, así como la

<sup>13</sup> Doc. A/CN.4/L.588, p. 11.

<sup>14</sup> Véase *ibid.*, p. 15; en el p. 16 se desglosaron las cuestiones pertinentes.

<sup>15</sup> El Doc. A/CN.4/511, de 6 de julio de 2000 ofrece las respuestas de los gobiernos que hasta esa fecha se habían recibido: Alemania, Argentina, Austria, El Salvador, Finlandia, Georgia, Israel, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y Suecia.

<sup>16</sup> Doc. A/CN.4/505; la definición que se propone en este documento es recogida en p. 80, con el siguiente tenor (obsérvese que se sigue muy de cerca la planteada por el Grupo de Trabajo en el período de sesiones anterior): “A los efectos de los presentes artículos se entiende por acto unilateral del Estado, una manifestación de voluntad inequívoca del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional”.

<sup>17</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 52º período de sesiones (1 de mayo a 4 de junio y 10 de julio a 18 de agosto de 2000)* (Doc. A/55/10, p. 165, p. 531).

<sup>18</sup> Véase Doc. A/55/10, p. 165, p. 532.

<sup>19</sup> Véase Doc. A/CN.4/519, de 30 de mayo de 2001.

<sup>20</sup> Véase Doc. A/CN.4/525, de 4 de abril de 2002, y Doc. A/CN.4/525/Add.2, de 10 de mayo de 2002.

<sup>21</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53º período de sesiones* (Doc. A/56/10, p. 586, p. 254). Las respuestas se contienen en Doc. A/CN.4/524, de 18 de abril de 2002 (Estonia, Portugal y Reino Unido).

<sup>22</sup> Como manifestó A. PELLET, “la recapitulación acerca del trabajo de la Comisión presentada por el Relator Especial era interesante, especialmente para los nuevos miembros, pero no existían en el informe nuevos elementos o nuevos proyectos de artículo que pudie-

necesidad de adoptar un método de trabajo diferente <sup>23</sup>, fueron dos variables que hicieron su aparición de forma reiterada.

Las anteriores posiciones motivaron que el Sexto Informe, presentado por el Relator Especial en el año 2003 adquiriese un cariz diferente, centrándose en una de las clases posibles de actos unilaterales –la que parecía más clara y asentada en la práctica estatal, o quizá una de las más abundantes–: el reconocimiento <sup>24</sup>. Sin embargo, durante el período de discusiones desarrollado durante ese año se volvió a plantear de nuevo la metodología a seguir: la necesidad de abordar un enfoque práctico del que se pudiesen extraer conclusiones que permitiesen hacer avanzar los trabajos. Se había intentado por la Comisión seguir una línea inicial, que se rompió tratando de encontrar luz a través del túnel mediante el recurso a un análisis de clases de actos, y que finalmente se veía carente de sentido, como se demostró durante las discusiones del año 2003 donde se reactivó el debate. Es más, no me puedo resistir a mencionar las palabras que pronunció durante el debate I. BROWNLIE, en la discusión del plenario el día 10 de julio de 2003, señalando: “...esto es deprimente. En 1996 comenzamos a discutir la metodología del tema y seguimos igual...Debo elogiar la extraordinaria paciencia del Relator...Ha sido criticado en ocasiones por su labor, si bien es cierto que no se le ha proporcionado mucha ayuda por parte de la Comisión. Tenemos una responsabilidad colectiva y si este tema ha demostrado ser una lata llena de gusanos, estos gusanos no son de Rodríguez Cedeño, son nuestros gusanos. La Comisión debe mostrar coherencia al realizar su labor”.

Idéntica preocupación por el avance del tema y el rumbo que habría de tomar la Comisión respecto al mismo se hizo patente en las reuniones del Grupo de Trabajo que se desarrollaron durante el período de sesiones del año pasado. A. PELLET presidió dicho Grupo de Trabajo que adoptó una serie de recomendaciones <sup>25</sup> en las que, partiendo de una definición operativa –consensuada– planteaba la metodología futura de los trabajos <sup>26</sup>: un análisis de la práctica habría de conformar el Informe futuro (el Séptimo Informe presentado en 2004), que contemplase los actos unilaterales *estricto sensu*, además de incluir otros comportamientos estatales que pudiesen llegar a producir consecuencias jurídicas similares. ¿Se trata de una solución que no gusta a nadie, pero que permite abrir una nueva vía al llegar al final de un sendero, sin que se sepa claramente hacia dónde continuar? Creemos que sí, a fin de cuentas es una solución operativa.

Tal vez una visión más constructiva se ha planteado al señalar que “no incumbía exclusivamente al Relator Especial encontrar la manera de hacer avanzar los trabajos sobre el tema y que la Comisión en su conjunto debería tratar de ayudarlo a encontrar un planteamiento idóneo para elaborar una serie de normas sobre los actos unilaterales” <sup>27</sup>. Esto es lo que, de alguna manera, se ha pretendido con el Informe presentado en el año 2004 <sup>28</sup>, en el que he colaborado directamente, que creemos que ha reactivado el papel de la Comisión como un todo <sup>29</sup>, ha dado lugar a un debate rico en propuestas y en soluciones que habrán

sen ser discutidos. ¿De qué vamos a hablar los miembros de la Comisión en las reuniones siguientes asignadas a este tema?”. Véase Doc. A/CN.4/SR.2720, p. 21.

<sup>23</sup> Como señaló G. GAJA, “durante los cuatro años venideros, desearía reiterar mi convicción de que sólo disponiendo de un volumen importante de práctica relativa a los actos unilaterales y un análisis de la misma permitiría a la Comisión realizar un progreso responsable en la materia” (Doc. A/CN.4/SR. 2722, p. 10); de forma similar, aunque poniendo de relieve las propias dudas que el tema en sí mismo y su posible codificación le suscitaba, M. KOSKENNIEMI se mostraba de acuerdo con G. GAJA, respecto a que la revisión de la práctica estatal podría ser útil para hacer avanzar los trabajos (Doc. A/CN.4/SR.2722, p. 15). Tratando de abrir una posibilidad al avance, P. ESCARAMEIA planteó que “la Comisión debería resistir la tentación de ser demasiado ambiciosa, y debería tratar de encontrar algunas reglas mínimas reguladoras de los actos unilaterales, antes de considerar uno a uno los actos unilaterales (cuatro tipos) que habían sido descritos por el Relator Especial.” Además, dio con la clave de lo que sería la línea de trabajo a seguir en el Sexto informe, al afirmar que “de estos actos, el reconocimiento parecía ofrecer para ella el mayor potencial en lo referente a ser una materia objeto posible de discusión” (Doc. A/CN.4/SR.2722, p. 20).

<sup>24</sup> Doc. A/CN.4/534, de 30 de mayo de 2003.

<sup>25</sup> Doc. A/CN.4/L. 646, aprobado el 31 de julio de 2003.

<sup>26</sup> En el propio informe del Grupo de Trabajo se puso de relieve que “el consenso a que se ha llegado representa un equilibrio entre los distintos puntos de vista que se expresaron en él y que reflejan las discrepancias existentes en el seno de la Comisión en su conjunto con respecto al alcance del tema”. Y la Recomendación 1, en la que se ofrece un intento de definición, señala que “a los efectos del presente estudio, un acto unilateral de un Estado es una declaración que manifiesta la voluntad o el consentimiento mediante el cual ese Estado pretende crear obligaciones o producir otros efectos jurídicos en virtud del derecho internacional” (véase *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 55º período de sesiones*. Doc. A/58/10, p. 113).

<sup>27</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 55º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2003)* (Doc. A/58/10, p. 109, párr. 283).

<sup>28</sup> Véase Doc. A/CN.4/542, de 22 de abril de 2004, Séptimo Informe sobre los actos unilaterales de los Estados, así como el Corr. 1, Corr. 2 y Corr. 3, que complementan el anterior.

<sup>29</sup> En el período de sesiones concluido en 2004 se constituyó –al igual que sucedió el año anterior– un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por A. PELLET, cuyo objetivo último consistió en seleccionar una serie de casos –de entre los planteados en el Séptimo Informe o bien otros que los miembros del Grupo tuviesen a bien– con objeto de que su análisis en profundidad permitiese extraer una serie de conclusiones de los mismos, de cara a la elaboración del 8º Informe. El análisis en profundidad de dichos casos debe poner de relieve la fecha, su autor/órgano del que emana, forma, contenido, contexto y circunstancias, objetivos, destinatarios,

de permitir al Relator avanzar, y no sólo poner de relieve las dificultades que el tema entraña, puesto que éstas son patentes.

-El Séptimo Informe pretende ofrecer un compendio de la práctica estatal, sin extraer conclusiones al respecto, siguiendo las directrices formuladas por el Grupo de Trabajo en 2003<sup>30</sup>. Se trata de un voluminoso documento que demuestra que la práctica estatal en materia de actos unilaterales existe, aunque no siempre es fácil de aprehender y puede inclusive resultar controvertida. Es un documento expositivo, que constituye un primer paso insoslayable para extraer conclusiones que permitan salir del punto muerto en que el tema se encontraba hace unos años. Cierto es que de los debates mantenidos en la Comisión se sigue deduciendo una línea divisoria clara entre los miembros partidarios de la codificación y desarrollo del tema, que han acogido con entusiasmo el Séptimo Informe y son optimistas respecto a la continuación de los trabajos, frente a aquellos otros que siguen pensando en que el tema no se encuentra maduro para llevar a cabo esta labor, a pesar de los denodados esfuerzos de la Comisión y especialmente del Relator Especial sobre el tema. Ahora bien, debe destacarse sin duda que el tema de los actos unilaterales ha ocupado casi la totalidad del tiempo que durante la segunda parte (julio-agosto 2004) se ha dedicado a los debates, bien en plenario<sup>31</sup>, bien en Grupo de Trabajo (dedicándose cuatro sesiones del mismo), lo que ofrece una muestra positiva de que el tema de los actos unilaterales suscita un denodado debate en el entorno de la Comisión, dada su dificultad.

## **B) ¿Desinterés estatal por codificar el tema? Los debates de la Sexta Comisión**

El desinterés estatal respecto del estudio de esta materia es un hecho que parece claro. Una muestra de ello lo constituye la falta de contestación a los cuestionarios presentados por el Relator Especial o, cuando se ha hecho, los términos generales y vagos de la mayoría de esas contestaciones. Y ello, a pesar de las reiteradas manifestaciones realizadas por diversos Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, poniendo de relieve la necesidad de prestar gran atención en el examen de este tema a la práctica de los Estados, desde el momento en que el Relator Especial presentó sus primeros informes<sup>32</sup>. Que el horizonte no se presenta excesivamente halagüeño se demuestra por el hecho de que la historia se repitió: el verano de 2001, se decidió que el Grupo de Trabajo sobre actos unilaterales volviese a elaborar un cuestionario que sería enviado a todos los Estados con objeto de poder obtener así noticias acerca de la práctica estatal que permitiese avanzar en esa línea. Tres contestaciones recibidas son una muestra terrible del desinterés estatal. Si la flexibilidad de los actos unilaterales choca con la codificación de los mismos, la reticencia de los Estados a proporcionar su práctica relevante es un obstáculo que ha impedido el avance del proyecto, y su estancamiento, debiendo acudir a una búsqueda e investigación propia, dada la ausencia de colaboración estatal. Es más, la posibilidad de acudir a los repertorios en los que se contiene la práctica internacional no cubre todos los flancos, dado que sólo algunos Estados, y no necesariamente de todos los grupos regionales o todos los sistemas jurídicos, tienen compendios actualizados de su práctica internacional. Ello ha debido suplirse acudiendo a fuentes verdaderas por ejemplo en Internet, en las páginas de los respectivos Ministerios de Exteriores de diversos Estados. Confiemos en que esa práctica suministre un elemento valioso de análisis del que hasta este momento la Comisión de Derecho Internacional carecía, propiciando el debate respecto al tema e, inclusive, potenciando que en la Sexta Comisión los Estados sean más proclives a suministrar su práctica, especialmente si no están de acuerdo con que algunas de sus manifestaciones contenidas en el Séptimo Informe sean consideradas actos unilaterales. Si al menos mediante un empujón hacia su práctica los Estados dicen algo respecto de la misma, se habrá avanzado más en el transcurso de un año que en los seis años anteriores.

Simplemente, a modo de ejemplo, les presento la opinión de los Estados en las sesiones que la Sexta Comisión mantuvo en 2003, lo que denota la división estatal respecto al tema. Algunos Estados están con-

reacciones del destinatario o de terceros, su desarrollo y aplicación (modificación, terminación, revocación), así como su soporte jurídico y las posibles decisiones judiciales y arbitrales que guarden relación con el mismo y su puesta en práctica, en su caso. Desde aquí cabe elogiar la implicación y el grado de compromiso asumido en el Grupo de Trabajo por parte de su Presidente y por sus componentes.

<sup>30</sup> Como se señalaba en la Recomendación 7 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n. 10 (A/58/10)*), pág. 308, "El Relator Especial no presentará en su próximo informe las normas jurídicas que podrían deducirse del material así presentado. Tales normas serán objeto de informes ulteriores a fin de llegar a proyectos de artículo o a recomendaciones precisas".

<sup>31</sup> Del 5 al 16 de julio de 2004 fue objeto de debate en el plenario, sesiones 2811 a 2813 y 2815 a 2818.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, tras la presentación del segundo informe doc. A/CN.4/504, pág. 146.

vencidos de que el tema es inapropiado para ser codificado; simplemente, trayendo a colación las manifestaciones vertidas en la Sexta Comisión de la Asamblea General el último año, existen dos visiones claramente contrapuestas<sup>33</sup>: 1) la de aquellos Estados que pretenden eliminar el tema de la agenda<sup>34</sup>, dadas las dificultades existentes (pero sin que se haya adoptado una aptitud constructiva por parte de los mismos, lo que resulta enormemente criticable); 2) la de los Estados que quieren seguir manteniendo el tema en la agenda de la Comisión, y dentro de éstos, quienes adoptan una visión restringida al estudio de los actos unilaterales *estricto sensu*<sup>35</sup>, frente a aquellos otros que pretenden incluir también los comportamientos<sup>36</sup>.

Sería positivo que el Séptimo Informe marcara un punto de inflexión, ofreciendo a los Estados un argumento para señalar su práctica en la materia, en aras al beneficio común respecto al desenvolvimiento de la labor codificadora<sup>37</sup>.

## **C) Las dificultades para lograr una definición de acto unilateral operativa que permita su calificación, clasificación y codificación: apreciación personal**

### **1) Primer obstáculo a superar: en busca de la práctica relativa a los actos unilaterales**

A nadie se le escapa, a esta altura, que no resulta fácil codificar un tema tan resbaladizo, si me permiten la expresión, como el de los actos unilaterales de los Estados. Pero también resulta fácil verificar que la Comisión no ha seguido una línea de trabajo coherente, sino un tanto deslavazada, depositando demasiada confianza en manos de los Estados, cuya ayuda ha sido casi nula hasta la fecha; las visiones acerca de cómo aproximarse a un tema, y en suma, la visión acerca de cómo se gesta el Derecho Internacional conforma el núcleo del problema que impide el avance en su codificación. Y de ahí surge la gran pregunta: ¿qué método seguir? Está claro que la práctica estatal es muy importante, pero también es claro que los Estados no van a suministrarla, bien por falta de interés o incluso en ocasiones por ausencia de sistematización o muy difícil acceso a la misma. Ante ese panorama, ¿qué cabe hacer?

En nuestro caso, hemos tratado de solventar este escollo acudiendo a las publicaciones periódicas de Derecho Internacional más recientes, con objeto de obtener así la práctica para elaborar el Séptimo Informe, que se está discutiendo en este período de sesiones. Se trata de un trabajo que cabría calificar de permanentemente inacabado, y en el que han colaborado muchas personas, desde participantes en el Seminario del año pasado, hasta compañeros y alumnos de la Universidad de Málaga en la que desarrollo mi actividad docente habitual. Para obtener información relativa a los actos unilaterales en la práctica más reciente, se ha intentado acudir a las publicaciones periódicas de Derecho Internacional Público que recopilan la misma, o bien a otras publicaciones de carácter oficial. Se ha tratado de huir de referencias meramente periodísticas u otras no excesivamente fiables, a pesar de que, como podrá comprobarse, no siempre es fácil realizar esta "labor de campo"; a veces Internet ha sido también un mecanismo útil, aunque con una fiabilidad siempre relativa. Durante esta sesión del Seminario de Derecho Internacional, la labor de los participantes en el Grupo de Trabajo sobre actos unilaterales ha consistido, esencialmente, en tratar de recopilar práctica internacional relativa a los actos unilaterales o las conductas estatales, ya sea a través de fuentes bibliográficas, de la jurisprudencia o por cualquier otro medio en que haya sido posible tener conocimiento de la misma. Todo ello resultará de utilidad para la elaboración del Octavo Informe, por lo que desde estas líneas agradecemos a los participantes en el Seminario y a su Director su colaboración y entrega a esta ardua labor.

<sup>33</sup> A este respecto, pueden consultarse los documentos A/C.6/58/SR.15, A/C.6/58/SR.16, A/C.6/58/SR.18, A/C.6/58/SR.19, A/C.6/58/SR.20, A/C.6/58/SR.21.

<sup>34</sup> Eslovenia, Reino Unido, Estados Unidos.

<sup>35</sup> Guatemala, Portugal, Francia, Chipre, Chile, Austria, Polonia, Nepal, Venezuela, Kenia.

<sup>36</sup> Países Bajos, China, Rumanía, Australia, Malasia, Sierra Leona, India.

<sup>37</sup> Debe citarse a este respecto la carta enviada el 12 de julio de 2004 por el encargado de asuntos exteriores de la Misión Permanente de Cuba, dirigida al Secretario General, manifestando su posición respecto a determinados actos unilaterales de terceros Estados, que afectan directamente a este país que, aunque no constituya una contestación a los cuestionarios enviados a los Estados en años anteriores, sin duda alguna es una reacción frente al tema, lo cual debe destacarse (véase Doc. A/59/140).

## 2) Segundo obstáculo: en busca de una definición operativa mediante el análisis de sus características

Una cuestión crucial que debe desentrañarse para avanzar en el estudio de los actos unilaterales es la contestación a la siguiente pregunta: ¿qué es un acto unilateral? O bien ¿qué actos unilaterales son los relevantes para poder llevar a cabo su codificación? Ni siquiera la Comisión ha podido aún dar una respuesta exacta a esta cuestión –véanse las recomendaciones del Grupo de Trabajo del pasado año, así como los comentarios vertidos por los propios miembros de la Comisión inclusive durante el período de sesiones de 2004– por lo que para ofrecerles un análisis meridianamente claro me referiré a los que considero como caracteres esenciales que han de reunir los actos unilaterales para ser considerados como tales. Así, tanto los asuntos de *Groenlandia Oriental*, como de los *ensayos nucleares* sientan las bases que permiten definir los actos unilaterales. En este último caso, el párrafo 46 de la sentencia de la CIJ exponía lo siguiente:

«Uno de los principios fundamentales que presiden la creación y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su origen, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente de la cooperación internacional, sobre todo en una época en la que en muchos ámbitos dicha cooperación es cada vez más indispensable. Al igual que el propio principio del Derecho de los Tratados, *pacta sunt servanda*, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido a través de una declaración unilateral descansa sobre la buena fe. Por ello, para que los Estados interesados puedan tener en cuenta las declaraciones unilaterales y confiar en ellas, tienen derecho a exigir que la obligación así creada sea respetada»<sup>38</sup>.

Las relaciones interestatales en la actualidad suelen desarrollarse de forma vertiginosa, por lo que los actos unilaterales, dada su flexibilidad en comparación con los tratados internacionales, constituyen un medio que facilita la adopción de compromisos en el ámbito internacional; aunque dicha flexibilidad tiene un coste, al carecer normalmente dichos actos de un soporte formal que permita su conocimiento, como sí está previsto para los instrumentos convencionales.

–Por ello resulta más necesario, si cabe, intentar delinear los rasgos configuradores de esos actos unilaterales, para definir la figura que habrá de ser objeto de nuestra atención. Esencialmente, son seis los aspectos en los que nos centraremos al objeto de dibujar los contornos –en ocasiones difusos– que los actos unilaterales presentan.

1. El primero de estos caracteres consiste en que el **acto unilateral ha de ser realizado por personas que tengan capacidad para comprometer al Estado**. Pero, ¿quiénes son esas personas? Esta cuestión suscita una doble remisión normativa: a saber, al Derecho interno, que sería el ordenamiento que establece la capacidad de dichas personas de comprometer al Estado en los planos interno e internacional, así como al Derecho Internacional, como marco genérico de referencia, que determina quiénes son esos representantes estatales capaces de generar obligaciones para la entidad estatal a la que representan.

En el plano internacional, tradicionalmente se ha recurrido, por analogía, con los peligros que ello entraña, al art. 7 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. En él se determinan las personas que se considera que representan a su Estado, sin necesidad de presentar plenos poderes, eso sí, en materia de tratados. Respecto de los actos unilaterales son prácticamente inexistentes las referencias que el ordenamiento internacional realiza, al igual que sucede con los ordenamientos internos. En este último caso, las Constituciones no se refieren, a diferencia de lo que sucede con los tratados internacionales, a la posibilidad de vincular al Estado mediante la emisión de actos unilaterales.

Además, en el ordenamiento jurídico español nos encontramos con la peculiaridad de las figuras del Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, sometida la primera de ellas a lo establecido en el art. 56.3 de nuestra Constitución: esto es, el necesario refrendo de sus actos, que carecen de validez de no producirse éste. Esta particularidad del ordenamiento jurídico español no encuentra su reflejo, sin embargo, en el orden internacional, donde Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores, se conforman como las figuras situadas en la cúspide, en lo que a la representación estatal se refiere. Dado que las referencias respecto de la capacidad de vincular al Estado mediante la emisión de actos unilaterales son inexistentes a nivel normativo, habrá de ser la vía interpretativa, doctrinal y también jurisprudencial la que nos ofrezca las pistas necesarias para acercarnos a esta materia<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Véase *I.C.J. Reports 1974*, p. 46.

<sup>39</sup> A este respecto, véase A.J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, "Regulación de la actividad internacional del Estado en la Constitución", 15 *Revista de Derecho Político* (1982), p. 100.

La cuestión no es baladí, puesto que la realidad internacional es compleja; tropezamos con un hecho cierto: el que cada vez sea mayor el número de materias que guardan relación directa con la esfera internacional, lo que provoca que los órganos internos que se ven involucrados en este terreno sean cada vez más numerosos. Por ello, no resulta extraño que el Relator Especial RODRÍGUEZ CEDEÑO, haya realizado la siguiente afirmación:

«La intención del Estado que formula el acto y la buena fe que debe regir las relaciones internacionales hacen suponer que otros representantes además de los mencionados pueden también obligar al Estado sin necesidad de poderes especiales, y así se refleja claramente en la práctica internacional»<sup>40</sup>.

Por otro lado, el principio de unidad de acción en el exterior se configura como un logro a tener en cuenta necesariamente, dada la dispersión y la posible exigencia de responsabilidades a nivel internacional a la que se podría llegar, de otro modo. Es decir, partiendo de lo que constituye un hecho cierto —el crecimiento experimentado por las materias que cobran relevancia a nivel internacional— debemos mantener ciertas dosis de realismo, teniendo los pies en la tierra: tampoco es aconsejable que la capacidad para vincular al Estado mediante la emisión de actos unilaterales se deje en manos de todos aquellos órganos que, de un modo u otro, realicen actuaciones con repercusiones internacionales. En España, diversas comparecencias del Ministro de Asuntos Exteriores ante el Pleno del Congreso de los Diputados, aunque referidas a la incapacidad de los Presidentes de Gobierno autonómicos para contraer compromisos convencionales que vinculen a España, resultan clarificadoras a este respecto, y tal vez podrían extrapolarse a los actos unilaterales de los Estados<sup>41</sup>.

Casos clave a nivel jurisprudencial fueron los emitidos por la CIJ en 1974 a propósito de *los ensayos nucleares*. Y lo fueron en lo concerniente a las referencias realizadas a nivel general respecto de los actos unilaterales, y en particular al aspecto que nos ocupa. En ellas, así como de igual forma en el asunto de *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*,<sup>42</sup> las manifestaciones realizadas por personas diferentes al Jefe de Estado, de Gobierno y Ministro de Exteriores, se utilizan, a mayor abundamiento, para corroborar las manifestaciones vertidas previamente por esas personas de las que sí se deduce dicha capacidad. Cosa ésta bien distinta a otorgar la posibilidad de comprometer la voluntad estatal a cualquier ente del ámbito interno del Estado; incluso, yendo más allá, de realizar manifestaciones que pongan en entredicho al Estado de que se trate en el plano internacional. Sin duda, la cautela habrá de ser la premisa esencial que permita afirmar qué personas gozan de capacidad para llevar a cabo manifestaciones que vinculen al Estado<sup>43</sup>.

2. El segundo de los caracteres que revisten los actos unilaterales es la **indiferencia en cuanto a la forma de los mismos**. Esta cuestión, zanjada por el juez Anzilotti en el *asunto de Groenlandia Oriental* (1933)<sup>44</sup>, quedó aún más claramente establecida en los *asuntos de los ensayos nucleares*, así como por el SCHWEBEL con relación a *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*<sup>45</sup>. Respecto de los ensayos nucleares, la CIJ no dejó duda alguna, al afirmar: «Por lo que se refiere a la forma, conviene subrayar que no es un ámbito en que el derecho internacional imponga reglas estrictas o especiales. El hecho de que una declaración sea verbal o escrita no supone ninguna diferencia esencial, puesto que tales pronunciamientos hechos en circunstancias específicas pueden crear compromisos en Derecho Internacional, sin que necesariamente deban consignarse por escrito. La forma, pues, no es decisiva»<sup>46</sup>. Sí que resulta relevante, y eso mismo lo ha expresado la CIJ, reiterando la opinión manifestada previamente en el asunto del Templo de Preah Vihear, «saber si la redacción empleada en una determinada declaración revela claramente la intención»<sup>47</sup>. Éste es el factor verdaderamente importante, y no otro.

<sup>40</sup> Véase A/CN.4/SR.2593, p. 11, donde cita como ejemplos las actuaciones llevadas a cabo por los ministros de educación, salud, trabajo o comercio, estableciendo programas de cooperación y de asistencia o incluso compromisos más concretos. En este sentido cabe citar el caso del Consejo de la Unión Europea, en cuyas reuniones participan personas que tengan "rango ministerial" de las que se presume que tienen capacidad para representar a sus Estados en la asunción de las obligaciones que de dichas reuniones se deriven.

<sup>41</sup> A este respecto, sirva como ejemplo la afirmación realizada por el Ministro de Asuntos Exteriores de entonces ante el Pleno del Congreso el 9 de marzo de 1994, contestando a una pregunta de un diputado acerca del acuerdo de colaboración suscrito por el vicepresidente cubano y el Presidente del Gobierno Autónomo de Canarias sobre Promoción Comercial: "El acuerdo al que su Señoría hace referencia es una mera declaración de intenciones sobre promoción comercial recíproca. Por consiguiente, este acuerdo no es un tratado de carácter internacional y carece de efectos jurídicos vinculantes para el Estado español. Quiero que lo sepa claramente (...) y repito que no tiene ningún efecto jurídico vinculante para España (...)" (información que puede consultarse en 46 *R.E.D.I.* (1994), p. 644).

<sup>42</sup> Véase *ICJ Reports 1986*, p. 41, p. 64.

<sup>43</sup> Como lo denota la posición mantenida por Argentina que, respondiendo al cuestionario formulado por la CDI con objeto de obtener información de los Estados, afirma que la capacidad para poder formular actos unilaterales es algo que depende de las circunstancias del caso, de la organización institucional interna del Estado de que se trate, así como de la naturaleza del acto unilateral concreto; aunque también se añade que la consideración de otras personas diferentes a las que tradicionalmente han desempeñado esta función debería realizarse de forma restrictiva, teniendo en cuenta la realidad internacional del momento (véase A/CN.4/511, p. 9).

<sup>44</sup> Véase *PCIJ, Series A/B, núm. 53*, p. 91.

<sup>45</sup> Véase *ICJ Reports 1986*, p. 384.

<sup>46</sup> Véase *ICJ Reports 1974*, pp. 267-268, p. 45 y p. 473, p. 48, con idéntico tenor.

La realidad internacional es demostrativa de que una de las escasas cuestiones importantes que guardan relación con la forma que dichos actos unilaterales deben revestir es el hecho de que tengan unos **rasgos lo suficientemente claros y precisos que permitan saber cual es el contenido de la obligación asumida por el Estado**. Por ejemplo, las notificaciones formales de reconocimiento, las protestas mediante una comunicación escrita, un comunicado de prensa o el establecimiento de relaciones diplomáticas como figura de la que se deriva implícitamente el reconocimiento, son diversas fórmulas que los actos unilaterales tienen de salir a la luz. En el último caso mencionado (establecimiento de relaciones diplomáticas), nos hallamos ante un comportamiento –aunque realizado por mutuo acuerdo– del que se desprenden efectos jurídicos que equivaldrían en ese caso a un reconocimiento.

Además, conforme al razonamiento esgrimido por el tribunal que resolvió la controversia relativa a *la frontera Indo-paquistaní* en 1968<sup>48</sup>, los actos unilaterales en virtud de los cuales se establecen derechos para terceros basados en cuestiones políticas o en virtud de una concesión “graciosa”, deben ser interpretados de forma restrictiva.

3. Ligado de algún modo a lo anteriormente dicho, la **necesaria publicidad** (o notoriedad) de que deben estar dotados dichos actos, permite poner de relieve de forma sincera la obligación asumida por el Estado. Pero, ¿qué mecanismos se consideran válidos para dotar de publicidad a dichos actos? Ante todo, debemos ser realistas, teniendo en cuenta que, en la actualidad, los medios de comunicación permiten conocer de forma casi instantánea los acontecimientos internacionales y, por ello, también las manifestaciones que podrían constituir actos unilaterales. En ese sentido, corroboramos la opinión expresada por WATTS en su curso de La Haya cuando afirmaba que hoy día, cualquier Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Exteriores que realice una manifestación ante un órgano parlamentario nacional, debe ser consciente de que lo dicho allí, en la medida en que afecte a cuestiones internacionales de relieve, será conocido de forma instantánea en todo el mundo<sup>49</sup>. En ocasiones, esa publicidad se hace constar inclusive mediante la publicación en un diario oficial, posición especialmente clarificadora cuando se asumen compromisos de carácter económico<sup>50</sup>.

4. La **intención de obligarse**, o de que la manifestación correspondiente produzca efectos jurídicos respecto de su autor, con las dificultades probatorias y caso a caso que ello entraña, es un factor clave a tener en cuenta igualmente. Como el Relator Especial puso de relieve, «no podríamos encontrarnos ante un acto unilateral en el sentido que nos interesa, si el Estado no entiende que asume un compromiso jurídico al formularlo. (...) A pesar de las dudas que pudiere plantear el criterio para determinar la existencia del acto unilateral que produce efectos jurídicos, creemos que la referencia a la intención del Estado es absolutamente válida»<sup>51</sup>. Particularmente existe una materia –la relacionada con cuestiones de desarme– en la que la obligación asumida suele estar ligada al establecimiento de contrapartidas por parte de terceros, existiendo una cierta condicionalidad, de la que dan cuenta diversos ejemplos de la práctica<sup>52</sup>.

5. La **licitud de su objeto**, constituye otra característica esencial que los actos unilaterales han de reunir. Es más, suele ser usual que, frente a la adopción de conductas unilaterales –aunque no se trate de actos unilaterales en sentido estricto– consideradas contrarias al orden internacionalmente establecido, se alcen protestas contundentes de condena. Un caso clave en este sentido lo representan las manifestaciones contrarias emanadas como respuestas frente a las Leyes Helms-Burton y d’Amato-Kennedy; por ejemplo, en el caso español, nuestro titular de exteriores se manifestaría en los siguientes términos: «El Gobierno, al igual que la comunidad internacional y en particular la Unión Europea, al margen ya de la cooperación y las relaciones con Cuba, considera inadmisibles, intrínsecamente inaceptables –y así lo hizo saber el Presidente Aznar al Vicepresidente Al Gore– la Ley Helms-Burton, en tanto que introduce elementos de extraterritorialidad, inadmisibles en Derecho Internacional y en cualquier teoría del Derecho. De forma firme y explícita se le ha hecho saber al Vicepresidente de los Estados Unidos»<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Véase *ICJ Reports 1961*, pp. 31-32.

<sup>48</sup> *50 International Law Reports (1976)*, p. 5.

<sup>49</sup> Como señala A. WATTS, “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *247 Rec. des Cours (1994)*, p. 126.

<sup>50</sup> Podemos citar el caso de un Real Decreto-Ley 1/2001, de 19 de enero, por el que se aprueba la concesión de un aval a favor de la República de Argentina y se amplía el límite de aprobación de operaciones por el Consejo de Ministros con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo (*BOE* de 20 de enero de 2001).

<sup>51</sup> Véase Doc. A/CN.4/505, pp. 8-9, párs. 35-36.

<sup>52</sup> Sirvan como ejemplos ilustrativos los párrafos 33-38 del Séptimo Informe, dedicados especialmente a esta cuestión (Doc. A/CN.4/542, pp. 19-21).

<sup>53</sup> Comparecencia del Ministro de Exteriores ante la Comisión de Exteriores del Congreso el 30 de mayo de 1996 (48 *R.E.D.I.* (1996), p. 154).

Una cuestión en que la práctica es muy variada es la relativa a la delimitación de espacios marítimos, produciéndose un buen número de protestas cuando no se acepta dicha situación. Valga como ejemplo concerniente nuevamente a la práctica española, la comparecencia del subsecretario de Asuntos Exteriores ante la Comisión de Exteriores del Senado, el 3 de diciembre de 1991 sobre los criterios que han conformado la política del Gobierno respecto a la delimitación de los espacios marítimos españoles: «En cuanto a Portugal, España se ha opuesto, mediante nota verbal presentada a principios del año 1990, a la pretensión portuguesa, materializada en la Ley 30/1977, de 28 de mayo, sobre Zona Económica Exclusiva y un Decreto-ley 119/1978, de 1 de julio, que pretende dar zona económica exclusiva a las islas Salvajes, situadas entre Madeira y las Islas Canarias. La posición española se basa en que, por tratarse de rocas deshabitadas, la pretensión portuguesa está en contradicción con el Derecho Internacional del mar, que sólo reconoce mar territorial y nunca zona económica exclusiva a estos islotes. Por tanto, no se reconoce la pretensión portuguesa y, consecuentemente, se considera por parte española que en esa área la zona económica exclusiva de las costas Canarias llega hasta la mediana con Madeira»<sup>54</sup>. En línea directa con ello, aunque creemos que esta solución podría resultar extrapolable a otros ámbitos, creemos que lleva plena razón CARRILLO SALCEDO, cuando afirma que “en principio, y para producir efectos jurídicos válidos, estos actos unilaterales no precisan del asentimiento de los terceros Estados, siempre que respeten las condiciones generales antes señaladas: próxima vecindad, razonabilidad, respeto al derecho de paso inocuo. Sin embargo, la no abstención de aquéllos, es decir, sus protestas, disminuyen el valor de estas situaciones creadas unilateralmente”<sup>55</sup>.

6. En último término, el hecho de que se trate de una manifestación de voluntad **autónoma** constituye un factor discutido y discutible, respecto al cual la doctrina<sup>56</sup> y los propios miembros de la CDI han manifestado su incomodidad<sup>57</sup>. Desde nuestro punto de vista, habrá que entender la noción de autonomía atendiendo a que dichos actos, por una parte, se consideren unilaterales entendiendo como tales que provienen de un “solo lado”, y que además no se encuentren directamente vinculados a otros regímenes, como serían aquellos que lo hacen al derecho de los tratados, o bien a regímenes convencionales específicos. En otras palabras, un acto unilateral se considera como autónomo si la intención de obligarse surge con independencia de la conducta de otros sujetos interesados en una concreta situación internacional, por lo que ha de ser apreciada sólo en relación con dicho acto.

### 3) Tercer problema a solventar:

#### ¿Resulta útil intentar clasificar los actos unilaterales?

Una vez delineados de forma somera los rasgos que dichos actos unilaterales han de reunir para ser objeto de nuestra atención, pasaremos a cubrir un segundo frente: una aproximación a las diversas clases de actos unilaterales existentes. En primer lugar, partimos de la inexistencia de una posición unánime acerca de esta cuestión: ello se deriva de las respuestas ofrecidas por los Estados al primer cuestionario presentado por el Relator Especial, observándose posiciones divergentes respecto a los tipos de actos unilaterales<sup>58</sup>; es más, el número de Estados que contestan a esta cuestión es bastante menor que los que lo hacen al resto de preguntas planteadas. Incluso, a nivel doctrinal las posiciones no son unánimes. Ni tampoco lo son en el marco de la CDI, donde, en el período de sesiones celebrado durante el verano de 2001, se expresaron posiciones encontradas en relación con los criterios de clasificación de los actos unilaterales propuestos por el Relator Especial, diferenciando entre los actos en virtud de los cuales un Estado asume obligaciones, frente a aquellos por los que se reafirma un derecho<sup>59</sup>. La posibilidad de que no esté tan claro qué tipo de actos entran en cada una de estas categorías nos ha llevado a plantear una distinción alternativa, diferenciando

<sup>54</sup> Véase 44 *R.E.D.I.* (1992), pp. 95-96.

<sup>55</sup> Véase J.A. CARRILLO SALCEDO, “Funciones del acto unilateral en el régimen jurídico de los espacios marítimos”, *Estudios de Derecho Internacional Marítimo*, Zaragoza, 1963, p. 19.

<sup>56</sup> A nuestro juicio, no resulta excesivamente alejada de la realidad la opinión de J.A. BARBERIS, para quien “la manifestación de voluntad del sujeto internacional que crea el acto unilateral no necesita el consentimiento ni ninguna actitud complementaria por parte de cualquier otro sujeto. Esta característica es la que permite distinguir entre el acto jurídico unilateral y los tratados”. Así, J.A. BARBERIS, “Los actos jurídicos unilaterales como fuente del Derecho Internacional Público”, *Homenaje a M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, p. 107.

<sup>57</sup> A este respecto, véase la opinión de A. PELLET (en A/CN.4/SR.2603, pp. 5-6), entre otros.

<sup>58</sup> Véase Doc. A/CN.4/511, pp. 13-14.

<sup>59</sup> De alguna manera ésta ha sido, *grosso modo*, la posición mantenida por el Relator Especial en su Séptimo Informe si bien debe destacarse que cualquier clasificación de la práctica trata simplemente de facilitar su exposición de un modo ordenado, sin que por ello deba considerarse la mejor –y mucho menos la única– de las clasificaciones posibles. Se trata por ello de una clasificación meramente operativa.

entre los actos unilaterales cuya aceptación resulta indiscutida en la actualidad, frente a aquellos otros que no lo son tanto, puesto que atendiendo a sus peculiaridades pueden ser o no verdaderos actos unilaterales que surtan efectos jurídicos.

Entre los primeros distinguiremos la promesa, el reconocimiento y la renuncia; entre otros actos cuya condición de actos unilaterales pudiera resultar cuestionada en ocasiones, tenemos la notificación y la protesta. Además, la práctica ofrece ejemplos en que algunos comportamientos estatales surten efectos jurídicos que podrían resultar asimilables a los producidos por los actos unilaterales (aquiescencia, silencio, *estoppel...*), lo que complica aún más el panorama. Procedemos a realizar una somera distinción de cada una de estas categorías, como cualquier otra, susceptible de revestir matices, así como a citar algunos supuestos ilustrativos de cada una de ellas, constituyendo meras pinceladas de un aspecto enormemente discutible y sobre el que se han vertido ríos de tinta:

Comenzando por la promesa, y superando la visión tradicionalmente asumida por la doctrina e igualmente a nivel jurisprudencial, la CIJ dejó claramente puesto de relieve que no era necesario contar con la aceptación de la misma para que estuviésemos en presencia de un acto unilateral<sup>60</sup>. Un caso curioso fue protagonizado por el Presidente francés, J. Chirac, que anunció, en el curso de una visita a América Central en 1999, que Francia anularía la deuda bilateral debida como ayuda al desarrollo por Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador (un total aproximado de 739 millones de francos), al tratarse de países azotados por el huracán Mitch<sup>61</sup>.

El reconocimiento puede considerarse como uno de los actos unilaterales de mayor calado y arraigo en el ámbito internacional, definido, siguiendo a SUY, como una institución jurídica general a la que los autores consideran de forma unánime como una manifestación de voluntad unilateral que emana de un sujeto de derecho, y por la cual se constata una situación existente y se manifiesta la intención de considerarla como legítima, como expresión del derecho<sup>62</sup>. Uno de los problemas que surgen respecto de este acto unilateral es que, a pesar de ser uno de los que hacen su aparición de forma más profusa en el ordenamiento internacional es, a su vez, una de las cuestiones que resultan más difíciles de analizar, dadas sus enormes connotaciones políticas<sup>63</sup>. Sin ninguna duda, las figuras del reconocimiento de Estados y de Gobiernos han sido las que tradicionalmente han ocupado un lugar preponderante en el análisis doctrinal y de la práctica. Ambas han sido además consideradas como figuras de las que se derivan usualmente una multiplicidad ingente de consecuencias jurídicas, pero respecto de las cuales las connotaciones políticas son incommensurables. El reconocimiento de Estados es una figura que presenta unos contornos bastante más claros que el de Gobiernos, donde las diversas teorías existentes hacen más complejo el panorama en lo que al análisis de la práctica respecta. Igualmente, la forma que el reconocimiento puede revestir (explícito o implícito) y sus modalidades (*de iure* o *de facto*) complican aún más el análisis. Respecto a su cobertura formal, si bien el envío de una nota oficial de reconocimiento solía ser la fórmula clásica para que surtiera plenos efectos, dicha fórmula dejó de ser empleada durante algún tiempo, produciéndose una reactivación de la misma de forma reciente. La que sí se utiliza más profusamente es el establecimiento de relaciones diplomáticas que, aunque se pueda definir como reconocimiento implícito, es, dentro de esta modalidad de reconocimiento, la que ofrece menos dudas respecto a sus consecuencias.

La práctica internacional de los últimos años ofrece una diversidad de supuestos de reconocimiento de Estados, especialmente a raíz de los acontecimientos producidos en la antigua U.R.S.S. y Yugoslavia; inclusive, la aparición en la palestra de determinadas declaraciones emanadas en el ámbito comunitario nos aproximan a lo que ha venido a denominarse "reconocimiento condicionado"<sup>64</sup>.

Respecto al reconocimiento de Gobiernos, otra de las instituciones internacionales claves en este ámbito, desde hace algún tiempo se ha consolidado cierta práctica por parte de algunos Estados que parten del no reconocimiento de Gobiernos, sino únicamente de Estados, atendiendo a las condiciones particulares que, caso a caso, determinen respecto a la política a seguir en relación con la entidad de que se trate. En el caso español, esta posición se expuso de forma nítida por nuestro titular del Ministerio de Exteriores, en el Pleno del Congreso, refiriéndose a las medidas que habría de adoptar nuestro Gobierno respecto a la situación que

<sup>60</sup> Véase *ICJ Reports 1974*, p. 267, párr. 43.

<sup>61</sup> Véase la información extraída de 103 *R.G.D.I.P.* (1999), p. 195.

<sup>62</sup> Véase E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, París, 1962, p. 191.

<sup>63</sup> En diversas ocasiones se ha planteado ante la CDI, en el último período de sesiones, que la cuestión del reconocimiento fuera eliminada del estudio de los actos unilaterales de los Estados, puesto que su estudio suponría ir más allá de la labor encomendada por la Asamblea General. Esta opinión ha sido manifestada, entre otros, por I. BROWNLIE.

<sup>64</sup> A este respecto, un análisis bastante exhaustivo de la práctica reciente en materia de reconocimiento se recoge en el Séptimo Informe, Doc. A/CN.4/542, pp. 27-38.

Perú vivía en ese momento: «España reconoce Estados y no Gobiernos. Mantenemos relaciones diplomáticas con Estados, al igual que los demás Estados del mundo. (...) Ciertamente, esto no significa que estemos de acuerdo con la situación existente o con el golpe de Estado de Fujimori. Gobiernos democráticos españoles han coexistido con Pinochet o Videla fundamentándose en la doctrina Estrada...sin que ello signifique haber aceptado ninguno de esos regímenes»<sup>65</sup>.

En otro orden de cosas, la renuncia, definida como el acto por el cual un sujeto de Derecho Internacional hace dejación voluntariamente de un derecho subjetivo o pretensión, se encuadra igualmente entre los actos unilaterales cuya existencia resulta indiscutida. Intentando desglosar el contenido de esta figura, algún autor, como SUY, ha planteado la distinción entre la que denomina renuncia abdicativa –en virtud de la cual un Estado se limita a abandonar un derecho– frente a la que se conoce como renuncia traslativa, que implica la transferencia del derecho a otro sujeto determinado<sup>66</sup>, aunque la realidad resulta en ocasiones mucho más compleja, ofreciendo ejemplos que no encajan claramente en ninguna de dichas categorías.

–Existen otros actos cuya condición de “actos unilaterales” resulta cuestionada por algún sector de la doctrina; así, la notificación, siguiendo a MIAJA, “más que una especie particular de acto unilateral, resulta ser uno de los elementos integrantes de los actos unilaterales más importantes, esto es, de los que resultan de una declaración expresa, que lo mismo puede ser de voluntad que de sentimientos o de creencias, aunque sólo las primeras sean constitutivas de un negocio jurídico internacional, que de la realización de un hecho”<sup>67</sup>. En realidad, es un vehículo que permite dotar de público conocimiento al acto unilateral. Las diversas clases de notificaciones existentes motivan el que no en todos los casos en que nos hallamos ante la presencia de una de ellas, haga su aparición un acto unilateral; es más, la práctica ofrece numerosos ejemplos de notificaciones meramente facultativas, que revisten un carácter simplemente informativo.

–Los ejemplos que la práctica muestra de actos de protesta son muy diversos y atienden a materias sumamente heterogéneas; la misma consiste en una manifestación de voluntad por la que no se reconoce como legítima una pretensión determinada, o se contesta el valor de una situación concreta dada. Para que la protesta llegue a surtir efectos debe ser explícita, manifestarse de forma activa y reiterada y además ser enunciada claramente, dependiendo sus efectos en muchas ocasiones del vigor y entereza con que la misma ha sido plasmada. El análisis de la práctica en este apartado es profuso, siendo numerosísimos los supuestos que cabría calificar de protestas, realizados en los últimos años<sup>68</sup>.

La protesta cobra un enorme relieve en el ámbito internacional; eso sí, en muchos casos no implican obligaciones para el Estado que formula la protesta. Más bien suele ser frecuente que lo que llevan aparejado es la no aceptación de algo, o la simple manifestación de condena respecto de una conducta previa de un tercero. En estos casos, ciertamente, la condición de acto unilateral autónomo, tal y como se ha entendido desde el comienzo de este trabajo, encuentra ciertos obstáculos para ser aplicada como si de un molde se tratase, al encontrarse vinculada directamente a una actuación, o a una conducta previa de un tercer Estado. Esta es la razón por la que hay diversos autores que se han decantado por no considerar a la protesta en igualdad de condiciones que otros actos unilaterales, como pudieran ser la promesa o el reconocimiento, de los que se desprende con mayor claridad su carácter de actos unilaterales y los efectos que como tales cobran los mismos en el escenario internacional. Valga un mero ejemplo de protesta curioso: un hecho tan simbólico como la emisión de un sello postal por Francia en abril de 1991, en el que se incluía en la Polinesia francesa una pequeña isla reivindicada por Chile, provocó hondas protestas por parte de este país<sup>69</sup>.

–Un acercamiento a dos principios que considero moduladores de las actuaciones unilaterales estatales – el silencio y el principio de preclusión o *estoppel*– resulta indicativo del papel que los mismos pueden cobrar respecto a la consolidación de determinadas situaciones; a pesar de que no encontramos en ellos la presencia de actos unilaterales “estricto sensu”, sí que se pone de relieve la necesidad de tenerlos en cuenta<sup>70</sup>. El *estoppel* consistiría en el efecto producido por una determinada actitud mantenida por un Estado, que de algún modo le vincula a seguir comportándose de forma coherente, especialmente si ello ha generado expectativas en terceros, como la CIJ tuvo ocasión de señalar en el asunto de la *sentencia arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906*<sup>71</sup>, harto conocida, entre otros incontables precedentes jurisprudenciales.

<sup>65</sup> *Diario de Sesiones del Congreso, Pleno, IV Legislatura*, n. 184, p. 9049.

<sup>66</sup> Véase E. SUY, *op. cit.*, p. 155.

<sup>67</sup> Como señala A. MIAJA DE LA MUELA en “Los actos unilaterales en las relaciones internacionales”, 20 *R.E.D.I.* (1967), p. 434.

<sup>68</sup> Al respecto remitimos nuevamente al Séptimo Informe, Doc. A/CN.4/542, pp. 53-69, donde se contemplan situaciones enormemente variadas.

<sup>69</sup> Véase esta información en 96 *R.G.D.I.P.* (1992), p. 120.

<sup>70</sup> A este respecto, E. PECOURT GARCÍA, “El principio del *estoppel* en Derecho internacional público”, 15 *R.E.D.I.* (1962), pp. 104-106.

<sup>71</sup> *ICJ Reports 1960*, pp. 213-214.

Visto lo anterior, en el Séptimo Informe que se ha presentado ante la Comisión, la práctica se ha ordenado intentando lograr una cierta clarificación; y para ello se ha debido seguir algún criterio, siendo éste el de acudir a las categorías de actos unilaterales que hemos considerado más asentadas: reconocimiento, promesa, renuncia, protesta o notificación. También se incluyen, aunque esto habrá de ser objeto de desarrollo en un informe próximo, algunos ejemplos de situaciones de las que se pueden desprender ciertos efectos jurídicos, aunque analizados *grosso modo*, a modo de introducción, que permita sentar las bases para un estudio en profundidad de los mismos, en parte gracias a los materiales proporcionados por los participantes en el Seminario de Derecho Internacional.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ES POSIBLE LLEVAR A CABO LA CODIFICACIÓN Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DE ESTA MATERIA?

Después de todo lo dicho anteriormente, resulta ineludible preguntarse a la luz de los trabajos realizados por la CDI en los últimos años, si es necesario llevar a cabo un intento de codificación y desarrollo progresivo de esta materia. Varios son los obstáculos que el Relator Especial debería superar y, a nuestro juicio, todos ellos revisten cierta envergadura. Comenzando por la propia naturaleza del objeto de estudio, creemos que llevan razón algunos de los miembros de la Comisión que han aludido al carácter de *terra incognita* que esta materia presenta, así como a las dificultades que su análisis entraña: la naturaleza de los actos unilaterales, las dificultades para poder tener conocimiento de los mismos, su diversidad, así como el carácter difuso de muchos de sus rasgos son escollos relevantes. De todo lo anterior se deduce que los actos unilaterales presentan múltiples recovecos y existen aún diferentes aspectos de los mismos sobre los que no existe acuerdo, ni en la Comisión, ni al menos en apariencia en el panorama estatal internacional. Su diversidad, su carácter flexible y adaptable a la vida de relación internacional hacen que los actos unilaterales sean como son. Sin duda, estos son graves escollos para alcanzar el desarrollo progresivo y, más aún, la codificación de esta materia en la que la necesidad de contar con un análisis sistemático de la práctica internacional es acuciante. El Relator Especial necesita ayuda, dados los múltiples obstáculos que está encontrando en el camino, y sin duda alguna tanto los miembros de la Comisión, como los propios participantes en el seminario, que han vivido la gestación y el desarrollo del proceso codificador en la materia, se la puede prestar. A las alturas del Séptimo Informe no cabe derrumbarse, sino que se debe derrochar toda la energía necesaria para que este proceso, iniciado en 1996, no quede en saco roto. El camino recorrido por este caminante —el Relator Especial— que parece no cansarse a pesar de las múltiples dificultades halladas en dicho sendero, merece que se le rinda un sincero homenaje, por su ingente labor, plagada de obstáculos. Espero que las líneas anteriores constituyan simplemente una ínfima muestra que rinda tributo a la labor de la Comisión de Derecho Internacional y, especialmente, a todos los miembros de la misma que han aportado su grano de arena al estudio, debate y discusión de este tema, sea cual sea el objetivo que finalmente se logre. Codifíquese o no en estos momentos la controvertida cuestión de los actos unilaterales de los Estados, su análisis por la CDI ofrecerá, sin duda, un marco para el conocimiento del tema y un acercamiento a las múltiples dificultades que el mismo entraña. Tan sólo por eso ya habrá merecido la pena el esfuerzo.

Como homenaje a su denodado esfuerzo, y a ese camino recorrido por el Relator Especial, que ha marcado una senda que no se anduvo anteriormente.



## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Van Rompaey, Leslie* - “*El Derecho y la Justicia*”



---

# “EL DERECHO Y LA JUSTICIA”

**LESLIE VAN ROMPAEY**

Presidente de la Suprema Corte de Justicia

Hace ya muchos años, cuando comenzaba la carrera de abogacía un profesor de la Universidad de la República hizo una encuesta entre el grupo de estudiantes de primer año en relación a cuales eran las razones o motivos que nos habían determinado a estudiar derecho. Un muy reducido grupo en el que me contaba, sabía desde el primer día de clase que los estudios de derecho nos habilitarían a ingresar a la magistratura; estudiábamos para ser jueces. Una gran mayoría afirmaba que la vocación por el derecho arraigaba en un sentimiento profundo que les impulsaba a dirigir sus acciones en la búsqueda de proteger o tutelar los derechos humanos, a defender a aquellas personas asistidas de razón frente a los abusos de quienes ejercen el poder político, económico o de cualquier otro tipo. De igual manera, exteriorizaban su rechazo a las injusticias y su propósito de contribuir a su erradicación.

Es que en definitiva la preocupación vital se orientaba en el mismo sentido: dar a cada uno lo suyo, o lo que le corresponde, expresión que desde los clásicos del derecho romano condensa la idea de justicia.

Derecho y justicia no pueden ser conceptos escindibles; el derecho, como el más eficaz instrumento para lograr la convivencia pacífica entre los seres humanos, tiene como fin supremo la concreción del valor superior de la justicia, que a mi juicio reúne y concreta los derechos humanos, los principios generales del derecho y los valores y postulados éticos de nuestra civilización occidental arraigados en la conciencia de la comunidad.

La concepción puramente científicista y normativista del derecho no es apta para satisfacer las demandas de justicia que la ciudadanía dirige al Poder Judicial.

La norma legal se muestra insuficiente, y frecuentemente obsoleta para solucionar mediante su mera aplicación mecánica los conflictos intersubjetivos de intereses que se suscitan en una sociedad sacudida por los cambios vertiginosos y los avances tecnológicos y científicos que dejan fuera de la cobertura de la norma general, las circunstancias específicas de las nuevas realidades.

La fuerza incontrastable de los hechos, y la experiencia judicial que constatará inexorablemente el creciente desajuste entre la realidad y la norma legal superada en su previsión por el vertiginoso cambio social demostró la insuficiencia del intento de reducir la función del juez a un simple mecanismo de subsunción automática de leyes preestablecidas.

García de Enterría resalta que la gran crítica al positivismo era sencillamente el contraste con la justicia, valor sin el cual el derecho no es siquiera concebible.

No es cierto que en ningún caso sea posible aplicar la ley sin interpretarla y esta interpretación no puede reducirse a un problema mecánico de subsunción del enunciado general de la norma al caso concreto; por el contrario, en toda interpretación se reproduce necesariamente el proceso valorativo material que concluyó en la ley, deben necesariamente manejarse los valores que articulan y animan la estructura de las instituciones, las cuales son cualquier cosa menos máquinas frías y automáticas, y además están entre sí enhebradas de forma que solo los respectivos principios institucionales revelan.

El derecho no es solo la ley, se integra con las reglas reconocibles en el derecho escrito (Constitución, ley, decretos, etc.) y los principios generales de derecho, que son standards o parámetros que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se consideran deseables, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Las Cartas Constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral, lo que contribuye a reafirmar el papel del juez en la interpretación y aplicación del Derecho.

Las Constituciones consagran una gran cantidad de derechos y principios que son el reflejo de concepciones de la moralidad. Son por así decirlo, moral positivada, o como también se ha dicho, Derecho Natural positivado.

\* Clase magistral dictada en ocasión de la graduación de la segunda promoción de Doctores en Derecho de la Universidad de Montevideo.

El valor superior de la justicia condensa y dinamiza a dichos principios, que en nuestro derecho tienen rango normativo, esto es calidad de norma jurídica y jerarquía constitucional, por su consagración en los arts. 7 y 72 de la Constitución, que indican inequívocamente la recepción del jusnaturalismo personalista, en cuanto proclaman genéricamente, los derechos, deberes y garantías “inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno”.

Y la justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal, o si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del derecho. Para el jurista, el derecho positivo -las normas y los criterios establecidos por la autoridades- es la senda que se ha de recorrer en pos de la justicia. El operador del derecho no puede resolver ningún problema sirviéndose solo del derecho positivo, esto es, sin recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo o injusto que por lo tanto, trascienden el derecho positivo. En el fondo de cada caso jurídico que no sea puramente rutinario, suele esconderse una cuestión moral y/o política de importancia, y ellos deben ser resueltos, con militante sentido de justicia, obviamente sin desbordar el cauce normativo, sin desconocer el mandato legal imperativo, sin transgredir el principio constitucional de la separación de poderes, base de la institucionalidad republicana. No se trata de que el juez sustituya al legislador, sino de que resuelva la cuestión controvertida, dentro del marco del ordenamiento jurídico, pero recurriendo a principios y valores que doten de justificación racional y aceptabilidad social a las decisiones.

Es necesario reafirmar tales conceptos: el uso cada vez más frecuente y necesario de los principios generales de derecho y pautas hermenéuticas valorativas principales o axiológicas, tendientes a suplir la insuficiencia u obsolescencia de la ley que no se ajusta en su previsión normativa abstracta a las especiales circunstancias del conflicto sometido a la decisión judicial, no implica una adhesión a la libre creación judicial del Derecho ni la rebelión del juez contra la Ley ni la recepción de la doctrina del uso alternativo del Derecho, que pretende justificar cualquier interpretación desde criterios ideológicos.

Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades auto reguladas, que no admiten instancias exteriores, sean monarcas o poderes absolutos unguidos por cualquier mito o por cualquier elección, o

jueces pretendidamente redentores o iluminados, auto investidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica.

El juez no es un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que deba convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel ya no neutro sino activo, del juez, pero siempre orientado al servicio de la Constitución y de la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesa las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance.

Como decía nuestro máximo jurista, Eduardo Couture, el derecho es sin duda con todas sus imperfecciones el mejor instrumento que se ha descubierto para regular la convivencia humana. La justicia es el destino normal del derecho, el derecho apunta hacia la justicia, junto al derecho existe el amor a la paz, que es un sustituto bondadoso de la justicia. Pero envolviendo todo eso, que rige la convivencia existe la libertad, sin la cual no hay justicia ni derecho ni paz.

En último término, los jueces aspiran en su fallo a hacer una obra de justicia más que una obra de legalidad formal. Cuando una solución es justa, decía un magistrado, raramente faltan los argumentos jurídicos que la puedan motivar. El buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia, y este es el campo fértil para la actuación de los principios generales del derecho que expresan los postulados éticos arraigados en la conciencia social cuya vigencia puede constatar el juez mediante mecanismos técnicos que eviten el puro subjetivismo o la arbitrariedad en la decisión.

Sostiene el ilustre procesalista italiano Calamandrei: La finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad, es algo más, la justicia de la cual la determinación de la verdad es solamente un premisa. Las leyes, dígame lo que se quiera de que el ordenamiento jurídico no tiene lagunas, no pueden prever todos los casos que la realidad, mucho más rica que la más febril imaginación, suscita ante el juez de manera que, también en el sistema de la legalidad, toda la ley deja al juez un cierto margen de discrecionalidad, dentro del cual él, mediante la interpretación y aplicación, viene a ser aun sin darse cuenta de ello, siempre que se mantenga dentro de ciertos márgenes, creador de derecho. Cuando se dice que en el sistema del posi-

tivismo legalista el juez no es más que el intérprete de la ley, no se debe creer que él no sea más que el portavoz inanimado y mecánico de la ley, "la bouche de la loi", como quería Montesquieu; por el contrario, la ley, aun la más precisa y minuciosa, deja al juez, no solo en la reconstrucción del hecho, sino también en la búsqueda de la relación que media entre el hecho y el precepto jurídico, un cierto ámbito de movimiento y de elección dentro del cual el juez, no solo puede, sino que debe buscar la respuesta, más que en la ley, en su propia conciencia. La sentencia no surge directamente de la ley, sino de la conciencia del juez, estimulada por múltiples motivos psicológicos, entre los cuales la ley constituye el motivo más importante, pero no el único, un motivo que, para transformarse en sentencia, tiene que encontrarse y fundirse como en un crisol con los demás motivos de orden moral, en contacto con los cuales se transforma, de abstracta proposición lógica en concreta voluntad individual. No hay norma, se puede decir, que no conceda al juez un cierto respiro de libertad creadora: el sistema de la legalidad es, no la abolición del derecho libre, sino la reducción, y podríamos decir el reconocimiento de él dentro de las casillas de la ley. Cuando el juez se encuentra ante un caso nuevo, que no recibe una solución legal clara e inequívoca, se siente naturalmente inducido a buscar la solución en el instintivo sentimiento de justicia que le dicta su conciencia, y solo en un momento sucesivo va a consultar las leyes, a fin de encontrar en ellas, a posteriori, la justificación lógica de la solución sugerida por el sentimiento. No en balde los jueces hoy, encuentran primero la parte dispositiva de la sentencia, y luego, tal vez a distancia de alguna manera, redactar la motivación.

Como dice Couture "para el hombre común ese que ahora se ha dado en llamar "el hombre de la calle", el derecho no puede ser inmoral; las normas jurídicas son normas morales, escritas en códigos y leyes y no pueden contradecir los sentimientos éticos dominantes. Lo expresaba uno de nuestros más singulares espíritus, para oponerse a cierta solución legal diciendo que "el derecho no puede ser tan torcido".

Pero esa misma proposición de que el derecho no puede ser inmoral, pasa al campo de los juristas y entonces deja de ser verdad. Existen bibliotecas enteras para demostrar que el derecho es una cosa y la moral es otra diferente, que en muchos puntos se tocan, pero que en otros se separan y hasta chocan...

Pero sucede que cuando los juristas maduran y adquieren la sazón de su pensamiento, llegan a comprender otra vez, como el hombre de la calle, que el derecho y la moral son virtualmente inseparables

Hace más de 60 años Couture advertía que en la vida de todo jurista hay un momento en que la intensidad del esfuerzo en torno a los textos legales, conduce a un estado particular de insatisfacción. El derecho positivo se va despojando de detalles y queda reducido a una ciencia de grandes planos. Pero a su vez, estos grandes planos reclaman un sustento que no les puede dispensar la propia ciencia. El jurista advierte entonces como si la tierra le faltara bajo los pies, y clama por la ayuda de la filosofía. La más grande de las desdichas que le pueden ocurrir a un estudioso del derecho, es la de no haber sentido nunca su disciplina en un estado de ansia filosófica. O mejor aún: en un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica, para llegar después de ella al trabajo menudo de su ciencia.

Así, el gran jurista alemán Goldschmidt en sus páginas póstumas escritas en Montevideo adonde llegó perseguido por el nazismo, y que hallara Couture dispersas en su mesa de trabajo el día que sobre ella lo abatió la muerte, decía: "el derecho es la más expresiva e impresionante, la más grandiosa y especificada manifestación de la moral sobre la tierra".

En sus Mandamientos, Couture indica al abogado que su deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentre en conflicto el derecho con la justicia, debe luchar por la justicia. El derecho no es un fin sino un medio. En la escala de valores no aparece el derecho. Aparece en cambio la justicia, que es un fin en sí, y respecto de la cual el derecho es tan solo un medio de acceso. La lucha debe ser pues, la lucha por la justicia.

En el mismo sentido enseña Calamandrei que el derecho procesal, tiene una finalidad y es altísima, la más alta que puede existir en la vida, y se llama justicia. El proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos para lograr que la sentencia sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara.

Al final de cada capítulo de su libro "Elogio de los jueces escrito por un abogado", Calamandrei estampaba el dibujo de una balanza que sobre un platillo cargaba dos gruesos volúmenes jurídicos y sobre el otro la leve gentileza de una rosa.

El óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y abogados, vinculados por recíproca confianza buscan la solución de sus dudas, más que en la pesada doctrina, en la viva y fresca humanidad. En aquella balanza, en contraste con las leyes físicas, la rosa pesa más que los dos gruesos libros. A fin de que la justicia funcione humanamente, es necesario que la balanza se incline del lado de la rosa. Y añadido del lado de la justicia, de los derechos humanos y del amor al prójimo.





## JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia N° 170 de la Suprema Corte de Justicia.*
- **Chaves, Gastón** - “Delimitación de la figura del cómplice en el concurso criminal”



---

# SENTENCIA N° 170 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

*SENTENCIA N° 170*

*MINISTRO REDACTOR :*

*DR. JUAN M. MARIÑO CHIARLONE.*

*Montevideo, veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho.-*

---

## DELIMITACION DE LA FIGURA DEL COMPLICE EN EL CONCURSO CRIMINAL

### I. PLANTEO GENERAL

El supuesto de hecho sobre el que se expide la sentencia es el siguiente: el Sr. M.B. conducía un auto en el que viajaban otros dos, que no fueron detenidos en la causa. Se dirigieron a una estación de servicio y el Sr. M.B. aguardó en el vehículo, mientras los restantes, mediante amenazas de arma de fuego e inmovilización del sereno, sustrajeron dinero del comercio. A continuación de ello, los trasladó a otra estación de servicio, donde los otros partícipes intentaron, pero no lograron apoderarse del dinero, aunque sí amenazaron al sereno que allí se encontraba. Perseguidos por la policía, sólo el Sr. M.B. fue detenido. La cuestión de derecho, de que se ocupa la sentencia de casación es la de determinar la calidad de coautor o de cómplice que el Sr. M.B. asumió en los hechos.

El autor de esta nota de jurisprudencia tuvo a su cargo el patrocinio de la causa, inclusive la instancia de casación, en que la sentencia se dictó.

Se hace esta puntualización inicial para prevenir al lector en el sentido de que los comentarios que siguen, dado que el patrocinante postulaba la solución de complicidad, no de coautoría, para el defendido, no pretenden instalar una "cuarta instancia" ante el público, cuando se han agotado las posibles ante la Justicia.

Por el contrario. Las reflexiones siguientes tocarán el tema de la delimitación del rol del cómplice de un modo general, a partir de las conclusiones del fallo de casación para el caso concreto. Los propios fundamentos del mismo, así como ulteriores meditaciones, me han llevado a modificar, en algún aspecto radicalmente, algunas conclusiones que había asentado en los planteos judiciales.

Sin embargo, el corno de la cuestión, que es el de decidir qué papel juega, **en general**, el partícipe que, si bien no actúa en el escenario ni en los actos por los que el delito se consuma, aunque sí lo hace en momento concomitante al de consumación del mismo, permanece intacto, en la medida en que se lo desvincule de las emergencias y de las particularidades concretas de este caso jurisprudencial.

En efecto. Como se ha visto, la solución de la sentencia de la Corte es la de sostener que uno de los actos del partícipe en cuestión, que consiste en el traslado ulterior de sus compañeros, alejándolos del lugar con el dinero sustraído en la rapiña, es indudablemente de aquellos que operan la consumación del apoderamiento con sustracción, por lo que, al ingresar como cooperación directa en el período de la consumación (art. 61, N° 3 del C.P.), es constitutivo de coautoría, no de complicidad.

Esta solución, si bien despeja la duda en el caso en examen, por fuerza de la aludida particularidad del mismo, deja de todos modos abierta la cuestión relativa a si esos mismos hechos realizados por el agente (traslado, espera y nuevo traslado), se verían como constitutivos de coautoría bajo toda circunstancia, esto es, también en aquellos casos en que el traslado de los otros concurrentes al delito no constituyera coopera-

## VISTOS:

*Para sentencia estos autos caratulados : "M.B.- Un delito de encubrimiento y dos delitos de rapiña en calidad de cómplice, uno de ellos en grado de tentativa en reg. de reiteración real - CASACIÓN PENAL", Fa. N° 159/97.-*

## RESULTANDO:

*1) La sentencia definitiva de segunda instancia, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno, falló : "Revocando la sentencia en cuanto a que M.B. debe responder por coautoría de dos delitos de rapiña, uno de ellos en grado de tentativa, y se le absuelve de la imputación del delito de encubrimiento, en cuanto a la pena que se fija en seis años de penitenciaría..." (fs. 107 a 108).*

ción en la consumación del mismo. Baste pensar en lo que ocurriría si los otros partícipes, en lugar de cometer una rapiña, hubieran consumado homicidio, lesiones o violación (los que, notoriamente, se perfeccionarían sin necesidad del requisito de un traslado ulterior de los agentes), para que la perplejidad en torno al grado de participación del primero se renueve, ya no con relación al traslado ulterior, que perdería importancia dentro de un concurso subsecuente – desaparecida su idoneidad para constituir cooperación directa en un período en el que la consumación ya se ha operado – sino con relación al anterior y a la espera concomitante a la consumación del homicidio, lesiones o violación.

La sentencia, resolviendo correctamente la calificación de este partícipe como coautor, en función de la presencia de un componente contingente, enteramente dependiente de determinada tipificación delictual (en el caso, cooperación en el *apoderamiento*, que es el que consume la rapiña), no de toda calificación en general, da motivo, entonces, a preguntarse por la consideración en general de estos comportamientos no principales, sí convergentes intencionalmente a la comisión del delito, previos, o contemporáneos al período de consumación del mismo, pero que no constituyen en sí cooperación directa (art. 61, N°3) ni son actos sin cuya existencia el delito no se habría podido cometer (art. 61, N°4), lo que, en principio, los exoneraría de aptitud para constituir coautoría.

La investigación supone acudir al sistema dogmático emergente de la lectura de los arts. 59 a 62 del Código Penal, del que surgen soluciones que parecen indicar una transacción entre doctrinas diversas sobre la autoría, coautoría y complicidad en el delito. Sin olvidar que el Código realiza el añadido extradogmático de la peligrosidad, que es el criterio que subyace a la consideración de la figura del cómplice, a quien se ve, en principio, como el partiquino del delito, aquel que, por menor capacidad, asume los roles más modestos en el maleficio, por lo que, en principio, tiene una menor peligrosidad y, consecuentemente, menor responsabilidad penal, la que se lleva a un tercio de la pena que correspondería a los autores del delito. Por cierto que si este diagnóstico legal de escasa peligrosidad, que se adjudica legalmente al cómplice, es desmentido en la realidad por las emergencias de la causa, el art. 89 C.P., fiel a la directiva de defensa social que transcurre al código, permite llegar a la equiparación en la pena cuando el agente acuse "una visible mayor peligrosidad", por la forma de participación, los antecedentes personales y la naturaleza de los móviles.

El resultado es una verdadera mixtura de doctrinas que, en la turbulencia dogmática que genera, impide precisamente encarar la participación criminal del cómplice con un criterio único y coherente.

Esta nota buscará la delimitación de los respectivos roles de autoría, coautoría y complicidad, con especial acentuación del perfil del autor, en relación a quien se entorna la actividad de los restantes copartícipes.

## II. EL ROL DE AUTOR EN LA DOGMÁTICA DEL CÓDIGO PENAL URUGUAYO

Una aproximación simplista al problema de la participación criminal podría ser, y, en efecto, lo fue, bajo la vigencia irrestricta de la teoría de la equivalencia de las condiciones para explicar la relación de causalidad,

II) En el pronunciamiento anterior, dictado por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 5to. Turno, se había fallado: "Condenando a M.B. como autor responsable de un delito de encubrimiento y dos delitos de rapiña en calidad de cómplice - uno de ellos en grado de tentativa -, en régimen de reiteración real, a la pena de tres (3) años de penitenciaría, con descuento de la preventiva sufrida y de su cargo los gastos procesales..." (fs. 82 a 85).

III) La Defensa del encausado a fs. 109 y ss. deduce recurso de casación en cuanto al fondo del asunto, y subsidiariamente en cuanto a la forma en relación a las causales referidas a la errónea valoración de la prueba que alega, ya que se les considere a las mismas en uno u otro tipo.

Indica que la recurrida, al imputar coautoría al causado y no complicidad, ha desconocido los arts. 61 numerales 3 y 4, y 62 del C.P., consecuentemente se violenta el art. 89 del mismo cuerpo legal al establecer la pena, y en cuanto a la valoración de la prueba - causal cuya procedencia funda en los arts. 5 y 6 del C.P.P. y 270 del C.G.P. - señala que se infringe el art. 174 del C.P.P., así como el principio de indivisibilidad de la confesión conforme los arts. 1.608 del C.C. y 241 del Código de Instrucción Criminal - norma esta última que entiende no alcanzada

la de sostener que la participación criminal consiste en una pura equivalencia de los aportes causales de cada partícipe del delito, conforme a la cual nunca podrían admitirse distinciones según grados, importancia o jerarquías de la contribución individual, dado que, por hipótesis, el aporte de cada uno tiene una inexorable condición igualadora con los restantes: sin él, el resultado del que depende la existencia del delito no se habría producido (procedimiento de supresión mental hipotética: si desaparece el hecho individual, el resultado no se habría producido en el modo, lugar y tiempo en que efectivamente se produjo). Según la teoría de la equivalencia de las condiciones no podría haber sino autores. Como decía un autor alemán, HEIMBERGER: "la ley no puede obligarme a distinguir allí donde no existe la capacidad de hacerlo"<sup>1</sup>)

Sin embargo, nuestro Código es de otra opinión y admite, por el contrario, una división del trabajo en la concurrencia delictual, donde existen aportes de importancia desigual y jerarquizable, así como una subordinación o **acesoriedad** de las conductas de quienes convergen intencionalmente al delito, respecto de una figura principal, nuclear y protagónica, que es la del **autor**.

El art. 59, inciso primero del C.P. así lo dice: "Son responsables del delito, además del autor, todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuere como coautores, fuere como cómplices".

Es clara, entonces, la importancia de determinar la esencia de esta figura rectora del autor, en torno a la cual se ordenan accesoriamente las otras.

Es obvio que cuando el delito es obra de una sola persona ninguna dificultad existe para distinguirla y designarla como la autora del mismo. Hay un único protagonista en el escenario, que es el que convoca toda la atención, por lo que la pregunta por las características que lo distinguen como protagonista sería ociosa, dado que él, simplemente, está ahí, cumpliendo en todo o en parte los actos típicos.

La pregunta por el autor surge, naturalmente, cuando, en lugar de una persona, existen varias que cooperan y convergen, con relevancia causal, a la realización de un delito que es el mismo para todos (unidad de partitura: aunque cada ejecutante de la orquesta toque o cante una melodía distinta, todos, en conjunto, ejecutan la Novena Sinfonía de BEETHOVEN). Dentro de esa nébula de actuaciones, la ley penal manda distinguir una figura protagónica a cuyo desempeño acceden las restantes: si no hay autor, no hay coparticipación criminal.

De modo que a esta figura de autor, que en solitario se presenta como evidente, *ictu oculi*, deberá, por el contrario, encontrársela, dentro de la urdimbre de conductas que significa un conjunto de personas realizando el maleficio, mediante un criterio señalizador.

Es así que diversas teorías han procurado distinguirla, ora acudiendo al **ánimo o voluntad** de que el delito se quiera como propio por alguno de los partícipes; ora a la **descripción típica de los actos consumativos**, que identificaría precisamente como autor a quien los realizara; ora a la **coincidencia con el momento de la consumación** en que se produciría la actividad del autor; ora a la **necesidad del aporte causal** del partícipe, aporte sin el cual el delito no podría haberse cometido; ora, en fin al **dominio del**

<sup>1</sup> Citado por ROXIN en su monumental obra sobre la autoría y dominio del hecho. Ha sido traducida por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZALEZ de MURILLO, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998. Pág. 22.

por el art. 1 del C.P.P. en tanto no se opone directa ni indirectamente a las disposiciones del mencionado código.-

*Puntualiza - conforme la relación de hechos de la causa que practica - que implícitamente se desprende de los pronunciamientos que el momento de consumación de la primer rapiña operó con el despojo, y la huida lo fue en fase de agotamiento de un delito ya consumado ; de forma tal que la Corporación se encontraría habilitada para pronunciarse sobre la calificación de los hechos y estimar si la contribución del encausado, mediante el traslado de los restantes partícipes luego de consumado el ilícito, es constitutiva de coautoría o simple indicio de complicidad.*

*Discrepa con la calificación de coautoría practicada, señalando que la recurrida no menciona concreta y específicamente en cuáles de las cuatro hipótesis legales de comportamiento de coautor queda atrapado M.B., no resultando las inferencias que pueden extraerse suficientes.*

*Así, ubicados en el numeral 3ro. del art. 61 del C.P., se puntualiza que se requiere una cooperación directa en el período de la consumación, y en relación al carácter de directo - citando la nota respectiva del Codificador - indica que se presenta cuando el coautor interviene como causa física*

**hecho**, que definiría al autor como aquel que retiene en sus manos el curso causal del hecho, aquel que decide el *si* y el *cómo* del delito.

Como se ve, la mayoría de estas doctrinas (la excepción es la denominada objetivo formal, que destaca el rol de autor en la realización de los actos consumativos) intenta delimitar la autoría a partir de criterios materiales, subjetivos u objetivos, pero, en todo caso, desvinculados de una formulación o descripción legal de ellos.

El Código, si bien ha seguido, a mi criterio y con las necesarias correcciones, la teoría objetivo formal, no ha dejado de tener en cuenta algunas de las restantes para delimitar hipótesis, no ya de autoría, sino de **coautoría**: el criterio temporal de coincidencia de la cooperación con el momento consumativo se ha seguido, con el importante agregado de que esa cooperación debe prestarse **directamente**, en el art. 61, N° 3 C.P., aludido en la sentencia en comentario. El criterio de la contribución causal necesaria, esto es, la cooperación (en fase preparatoria o ejecutiva) mediante un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer designa otra figura de coautoría en el art. 61, N° 4 C.P..

El criterio temporal aparece también para delimitar la autoría (art. 61, N°3 C.P.) y la complicidad, en el art. 62 C.P., la cual es cooperación moral o material al delito "por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación".

En lo siguiente, en este tema de delimitación de la autoría, haré referencia a alguna de las teorías indicadas.

## A) La teoría subjetiva

Bajo el imperio irrestricto de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero frente al texto del Código penal alemán, que, pese a todo distinguía entre autores, instigadores y cómplices, esta característica singularizadora pretendió verse, no en lo objetivo, dado que, como ya se ha dicho, si todas las condiciones se equivalían, si la falta de una de ellas, cualquiera fuese, determinaba que el delito no se pudiera haber cometido, el rasero causal igualador imposibilitaba que, ante un homicidio, por ejemplo, se distinguiera entre quien prestó el arma, quien atrajo a la víctima al lugar y quien, en definitiva, apretó el disparador y dio muerte. El resultado muerte no era concebible si se suprimía una cualquiera de estas contribuciones. Es muy claro que el destaque de la persona del autor no podría hacerse desde la perspectiva de su aporte objetivo, sino a partir de una característica subjetiva individualizadora, que se creyó ver en lo que se llamó el *ánimo de autor*: Esto significaba que debía señalarse como tal a aquel que quisiera el delito como propio, a diferencia de quienes sólo querían participar en el delito ajeno.

Sin embargo, la teoría conducía rápidamente a resultados absurdos, dado que, en el homicidio por encargo, por ejemplo, sólo sería autor el comitente - que era quien efectivamente quería la muerte de otro como deseo propio - con olvido de que quien había ejecutado enteramente el homicidio - quien había dado muerte, en los términos del art. 310 C.P. - no había sido éste, sino el asesino a quien se había comisionado para dar

*en el período de la consumación : en consecuencia el aporte causal del coautor debe pensarse dentro de los parámetros de una actividad comprendida en el verbo típico, de modo que este interviene realizando con otro u otros la totalidad de la materialidad del delito o tomando una parte de ella.*

*En el caso, la cooperación del encausado debería haber sido un acto directo de colaboración en las amenazas o en la sustracción, pero su presencia concomitante fuera del lugar en que unas y otra ocurrieron, y su consecuente ausencia de cooperación típica , carece de toda posibilidad de verse bajo la impronta del acto directo de cooperación o causa física de la violencia y despojo sufridos por la víctima.*

*Agregando que, cualquier otra interpretación del giro legal directamente como referido a los actos típicos consumativos, tendría la virtualidad de llevar a la evanescencia los contornos de la conducta punible como amplificadora del tipo penal , agraviando el principio de legalidad, y que resulta evidente que la referencia modal comprendida en el término directamente, no puede significar otra cosa que una colaboración basada en la división del trabajo dentro del núcleo típico : conclusiones que son respaldadas por las amplias citas doctrinarias que practica.*

muerte y que, efectivamente, la había dado. Sin embargo, como este último no quería el hecho como propio, resultaba absurdamente excluido de la autoría.

## **B) La teoría objetivo formal. Sus modificaciones.**

Es así que, en abandono de esta teoría, y sin duda alguna por la simple lógica que se desprende de la lectura de los textos legales que regulan el concurso de delinquentes, se enuncia la *teoría objetivo formal*, según la cual el concepto de autor se determina atendiendo al núcleo del verbo típico y, por tanto, será autor quien realice las acciones descritas en las figuras delictivas de parte especial. El rol de autor lo da el propio verbo del delito: es tal la persona que lo conjuga.

La teoría es objetiva porque deduce la autoría a partir de los actos objetivos cumplidos por el agente, en lugar de hacerlo desde la perspectiva del querer del mismo; es formal porque no acude a una cualidad intrínseca de los actos de rol, sino a la calificación y sentido que la ley les otorga, a su aptitud para adecuarse típicamente a aquellos por los cuales el delito adquiere su ser completo.

Esta parece ser la tesis seguida por el Código en el N° 1 del art. 60: "Se consideran autores: 1° Los que ejecutan los actos consumativos del delito".

Sin embargo, la doctrina, así enunciada y sin modificaciones, es incapaz de resolver todas las cuestiones.

Así, por sí sola, no puede explicar los casos de *autoría mediata*, que ocurren cuando el agente, en lugar de ejecutar por sí mismo el verbo del delito, lo ejecuta a través de otro, que actúa inculpablemente o, más ampliamente, de modo no punible.

La enfermera que, sin saberlo y por orden maliciosa del médico, suministra una inyección letal a un paciente, sería autora de homicidio, en cuanto es ella quien conjuga el verbo "dar muerte". Si se hiciera descansar todo el criterio de distinción en la pura circunstancia de que es ella quien conjuga el verbo típico, para constituirla en autora, se dejaría totalmente de lado el carácter plena y absolutamente **instrumental** que la enfermera ha tenido en la emergencia, eclipsándose concomitantemente la figura de quien precisamente ha actuado sirviéndose de una persona, como podría haberlo hecho de un objeto cualquiera, para consumar el delito.

Es cierto que la doctrina en cuestión se ha defendido alegando que, de acuerdo al sentido de las palabras de la ley, en el que decisivamente se involucra el rol de autor, debe considerarse homicida tanto a quien da muerte directamente como a quien lo hace a través de un instrumento humano.

De acuerdo a esto, sería el propio lenguaje legal, su intelección según su sentido natural y obvio, el que determinaría la condición de homicida de una persona.

Esta mutación de la teoría, en definitiva, lleva peligrosamente a establecer un tipo de autor, en lugar de un tipo de delito. Por otra parte, en los casos en que el instigado a cometer el delito actúa culpablemente y no como simple instrumento del instigador, la doctrina continuaría denominando *autor* al sujeto que determina al otro a cometer el delito, en tanto el Código (art. 61, N°1) lo considera *coautor*.

*Por su parte, cuestiona las consideraciones de la Sala para la delimitación de la coautoría en relación a la conducción del vehículo, el pleno conocimiento de lo que se haría y de que estaban armados. Así, indica que la conducción hasta el lugar de los hechos no es un acto de cooperación prestado en el período de la consumación sino en una instancia previa : y, respecto al conocimiento, se señala que ha sido admitido desde el inicio , pero no es en sí configurador de coautoría, sino enunciación de los principios de convergencia intencional y unidad del delito hacia la que se opera la convergencia , sobre los que se sustenta toda participación criminal .*

*En relación al numeral 4to. del art. 61, conforme la cita que realiza, manifiesta que imprescindible no equivale a útil o a un hecho que haya facilitado la realización del ilícito. Y, en tal sentido, la actividad del encausado en forma alguna era imprescindible para la ejecución, sus actos de cooperación no son de naturaleza tal que sin su mediación el delito no se hubiera podido cometer, ni el traslado hacia el lugar del hecho, ni la promesa de facilitar la huida presentan tal carácter.*

Pero, decisivamente, la modificación parece innecesaria, dado que, con mejor sentido práctico, ya la ha hecho la ley: el art. 60, N°2 C.P. considera también autores a: “Los que determinan a personas no imputables o no punibles a cometer el delito”.

La teoría formal objetiva tiene dificultades también para relevar el papel de autor en los casos de pluriparticipación en aquellos delitos de resultado denominados de *causalidad pura*, es decir, aquellos en que se reprocha al agente la causación de un resultado, cualquiera haya sido el modo en que el mismo se hubiera provocado. Así, los delitos de homicidio, lesiones, daño, etc..

Tomo un ejemplo de ROXIN: “el supuesto en que el varón A y la mujer B han decidido envenenar a C, y en que A mezcla veneno en la sopa mientras que B despliega todos los atractivos de su oratoria para distraer a C del extraño sabor de la sopa”.

Desde la perspectiva de la teoría formal objetiva, dice ROXIN, A sería autor y B cómplice, pero “estas soluciones no convencen. Cuando en el caso del envenenamiento A y B cooperan en plano de igualdad y sus aportaciones al hecho se complementan de modo que sólo juntas pueden producir el resultado, su comportamiento forma, con vistas al fin pretendido, una unidad de sentido que no cabe escindir sin arbitrariedad en distintas categorías jurídicas”<sup>2</sup>.

De todos modos, es visible que, de acuerdo a nuestro derecho, la actuación de B, quien coopera directamente con A en el período de la consumación, o en la ejecución (según sea el grado de rapidez con que actúe el veneno) no podría verse como figura de complicidad, sino de coautoría, igualada en penalidad a la autoría (art. 88 C.P.). De modo que la teoría formal objetiva, en el caso, se bastaría para identificar al autor y los agregados del art. 61, N°3 y 61, N°4 complementarían la delimitación de B como coautora.

Mayores dudas podría plantear el caso de laboratorio en que A y B suministran a C, de concierto, pero en forma separada, dosis de veneno insuficientes individualmente para dar muerte, pero sí aptas para hacerlo en conjunto.

Por cierto, y valga la digresión, existe aquí y ante todo un aspecto de causalidad que no puede afirmarse con el mero empleo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino con la teoría de la imputación objetiva del resultado (porque, efectivamente, si se suprime mentalmente una cualquiera de las condiciones, al ser individualmente insuficientes las dosis para dar muerte, el resultado no se habría producido). Pero, afirmada la relación de imputación objetiva del hecho a los partícipes, se advierte que tal vez en casos como éste sea necesario un criterio ulterior de especificación del rol de autor, dado que ni A ni B, individualmente, dan muerte (aisladamente, ninguno cumple el verbo por el que el delito se consuma, en la medida en que acción de cada uno es en sí misma insuficiente, por hipótesis, para ocasionar el resultado) y, por consiguiente, ninguno ejecuta individualmente los actos consumativos, aunque ambos son recíprocamente conscientes del aporte causal del otro, cuentan con dicho aporte causal, quieren la muerte y la logran. Negar la existencia de un autor en tales circunstancias sería derechamente absurdo. Pero para encontrarlo es menester agregar

<sup>2</sup> ROXIN, ob.cit., pág. 55.

*Las consideraciones de la Sala en relación a que quienes idearon los hechos contaban con su colaboración, que entendieron como fundamental, resultan a su entender sin base, máxime en función del propio relato confesorio que invoca. De forma tal que, el Tribunal no ha valorado acertadamente la única prueba de que dispone en relación al interior mismo de la coparticipación criminal, y ha extraído infundadamente una conclusión gravosa para el procesado.*

*Solicita la anulación de la recurrida por vicios de fondo, y en su lugar, se considere al condenado como cómplice de un delito de rapiña consumado y de otro tentado, dictando una condena de no más de tres años; o en subsidio, por razones de forma, se anule la impugnada, remitiéndose los autos al tribunal que deba subrogar.*

*IV) Conferido traslado al Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 3er. Turno lo evacuó postulando, por los fundamentos que expuso, se rechace el recurso interpuesto (fs. 123 - 128).*

*V) Conferida vista al Sr. Fiscal de Corte, éste se expidió considerando que corresponde el rechazo del recurso; finalmente se convocó a las partes para sentencia, acordándose la misma en forma legal y oportuna.*

un nuevo elemento que permita la especificación de rol y tal elemento parece que puede ser aportado por la teoría predominante en la actualidad, para discernir la autoría, que es la **teoría del dominio del hecho**.

### C) La teoría del dominio del hecho

Según la misma, es **autor** aquel que tiene el **dominio del hecho**, esto es, quien **retiene en sus manos el curso causal del acontecimiento, o la configuración predominante y central del mismo**. En otras palabras, el que decide el *si* y el *cómo* del delito y, consecuentemente, quien determina que el mismo se cometa o no.

La referida doctrina implica que el dominio del hecho puede darse en tres ámbitos: dominio de la **acción** (realización de propia mano de todos los elementos del tipo, en lo que coincide con la teoría formal objetiva), dominio de la **voluntad**, que son los casos de autoría mediata y, finalmente, dominio **funcional**, en aquellos casos de cooperación en la ejecución del delito.

En el último ejemplo, de aporte de dosis de veneno que, en conjunto, producen la muerte, A y B serían autores, por cuanto es muy claro que tanto el uno como el otro retenían en sus manos el curso causal del acontecimiento, la posibilidad de que el hecho continuara o cesara. Ambos tenían el dominio funcional del hecho.

La teoría del dominio del hecho puede ser útil, a mi criterio, para establecer el límite entre autoría y participación respecto de los delitos de pura causalidad, cuando, de la actuación de varias personas, cada una de las cuales ponga una condición del resultado, el verbo en sí resulte insuficiente para destacar una figura central del hecho, al interno del desempeño causal. En tales casos podría admitirse como distintivo, el criterio del dominio del hecho.

Ello, sin perjuicio de puntualizar que el rol de autoría, aun en los delitos de resultado de pura causalidad, no siempre aparece en promiscuidad con los restantes roles, sino que es posible destacarlo, sin más, de conformidad al sentido del verbo: cuando A apuñala a la víctima, en tanto B la sujeta para impedirle toda defensa, es visible que quien da muerte es A, y por tanto, es autor, mientras que B coopera directamente en el período de la consumación, con lo que se presenta como coautor, de acuerdo al art. 61, N°3.

De modo que, *prima facie*, en una primera aproximación, parecería que el lugar para la teoría del dominio del hecho, vistas las adaptaciones que en sede de autoría mediata y de coautoría presenta la doctrina objetivo formal, sería subsidiario, para los casos en que el sentido del verbo impida determinar a ciencia cierta un rol de autoría verificado en determinada persona entre los partícipes. Esto sin perjuicio de lo que se expresará en sede de coautoría.

Pero en los restantes delitos que no se configuran como mera causación de un resultado, el sentido de las palabras de la ley, identificando y separando al autor de los restantes concurrentes, parece suficiente para predominar por sobre toda otra consideración.

## CONSIDERANDO:

*I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, desestimaré el recurso interpuesto en tanto los agravios articulados en la recurrencia, no resultan de recibo.*

*II.- La Corporación debe abocarse al estudio de la correcta aplicación de las disposiciones legales sustento del fallo y que la Defensa aduce como infringidas (arts. 61 y 62, Código Penal) que regulan el tema de la participación criminal o como lo titula el Código "Del concurso de delincuentes".*

*Viene al caso precisar que, tal y como lo ha sostenido este Organismo en Sent. N° 49/93, los elementos típicos del referido concurso son : "...a) identidad de delito, pues no puede existir coparticipación sin que exista un delito, por lo menos en grado de tentativa.*

*Ese delito o tentativa, debe ser único para todos los partícipes, su obra en común, por lo que es idéntico para cada uno de ellos.*

*b) principio de ejecución : debe existir por lo menos un comienzo, lo que sitúa la conducta de los concurrentes en la etapa de la tentativa o en la preparatoria, cuando se trata de los delitos en*

De este modo, dentro de un esquema de división de tareas en la realización del delito, como puede serlo, por ejemplo, la rapiña, será autor quien realice los actos consumativos del mismo, que consisten en el apoderamiento de cosa ajena mueble, y serán coautores quienes cooperen directamente en el período de la consumación (art. 61, N°3), por ejemplo, mediante ejercicio de violencia o amenazas, que es la modalidad que da vida al delito mencionado.

### III. LA COAUTORÍA

Junto al autor, el Código, en el art. 61, establece los posibles roles de coautores, equiparados en responsabilidad al autor ("salvo las circunstancias de orden personal que obligan a modificar el grado, art. 88 C.P.), en tres divisiones: por instigación (art. 61, Nos. 1 y 2), por cooperación directa en el período de la consumación (art. 61, N° 3) y por cooperación, en etapa preparatoria o ejecutiva, mediante un acto sin el cual el delito no habría podido cometerse (art. 61, N°4).

Al igual que en la tarea de delimitación del rol de autoría, la que se haga con respecto a la coautoría permitirá concomitantemente relevar la de la figura del cómplice, por exclusión.

#### A) La coautoría por instigación

Es, genéricamente, la determinada en el N° 1 del art. 61 C.P.: coautores son los que determinan a otros (en la medida en que sean imputables y punibles). En otras palabras: coautoría por instigación es la determinación dolosa a la comisión dolosa de un delito<sup>3</sup>.

El N° 2 del art. 61 no es sino una especie de instigación, dado que se considera coautores a: "Los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo".

#### B) La coautoría por cooperación directa en el período de la consumación

El art. 61, N°3 C.P. establece que son también coautores: "Los que cooperan directamente en el período de la consumación".

<sup>3</sup> Así lo dice el art. 25 del Código penal alemán: "Es castigado como autor quien comete el hecho por sí mismo o por otro". Ello en armonía con el art. 26, que castiga como instigador, equiparado en pena al autor, a quien dolosamente ha determinado a otro al delito cometido dolosa y antijurídicamente.

que se castigan por excepción, esos actos u otras formas iteradas anteriores a la tentada. Esto es indiscutible dentro de nuestro derecho positivo porque el código describe formas de codelinuencia por participación en la etapa preparatoria (art. 61 nal. 4 y 62).

c) *convergencia de conductas*: el delito es obra común hacia la que convergen las conductas de todos y cada uno de los partícipes. Para que exista codelinuencia es preciso que todos cooperen en la realización de un delito único, pero la parte que cada concurrente cumple debe constituir la parte del todo que es el delito. Cada partícipe responde por su culpabilidad en el hecho. (CARRARA, "Programa de Derecho Criminal", párrafo N° 435; SOLER, "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires 1963, T.2, pág. 260 y BAYARDO, "Derecho Penal Uruguayo", T. 3, Pág. 57).

d) *relevancia causal de las conductas*, porque cada una de ellas debe tener co-eficacia respecto al sistema de los antecedentes de que parte. Una conducta es eficaz porque ha impulsado el surgimiento de otra que, en su defecto, no habría nacido o ha promovido, facilitado o asegurado su desenvolvimiento o por lo menos, se ha desarrollado en igual dirección que otra, o se ha concretado en una ausencia de acción que se esperaba que impidiera el resultado por quien tenía la obligación jurídica de garante;

El Código no suministra pautas para determinar lo que deba entenderse por *cooperar directamente*, aunque la referencia temporal, a que tal cooperación se preste en el *período de la consumación* ofrezca menos dificultades<sup>4</sup>.

Todo el fulcro de la separación entre conductas de cooperación principales (coautoría) y accesorias (complicidad) o, aun, entre conductas de cooperación punibles y no punibles se finca en la interpretación de un adverbio de modo: *directamente*.

Porque, bajo este aspecto, es muy claro que no cualquier acto de cooperación prestado en el período de la consumación tiene el carácter de **directo**. El Codificador explica este giro, en la nota respectiva, en el sentido de que el coautor interviene como "**causa física, en el período de la consumación.**" (Énfasis agregado).

Pero es de notar que ninguna de estas dos expresiones es en sí misma suficientemente denotativa de lo que se ha querido definir, dado que, aplicada cada una de ellas a los casos de esas conductas marginales de cooperación en el delito - como lo son el aguardar en un vehículo, mientras los demás partícipes consuman el hecho, o el vigilar, en las mismas circunstancias - no se advierte si las mismas tienen el suficiente "enderezamiento" o "corporeidad" como para asumir respectivamente los caracteres de *cooperación directa* o de *causa física*, en el período de la consumación.

Se impone una mejor concreción de los conceptos, que permita separar, con la nitidez adecuada, los actos punibles de los no punibles y, dentro de aquéllos, los de cooperación principal (equiparados en pena a la autoría) de los de cooperación secundaria (que, en principio, se castigan con un tercio de la pena).

Una primera solución interpretativa sería la que se postulaba en la fundamentación del recurso de casación, esto es, pensar el aporte causal del coautor dentro de los parámetros de la actividad comprendida en la descripción típica, de modo que éste intervenga realizando con otro u otros la parte de conducta descrita, en cuanto no sea la consumativa, porque en tal caso devendría derechamente autor<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Sin embargo, el criterio **puramente temporal**, según el cual la cooperación, para que sea coautoría en la hipótesis examinada, debe prestarse en el período de la consumación, no es, **de por sí suficiente**, sino que debe complementarse con el de la **modalidad** de la cooperación, como se señala en el texto. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un sujeto que, sin tomar parte en el hecho, da exclamaciones de adhesión y apoyo a los golpes que otro sujeto enfurecido da a un tercero. Podrá decirse que existe una cooperación moral, pero la misma no se presta en momento anterior o simultáneo a la ejecución de las lesiones (lo que la descarta como complicidad), sino concomitante con la consumación. De modo que, si los actos de apoyo moral no constituyen una cooperación que se preste *directamente*, como no parece que lo constituyan, la consecuencia será la de su atipicidad: no serán bastantes a ingresar dentro de la amplificación de la tipicidad que es, en definitiva, la concurrencia intencional y accesoría de otras personas a los actos de un autor. Corolario: no toda cooperación al delito es participación criminal, ni siquiera aquella que coincide con el período de la consumación; como se dice en el texto, es posible que el criterio de separación entre lo punible y lo no punible radique en la interpretación de un giro adverbial.

<sup>5</sup> En tal sentido señalo mi discrepancia de la Sentencia N° 109, de 27 de junio de 1994, del Tribunal de Apelaciones de Primer Turno, que considera *autores* a todos los partícipes en la rapiña a un banco, inclusive a aquellos que colaboraron desde el exterior en "asegurar a todos una pronta retirada, todo lo cual se cumplió, a pesar de la omisión relativa al bloqueo telefónico". La sentencia considera que éstos ni son coautores ni cómplices, sino, directamente, autores. El argumento en que se basa es "el perfecto concierto previo y la ejecución por parte de cada uno de ellos, de actos consumativos típicos del delito (a. 60 C.P.)". De la estructuración del delito de rapiña, dice el Tribunal, surge que la figura penal integra su materialidad con el despojo de la víctima por medio de la coacción física o moral que emanan de la violencia y la amenaza, y en su finalidad o móvil intencional, con el ánimo de lucro. "Con relación al primer aspecto -ejecución material - es indudable que sin violencias o amenazas contra la persona no existe rapiña, como tampoco llega a consumarse

e) *intención de participar* : o sea voluntad y conciencia de obtener el resultado criminal hacia el que se dirigen las actividades de cada uno de los partícipes. Es lo que dice el art. 59 : todos concurren intencionalmente a su ejecución." (Cf. : CAIROLI, Curso de D.P.U., T. II, pág. 96/99).

III.- Ingresando a los agravios y, coincidiendo con el Sr. Fiscal de Corte, corresponde - en atención a la descripción que la Sala de mérito formula de los actos materiales cometidos por M.B. ("de cooperación en el período de la consumación") - descartar toda posibilidad de encuadrar su conducta en el num. 4 del art. 61, Código Penal ; más allá de algunas consideraciones ambiguas de la Sala de que hace caudal la Defensa.

En consecuencia, el punto a dilucidar se plantea en términos muy concretos : si el que hacer delictivo de M.B. está comprendido en la hipótesis de co-autoría prevista en el art. 61 num. 3, Código Penal como fallo el Tribunal o, por el contrario, si lo está en la hipótesis de complicidad (art. 62 *ibidem*) como sostiene la Defensa.

La plataforma fáctica sustento del fallo recurrido, no controvertida, y que no es revisable en casación según constante jurisprudencia de la Corporación, establece que : "...M.B. realizó actos materiales de cooperación en el período de la consumación , como lo fue el conducir el automóvil

Según esta tesis, en el caso de la rapiña, sería autor quien se apodera de la cosa, al ser quien, en los términos del art. 60, N°1, ejecuta "los actos consumativos del delito". Quienes ejercen violencia o amenazas serían coautores, por cooperar directamente en el período de la consumación. Y si fueran varios que cumplieran el apoderamiento, todos ellos serían autores.

Esta interpretación del giro legal "cooperación directa en el período de la consumación", como división del trabajo **al interno de la descripción típica de la conducta** tiene la ventaja de ser garantista, en el sentido de que los actos por los que se coopera directamente en la etapa de la consumación estarían señalados en la propia figura delictiva, delimitados por ella en un doble sentido: hacia lo externo, la descripción evitaría la evanescencia de los contornos de la conducta punible, en el sentido de que, fuera de estos actos, descriptos y regulados en el tipo, no habría coautoría posible; hacia lo interno, porque estos actos típicos de coautoría dejarían de serlo tan pronto pasaran a ser ejecución misma de aquellos por los que el verbo consumativo se realiza.

Desgraciadamente, una meditación más detenida me permite advertir que este criterio de delimitación de la coautoría, que es el que el autor de esta nota postulaba como solución adecuada en la presentación en casación, no parece suficiente.

Por cierto, toda conducta típica (como, por ejemplo, la violencia o las amenazas) cumplida en el período de la consumación (el apoderamiento en la rapiña o el acceso carnal en la violación) ha de ser cooperación *directa*. Es imposible encontrar más cumplida adecuación al adverbio *directamente* cuando la propia ley ha tasado, medido y explicitado el acto por el que la modalidad se verifica.

Por la misma razón, todo acto de cooperación típico que se verifique, no ya en el período de la **consumación**, sino en el de la **ejecución**, derivará en coautoría, por conformidad al N°4 del art. 61 C.P., si fuere el caso de que el delito no hubiera podido cometerse, no ya *física*, sino, además, *jurídicamente*, sin el aporte típicamente relevante del partícipe que lo realiza.

Aplicada esta primera interpretación al caso, permitiría deslindar como **acesorias, configuradoras de complicidad**, aquellas conductas de quienes, como el caso del conductor del auto (siempre que, como ya se

el ilícito sin la sustracción o despojo de la propiedad mueble. Tanto o más eficaz resulta la conducta de quien amenaza a la víctima esgrimiendo un arma e inmovilizándola, que la de aquel que la despoja de sus bienes".

No parece compartible la tesis expuesta que, basándose precisamente en el art. 60 C.P., que declara autor a quien ejecuta los **actos consumativos del delito**, extiende el concepto a quienes realizan los **actos ejecutivos** del mismo. Parece obvio que ni la existencia de concierto previo ni la eficacia causal de las violencias o amenazas autorizan a desnaturalizar la figura legal del autor, como quien realiza aquellos actos por los que el delito se consume. Las violencias o amenazas no consuman el delito. La prueba definitiva de ello es que, si no hubiera existido apoderamiento, aunque sí violencias o amenazas, el delito habría quedado en tentativa. Por otra parte, la del concierto previo no es una exigencia particular que caracterice al autor, sino que debe darse en todos los partícipes, para que éstos sean tales. De modo que tampoco en este caso se advierte cómo una cualidad genérica puede por sí determinar la especificidad de un rol. Y ello más allá de que la expresión *dolo de participares* más comprensiva y correcta que la de *concierto previo*, dado que siempre que existe éste hay dolo de participar, pero puede haber dolo de participar sin concierto previo. La identidad de propósitos, la coincidencia de voluntades, invocadas por la sentencia, sólo podrían abandonar su carácter genérico, para pasar a privilegiar una situación específica mediante sacrificio del principio de homogeneidad (*Ens praeter necessitatis non esse multiplicanda*), esto es, suponiendo que un mismo elemento sea el que otorga, a la vez, carácter genérico y específico a un ente.

a los locales donde iban a perpetrar los ilícitos, los aguardó y luego los alejó de los lugares, resulta claro él mismo lo manifiesta, tenía pleno conocimiento de lo que iban a hacer, sabía que estaban armados, y como lo apunta el Sr. Fiscal también, que no era hurto ya que sabido es que las estaciones de servicio tienen sereno". (fs. 107 vto. / 108).

IV.- En función de esos hechos la tesis de la Defensa se sustenta en un erróneo concepto de las etapas finales del iter criminis referido a la consumación y agotamiento del delito afirmando que: "Ni el fallo de primera ni el de segunda instancia se pronuncian explícitamente esta vez acerca del momento consumativo de la primera rapiña, pero sí lo hacen implícitamente mediante el empleo de la expresión 'despojaron', lo que da inequívocamente a entender que la consumación operó en dicho momento (el del despojo), y la huida no fue sino en fase de agotamiento de un delito ya consumado." (fs. 109 vta.).

Tal desarrollo lleva a precisar cuál es el momento consumativo del reato imputado al encausado M.B..

Señala BAYARDO, analizando la figura de la rapiña propia, que: "El verbo que gobierna la figura es 'apoderarse', es decir trasladar la cosa ala esfera del propio poder, 'sustrayéndola', esto

dijo, el traslado no significara, por las particularidades del delito, cooperación directa en el período de su consumación), del "campana" y de, en general, todos aquellos que cooperan al delito al externo de su descripción típica, en forma material o moral, por actos anteriores o simultáneos a su ejecución pero extraños y previos a su consumación, de acuerdo al art. 62 C.P..

Pero, como el caso mismo de jurisprudencia lo demuestra, existen actos de cooperación directa, como lo es, sin duda, el traslado del autor del apoderamiento con sustracción de cosa ajena que, en el propio gerundio implicado, va creando la propia consumación. Y sin embargo, esta conducta de cooperación se cumple al externo de la descripción típica, por lo que, de ser de aplicación estricta aquel primer criterio puramente objetivo formal, que en su momento se postuló, quedaría impedida de derivar calidad de coautor al concurrente que la realizara.

Es claro que el resultado sería absurdo, al contradecir la letra y la lógica del art. 61, N°3, por cuanto el acto es indudablemente de cooperación *directa* en el período de la consumación. Aplicado al apoderamiento es, precisamente, el que lo hace posible.

De modo que aquella primera solución, en lugar de generar respuestas, engendra una nueva pregunta por un criterio que, a la vez, involucre en el adverbio *directamente* tanto a los actos cumplidos al interior de un *Tatbestand* como a los verificados al externo del mismo.

Reanudada la búsqueda, se advierte que la ayuda puede provenir de las notas del codificador al art. 61, donde se establece una equivalencia entre *cooperación directa* y *causa física*.

No parece involucrarse en la expresión una equivalencia entre ella y *relevancia causal de la conducta*, dado que esta última no es requisito específico para el coautor, sino una exigencia genérica para que la cooperación suponga participación criminal o convergencia intencional de conductas.

No se trata, entonces, de acudir a la mera causalidad de la conducta de cooperación, para constituir la en coautoría, porque ello supondría, además de una contradicción a la lógica, un peligroso retorno a la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde todo se iguala y nada se distingue.

Pero el adjetivo que concreta la causalidad a lo *físico* deja fuera todos aquellos casos de cooperación puramente *moral* en el delito, prestados durante **el período de la consumación**. Quien aplaude y anima a otro, mientras éste golpea a un tercero, podrá cooperar en el período de la consumación, pero su cooperación no es **física sino puramente moral**, por lo que, sin escándalo, debe considerársela atípica e impune... aunque esa misma conducta, prestada en etapa de preparación o de ejecución de un delito, pudiera verse como la cooperación **moral** que verifica la **complicidad** (argumento del art. 62 C.P.)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> La distorsión es evidente: pese a que la cooperación moral prestada en fase de consumación parece ser más incidente y decisiva que la prestada en fase previa (preparatoria o ejecutiva, en los términos del art. 62 C.P.), al no ser estrictamente una *causa física*, sería atípica y, consecuentemente, no punible; por el contrario, aquella cooperación moral de menor relevancia, por darse en etapa previa a la consumación, sería punible.

Felizmente, este tipo de distorsiones, que deja en evidencia la falta de una disposición incriminatoria, allí donde, con igual evidencia, debería existir, se salva acudiendo al principio de libertad (art. 10 de la Constitución y 1 del Código Penal), según el cual un acto, por inmoral que sea o parezca, no es penalmente punible sin disposición **legal** que así lo determine.

es, desapoderando o haciendo perder el poder de disposición de la cosa...”, agregando al abordar la consumación del delito que: “La modalidad de la rapiña propia...se particulariza porque la consumación tiene lugar apenas se opera el apoderamiento con sustracción, a causa de la violencia o de la amenaza. Por supuesto que si la vía de realización del delito se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente, antes de que se opere el efectivo desapoderamiento de la cosa respectiva, se habrá configurado el delito en grado de tentativa.” (Derecho Penal Uruguayo, T. IX, Parte Especial Vol. VI, pág. 74 y 77).

La Corporación coincide con la puntualización del representante del Ministerio Público, al discrepar con la Defensa acerca del momento en que se consumó la rapiña de autos, pues la misma no puede situarse en el acto de la sustracción, como se argumenta por el Sr. Defensor, dado que la figura legal requiere el efectivo apoderamiento, concomitante al desapoderamiento y subsiguiente a la sustracción, que les permitió a los agentes el traslado del bien a la esfera de su propio poder, a su esfera de disposición, lo que acaeció con la huida del lugar del hecho en el vehículo conducido por el encausado M.B., posibilitando así la última etapa constitutiva del delito: por lo que su accionar encuadra en la hipótesis prevista en el num. 3°

Si se recluye el concepto a causalidad física también quedaría fuera de la coautoría la cooperación mediante una omisión, dado que - esto, en el estado actual de teoría de la omisión, parece indiscutible - el omitente no es **causante** de aquel resultado que debía impedir y no ha impedido, sino que el resultado **le es imputable**, a mérito, precisamente, de no haberlo impedido, en presencia de obligación y posibilidades de hacerlo.

La solución interpretativa, por otra parte, es, para el caso de omisión impropia (no impedir el resultado que se puede y debe impedir; art. 3 C.P.), confirmatoria de la solución específica legal, de la que deriva **autoría** en la persona del omitente. Con ello se quiere decir que, si bien se sustrae de la participación criminal a quien omite impedir un resultado que tiene obligación y posibilidad de impedir, al mismo tiempo se le hace ingresar en una vía independiente de **autoría**, por la mecánica combinada de los arts. 3 y 60 C.P.: a los efectos legales, el omitente es **equiparado al autor**, subrayándose que la equiparación es en lo *jurídico*, no, precisamente, en lo *físico*.

De modo que la omisión de impedir un resultado nunca podrá equipararse a causa física: o es simple omisión (por ausencia de obligación de impedirlo), irrelevante, o es omisión impropia, que tiene un tratamiento penal independiente del concurso criminal e identifica al omitente como autor.

Desde la perspectiva de la causalidad física, la omisión nunca podrá ser relevante, en el sentido del art. 61, N° 3, para constituirse en coautoría.

Aceptado esto, con todas las vacilaciones que la opinabilidad de la cuestión suscita, da la impresión de quedar poco espacio para la teoría del dominio funcional del hecho, a los efectos de operar la delimitación, dado que este dominio funcional identificará a un coautor cuando el verbo del delito admita una división del trabajo al interno de la *fattispecie*, con lo que se desvanecerá dentro del criterio formal objetivo; en cuanto a la cooperación desde el punto de vista material, el dominio del hecho deberá concretarse en un aporte causal *físico* en el período de la consumación.

Los actos de cooperación de quien traslada y espera a sus compinches en el automóvil no parecen constituir coautoría desde la doble perspectiva señalada: ni son ejecución o conjugación dentro de los verbos del delito, ni son intervención como causa física, aunque se presten en el período de la consumación (el aguardar

De modo que no sería admisible un argumento interpretativo *a fortiori*, según el cual, puesto que está castigado lo menos, debería también castigarse lo más, porque la *analogía in malam partem* no rige en derecho punitivo. Adicionalmente, la interpretación analógica desconocería el adverbio utilizado en el art. 61, N° 3, *directamente*, y su racional interpretación, en el sentido de *causa física*.

Por otra parte, la solución de esta última disposición podría llevar a una interpretación *abrogatoria* del art. 62 C.P.: puesto que la ley, inequívocamente no ha querido castigar lo más, no hay razón para entender que quisiera castigar lo menos.

Bien mirada, esta interpretación sistemática, que, en definitiva, diluye el concepto de *cooperación moral* (por cierto, bien diferente y ajeno al de *determinación* o *instigación*, que es y seguirá siendo coautoría) como penalmente relevante, probablemente constituya un bien para la libertad en el sentido de abolir un concepto, el de cooperación moral, cuya compatibilidad con el de *relevancia causal* exigible para que el acto ingrese a la categoría de concurrencia intencional al delito, es, en la mayoría de los casos problemática: qué sea la cooperación moral punible y cuál su relevancia en la comisión del delito, son extremos generalmente inverificables y en exceso subjetivos, por lo que las conclusiones al respecto devendrán necesariamente azarosas y vacilantes, en agravio al principio de legalidad y de taxatividad de la conducta.

del art. 61, Código Penal, prevista para los que “cooperan directamente, en el período de la consumación”.

La Corporación, siguiendo la jurisprudencia de los Tribunales especializados, en Sent. N° 12/92 sostiene “...que de dos maneras puede un sujeto hacerse coautor de un delito: por intervención parificada a la de los otros sujetos o por división de funciones”, y en esta última situación se encuentra el encausado M.B..

Circunstancias similares han dado motivo a una constante jurisprudencia de los Tribunales de mérito afirmando que, desde el punto de vista material, el comportamiento del que conduce el vehículo en que se traslada a otros partícipes para cometer rapiñas y luego huir, no resulta extraño a la consumación puesto que, en esencia, “hubo una cooperación directa en el período de la consumación.” (Sent. N° 5/94, T.A.P. 1er. T.; Cfr. Anuario Derecho Penal, T. III, pág. 21, caso 77; Rev. Derecho Penal N° 9, pág. 67).

La etapa de “delito agotado” a que hace referencia la Defensa y que responde a una creación doctrinaria no contemplada en nuestro Código, se ubica cuando el agente, además de realizar la acción delictiva, logra el resultado final que se propuso obtener mediante la realización del delito.

en el auto o vigilar, siempre que la vigilancia, por su ostensibilidad para la víctima, no se constituye en ejercicio intimidatorio, en amenaza típica). No importan, en definitiva, desde la perspectiva auxiliar de la teoría de ROXIN, **dominio funcional del hecho**, por cuanto es muy claro que ni el campana ni el conductor del auto deciden ni coparticipan en la decisión de si el hecho se comete o no.

Es claro, se reitera, que la zona demarcatoria entre coautoría y complicidad, desde el punto de vista material, se define, no tanto por un criterio de contemporaneidad, sino por un criterio **modal**, la cooperación, además de concomitante a la consumación debe ser directa. Y, para este criterio modal puede ser importante la teoría del dominio del hecho, en el sentido de descartar como **cooperación directa en el período de la consumación** aquellos actos que no importan dominio o condominio del hecho. En otras palabras: ni el campana ni el conductor retienen en sus manos el curso causal del hecho, la configuración central del acontecimiento, ni la decisión relativa a si el hecho se cometerá o no.

La interpretación de la doctrina uruguaya parece coincidir con el criterio que aquí se propugna (cooperación directa como equivalente de participación en la acción o acciones típicas).

Así CAIROLI (Curso de Derecho Penal Uruguayo, tomo II, pág. 105), en relación al tema de la coautoría por cooperación material, dice: “Es la que está prevista en el numeral 3 del art. 61, que dice que son coautores los que ‘cooperan directamente en el período de la consumación’. Ello supone colaborar con **actos directos** (énfasis agregado) para que se realice el delito, por ejemplo, A, B y C deciden rapiñar un comercio, A amenaza al propietario, B se dedica a revisar la caja y sustraer el dinero y C penetra en el interior del comercio donde viven los familiares de su propietario y los mantiene amenazados con un arma de fuego. En este ejemplo todos los actos son materiales y todos cometidos en el período de la consumación. Otro ejemplo, A viola a B y C, que es mujer, inmoviliza a la víctima B. C, aunque no ha violado es coautora de ese delito porque participó con actos materiales en la etapa de la consumación”.

El citado autor alude luego a la temática del “campana”, señalando que nuestra “reciente jurisprudencia ha variado los términos de evaluación respecto al campana, determinando que es un cómplice porque su actuación es **pasiva** en la consumación del ilícito, pero toda vez que se acredite que obró conforme al art. 61 con actos decisivos, será un coautor”.

CAIROLI (ob. cit. págs. 95 y 96) parece sostener inequívocamente tal posición cuando, al exponer sobre la participación según el grado, expresa: “*Copartícipes secundarios*: son los que cumplen una actividad anterior al período de la consumación, es decir, actúan en la faz preparatoria o ejecutiva (tentativa). Tradicionalmente a estos partícipes secundarios se les ha llamado cómplices porque cumplen una actividad no primordial, sino auxiliar, precisamente secundaria. Estas conductas secundarias pueden ser anteriores o simultáneas a la ejecución por parte del delincuente primario, de la que son como ya se dijo reiteradamente: accesorias. El secundario no mata o no hurta, no viola, no falsifica, sino que concurre con un acto material a la realización del homicidio o del hurto, de la violación o de la falsificación (art. 62 C.P.). De manera que no se sanciona al partícipe por la comisión de la acción principal, sino por la intervención que le cupo en el quehacer delictivo. Es innegable **que no conjugó el verbo nuclear** (énfasis agregado) sino que intervino en forma positiva en la realización de esa conducta típica con un aporte fáctico cumplido con sus propias manos”.

*Si el delito se agotó o no, si el agente logró el último fin que se propuso al delinquir, carece de toda relevancia jurídica; pues - como señala BAYARDO - "...una vez reunidas las condiciones exigidas por la figura, una vez cerrado el ciclo del reato, este propósito criminal, no tiene virtualidad de especie alguna." (Derecho Penal Uruguayo, T. III, 2da. De., pág. 45).*

*En conclusión, la participación del encausado M.B. encuadra perfectamente en la instancia consumativa de la figura delictiva de acuerdo al núcleo típico y, en tal medida, resulta correcta la subsunción de las circunstancias de autos - conformantes de los hechos dados por probados - dentro de la hipótesis de coautoría prevista en el apartado 3° del art. 61, Código Penal.*

*En función de lo expresado, no se configura la alegada vulneración de lo dispuesto por los arts. 62 y 89 ejusdem, pues en la medida en que no se está en presencia de un supuesto de complicidad; estas disposiciones no resultan relevantes.*

*Finalmente, descartada la aplicación del numeral 4° del art. 61 del citado código, conforme la fundamentación ya expuesta, la consideración de los agravios estructurados sobre la vulneración de los arts. 174 C.P.P. y el art. 1.608, C.C., que suponen la aplicación del numeral mencionado, deviene innecesaria.*

### C) La coautoría por acto necesario en la preparación o en la ejecución

El art. 61, N° 4, considera coautores a quienes cooperan a la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer.

SOLER (Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 277), sobre un texto legal casi idéntico al que luce en el art. 61, N° 4 C.P. destaca que la ley no califica como cómplice primario "al que presta una colaboración sin la cual el hecho **no habría sucedido**, sino al que ayuda con algo sin lo cual el hecho no habría **podido** cometerse. El juicio a formularse no es, pues, de naturaleza absolutamente mental e hipotético de eliminación, sino que se basa en el examen de la posibilidad que el autor en concreto tenía. La apreciación de la calidad de ese aporte dependerá, por tanto de su naturaleza **imprescindible** para los autores".

Es importante destacar la expresión **imprescindible**, porque ésta no equivale a un aporte simplemente útil, distinción que el propio código opera. No tiene la calidad de imprescindible un aporte que haya meramente **facilitado** la realización del ilícito. El Código ha distinguido estas situaciones en función de la eficacia de la colaboración del partícipe. Para que ésta sea elevada a coautoría es necesaria su imprescindibilidad (así, por ejemplo, entregar el número de combinación de la caja fuerte a quien cometerá el hurto ; sacarse la fotografía para integrarla al pasaporte falso ; entregar un arma letal a uno de los partícipes en una riña, etc.) ; para operar la comunicabilidad de las agravantes personales, por ejemplo, basta la utilidad (art. 52 C.P.).

El llevar y aguardar a los otros concurrentes del delito no parece, en principio, actividad que se vea como imprescindible para su comisión, no es, en términos del código, un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer. Se trata de un hecho que puede suprimirse mentalmente, sin que se altere esencialmente la fisonomía de los acontecimientos.

## IV. LA COMPLIPLICIDAD

Como se advierte, la configuración precedente de los roles de autoría y coautoría ha decantado el del cómplice: es tal quien actúa en la etapa de preparación o de ejecución del delito, mediante actos de cooperación material o moral.

Se descarta, consecuentemente, que el acto prestado en concomitancia a la consumación del delito constituya complicidad: o constituye coautoría, si se trata, según lo dicho, de actos de cooperación directa, que constituyen a quien los presta en causa física del resultado, o son derechamente atípicos.

La cooperación material, prestada en la etapa de preparación o de ejecución debe, ante todo, **ser tal**, esto es, cooperación relevante (es clásico el ejemplo suministrado por la doctrina uruguaya, de quien entrega a otro, para que lleve a cabo el hurto en una finca, una ganzúa que el ladrón pierde, empleando en su lugar una llave falsa; en tal caso no hay complicidad), pero no al extremo de constituir la complicidad necesaria

---

*Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia FALLA:  
DESESTIMASE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO; COSTAS Y COSTOS DE  
OFICIO.*

*OPORTUNAMENTE, DEVUELVANSE. DR. JORGE MARABOTTO LUGARO, DR. RAUL  
ALONSO DE MARCO, DR. JUAN M. MARIÑO CHIARLONE, DR. MILTON H. CAIROLI  
MARTINEZ, DR. GERVASIO GUILLOT, MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.*

*DR. RICARDO C. PEREZ MANRIQUE, SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE  
JUSTICIA.*

---

analizada en el capítulo precedente, equiparada en nuestro derecho a la coautoría.

Y debe ser cooperación mediante un comportamiento activo, que signifique de algún modo relevancia y se inserte en el obrar común de los restantes partícipes. El mero “estar ahí” no constituye a nadie en cómplice, salvo que, **como garante, tenga el deber específico y la posibilidad de impedir el resultado del delito**, en cuyo caso tampoco será cómplice y podrá ser considerado directamente **autor**.

Fundamentalmente importante es decir que en nuestro derecho no existe, en principio, un deber general de impedir la comisión de delitos; es más, ni siquiera existe el deber de denunciar su comisión, sea la previa o la posterior. Ese deber se verifica sólo respecto de determinadas personas, como los funcionarios mencionados en el art. 177 CP, por ejemplo.

Sí existe – y vale la pena reiterarlo – el deber de impedir determinados resultados respecto de **determinadas** personas que, por su especial vinculación con un bien jurídico (piénsese en la figura del guardaespaldas, o de la famosa madre respecto del bebe) o con una fuente de peligro (piénsese en el guardavidas en una piscina o en el controlador de tráfico aéreo) aparecen colocados ante el derecho, y al decir de BINDING, **como una condición para que el resultado no suceda**. En tal sentido, decía BINDING, el omitente actúa en dos momentos contrapuestos entre sí: al asumir la posición de garante, se constituye en la condición de que el hecho no suceda; al omitir impedir el resultado, en el mismo acto de omisión, promueve la producción del daño, porque él mismo se ha quitado como condición de que no ocurriera.

La persona del garante, entonces, es plena y absolutamente diferente de la inactividad de quien simplemente contempla como **otros** cometen un delito.

A su vez, la cooperación moral que constituye al cómplice, debe transcurrir en un espectro que se explaya desde un mínimo que podría ser ayudar al autor en su determinación y un máximo a partir del cual el consejo, instrucción o mandato se transforma en la cooperación generativa, que instala la coautoría por instigación.

El hecho del conductor o el del *campana*, que colaboran mediante actos que, en principio, simplemente facilitan, sin determinar o condicionar la ejecución del hecho, parecen ser entonces la sede de la complicidad.

**GASTÓN CHAVES**





## INFORMACIONES

- *Carrera de Notariado*
- *Presentación del libro “Derecho Administrativo Uruguayo”*
- *News letter*



---

## CARRERA DE NOTARIADO

Este año con mucha ilusión la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo comienza la carrera de Notariado. Es la culminación de un proceso que llevó varios años, contando desde sus comienzos con la importante colaboración de la Esc. María Wonsiak y del Dr. Juan Manuel Gutiérrez Carrau, anterior Coordinador de la Facultad de Derecho de esta Casa de Estudios, a quienes desde ya va nuestro agradecido reconocimiento. También queremos manifestar nuestro agradecimiento a la Comisión Directiva de la Asociación de Escribanos del Uruguay, en especial en la persona de su Presidente el Esc. Juan Pablo Croce Urbina, por habernos recibido y habernos brindado su colaboración en este proyecto.

En estos momentos, se está terminando el legajo respectivo para presentarlo ante el Ministerio de Educación y Cultura a efectos de obtener la autorización correspondiente, la cual estará facilitada por la seriedad de los programas y la calidad de los docentes seleccionados.

La Carrera tendrá una duración de cinco años, organizados en diez semestres. Los tres primeros años serán prácticamente comunes con la carrera de abogacía, aunque esta última tiene algunas materias más, dada la diferente formación que requieren los abogados en áreas como Derecho Penal, Procesal, Administrativo y Laboral, entre otras.

Las "Técnicas Notariales" se concentrarán en los dos últimos años del plan de estudios, donde se verán aspectos teóricos y prácticos de la profesión.

Además del área jurídica, los estudiantes de Notariado tendrán formación en áreas tales como: economía, herramientas técnicas e idiomas. En esta última área tendrán dos cursos de portugués jurídico y dos de inglés jurídico. También se les proporcionará una fundamentación humanística – principalmente a través de la Ética y la Deontología Jurídica - imprescindible para la formación de un Escribano. En el último semestre tendrán además una materia de práctica profesional que se complementará con un mes de pasantía en un estudio jurídico a efectos de ir adquiriendo la experiencia laboral necesaria para el ejercicio de la profesión, poniendo en práctica los conocimientos adquiridos.

Aspiramos a que nuestros egresados de la carrera de Notariado sean profesionales del Derecho solidamente formados, seguros en su actuación, con un criterio jurídico en sintonía con la realidad de nuestro tiempo. Que estén capacitados para asesorar acertada y correctamente a sus clientes, interpretando y plasmando su voluntad en el negocio jurídico correspondiente. Esperamos que la formación que reciban los habilite a que sus actuaciones sean imparciales, manteniendo un criterio de equidad en la protección de los intereses de ambas partes. Procuraremos también que tengan muy clara la dignidad y responsabilidad que alcanzarán al ser investidos por el Estado de la Fe Pública, la cual tendrán que defender con la veracidad de sus afirmaciones, por lo que éstas deberán ser siempre un fiel reflejo de la realidad. Una vez habilitados para ejercer su profesión, estarán en condiciones de desarrollar su actividad en forma liberal siendo asesores y artífices de gran parte de la contratación que se realiza en el país o incorporarse al Poder Judicial en calidad de Actuarios, siendo colaboradores indispensables de los Jueces.

Dr. Esc. Guillermo Rosati de Ojeda



---

# PRESENTACIÓN DEL LIBRO

## “DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO”

**“Derecho Administrativo Uruguayo”**

**Editorial Porrúa - Universidad Autónoma de México, México, 2005, 467 páginas**

**Carlos E. Delpiazzo**

El 28 de junio de 2005 se realizó el acto académico de presentación del indicado libro del Director de esta Revista, Prof. Dr. Carlos E. Delpiazzo.

Dicho libro se organiza en 21 Capítulos agrupados en 5 Partes según el siguiente orden:

Primera parte - Generalidades

- 1 Derecho Administrativo
- 2 Función administrativa

Segunda parte - Organización administrativa

- 3 Conceptos generales
- 4 Poder Ejecutivo
- 5 Entes Autónomos y Servicios Descentralizados
- 6 Gobiernos Departamentales
- 7 Personas públicas no estatales
- 8 Sociedades de economía mixta

Tercera parte - Actividad administrativa

- 9 Acto administrativo
- 10 Procedimientos administrativos
- 11 Contratos de la Administración
- 12 Procedimientos de contratación
- 13 Principales contratos de la Administración
- 14 Cometidos de la Administración

Cuarta parte - Medios de la Administración

- 15 Funcionarios públicos
- 16 Bienes de la Administración
- 17 Expropiación

Quinta parte - Responsabilidad y control

- 18 Responsabilidad de la Administración
- 19 Control de la Administración
- 20 Aspectos del control administrativo
- 21 Aspectos del control jurisdiccional

La presentación de la obra estuvo a cargo del Dr. Mariano R. Brito, Rector de la Universidad de Montevideo y Catedrático de Derecho Administrativo en la misma, y del Dr. Juan Pablo Cajarville Peluffo, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de la República, la versión corregida de cuyas exposiciones se incluye a continuación.

## EXPOSICIÓN DEL PROF. DR. MARIANO R. BRITO

Señoras y señores:

1. La obra del Dr. Carlos E. Delpiazzo emerge dentro de un **contexto** de obras cuyo objeto preciso es El Derecho Administrativo de 35 países.

Se erige el resultado en un singular aporte de Derecho comparado (en ese aporte, la obra del autor, revelando el Derecho Administrativo uruguayo). Cabe ya consignar la destacada iniciativa del ilustre mexicano, el Maestro Prof. Dr. Jorge Fernández Ruiz, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo.

2. Anotemos la **proyección** del libro de Carlos Delpiazzo:

- a) elaboración sistemática: conjugación ordenada de los diversos objetos del conocimiento de la disciplina jurídica, en el respectivo ordenamiento nacional, configurando un fruto maduro.
- b) proyección didáctica: Carlos Delpiazzo se revela auténtico docente e investigador: elabora – fragua el conocimiento para su trasmisión (la Universidad se muestra, una vez más, auténtica alma mater, con la mejor tradición clásica).
- c) reunión síntesis de un material múltiple con revelación de sus raíces históricas y ordenamiento vigente.
- d) Revela el esfuerzo para alcanzar la coherencia, no obstante la gravitación de las circunstancias históricas y lo fenoménico del Derecho Administrativo (la producción normativa, tan abundante y con permanente cambio). Vivimos época de Reforma del Estado: sus estructuras orgánicas, sus cometidos; relaciones con la comunidad privada y sus manifestaciones constitucionales, económicas, sociales y culturales; y, entre otras, con las proyecciones aun latentes de las reglas (principios) de participación en el Derecho Administrativo Uruguayo.
- e) Ha tenido que reunir y poner en sintonía variados sectores del conocimiento y de la regulación constitutiva de esta rama del saber jurídico, confluendo en la actividad administrativa. De ella dice: *“El ámbito de la actividad administrativa abarca, desde el punto de vista conceptual, el estudio del acto administrativo, y de los contratos de la Administración (ambos encuadrados en los procedimientos administrativos respectivos) y, en perspectiva del Derecho positivo, las múltiples tareas que el ordenamiento jurídico pone a cargo de la Administración para servir a la colectividad a la que ella se debe”* (Pág. 11).

Muy pronto se conoce en el autor su captación de la auténtica dimensión de un ordenamiento que es, constitutivamente, para el bien común, que no otra dimensión tiene ese servir de la Administración a la colectividad con explícita referencia teleológica de su obrar a la última citada: “a la que se debe servir”. Y cuanto tal afirmación realiza se conoce en él su convicción de que el bien común es un bien participado, de tal manera que permanecerá irrealizado cuando el hombre, cada hombre y todo hombre no pueda alcanzar las perfecciones básicas en él radicadas (sus derechos fundamentales).

- f) Recoge la enseñanza acrisolada de la mejor doctrina nacional sobre el Derecho Administrativo, viendo su animación desde los principios generales de Derecho reconocidos, con Barbé Pérez, fuente directa y principal de nuestro Derecho, porque “sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas”. Y aún, con justedad, afirma: *“Si en todos los campos del Derecho la importancia de los principios generales de Derecho es cardinal, ello es especialmente cierto en el ámbito del Derecho Administrativo, donde sólo un esqueleto firme de principios permite orientarse en medio de innumerables normas sometidas a un proceso de cambio incesante. Además, son los principios generales de Derecho el principal antídoto frente a la normación burocrática y la garantía de permanencia frente a las modas que ocasionalmente se suscitan al influjo de ideologías o tendencias políticas de momento”*.

Precisamente, porque ellos son garantía de permanencia, son promotores de innovación, ya que –sin paradoja- sólo sobre sólidos fundamentos es posible construir (y así, el Derecho Administrativo, se erige sobre los pilares del Estado Social de Derecho, resistiendo a la coyuntura puramente fáctica, o a la presión ideologizante, circunstancial siempre).

- g) La obra revela un sano pragmatismo –no de adhesión a una corriente filosófica conducente finalmente a un relativismo inevitable- sino propio de una actitud de observación desde la praxis, con el beneficio de un abundante ejercicio profesional. Recoge fielmente la pluralidad de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, para aportar finalmente sus propios estándares conceptuales en múltiples cuestiones opinables y las zonas de opiniones concurrentes. Ejemplo demostrativo de lo expuesto en su estudio de los contratos de la Administración, donde se destaca la sistemática atención a Derecho Administrativo y realidad, con apartamiento de paradigmas siempre reduccionistas porque no advierten sobre los rasgos presentes de interpretación, interrelación, complementariedad y participación. Véase al respecto, cómo, frente al paradigma Público-Privado, autoridad – subordinación, destaca la figura colaboración. Pero se aparta de la doctrina clásica sobre la mutabilidad de los contratos que celebra la Administración, para destacar cómo “la doctrina moderna enfatiza en la eficacia vinculante del contrato como regla de Derecho para ambas partes”. Y precisa:

“Otro rasgo mencionado insistentemente por la doctrina clásica ha sido la mutabilidad del contrato, que se traduce en afirmar que los contratos que celebra la Administración llevan ínsita la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual sus estipulaciones pueden ser variadas si varían las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al contratar. Se entiende que la mutabilidad es una característica singularizante de los contratos de Derecho público por cuanto los contratos de Derecho privado están presididos por la inmutabilidad expresada en la frase latina *pacta sunt servanda*.

Asociado a lo anterior, se ha proclamado la flexibilidad del contrato como una exigencia imprescindible para satisfacer el doble juego de intereses (público y privado) comprometidos. En tal sentido, se dice que en los contratos celebrados por la Administración cabe la adaptación de lo pactado a las mudables necesidades públicas, contemplando el interés privado –considerado como menos valioso- a través del pago de las indemnizaciones pertinentes.

Frente a tales caracteres, la doctrina moderna enfatiza la eficacia vinculante del contrato como regla de Derecho para ambas partes.

Desde esta óptica, se cuestionan los super poderes de la Administración para modificar unilateralmente y aun extinguir el contrato en todo tiempo y circunstancia, reivindicando el acuerdo de voluntades y el respeto a lo pactado.

Igualmente, respecto a la excepción de contrato no cumplido, también señalada como un elemento desequilibrante de la relación entre las partes, hoy se entiende que si bien el contratante no puede, ante el incumplimiento de la Administración, interrumpir sí puede suspender sin responsabilidad, sin culpa, sus prestaciones hasta tanto se restablezca la ecuación en base a la cual se celebró el contrato.

Entre otras razones, esto obedece a un principio que la doctrina moderna reivindica y que en realidad no es nuevo, pero que muchas veces se ha olvidado en su aplicación a los contratos de la Administración, que es el principio de la buena fe”.

- h) Nuevas muestras de la recepción de la diversidad y el acogimiento de la complementariedad cuando trata de la función administrativa, destacando entonces las “dimensiones básicas que la distinguen y enmarcan: la jurídica, la operativa y la ética. En atención a ellas –agrega- puede decirse que la función administrativa consiste en el ejercicio de poderes jurídicos distintos a los de legislar y decir el Derecho (dimensión jurídica), que son necesarios para la concreción práctica de la diversidad de cometidos estatales (dimensión operativa) en servicio de la sociedad y de sus integrantes para el logro del bien común (dimensión ética)”. Sin duda, de su concepción no se halla ausente la recepción de la moralidad en su existir también en la conciencia personal, cuyo respeto se impera a la Administración como límite infranqueable para sus poderes de actuación. ¡Cuán fecunda es al respecto la regla del Art. 54 de la Constitución cuando determina que “La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral...”!

Y entonces dice: *“Al reflexionar en torno a la ética –también en el ámbito de la función administrativa- es preciso tener presente que se habla (aunque ello no se perciba) de desarrollar virtudes humanas. Y puesto que cada una de ellas tiene una contracara que es un defecto, es preciso fomentar las virtudes y combatir los vicios que se les oponen.*

Cuando se trata del quehacer de la Administración, la idea de servicio debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una función pública; autoridad o funcionario, político o empleado, debe hacer siempre lo que sea mejor para el bien común.

En tal sentido, merece destacarse el acápite del Art. 2º del RPA, a cuyo tenor *“La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho”*. Precisamente, la corrupción se caracteriza como la irrupción del interés privado, actuando por fuera de las normas, en el recinto de lo público, como la conducta de quienes, en lugar de servir al bien común, se sirven de su ejercicio para su provecho.

Al respecto, debe tenerse presente que el bien común no es la mera suma de los bienes particulares, por lo que la función administrativa debe compaginar las esferas jurídicas involucradas”.

- i) En la estructura del sistema de conceptos fundamentales que animan la obra, proclama del hombre y para el hombre el principio de libertad porque el es *“... un centro natural de actividad”*, que halla en la ley su límite pero no el principio de su acción que viene de la naturaleza y es acogido por el Derecho, *“en tanto –conoce- que la persona jurídica “no viene de la naturaleza, sino que es una creación del Derecho y encuentra en él la fuente positiva de legitimidad de su accionar, rigiéndose por ende, por el principio de especialidad”*.

- j) Brevemente, he de destacar a propósito de la Teoría de los Sistemas orgánicos su aporte conceptual y descriptivo, analítico con inmediata virtud de síntesis, reduciendo –en lo posible- a la unidad.

No menos trascendencia creo hallar cuando, en Pág. 74, a propósito de la empresa pública ha dicho: *“Más allá de que en nuestro Derecho no existe una categoría positivamente definida como empresa pública –aunque el Art. 230 de la Constitución hace una mención genérica a “empresas públicas y privadas” (Inc. 4º)- dicha expresión podría abarcar tan sólo a los llamados “servicios del dominio industrial y comercial del Estado” (a que refiere el Art. 185 de la Carta) y no a la totalidad de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.*

En efecto, la noción de empresa pública, en sentido amplio, alude a toda entidad que se encuentra en el sector público de la economía y, en sentido restringido, refiere a un determinado tipo de entidad descentralizada definida como tal por el Derecho positivo, extremos que no se verifican en nuestro ordenamiento”.

*Por lo tanto, la referencia a empresas públicas sólo puede realizarse entre nosotros en sentido no técnico para referir a cualquier organización de medios personales y materiales destinada a la producción o mediación de bienes y servicios, regulada primordialmente por normas de Derecho público, noción que, por un lado, no comprende a todos los entes descentralizados (excluyendo, por ejemplo, a los de enseñanza) y que, por otro lado, excede ampliamente el campo de la descentralización funcional, abarcando a otras posibles manifestaciones de actividad empresaria pública dentro de la organización estatal (a nivel de la persona pública mayor o de los Gobiernos Departamentales) o fuera de ella (mediante personas públicas no estatales)”*.

Estimo admisible poder concluir en función de la descripción cumplida, que el autor no acogería la corriente de opinión que apunta a incluir los servicios de enseñanza dentro de las prescripciones de la OMC.

- k) Suyo es también el aporte personalizado a propósito de las personas públicas no estatales, su origen en el ordenamiento nacional, su evolución y proyecciones actuales en perspectiva económica.
- l) No menor relevancia adquieren los criterios del autor cuando atiende a las Sociedades de Economía Mixta, para introducir su aserto fundamental según nuestra apreciación:

*“... cabe imaginar figuras asociativas que no sean sociedades de economía mixta en el sentido del Art. 188 de la Constitución pero que traduzcan un fenómeno de coparticipación económica y administrativa, otras sociedades en las que participen administraciones públicas y figuras afines. Todas ellas podrán tener origen contractual o consecuencia de actos no contractuales” (Pág. 138).*

Ha admitido que por el Art. 188 de la Constitución no se agotan las posibilidades de sociedades de economía mixta en el derecho positivo uruguayo, refiriendo también las múltiples normas legales posibilitadoras de sociedades de economía mixta de derecho privado.

- m) Séame aún permitido destacar –entre otros múltiples- algunos rasgos vertebrales del libro, en su puesta al día de los caracteres, alcance y efectos de la actividad administrativa, desde aportaciones tan destacadas como las reflexiones sobre la emisión electrónica. Para ésta advierte una cuestión fundamental: *“si la informatización de la Administración erosiona, de algún modo, la caracterización esencial del acto administrativo como género y en sus diversas especies”, con su inmediata respuesta negativa “que no implica desconocer el impacto que supone la viabilidad del acto administrativo automático”.*

A la luz de las múltiples posibilidades que habilita la informatización de la actividad de la Administración, cabe plantearse si esta nueva realidad erosiona de algún modo la caracterización esencial del acto administrativo como género y en sus diversas especies.

Sobre el particular, se impone una respuesta negativa que no implica desconocer el impacto que supone la viabilidad del acto administrativo automático.

Hasta hace pocos años, sólo el ser humano era capaz de constatar el acaecimiento de los supuestos del acto y de querer las consecuencias jurídicas correspondientes. Pero actualmente, la voluntad humana puede ser sustituida a tales efectos por el computador, siempre que el acto sea la consecuencia de ciertos supuestos objetivamente constatables y cuando esté excluida toda posibilidad de valoración.

Teniendo en cuenta esa circunstancia, se ha planteado la cuestión de eliminar de la definición de acto administrativo la referencia a la voluntad para abarcar aquellas declaraciones que no son producidas por hombres sino por computadores, siendo que no se puede hablar de voluntad de las máquinas. Asimismo, se ha dicho que para seguir hablando de voluntad en este aspecto, habría que referir-la a la voluntad declarada o a los factores objetivos que constituyen el procedimiento que conduce al acto, pero no a los factores subjetivos”.

Nuestra discrepancia porque el obrar –actividad, acto- sigue al conocer y éste es propio del hombre por su aptitud para razonar; para obrar es necesario el querer (voluntad); que inmediata o mediatamente se halla en el acto administrativo.

- n) La conjugación de operación y regulación de la Administración a que el Derecho Administrativo uruguayo atiende lleva al autor al cuidado de la Cuarta parte – Medios de la Administración – y Quinta parte – Responsabilidad y control.

No es sino la culminación del esfuerzo sistemático y en feliz síntesis para informar y ayudar a formar intelectualmente a quienes se aproximan por exigencia de estudio o labor profesional al Derecho Administrativo uruguayo.

3. **En conclusión:** La obra de Delpiazzo recoge mucho de la labor sistemática y aplicada, con esfuerzo de dedicación constante, sin pausa, en la búsqueda de los criterios fundamentales de verdad que constituyen la clase de bóveda de la disciplina jurídica que profesamos. Feliz conjugación en él del jurista investigador, docente y difusor del conocimiento, con la perspectiva animadora de un intenso ejercicio profesional (la praxis de la abogacía), que lo ayuda a alcanzar la debida medida de una rama del Derecho que también –como todo éste- es ciencia práctica, para la vida. Pero igualmente se conoce en su obra cómo no permanece confinado en un relativismo normativista neutralizador; antes bien, conoce y reconoce que ha de acudir, buscar afanosamente y conocer los criterios de verdad y sus proyecciones –fundamentos últimos- de la ciencia jurídica, reconociendo entonces sus relaciones con el bien común, el orden natural y la ética.

## EXPOSICIÓN DEL PROF. DR. JUAN PABLO CAJARVILLE

Distinguidos colegas:

**I. Introducción.** Naturalmente, comienzo por agradecer a la Universidad de Montevideo que me haya invitado a presentar este libro de mi querido amigo Carlos Delpiazzo, su “Derecho Administrativo uruguayo”. Lo agradezco no sólo por cortesía, que obviamente también corresponde en este carácter, ni solo por el honor que esta invitación significa para mí. Lo agradezco además porque este pedido me impuso la obligación de leer el libro a plazo fijo, con un vencimiento a fecha fija. Entonces, hice lo que sin duda igual hubiera hecho, pero con esa diligencia impuesta; y resultó que este deber fue particularmente grato. Reitero lo que acaba de decir el Dr. Brito: fue un verdadero goce intelectual leer el trabajo de Delpiazzo.

Con toda sinceridad, aunque él no lo aceptó por la modestia que lo caracteriza, le dije hace dos o tres días que aprendí mucho leyéndolo, porque los que nos dedicamos con especialización a una determinada materia, tanto del punto de vista académico como profesional, no tenemos muchas oportunidades de ver un panorama global de la materia. En general lo que hacemos es profundizar en puntos determinados que se van planteando por necesidades públicas o privadas, y la única oportunidad en verdad de recorrer un panorama general de la materia, aquéllos que tenemos a nuestro cargo el dictado de cursos, consiste justamente en dictarlos, pero eso tiene el inconveniente de que siempre estamos oyéndonos a nosotros mismos.

Esta lectura general de la materia, entonces, en una obra del nivel de la de Delpiazzo, obviamente me fue suscitando reflexiones que traté de recoger en estas notas por cierto muy desprolijas y por serlo, no dignas de la obra ni del autor que presento, que espero sin embargo me guíen en esta presentación y no sirvan para confundirme.

**II. Sobre el progreso de las ciencias jurídicas y sus dimensiones.** Las primeras reflexiones que me suscitó la obra se refieren al progreso de la ciencia, cómo opera, por qué caminos, por qué vías. Por cierto, estas reflexiones que ahora voy a repetir ante ustedes no son novedosas ni pretenden serlo, menos para juristas como los que están aquí presentes; pero aunque no sean novedosas, vienen al caso. Me voy al referir en particular al progreso de las ciencias jurídicas; no me atrevo a aludir a las demás ciencias, pero tengo el deber incluso funcional de reflexionar sobre una de las ciencias jurídicas y en ello haré pie.

Las ciencias jurídicas avanzan, progresan, en dos dimensiones: progresan en profundidad y progresan en difusión. Para usar la metáfora espacial tan repetida a propósito de tantas cosas, podemos decir que progresan verticalmente y horizontalmente. Si nos detenemos un instante, vemos que esto tiene cierta relación con los fines que en general se adjudican a las universidades; la Ley Orgánica de la Universidad de la República los consagra expresamente, pero existe general consenso en que esos son los fines de las universidades en general, como tales. La profundización de la ciencia se relaciona con la investigación, y la difusión de la ciencia se relaciona con la enseñanza y con lo que se llama la extensión.

Ahora bien, tal vez no sea así en otras ciencias, pero he visto en estos días, reflexionando sobre la trascendencia de la obra de Delpiazzo, que tratándose de ciencias jurídicas es tan importante o tal vez más importante la difusión que la profundización. Cuando esto digo, por cierto en alguna forma estoy haciendo una autocrítica, porque yo he dedicado mis mayores esfuerzos a procurar profundizar en puntos determinados del Derecho Administrativo, y no me he detenido, tal vez ya no pueda hacerlo, en una obra de difusión de mi materia o de sectores importantes de ella.

La difusión tiene especial significación cuando se trata de una ciencia jurídica, por la propia índole del objeto de estas ciencias; el objeto de las ciencias jurídicas son las normas jurídicas, que están destinadas a regir el comportamiento de los seres humanos. Entonces, tal vez más importante que profundizar en esas ciencias sea difundir su conocimiento entre todos aquellos cuyas vidas, cuyas conductas, cuyas actitudes van a ser regidas por esas normas; y si no podemos pretender que todos los habitantes sometidos al ordenamiento jurídico lo conozcan en sus detalles, sí es fundamental la difusión entre quienes profesionalmente se dedican, bien a asesorar, bien a patrocinar a esos destinatarios de las normas, o aquéllos que, por su función pública deben aplicar esas normas a sus destinatarios, ya sea a través de la administración o de la jurisdicción.

**III. Protagonistas del progreso de la ciencia jurídica.** Destacada entonces la primordial importancia de la difusión como una de las dimensiones de avance, de progreso de una ciencia jurídica, los protagonistas de una y otra tarea son en parte los mismos y en parte no lo son.

Son los mismos los responsables de cumplir ambas tareas; tanto de la profundización como de la difusión, los responsables en definitiva son los especialistas en la materia, sean docentes o no docentes. Lo son

obviamente de la profundización y lo son asimismo de la difusión, aunque aquí pueden tener la colaboración de otros profesionales ajenos incluso al derecho, por ejemplo los comunicadores sociales, los periodistas, que suelen cumplir ese papel, a veces mejor, a veces peor; lamentablemente, suelen cumplirlo con error, y precisamente por esa posibilidad, hay una responsabilidad enorme de los especialistas también en este aspecto de la difusión.

Ahora bien, los destinatarios de ambas tareas sí son claramente distintos. Destinatarios de la labor de profundización naturalmente no son la generalidad de los habitantes del Estado, ni siquiera son la generalidad de los operadores del derecho, sean abogados, administradores o jueces; todos ellos no pueden ser especialistas en profundidad de todas y cada una de las ramas. Entonces, la de profundización es una tarea un poco enclaustrada, una tarea circular, que realizan los especialistas para los especialistas.

La tarea de difusión, en cambio, debe tener, es deseable que tenga como destinatarios en lo posible a todos los sometidos a las normas, pero como eso difícilmente es loggable, debe tener como destinatarios a todos los operadores, a todos quienes auxilian a los destinatarios de las normas y a todos los que por su función deben aplicarlas.

**IV. Instrumentos del progreso de la ciencia jurídica.** También los instrumentos que se utilizan para uno y otro tipo de progreso de la ciencia son distintos.

El instrumento cotidiano de profundización son las monografías y los artículos de doctrina, que profundizan en puntos determinados. Por eso, no está de más recordar que sólo se justifica escribir un artículo o monografía, cuando con ello vamos a aportar algo nuevo, un conocimiento nuevo, a considerar una ley o norma nueva, o a hacer un nuevo enfoque de un viejo problema, de una vieja institución. No se justifican los artículos o monografías como meras tareas de difusión, entre otras cosas porque lo más probable es que ni siquiera lleguen a los destinatarios.

Las notas de jurisprudencia pueden formar parte de la tarea de profundización cuando son notas críticas; en cambio, hay notas de jurisprudencia útiles, muy útiles, como lo son todas las tareas de difusión, cuando dan noticia de una nueva tendencia jurisprudencial o de una sentencia disonante con la tendencia general de la jurisprudencia.

Ahora llegamos a las dos obras jurídicas máximas: los tratados y los manuales. Tratados y manuales tienen en común que ambos enfocan la generalidad de una materia, o bien un sector importante y determinado dentro de una materia. La diferencia radica en que a un autor que pretenda haber escrito un tratado se le puede exigir una consideración profundizada de la materia o temática que trata, y por ende es dable exigirle que considere todos los problemas que se plantean en la materia en cuestión, que sobre cada problema considere todas las soluciones que se hayan propuesto, que las critique y que proponga su propia solución profundizada y fundamentada. Ello lleva consigo algunos requisitos formales; a un tratadista podemos exigirle también que proporcione una información detallada de la doctrina y la jurisprudencia, sobre todas las materias que trata. Los tratados son entonces los grandes, a veces gigantescos, instrumentos de profundización; tenemos en nuestro país ejemplos egregios en varias materias: Sayagués Laso, Gamarra, Vaz Ferreira.

Por su parte, un manual enfoca también la materia en general o un sector importante de la misma; pero no se requiere que se expongan todas las soluciones que se han postulado sobre cada problema, es sí imprescindible pero al mismo tiempo suficiente que se proporcionen las soluciones generalmente aceptadas. Por supuesto, todas las diferencias son tendenciales, de manera que no está excluido que el autor profundice en algún tema o que dé su propia opinión personal en algún punto o en todos, pero, en ese caso, señalando y fundamentando su discrepancia con la solución generalmente aceptada. Los manuales son los grandes instrumentos de difusión del estado actual de una ciencia jurídica. Por su finalidad, en un manual puede prescindirse de la información bibliográfica, o incorporarla sucinta y globalmente sobre los grandes temas, y no detallada y puntualmente.

**V. Perspectiva histórica del progreso de la ciencia jurídica.** Si ahora miramos el desarrollo, el avance, el progreso de la ciencia jurídica en una perspectiva de desarrollo histórico, para usar una palabra más edulcorada, si hacemos un enfoque diacrónico del desarrollo de una ciencia, observamos que progresa lentamente mediante esa labor de investigación, de profundización, en ese círculo cerrado de los especialistas en que trabajan para ellos, en una lenta evolución a lo largo del tiempo. Mediante esa labor, cuando en determinado momento se acumula lo que se ha dado en llamar la "masa crítica", entonces se producen grandes condensaciones, que instrumentalmente consisten justamente en los tratados y los manuales.

Relacionando estos dos tipos de obras con lo expuesto sobre la trascendencia que adjudico a la profundización y a la difusión cuando se trata de una ciencia jurídica, necesariamente concluyo hoy que en perspectiva histórica, para la difusión de una ciencia jurídica y por consiguiente para su efectividad sociológica, para su efectiva aplicación social, son más importantes los manuales que los tratados. Una vez me dijo un muy distinguido profesor brasileño de Derecho Administrativo, autor de un célebre "Curso ..." reeditado en decenas de oportunidades, que actualmente no vale la pena escribir grandes tratados, sino que hay que escribir manuales o cursos. Sin duda, esta opinión expuesta sin fundarla al correr de una conversación, en aquel momento me sorprendió, como suele ocurrirnos con verdades que después nos parecen evidentes pero sobre las cuales hasta entonces no habíamos reflexionado. Hoy creo que el fundamento de esa opinión que ahora comparto, radica en la trascendencia de la difusión tratándose de las ciencias jurídicas, que antes he señalado.

*VI. Papel de Delpiazzo en el progreso del Derecho Administrativo uruguayo.* Cabe ahora preguntarse cuál ha sido el papel de Carlos Delpiazzo en el progreso de la ciencia del Derecho Administrativo uruguayo.

Delpiazzo ha sido un protagonista de primera fila en la tarea de profundización; todos los especialistas hemos disfrutado de su aporte en la tarea de profundización. Venía preparado a traer como prueba, si alguien me la pidiera, la bibliografía de cada uno de los capítulos del libro que estoy presentando, porque todos, sin excepción, comienzan con una enumeración de los aportes en artículos y monografías que ha hecho Delpiazzo en todos y en cada uno de los temas a que se refieren los capítulos de su manual. Hace unos minutos, cuando el Dr. Delpiazzo fue presentado, se proporcionó otra prueba que me impactó por su número impresionante: el presentador habló de doscientos y tantos trabajos de doctrina publicados por Delpiazzo.

Ahora este autor, que ha hecho ese aporte en profundización, nos entrega el producto de su tarea de difusión, con esta condensación del estado actual de la ciencia del Derecho Administrativo uruguayo de un excelente nivel. Algo parecido ya había hecho en el tema de la contratación administrativa, ya nos había entregado hace unos cuantos años varias ediciones de su manual de contratación administrativa, que es otra obra de excelente nivel, similar a este que ahora nos regala.

Voy a repetir, ahora públicamente, lo que he dicho muchas veces en conversaciones individuales, incluso al propio Delpiazzo. Lo que me asombra es que todo esto lo hace al mismo tiempo que cumple igual o más importante papel en otra disciplina del ámbito del derecho, como es el Derecho Informático, del cual es un iniciador y un promotor indiscutido en el país; por algo es el primer Director del Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Además, hace todo esto al mismo tiempo que desarrolla una intensísima actividad docente en la Universidad de la República y en la Universidad de Montevideo, en ambas en Derecho Administrativo y en Derecho Informático. Por si fuera poco, al mismo tiempo desarrolla una intensísima actividad profesional. Todo, con un nivel de excelencia. A lo cual se suma que tiene una hermosa familia, que por cierto le dará muchas gratificantes satisfacciones pero sin duda le debe llevar su tiempo.

¿Cómo lo hace? Puede hacerlo porque Delpiazzo reúne las características requeridas para una obra de ese tipo y en sumo grado: un profundo conocimiento de la materia, una notable capacidad de síntesis, un razonamiento y una exposición perfectamente sistemáticas, el mejor sentido para la selección de los temas y problemas que deben incluirse en un manual y de los que no deben incluirse, y además, seriedad, ponderación y equilibrio para exponer las soluciones en todas las cuestiones que plantea.

*VII. La ciencia del Derecho Administrativo uruguayo en los últimos cincuenta años.* Quisiera hacer ahora una muy breve comparación del Derecho Administrativo que surge de dos condensaciones separadas por medio siglo. Porque casualmente estamos cumpliendo casi exactamente medio siglo de la publicación de aquella ilustre condensación que fue el "Tratado de Derecho Administrativo" de Enrique Sayagués Laso. Por supuesto, hubo en ese lapso otras también muy valiosas; no quiero omitir la mención del "Manual de Derecho Administrativo" de Felipe Rotondo, pero no es el objeto de mi exposición ahora comentar esas condensaciones intermedias, muy valiosas, repito, sino comentar esta que ahora estoy presentando.

Entonces, quiero hacer una breve referencia a las diferencias que encuentro en el Derecho Administrativo uruguayo contenido en estas dos condensaciones. No me referiré a las diferencias puntuales, en el derecho positivo; el Derecho Administrativo positivo, se ha dicho muchas veces, cambia continuamente, y no por capricho de nadie sino porque cambian los problemas sociales, cambian las necesidades que el Estado y su derecho deben atender. Me referiré a ciertas concepciones básicas que existen en esta rama, como en todas las ciencias jurídicas, que no cambian todos los días, que tienen su permanencia, pero no son eternas ciertamente, tienen sólo la permanencia de todo lo histórico. Señalaré, pues, los cambios en esas concepciones

básicas, ocurridos en estos cincuenta años transcurridos desde la publicación del "Tratado ..." justamente célebre, que percibo al tener el placer de leer la obra de Delpiazzo.

Voy a señalar sólo los cambios que he notado en dos grandes temas. Entre las tantas coincidencias con Delpiazzo que constato al leer este libro, ya en la página 11 encontré una que considero fundamental; dice así: "el edificio del Derecho Administrativo se construye sobre los pilares fundamentales de la teoría de la organización y de la teoría de la actividad". Totalmente de acuerdo, tanto que ese criterio me ha llevado a orientar mi actividad docente preferentemente en la materia que en la Universidad de la República se llama Derecho Público II.

**VIII. La evolución en la teoría de la organización.** En la teoría de la organización, la condensación de Delpiazzo muestra que ha habido en el Derecho Administrativo uruguayo una marcada influencia de la obra de Méndez, que en lo que él llamó sus ediciones definitivas, fue posterior al "Tratado ..." de Sayagués. Es notable la claridad con que Delpiazzo expone los conceptos de Méndez. Todos sabemos que los conceptos de este autor no se caracterizan justamente por su claridad; no quiero exagerar, pero Delpiazzo cumple con el prodigio de exponerlos claramente.

Subrayo que estoy diciendo que Delpiazzo recoge conceptos de Méndez, lo cual no quiere decir que recoja su concepción global. Porque tengo para mí que la obra de Méndez, su concepción global, no ha recibido todavía en nuestro país la consideración crítica que por su importancia merece. Tampoco es mi objeto ahora hacer un análisis de la concepción de Méndez, pero creo que como concepción global de la teoría de la organización, como él quiso que fuera, merece la única crítica que en tal caso es valedera. Una concepción global de cualquier institución no se puede rechazar porque se parta de aceptar otra; pero en mi opinión, la concepción de Méndez adolece de incoherencia interna, que esa sí es la crítica verdaderamente valiosa que se puede hacer a una concepción que pretenda ser global.

Lo cual no implica descartar que esa concepción contenga conceptos aprovechables, que por otra parte, como nos suele ocurrir a todos los que nos ocupamos del derecho, no son conceptos que Méndez haya inventado, sino que los recogió de diversos aportes de otros autores, porque todos quienes tienen capacidad suficiente para ello van colaborando paulatinamente en la elaboración conceptual de la ciencia. Esos son los conceptos que Delpiazzo aprovecha. Esa es la gran novedad, el gran cambio que ha tenido la teoría de la organización post-Sayagués Laso.

Siempre en la teoría de la organización, no puedo pasar en silencio que la exposición de Delpiazzo del derecho positivo vigente en el Uruguay sobre la organización de la administración, incluyendo las personas públicas no estatales y las llamadas sociedades de economía mixta, es asombrosa como síntesis perfecta, actualizada, exacta y clara; más atributos no se me ocurren.

**IX. La evolución en la teoría de la actividad.** El otro pilar fundamental es la teoría de la actividad. También aquí hay en esta nueva condensación del Derecho Administrativo uruguayo una fuerte influencia de la elaboración doctrinal posterior a Sayagués Laso. Elaboración en la que han colaborado Brito, Martins, Cassinelli, el propio Delpiazzo, Durán y otros entre los cuales me incluyo, y en la que mucho aportó alguien que quiero recordar ahora, alguien que nos dejó muy pronto, que fue Héctor Frugone Schiavone, quien merece ahora este recuerdo, entre tantas razones, porque fue maestro mío y lo fue también de Delpiazzo.

Además de este aporte posterior a Sayagués en la teoría de la actividad, cuando se trata del acto administrativo encontré una diferencia importante con el "Tratado ...": Delpiazzo no desarrolla una clasificación de los actos administrativos. Esta es una diferencia a resaltar por la importancia que le dio Sayagués a esa clasificación. Siempre me llamó la atención que Sayagués colocara la clasificación de los actos administrativos antes que el estudio de sus elementos; cuando naturalmente, para entender qué es un acto administrativo, lo primero que hay que ver es cómo está formado, cuáles son sus elementos, y en todo caso después correspondería clasificarlos. Creo que esta solución del maestro Sayagués no fue por supuesto caprichosa; creo que tuvo tal vez una finalidad pedagógica, que quiso hacer una especie de demostración, buscó mostrar el objeto del que estaba hablando para después empezar a analizarlo.

Pero este especial hincapié de Sayagués en la clasificación de los actos nos ha suscitado algunas dificultades; porque el maestro, que más que clasificar, tipificó sobre todo por su contenido la inagotable variedad que pueden tener los actos administrativos, al mismo tiempo además les puso nombres. Eso es muy correcto, está muy bien, es imprescindible para entendernos poner nombres a las cosas. Pero ocurre que los nombres que atribuyó Sayagués a los distintos tipos de actos administrativos no son utilizados unánimemente por la doctrina uruguaya y menos aun por la doctrina comparada; a veces esos nombres coinciden con los que usan otros autores para identificar actos de contenido opuesto; y ahí no termina la dificultad: no sólo otros autores

no comparten esas denominaciones, además el derecho positivo uruguayo no ha compartido esas denominaciones, no las ha utilizado en el mismo sentido del ilustre maestro. Todo ello, entonces, ha producido no pocas dificultades interpretativas, acentuadas precisamente, aunque parezca paradójico, por la enorme y justificada influencia que han tenido las opiniones del maestro en nuestro medio. Por eso creo que ha sido un acierto de Delpiazzo prescindir de la clasificación de los actos y evitar congelar las denominaciones de sus distintas categorías.

Siempre en materia de actuación unilateral, ya señaló Brito la gran novedad en materia de procedimiento administrativo: el estudio detenido, para mí muy esclarecedor, del procedimiento electrónico, esperable viniendo de Delpiazzo si tenemos presente su otra especialización.

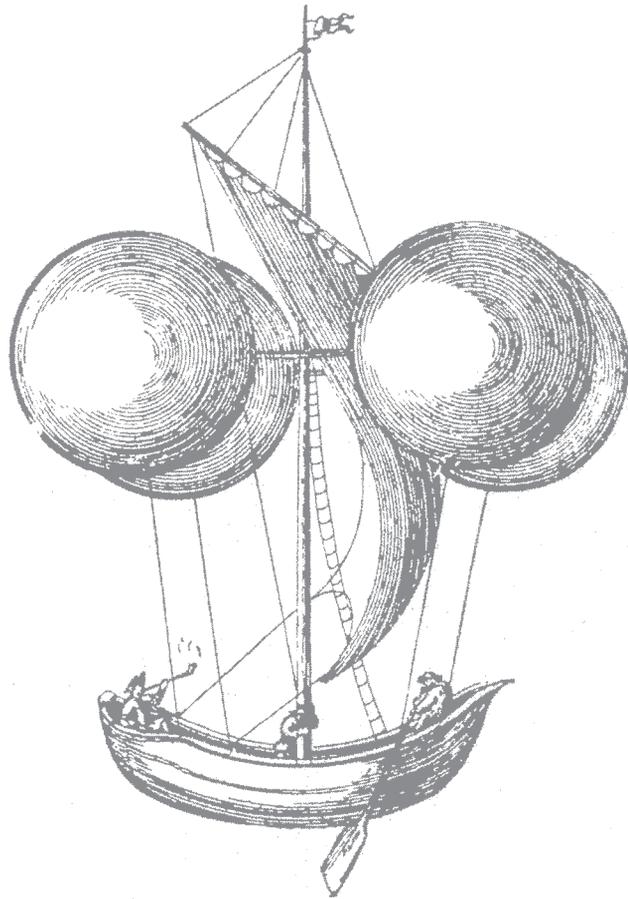
En el otro ámbito de la teoría de la actividad, la teoría de la contratación, naturalmente Delpiazzo sigue su manual sobre contratación administrativa. Destaco en este tema algunos puntos. En primer lugar, la diferencia de desarrollo que tienen en este libro la actividad unilateral y la actividad contractual de la Administración. La diferencia aparece ya en el número de páginas dedicadas a cada tema; la actuación unilateral de la Administración le merecen cincuenta páginas, la actuación contractual le merecen ciento dieciséis páginas. La primera explicación es obvia, Delpiazzo es un especialista en contratación administrativa, sobre la cual ya había escrito un manual con varias ediciones. Creo sin embargo que hay una razón más profunda, que la diferencia tiene un sustento teórico, que radica en destacar la mayor importancia, teórica y práctica, que tiene hoy la actividad contractual del Estado frente a su actividad unilateral. No es vano recordar que cuando Sayagués escribió su "Tratado ...", no Sayagués por cierto, pero sí Méndez sostenía que los contratos del Estado no existen, y no estaba solo en esa posición, tenía en esto coincidencia con muy valiosa doctrina comparada, sobre todo italiana.

Sin embargo, como bien dice Delpiazzo, la realidad ha demostrado que los contratos de la Administración existen y nuestro derecho positivo recoge expresamente esa existencia. Aun más, la forma actual de actuar del Estado, no sólo en el derecho comparado, también en nuestro país, admite una enormemente mayor relevancia de la actividad contractual que la que tenía hace cincuenta años, cuando Sayagués escribió su "Tratado ...", en todos los ámbitos, en la prestación de servicios públicos, en la tercerización de actividades, lo estamos viendo todos los días. De manera que se justifica, me parece, este mayor desarrollo de la actividad contractual.

Otro punto a destacar es que Delpiazzo hace un mayor desarrollo de los principios generales de la contratación en este manual, que en el anterior sobre contratación administrativa.

También quiero destacar que en esta parte dedicada a la contratación de la Administración es donde encontramos una mayor referencia de Delpiazzo a la doctrina comparada, y es también donde se encuentra, en la doctrina comparada, una mayor referencia a la latinoamericana. Es claro que se justifica una mayor referencia a la doctrina comparada en esta materia, porque en nuestro país estamos muy huérfanos de derecho positivo sobre contratación administrativa, donde tenemos apenas algunas normas sobre procedimiento de contratación. Y la mayor referencia a la doctrina latinoamericana se justifica por la maduración, por el progreso que ha experimentado esa doctrina en estos cincuenta años transcurridos desde que Sayagués escribió su "Tratado ..." hasta que Delpiazzo escribe su manual, que nos habilita en cierta forma a ser un poco autoreferentes, como fueron mucho siempre los franceses, por supuesto que sin despreciar, sin rechazar los aportes enriquecedores de la vieja Europa.

*X. Agradecimientos.* Termino, entonces; quiero agradecerle a la Universidad de Montevideo y a su Rector por la invitación que me ha permitido dirigirme a todos ustedes, colegas presentes, y quiero agradecerle a Delpiazzo porque sé que no ha sido ajeno a esa invitación, y sobre todo por el aporte que significa para la doctrina administrativista uruguaya este libro que he tenido el honor de presentar, que como ya dije, es a la vez útil, enriquecedor y disfrutable.



## TESINAS DE MASTERS

- ***Chalking Majó, Carolina*** - *“Legitimidad del Estado para reclamar por concepto del droit de suite como dominio público oneroso”*



---

# LEGITIMIDAD DEL ESTADO PARA RECLAMAR POR CONCEPTO DEL DROIT DE SUITE COMO DOMINIO PÚBLICO ONEROSO

*CAROLINA CHALKLING MAJÓ*

Master en Derecho de la Empresa

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DERECHOS DE AUTOR COMO OBJETO DE PROTECCIÓN LEGAL.  
III. DOMINIO PÚBLICO PAGANTE U ONEROSO. IV. EL DROIT DE SUITE – CONCEPTOS GENERALES.  
V. RÉGIMEN DEL DROIT DE SUITE EN LA LEGISLACIÓN URUGUAYA. VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La Propiedad Intelectual como una de las formas de vinculación de pertenencia entre un sujeto y un objeto surge al cabo de una prolongada evolución de la sociedad humana. Esa evolución aparece vinculada al progreso técnico, en particular con la invención de la imprenta, que significa un verdadero salto cualitativo en las posibilidades que se abren al hombre de conservar y sobre todo reproducir las obras en las que se plasman las creaciones de su inteligencia.

Esta ampliación de las facilidades de reproducir una obra, abre casi de inmediato un núcleo de consecuencias económicas con vocación expansiva. La reproducción implica poner a disposición de otros determinada obra; desde el momento en que esa reproducción es un producto final con determinados insumos, vale decir, costos de producción, fluye naturalmente que el acceso a la obra reproducida será oneroso.

La revolución tecnológica iniciada por la imprenta de tipos móviles tiene dos consecuencias importantes: a) permite la producción en serie, con la consiguiente disminución de costos; y b) abre el campo para la reproducción no sólo de textos escritos, sino de otras creaciones que sean pasibles de ser representadas sobre las dos dimensiones de un plano. Contiene además el germen de otros desarrollos que llevarán, con el tiempo, a la reproducción del sonido y de la imagen tal como los conocemos actualmente.

La generalización de la disposición a título oneroso del producto de la creación intelectual pone de manifiesto la necesidad de su regulación jurídica. La sociedad se encuentra ante una clase de bienes que no tienen, al menos totalmente, las características de corporeidad que muestran los demás bienes y ello hace más compleja su protección. Los primeros desarrollos de lo que hoy conocemos como Propiedad Intelectual, tienen origen en esta característica.

Hoy en día está fuera de discusión la importancia de la Propiedad Intelectual; es más, a medida que se produce una progresiva desmaterialización de la economía, es frecuente observar que los resultados económicos de transacciones internacionales sobre derechos de Propiedad Intelectual en general, superan a los que arrojan los intercambios de bienes materiales. La sociedad y particularmente los actores económicos han cobrado conciencia de la importancia de esta forma de propiedad y de las consecuencias que se desprenden de sus diferentes regulaciones jurídicas.

Dentro del haz de derechos intelectuales, se destaca la protección que el ordenamiento jurídico acuerda a determinadas creaciones del área del arte; obras gráficas y escultóricas y con carácter general aquellas producciones del intelecto que tienen como nota diferencial la de presentar una imbricación inescindible entre la obra y su soporte.

Esta protección ha generado una especie nominada de derecho intelectual; el *droit de suite* que, como se expresará más adelante, es el derecho que se acuerda al autor de determinadas obras, de percibir cierto porcentaje de la utilidad que arrojan las sucesivas ventas de su obra, una vez que, por una primera transferencia, el artista se ha desprendido de ella.

Es indudable el interés que ofrece el *droit de suite* como materia de investigación jurídica, en razón de sus peculiaridades, que lo sitúan con un perfil propio dentro del elenco de derechos intelectuales.

El objeto de este trabajo apunta a determinar cómo la legislación nacional recoge al Instituto y en qué modalidades lo hace, examinándose el punto a la luz de la regulación internacional que muestra la recepción del Instituto por la Convención de Berna con la peculiaridad de dejar librado al derecho interno de los Estados miembros su determinación y alcance. Ello hace necesario efectuar una revisión somera de la aparición del *droit de suite* en la Unión Europea y asimismo en algunos ordenamientos nacionales.

La regulación del *droit de suite* por la legislación nacional ofrece un punto que se constituye en el núcleo de esta investigación; la legitimidad del Estado de erigirse en acreedor para reclamar por concepto del *droit de suite* en el marco del dominio público oneroso; es decir, la viabilidad jurídica en cuanto a que el Estado a través del Consejo de Derechos de Autor, pueda ser beneficiario del porcentaje del 3% del autor, una vez que la obra ingrese al dominio público.

La profundización del estudio mediante el análisis de los textos legales y reglamentarios, a la luz de los fundamentos doctrinarios del *droit de suite* y teniendo permanentemente en consideración la idea capital de que el ordenamiento jurídico debe entenderse como un sistema, llevó a concluir en la idea de que tal como lo regula nuestra legislación, el *droit de suite* es esencialmente ajeno a la materia tributaria y no subsiste una vez que la obra que lo genera ha pasado al dominio público.

La posición que en definitiva habrá de adoptarse en el presente estudio es producto de un proceso de reflexión que ha recorrido un largo camino de análisis de los textos jurídicos positivos y de las posiciones doctrinarias.

## II. LOS DERECHOS DE AUTOR COMO OBJETO DE PROTECCIÓN LEGAL

Pese a que intelecto y propiedad puedan parecer nociones antagónicas, es cierto que son las creaciones de la inteligencia humana las que originan el derecho de propiedad. El hombre primitivo, una vez que comienza a dominar el uso de ciertos materiales y adquiere la habilidad para crear y reproducir herramientas (ramas aguzadas para perforar, trozos de piedra afilados para cortar y hender, recipientes para transportar y conservar alimentos), comienza a su vez a tener el dominio de esos objetos. La revolución que implica producir, conservar y, muy posteriormente intercambiar, se origina en el intelecto.

Pese a que una revisión histórica del proceso de génesis de los derechos intelectuales está fuera de los límites de esta investigación, parece conveniente efectuar una breve referencia al momento en que se produce la formulación jurídico-positiva de estos derechos, lo cual ocurre en el siglo XVIII. La recepción de estos derechos en los ordenamientos positivos requiere tres fundamentos jurídicos esenciales:

1. El concepto de derecho subjetivo, indispensable para poder configurar los derechos del autor sobre su obra, así como, luego, la de los intérpretes y la de los productores;
2. Un concepto más *espiritual* de la propiedad de las obras, que distinguiera ésta de la propiedad del soporte material y que abarcara otros aspectos, no meramente patrimoniales; y
3. La justificación de la legitimidad -primero moral, luego social y finalmente jurídica- de la explotación económica de las obras por su autor.<sup>1</sup>

Los derechos intelectuales son esencialmente una forma de propiedad. Puede afirmarse que son una especie del género del derecho de propiedad. Ello explica la diferencia de regímenes normativos aplicables y las particularidades que revisten los derechos mencionados.

Se define al *Derecho de Autor* como el derecho exclusivo que se confiere al creador de una obra para excluir a otras personas de la reproducción, adaptación, distribución al público, interpretación o exhibición pública de la misma.<sup>2</sup>

Los compositores, escritores, músicos, cantantes, artistas y todas las personas dotadas de actitudes creativas constituyen el patrimonio más valioso de la sociedad y, gracias a su ingenio creativo, enriquecen la esencia

<sup>1</sup> VARELA, Borja. La pre-historia del reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. III Congreso Iberoamericano sobre derechos de autor y derechos conexos. Tomo I. Montevideo, 1997. Pp.44

<sup>2</sup> La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) - Agencia especializada de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, Suiza, que fue creada en 1967 y es responsable de promover la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo, lo define en su Glosario

misma de nuestra vida cultural. Ahora bien, para fomentar su capacidad artística y estimular su creatividad, la sociedad debe ofrecer incentivos a esas personas, en particular, retribución a cambio de la autorización para utilizar sus obras.

Los derechos de autor no protegen una idea abstracta, sino la expresión concreta de la idea. Para que sea válida, la obra protegida con derechos de autor debe poseer originalidad y cierta dosis de creatividad.<sup>3</sup>

Del derecho de autor puede hablarse en un doble sentido, *objetivo*, para referirse a la disciplina jurídica relativa a los derechos de autor sobre las creaciones resultantes de su actividad intelectual; y *subjetivo*, para referirse a los mencionados derechos.<sup>4</sup>

En sentido *subjetivo*, el derecho de autor alude a las facultades de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de la protección respectiva. De manera que el objeto de la protección del derecho de autor es la obra, entendiéndose por tal, la expresión personal de la inteligencia que desarrolla el pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o indivisibilidad suficiente, y es apta para ser difundida o reproducida.

Criterios básicos de protección. Se ha dicho que el amparo jurídico de las obras está sujeto a los siguientes criterios básicos:

- a) se protegen las creaciones y no las ideas;
- b) es condición necesaria para ello la originalidad o indivisibilidad;
- c) la protección no depende del valor o mérito de la obra ni de su forma de expresión; y
- d) no está normalmente sujeta al cumplimiento de formalidades especiales, siendo la creación misma el título originario del autor.

Tales criterios básicos se traducen en tres conceptos fundamentales: la fijación, la originalidad y la expresión.

La *fijación* es el acto de presentar una creación en alguna forma tangible por la que, o por medio de la que, otras personas la pueden percibir. La gran importancia del acto de fijación reside en que marca el inicio de los derechos de autor, ya que éstos se adquieren desde el instante en que la obra se fija de una manera tangible.<sup>5</sup>

La *originalidad* refiere a que la obra debe ser original, es decir, ha de plasmar una idea o concepción propia, aún cuando se apoye o invoque o parta de las creaciones intelectuales de otros autores; la originalidad ha de entenderse en un sentido restrictivo, pues toda creación humana es, en definitiva, un resultado – en una forma u otra- de la cultura de la humanidad. Una obra debe ser tenida por original cuando ella representa un contenido de *novedad*; pero no de novedad absoluta, atento a que toda creación artística implica la utilización de elementos preexistentes, pertenecientes al patrimonio común y en tales condiciones, basta que el artista haya sabido *organizar esos elementos de una manera nueva*, imprimiéndoles el sello característico de su personalidad.<sup>6</sup>

La obra debe ser producto de la propia mente para poder ser protegida por los derechos de autor. La adaptación de una obra a otro medio, así como llevarla a una escala mayor o menor, probablemente obtenga la protección de la ley sólo si requiere de una gran habilidad o labor artística para realizarla, o si varía sustancialmente del original.

El principio de *expresión* refiere a que la obra sea una expresión y no una idea. Las ideas como los hechos corresponden al dominio público. La protección por derecho de autor abarca únicamente las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.<sup>7</sup>

La protección de los derechos de autor se volvería ilusoria si no existieran determinados mecanismos orgánicos para asegurar que el autor perciba la remuneración a que está legitimado. La difusión de las creaciones del intelecto se produce en forma progresiva, podría decirse que la obra *se filtra* en la sociedad, a través de actos de transferencia que el autor no está en condiciones de controlar.

De allí surge la necesidad social de la existencia de una entidad que asuma la representación de los creadores y, fundamentalmente, gestione sus derechos. Este aspecto merece retenerse; tan importante como el reconocimiento de un derecho es la gestión de sus manifestaciones materiales, de regla, alguna forma de retribución, a que es acreedor su titular.

<sup>3</sup> [http://www.acta.es/derechos\\_autor/da\\_glosario.htm](http://www.acta.es/derechos_autor/da_glosario.htm)

<sup>4</sup> DELPIAZZO, Carlos E. – Propiedad Intelectual: Derechos de Autor y Propiedad Intelectual - Informe Final – Montevideo, 1995, Impresora del Este SRL, Pp 24

<sup>5</sup> STRONG, William S. – Obra citada, Pp 14

<sup>6</sup> FARINA, Juan M. – Obra citada, Pp 636

<sup>7</sup> Este principio queda confirmado en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor.

La mencionada necesidad comienza a manifestarse precisamente en el Siglo XVIII, momento en que, como hemos expresado anteriormente, se produce la formulación jurídica de los derechos intelectuales. Es en 1777, en Francia, precisamente el país que posteriormente sería cuna del *droit de suite*, que se funda el *Bureau de Législation Dramatique*, que es el embrión de la primera sociedad de autores que llevó adelante la gestión colectiva de sus derechos; la *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*, que nace en 1829.<sup>8</sup> Éste fue el modelo de numerosas entidades de este tipo en otros países.

Las *Organizaciones de Gestión Colectiva* son un punto de enlace entre creadores y usuarios de obras protegidas por derecho de autor, ya que garantizan que los creadores reciban la debida retribución por el uso de sus obras.

Por *Gestión Colectiva* se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses.<sup>9</sup>

Este tipo de actividad también ampara obviamente, a los creadores que son titulares del *droit de suite*. La intervención de tales organizaciones reviste particular importancia dado que en virtud de la ya mencionada característica de las obras protegidas se volvería aún más difícil para el artista, controlar y reclamar la correcta aplicación de su derecho.

Pueden ser miembros de las organizaciones de gestión colectiva todos los titulares de derecho de autor y derechos conexos, se trate de autores, compositores, editores, escritores, fotógrafos, músicos y artistas intérpretes o ejecutantes. Al pasar a formar parte de una organización de gestión colectiva, los miembros tienen que proporcionar determinados datos personales y declarar las obras que hayan creado. Esa información se integra en los archivos de la organización de gestión colectiva a fin de facilitar la tarea de determinar el uso de que son objeto las obras y la retribución por el uso de las mismas, que debe efectuarse a los debidos titulares de derechos. Las obras declaradas por los miembros de la organización constituyen lo que se conoce como repertorio *nacional* o *local* en contraposición al repertorio internacional en el que constan las obras gestionadas por las organizaciones de gestión colectiva en todo el mundo.

En función de la categoría de obras de que se trate existen distintos tipos de organizaciones de gestión colectiva o de grupos dependientes de esas organizaciones, a cada uno de los cuales incumbirá gestionar el derecho de que se trate.

Las *organizaciones de gestión colectiva tradicionales*, que actúan en representación de sus miembros, negocian las tarifas y las condiciones de utilización con los usuarios, otorgan licencias y autorizaciones de uso, y recaudan y distribuyen las regalías. El titular del derecho no participa directamente en ninguna de esas tareas.

La aplicación de las leyes nacionales que establecen los derechos sobre las obras literarias y artísticas y los objetos de derechos conexos tiene efecto únicamente dentro de los límites del país. De conformidad con el principio de trato nacional, estipulado en el Convenio de Berna a la vez que en la Convención de Roma, los titulares extranjeros de derechos deben ser objeto del mismo trato que los nacionales, en la mayoría de los casos. Las organizaciones de gestión colectiva respetan ese principio y, mediante acuerdos de representación recíproca, administran los repertorios extranjeros dentro de su territorio nacional, intercambian información y distribuyen las regalías a los titulares extranjeros de derechos.<sup>10</sup>

### III. DOMINIO PÚBLICO PAGANTE U ONEROSO

El derecho de autor muestra otra particularidad que lo distingue del cuadro general de los derechos patrimoniales y es la limitación temporal que la ley establece respecto de alguno de sus titulares. El régimen general está regulado por los Artículos 14 a 18 de la Ley 17.616.

El derecho tiene un régimen diferente según se trate del autor o sus herederos o legatarios. El Artículo 14 establece la regla: El autor conserva su derecho de por vida, y producido su fallecimiento sus herederos o legatarios son titulares de aquel derecho por un plazo de cincuenta años. Sin embargo la ley establece una condición; que la obra sea publicada, representada, ejecutada o exhibida dentro de un plazo de diez años desde la muerte del autor. Si no se cumple esta condición la obra cae en el dominio público.

<sup>8</sup> VILLALBA, Carlos, LIPSZYC, Delia. El derecho de autor en la Argentina. Buenos Aires, La Ley. 2001. Pp. 185

<sup>9</sup> [http://www.wipo.int/about-ip/es/about\\_collective\\_mngt.html#P51\\_5794](http://www.wipo.int/about-ip/es/about_collective_mngt.html#P51_5794)

<sup>10</sup> Hoy existe una red mundial bien consolidada de organizaciones de gestión colectiva, de cuya representación se encargan con mucha eficacia organizaciones no gubernamentales como la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO), y en el plano europeo, la Asociación de Organizaciones Europeas de Artistas Intérpretes (AEPO), por sólo mencionar algunas.

Extinguidos aquellos plazos la obra cae en el dominio público, lo cual es consistente con lo anteriormente expresado en el sentido de que las creaciones de la inteligencia son, al menos parcialmente, un producto de la sociedad, la que está legitimada para aprovecharse del mismo.

Nuestro régimen legal establece el llamado *dominio público oneroso*, ya reconocido en la Ley 9.739. Ello significa que vencido el plazo aludido, cualquier persona puede utilizar la obra sujetándose al esquema de tarifas que determine el Consejo de Derechos de Autor, tal como por otra parte lo establece el Artículo 42 de la Ley.<sup>11</sup>

Como fundamento de la existencia del dominio público oneroso se ha expresado que el mismo es un medio para evitar que la obra que se encuentra en el dominio público compita deslealmente con la obra del dominio privado, forzando a los creadores actuales a disminuir sus pretensiones legítimas ante la simple amenaza de reproducción de obras que no están afectadas por el pago de ningún derecho. Además de ello, por regla general, el producido de lo que se recauda a partir de las obras en el dominio público se utiliza para actividades que promueven la creación y la investigación.<sup>12</sup>

Éste es como se ha dicho, el régimen general que regula los derechos de autor una vez que la obra ha pasado al dominio público.

Corresponde analizar el caso del *droit de suite* con respecto a este punto específico. En virtud de las razones que se expresarán, resulta claro que el Instituto constituye una regulación específica para una clase determinada del universo de las obras protegidas; aquellas creaciones caracterizadas por la unicidad entre el soporte y la obra y en nuestro derecho, particularmente, obras plásticas o escultóricas.

Las obras que gozan de la protección internacional del Instituto son "*las obras de arte originales*" y "*los manuscritos originales de escritores y compositores*", tal como lo establece el artículo 14 TER del Convenio de Berna. Ésta puede considerarse la categoría general, si bien, como se ya expresado habrá que estar a los ordenamientos jurídicos nacionales para determinar el alcance de la protección. Así por ejemplo, la ya citada Ley 9739 limita la protección a las "*obras de arte plásticas o escultóricas*".

Además de ello se advierte que nuestro Legislador, ha disciplinado el *droit de suite* en forma acorde con sus características. El Artículo 9° de la Ley ya citada lo establece a favor del autor y producido su fallecimiento, a favor de sus herederos o legatarios, hasta que la obra pase al dominio público. En este caso, el *droit de suite* se extingue, sin perjuicio de que la obra esté afectada por el régimen de dominio público oneroso en todas las otras hipótesis diversas de la que enuncia el precitado Artículo 9°.

## IV. EL DROIT DE SUITE – CONCEPTOS GENERALES

Puede considerarse que dentro del universo de la regulación jurídica aparecen los derechos intelectuales en su expresión más genérica, como el fenómeno normativo que emerge al desarrollarse la reproducción sistemática de las creaciones de la inteligencia. La evolución jurídica muestra cómo se diferencian las distintas especies de esta categoría, que en una de sus manifestaciones forma la rama de Derechos de Autor.

Las especiales características de ciertas creaciones de la inteligencia humana, como lo son las obras de arte pictóricas o escultóricas revela la necesidad de un disciplinamiento acorde. De esta manera observamos la aparición de un nuevo peldaño en la escala de protección jurídica de las obras autorales, que se constituye en la categoría del *droit de suite*.

### A) Concepto del *Droit de Suite*

El *droit de suite*, llamado también *derecho de participación*, es el derecho que tiene el autor de una obra de arte, de participar en determinada cantidad del precio que se obtenga por su obra en las ulteriores enajenaciones de la misma.<sup>13</sup> Este derecho parte del supuesto de una primera enajenación por el artista y posteriores enajenaciones por los correspondientes adquirentes.

Se considera que el *derecho de participación* es un derecho de autor, de carácter patrimonial, incluido dentro del grupo de los derechos denominados de *simple remuneración*, y que tal y como muy acertadamente explica Antonio Delgado en su *Panorámica de la protección civil y penal en materia de Propiedad*

<sup>11</sup> DE FREITAS, Eduardo – Ley de Derechos de Autor, razones de la reforma, El Nuevo Derecho de Autor Uruguayo, Universidad de Montevideo, Montevideo 2003. Pp. 20

<sup>12</sup> VILLALBA, Carlos, LIPSZYC, Delia - El derecho de autor en la Argentina. Buenos Aires, La Ley. 2001. Pp. 139

<sup>13</sup> ESPIN CANOVAS, Diego - Los derechos del autor en las obras de arte. Madrid, Editorial Civitas. 1996. Pp. 112

*Intelectual*, tiene como función la de “asegurar al autor la percepción de una retribución equitativa (normalmente proporcional), en los rendimientos que se derivan de la utilización de su obra, ejercida tal utilización fuera del alcance de su derecho exclusivo o de monopolio”.<sup>14</sup>

## B) Antecedentes Históricos

El llamado *droit de suite* aparece por primera vez en Francia en 1920 con la aprobación de la Ley del 20 de mayo, modificada posteriormente por la Ley del 27 de octubre de 1922; de ahí se deriva el uso común de la expresión en francés para su denominación.<sup>15</sup>

El *droit de suite* es una institución que cuenta con más de setenta años de reconocimiento en el Derecho positivo internacional, reconocida en treinta y un países del mundo, si incluimos en la lista al Principado de Mónaco, el Estado Pontificio y el Estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica.

Dicho lo anterior, podría pensarse que dada su antigüedad, y la extensión de su implantación, nos encontramos ante un Derecho consolidado. Sin embargo, no puede decirse que sea así. Para explicar esta situación paradójica, tendríamos que examinar esta figura, recurriendo no solamente a su análisis jurídico, sino también completando éste con un estudio económico y consideraciones sociales y culturales.

Su incorporación a la regulación jurídica internacional en la materia surge en 1948. El Instituto es recogido por el Acta de Bruselas, que es el resultado de la revisión de la Convención de Berna de 1886 y en el Acta de Estocolmo, de 1967, que introduce modificaciones en el régimen internacional. Así el artículo 14 TER de la Convención de Berna expresa:

“1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor -o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozaran del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.

2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que sea protección sea reclamada.

3) Las legislaciones nacionales determinarán las modificaciones de la percepción y el monto a percibir.”.

Este régimen concede a los países ligados por la Convención la facultad de introducir al Instituto en sus legislaciones nacionales, por lo cual el *droit de suite* no puede considerarse de carácter universal y será necesario estar al derecho positivo de cada país para determinar la existencia y modalidad de su aplicación.

## C) Derecho Comparado

Interesa examinar la forma en que el *droit de suite* ha sido recogido por las legislaciones nacionales, en otros términos, su evolución luego de su primera aparición en el Derecho positivo francés en 1920.

Fuera del ámbito de la Unión Europea, en cuyo régimen haremos especial hincapié, el *droit de suite* está legislado en varios países que siguen la tradición jurídica francesa tales como: Argelia, Brasil, Burkina Faso, Chile, Costa Rica, Costa de Marfil, Ecuador, Eslovaquia, Federación Rusa, Filipinas, Guinea, Madagascar, Marruecos, Perú, República Checa, Senegal, Túnez, Turquía y Uruguay. A ello debe agregarse la regulación que existe en las leyes del Estado de California.<sup>16</sup>

Este último caso ofrece interés por tratarse de una excepción a la regla general que impera en los Estados Unidos de América de no reconocer el *droit de suite*.

<sup>14</sup> GUTIERREZ VICEN, Javier – El *Droit de suite* en la Unión Europea [www.Droit%20de%20Suite%20en%20la%20Uni%F3n%20Europea%20Javier%20Gutierrez.htm](http://www.Droit%20de%20Suite%20en%20la%20Uni%F3n%20Europea%20Javier%20Gutierrez.htm)

<sup>15</sup> SUPPER, Martina - An analysis of *droit de suite* from a Law and Economics perspective. European Master Programme in Law and Economics. 1999/2000. Pp. 2

<sup>16</sup> SUPPER, Martina - An analysis of *droit de suite* from a Law and Economics perspective. European Master Programme in Law and Economics. 1999/2000. Pp. 3

## 1) Unión Europea

La Unión Europea ofrece un ejemplo de sumo interés para el desarrollo del *droit de suite*, al tratarse no ya de la regulación por parte de la legislación nacional ni tampoco de las convenciones internacionales. Aparece un tercer género de ordenamiento jurídico; el derecho comunitario, que ha alcanzado su máximo desenvolvimiento en la Unión Europea.

El día 27 de septiembre de 2001 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, adoptaron la *Directiva 2001/84/CE*, que recibe el *droit de suite* en el derecho de la Unión, relativa al *droit de suite* o *derecho de participación* en beneficio del autor de una obra de arte original, reconociendo el derecho del autor a participar en los beneficios que produzcan las sucesivas reventas de las obras de arte, estableciendo las obras a las que se refiere, las operaciones mercantiles sobre las que recae, el umbral mínimo de aplicación, los porcentajes de la remuneración y los beneficiarios del derecho.

El proceso conducente a la puesta en vigencia de la mencionada Directiva incorporó diferentes consideraciones sobre el Instituto. La *exposición de motivos* recoge importantes puntos de vista, si bien, naturalmente, no todos se han convertido en derecho vigente. Podemos destacar:<sup>17</sup>

- El objeto de la propuesta de la Directiva fue la armonización del *droit de suite*. Sobre la base del artículo 14 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, texto del Acta de París de 1971, la Directiva determinó el objeto de tal derecho. Para ello, se previó excluir del ámbito de aplicación las transacciones privadas entre particulares con objeto de evitar los problemas prácticos que de ellas se derivan, especialmente por lo que se refiere a la dificultad de controlarlas.
- El factor determinante a la hora de aplicar el *droit de suite* es el tipo de explotación de que son objeto las obras, es decir, la reventa efectuada por funcionarios públicos, establecimientos de venta u otros agentes comerciales. En principio, el derecho se debe retener sobre cualquier transmisión de la propiedad de las obras, salvo sobre la primera venta.
- La eficacia del *droit de suite* está condicionada necesariamente a la inalienabilidad del derecho y a la imposibilidad de renunciar al mismo.
- La conveniencia de imponer el *droit de suite* sobre el precio de venta de las obras. Limitar la base imponible únicamente a la plusvalía realizada sobre el precio de adquisición se prestaría a importantes problemas de control. Como cualquier otro derecho de autor, el *droit de suite* debería abonarse en función de la explotación que se efectúe de la obra, independientemente del éxito de la misma.
- El importe que da lugar a la percepción del *droit de suite* no debería ser demasiado elevado con objeto de no limitar dicho derecho a los artistas más famosos.
- La alícuota del *droit de suite* no debe ser demasiado elevada. A primera vista, un tipo de base del 4% constituiría una media razonable entre los tipos adoptados por los distintos Estados miembros.
- La Comisión consideraba que sería preferible establecer para el *droit de suite* unas alícuotas decrecientes escalonadas en tres tramos de precios. En efecto, el tipo propuesto para el tramo superior a 250,000 ecus, que equivale al 2% del precio de venta sin impuestos, no difiere mucho de los gastos suplementarios que supone una exportación con vistas a eludir el pago del *droit de suite*.
- Por lo que se refiere a los beneficiarios del *droit de suite* se había sugerido, durante las consultas celebradas al efecto, la posibilidad de limitar el número de derechohabientes tras la muerte del autor. Sin embargo, teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad, era necesario renunciar a cualquier iniciativa que influyera sobre el derecho de sucesiones de los Estados miembros, tanto más cuanto que esta problemática no podría afectar al funcionamiento del mercado interior.
- Convendría establecer normas flexibles referidas a la gestión del derecho. Algunos Estados miembros exigían que este derecho fuera gestionado por una sociedad de autores nacional. En principio, el derecho de participación podría ser gestionado por un servicio público, por sociedades de gestión o por el propio titular del mismo, que debería poder decidir libremente la forma en que la quisiera ejercer. La propuesta se limitaba a contemplar la posibilidad de que los Estados miembros exigieran la gestión colectiva.
- El beneficio del *droit de suite* debería limitarse a los nacionales de la Unión Europea y a los autores extranjeros cuyos países concedieran una protección semejante a los autores comunitarios. La duración del *droit de suite* debería alcanzar hasta setenta años *post mortem auctoris*, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 93/98/CEE relativa a la duración de la protección del derecho de autor.

<sup>17</sup> GUTIERREZ VICEN, Javier – El *Droit de suite* en la Unión Europea  
[www.Droit%20de%20Suite%20en%20la%20Uni%F3n%20Europea%20Javier%20Gutierrez.htm](http://www.Droit%20de%20Suite%20en%20la%20Uni%F3n%20Europea%20Javier%20Gutierrez.htm)

Sin perjuicio de la trascendencia de los conceptos expuestos en la exposición de motivos, parece importante detenerse en las disposiciones de esta Directiva, por constituir su entrada en vigencia un hito destacable en la evolución del Instituto que de esta manera queda *incorporado al derecho positivo* de uno de los principales centros de poder económico del mundo.

Pasando a un examen de los puntos relevantes, podemos señalar el Artículo 1., que establece el objeto del *droit de suite*. Corresponde en este punto, realizar una precisión terminológica de carácter general. El texto oficial de la Directiva, en idioma español, llama al *droit de suite* *derecho de participación*; expresando:

*“1. Los Estados miembros establecerán en beneficio del autor de una obra de arte original un derecho de participación definido como un derecho inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, a percibir un porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor.*

*2. El derecho contemplado en el apartado 1 se aplicará a todos los actos de reventa en los que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de ventas, galerías de arte y, en general, cualquier marchante de obras de arte.*

*3. Los Estados miembros podrán disponer que el derecho contemplado en el apartado 1 no se aplique a las operaciones de reventa si el vendedor compró la obra directamente al autor menos de tres años antes de la reventa y el precio de reventa no excede de 10.000 euros.*

*4. El pago del derecho contemplado en el apartado 1 correrá a cargo del vendedor. Los Estados miembros podrán disponer que una de las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el apartado 2 que no sea el vendedor tenga responsabilidad exclusiva o compartida con el vendedor para el pago del derecho.”*

Puede apreciarse que el Artículo 1, contiene las características generales del Instituto, tal como se ha desarrollado en la evolución legislativa. En realidad, la Directiva sigue la tendencia general del derecho comparado en esta materia.

Respecto de las obras que pueden ser objeto del derecho, el Artículo 2 se refiere a la categoría de obras gráficas o plásticas, que desagrega en numerosas especies, que tienen el denominador común de su unicidad. El apartado segundo de la disposición comentada prevé el caso de obras que, sin ser únicas, hayan sido realizadas *“en ediciones limitadas por el propio artista o bajo su autoridad”* y agrega una condición para este caso: *“Dichos ejemplares estarán normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el artista.”*

Se establece un umbral mínimo de aplicación del *droit de suite*, un precio de venta mínimo, cuya fijación es facultativa de los Estados miembros, con la cota superior de 3000 euros.

Respecto de las alícuotas, la Directiva opta por un sistema de franjas en función del precio de venta, tal como lo establece el Artículo 4, en una escala que se desliza desde el 4% al 0.25%, con algunas excepciones.

Es importante traer a colación el Artículo 6, que dispone sobre los beneficiarios del *droit de suite*, uno de los puntos centrales de esta materia. Este derecho *“se deberá al autor de la obra y, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8, a los derechohabientes del autor tras su muerte.”* La referencia al Artículo 8 se relaciona con la facultad de que disponen los Estados miembros que a la fecha de entrada en vigor de la Directiva no apliquen este derecho, de no reconocerlo a los causahabientes por un término que expirará el 1° de enero de 2010.

Respecto de la aplicación de la Directiva en los Estados miembros, el Artículo 12 les impone el deber de adoptar las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la Directiva, antes del 1° de enero de 2006.

## 2) Estados Unidos de América - Estado de California

Con fecha 1° de enero de 1977 el Estado de California aprobó una Ley que reconoce a los artistas el derecho a tener una participación en los beneficios derivados de sus obras. El término general de la norma dispone que el agente del vendedor pagará al artista el 5% (cinco por ciento) del precio bruto de venta en caso de una transacción dentro del Estado de California o realizada por un residente de ese Estado. Este derecho no puede ser transferido pero puede dejarse sin efecto mediante acuerdo escrito. En este caso, el artista percibirá la suma que exceda del 5%. La Ley se aplica a las ventas privadas entre coleccionistas, remates, galerías, corredores de arte y museos.

El objeto del derecho son: pinturas, esculturas o dibujos originales que hayan sido creados antes o después del 1° de enero de 1977. La Ley no se aplica a la primera venta, ni a reventas menores de U\$S 1.000 (mil

dólares estadounidenses) ni a obras que se revendan por menos del precio original de compra. No tiene aplicación en las reventas posteriores a la muerte del artista.<sup>18</sup>

### 3) República Federativa del Brasil

Un caso que interesa destacar, por tratarse de un país latinoamericano, desarrollado en el área de colonización portuguesa, lo constituye la República Federativa del Brasil. El artículo 39 de la Ley 5.988 establece el derecho irrenunciable e inalienable del autor que venda una obra de arte o manuscrito original, a participar de la plusvalía que el vendedor obtenga en su beneficio en las posteriores ventas.

### 4) Costa Rica

Costa Rica internalizó el Instituto del *droit de suite* mediante la Ley número 7.968 del 22 de diciembre de 1999.<sup>19</sup>

## D) Fundamento del *Droit de Suite*

El fundamento etiológico de este Derecho, radica en la compensación que el Legislador hace a los autores de las obras de las artes plásticas por su limitación, en relación con los restantes autores, en el disfrute del derecho de distribución.

La razón de esta descompensación entre unos y otros autores a la hora de disfrutar el derecho de distribución, se apoya en el hecho de que, cuando la distribución se efectúa mediante venta, este derecho generalmente se extingue a partir de la primera, en aquellos países que reconocen el agotamiento del derecho de distribución.

Dado que el acto creativo en las artes plásticas se plasma sobre una obra única o sobre tiradas de un número muy reducido de ejemplares y que la distribución de estas obras es fundamentalmente mediante venta, el ejercicio del derecho de distribución de los originales de las obras de los artistas plásticos, queda limitado pues, a una primera venta del original, lo cual equivale a decir que por razones fácticas, prácticamente no puede ejercerse.

En ese sentido, Javier GUTIÉRREZ VICÉN ha expresado: *“Se trata de la forma en que el artista plástico viene obligado a crear sus obras: mediante creaciones de un objeto. Esta unicidad de la creación, hace que el soporte en el que se plasma la creación sea un único objeto, razón por la cual se crean en torno al mismo, un conjunto de efectos económicos y jurídicos, que no se producen cuando las creaciones pueden plasmarse en una multiplicidad ilimitada de soportes, como es el caso de los libros o de los discos, por ejemplo.”*<sup>20</sup>

El *droit de suite* aparece como una forma de otorgar protección jurídica a los artistas que carecían de reconocimiento oficial y se veían forzados a vender sus obras por un precio nominal a vendedores privados, quienes eran los que realmente obtenían beneficios. Ello se puso de manifiesto con el desarrollo del movimiento impresionista en la pintura, en la segunda mitad del Siglo XIX.<sup>21</sup>

Las circunstancias materiales en que se produce una obra pictórica o escultórica presentan una peculiaridad, en tanto, la obra y el objeto o soporte que la incorpora forman una unidad. Esta unidad no permite la reproducción en serie que multiplica el beneficio económico del autor, tal como ocurre por ejemplo en las obras literarias o musicales.

Producida la enajenación de la obra, su autor no puede disponer de ella por ser única. Se entendió entonces que era equitativo compensar de alguna forma al artista.<sup>22</sup>

Esta idea satisface criterios de justicia, al evitar que determinados creadores, por la mera naturaleza de sus obras, queden en situación de inferioridad respecto del resto en lo atinente a la protección jurídica de sus derechos.

<sup>18</sup> <http://www.artquest.org.uk/artlaw/droitdesuite/resaleroyalty.htm>

<sup>19</sup> [www.libertario.org/libre\\_comercio/tlc\\_resumen.pdf](http://www.libertario.org/libre_comercio/tlc_resumen.pdf)

<sup>20</sup> GUTIÉRREZ VICÉN, Javier – Manual Legal del Arte – Madrid 1993, Ministerio de Cultura. Pp. 59

<sup>21</sup> WEATHERHALL, Alexander - Harmonising the *droit de suite*; a legal and economic análisis of the EC Directive and an overview of the recent literature. Master thesis. 2002/2003. Pp. 22, 23

<sup>22</sup> ESPIN CANOVAS, Diego - Op. Cit. Pp. 113

## E) Significación Económica del Instituto del *Droit de Suite*

Remontándonos al fundamento material del *droit de suite*, es decir, asegurar al autor de obras que se caracterizan por su unicidad, una participación en el beneficio patrimonial derivado de sus sucesivas transferencias a título oneroso, parece interesante observar cómo se comporta la ejecución de este derecho en términos de su producido.

Nos encontramos así, en una zona de intersección entre la Economía y el Derecho, aspecto que ofrece interés en la medida en que permite apreciar las consecuencias económicas, frecuentemente inadvertidas, de la articulación de determinado instituto jurídico.

En forma anexa a este trabajo, se acompañan cuadros que sin pretender agotar el estudio del punto, son útiles para obtener una visión de las consecuencias económicas de este derecho. Los mismos muestran una percepción monetaria por concepto del *droit de suite* en la Unión Europea en 1997 y 1998, así como una simulación de percepciones referentes a la propuesta de la Directiva, con relación a subastas en Francia para el año 1997.<sup>23</sup>

Las cifras expuestas permiten apreciar la significación del Instituto y la trascendencia que puede llegar a tener para los beneficiarios. La percepción de las sumas de dinero derivadas significa una importante redistribución de ingreso, con consecuencias positivas para el funcionamiento del circuito económico y particularmente como incentivo para la creación artística.

Esta dimensión económica del Instituto no debe dejarse de tener en cuenta cuando se estudia su naturaleza jurídica. Retomando lo expresado acerca de la relación entre el universo económico y el jurídico, las consideraciones precedentes pueden ser de aplicación al interpretar el Instituto, particularmente su *ratio legis*.

## F) Naturaleza Jurídica del *Droit de Suite*

Se han planteado diferentes posiciones respecto de la naturaleza jurídica del *droit de suite*.

### 1) Carácter Patrimonial

Algunos autores descartan su naturaleza de derecho moral, partiendo de la base común de su *carácter patrimonial*.<sup>24</sup> Una tendencia lo asimila al derecho de explotación, del que sería una tercera especie, junto a los derechos de representación y reproducción. Sin embargo, se destaca una muy importante diferencia respecto de ese derecho: la voluntad del autor no interviene en las ulteriores enajenaciones de su obra, actos que son la condición del ejercicio del *droit de suite*.

### 2) Carácter Moral

Otros autores, en razón de que el *droit de suite* tiene los caracteres de *inalienable e irrenunciable*, se inclinan por concederle una naturaleza de derecho de *carácter moral*. Estas particularidades son explicadas por la doctrina sobre la base de la finalidad protectora de este derecho. Un autor podría ceder ante presiones de un adquirente que condicionara la compra de la obra a la transferencia o a la renuncia de este derecho. Esto se inscribe dentro del cuadro general de prohibir la abdicación de derechos patrimoniales en situaciones jurídicas en las que las partes intervinientes se encuentran en diferente posición, siendo difícil resistir la posición dominante de una de ellas.<sup>25</sup>

Se entiende que existen elementos que pueden abonar la posición de tratarse de un derecho de carácter moral como se ha expresado. Los derechos morales protegen la reputación y la integridad del artista, en primer lugar.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> RAMONBORDES, Christiane – Repercusiones económicas de la Directiva Europea relativa al Droit de Suite. UNESCO, Boletín de Derechos de Autor Vol. XXXIV – N° 2, Año 2000, Pp. 31 y 33

<sup>24</sup> ESPIN CANOVAS, Diego - Op. Cit. Pp. 119

<sup>25</sup> ESPIN CANOVAS, Diego - Op. Cit. Pp. 121

<sup>26</sup> SUPPER, M.artina -An analysis of *droit de suite* from a Law and Economics perspective. European Master Programme in Law and Economics. 1999/2000. Pp. 8

Puede aducirse que el *droit de suite* tiene también una finalidad tuitiva de la integridad y la reputación del autor. Esto se aprecia en el proceso histórico que llevó al establecimiento del Instituto. Como anteriormente se ha señalado, en la segunda mitad del siglo XIX se produjo una clara situación de indefensión de los artistas plásticos que se veían forzados a enajenar sus obras a comerciantes de arte que gozaban de una posición dominante de mercado y en consecuencia imponían los precios. En este supuesto, el artista enfrentaba la disyuntiva de enajenar su obra por una suma que no remuneraba su esfuerzo creativo y desprenderse de ella, para beneficio exclusivo de quien la revendía, o negarse a vender y no obtener ingreso alguno.

Puede inferirse sin esfuerzo que una persona colocada en esta situación se ve sometida a una degradación moral, que afecta su integridad, dado que debe consentir en algo que le es claramente perjudicial llevado por la presión de las circunstancias. En razón de ello, es posible atribuir cierta naturaleza moral al *droit de suite* en tanto permite que el artista se vea recompensado, no sólo pecuniariamente sino también en su autoestima a través de las sucesivas reventas de su obra, que son un indicador de su valor artístico.

### 3) Carácter Sui Generis

En vista de las razonables oscilaciones doctrinarias, que hallan su origen en las peculiaridades del Instituto, se ha enunciado una tercera posición; la de considerar que el *droit de suite* es un derecho *de carácter sui generis*. Pese a las reservas que el término pueda suscitar, en el sentido de tratarse de una expresión vacía de contenido, es posible ver en este derecho una categoría que no participa enteramente de las restantes. Si tenemos una categoría de derechos patrimoniales y otra de derechos morales que aparecen en el plano teórico, como dos círculos separados, es posible que el *droit de suite* se presente como un *tertium genus* que llevaría a la intersección de ambos círculos.

En este sentido, puede traerse a colación la posición del Supremo Tribunal Federal de Alemania que denomina al *droit de suite* “un derecho de participación sui géneris arraigado en el derecho de autor.”<sup>27</sup>

Respecto de la incidencia del instituto de la prescripción, cabe señalar que al no existir disposición legal expresa, se aplican los principios generales en la materia y el derecho del autor al cobro del porcentaje puede prescribir como consecuencia de su falta de ejercicio en los términos previstos por la ley.

## V. RÉGIMEN DEL DROIT DE SUITE EN LA LEGISLACIÓN URUGUAYA

### A) Base Normativa

En la República Oriental del Uruguay se registra una recepción temprana del Instituto por el Ordenamiento Jurídico. El Artículo 9º de la Ley N° 9739, de 17 de diciembre de 1937 legisla sobre el punto y en su redacción actual, dada por el Artículo 6º de la Ley N° 17.616, de 10 de enero de 2003, lo desarrolla conforme a la evolución de la realidad.

La disposición originaria de 1937 estableció el mecanismo de la plus valía,<sup>28</sup> que presentaba dificultades para su aplicación. Por lo tanto, al reformarse la norma legal, se modificó, entre otros el Artículo 9º, que establece un tres por ciento sobre el precio de la reventa de la obra.

Así la norma citada expresa: “**ARTÍCULO 9º.-** En caso de reventa de obras de arte plásticas o escultóricas efectuadas en pública subasta, en establecimiento comercial o con la intervención de un agente o comerciante, el autor, y a su muerte los herederos o legatarios -hasta el momento en que la obra pase al dominio público-, gozan del derecho inalienable e irrenunciable de percibir del vendedor un 3% (tres por ciento) del precio de la reventa. Los subastadores, comerciantes o agentes que intervengan en la reventa, serán agentes de retención del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida y estarán obligados a entregar dicho importe, en el plazo de treinta días siguientes a la subasta o negociación, al autor o a la entidad de gestión correspondiente. El incumplimiento de la obligación que se establece, por parte del rematador, comerciante o agente, lo hará responsable solidariamente del pago del referido monto».

A su vez, la norma legal ha sido reglamentada mediante el Decreto 154/004 del 3 de mayo de 2004, en cual regula el *droit de suite* en los siguientes términos: “**Artículo 16º.** En caso de reventa de obras de artes

<sup>27</sup> SUPPER, Martina - An analysis of *droit de suite* from a Law and Economics perspective. European Master Programme in Law and Economics. 1999/2000. Pp. 8

<sup>28</sup> VALDÉS OTERO, Estanislao - Derechos de autor; régimen jurídico uruguayo. Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1953. Pp. 55

*plásticas o escultóricas efectuadas en pública subasta, en establecimiento comercial o con la intervención de un agente o de un comerciante, el autor, y a su muerte sus herederos o legatarios, gozan del derecho inalienable e irrenunciable de percibir del vendedor un 3% (tres por ciento) del precio de la reventa o almoneda. Cuando la obra pase al dominio público, la percepción de dicho porcentaje corresponderá al Estado, debiéndose asignar su producido al Consejo de Derechos de Autor para el cumplimiento de sus fines. Los rematadores, comerciantes o agentes que intervengan en la reventa serán agentes de retención del derecho de participación del autor o sus causahabientes en el precio de la obra revendida o subastada, y estarán obligados a entregar dicho importe al autor o a sus causahabientes o a la entidad de gestión a quien le hayan encargado el ejercicio de sus derechos, dentro de los treinta días siguientes a la subasta o negociación. El incumplimiento de dicha obligación lo hará responsable solidariamente del pago del referido monto, sin perjuicio de otras sanciones que correspondieren."*

De lo expresado se deriva que en nuestro derecho, el *droit de suite* tiene las características:

**a) Se aplica a la reventa de una obra de arte plástica o escultórica exclusivamente.**

La hipótesis legal específica que el negocio alcanzado por este derecho implica una transferencia de la propiedad a título oneroso mediante un precio. Venta ésta, posterior a la primera realizada por su autor. Esto incluye a la compraventa en todas sus variantes. Ello contempla el *leasing* con opción a compra, pero excluye a nuestro entender, categorías tales como la *permuta* y *dación* en pago, en las que es característica la ausencia de precio.

La Ley al establecer la categoría de *obras plásticas o escultóricas* se refiere con carácter general a los productos de las llamadas *artes plásticas*; entendiéndose por tales: "... un conjunto de obras intelectuales dirigidas a provocar el sentido estético del espectador y entre las que se puede enumerar, con simple carácter enunciativo, los dibujos, pinturas, esculturas, grabados, litografías, etc."<sup>29</sup>

Recordemos que, producida la enajenación de la obra, su autor no puede disponer de ella por ser única. Se entendió entonces que era equitativo compensar de alguna forma al artista haciéndolo acreedor a un porcentaje del precio obtenido en las posteriores reventas.

**b) La operación de reventa sólo es alcanzada por la disposición si se efectúa en subasta pública, en establecimiento comercial o con la intervención de un agente o comerciante.**

La Ley exige una intervención profesional en la operación. No se trata de una venta entre simples particulares, debe existir un sujeto que haga profesión de la compraventa de mercaderías, en este caso obras de arte, dentro del criterio general que enuncia el artículo 2 del Código de Comercio. Igualmente la intervención de corredores de arte o subastadores, reviste el mismo carácter profesional en la medida en que son agentes auxiliares del comercio, sujetos a la legislación comercial, según lo establece el artículo 88 del Código citado.

La no aplicación de este régimen a la compraventa entre particulares halla su razón en la imposibilidad material de controlar la aplicación del derecho.

**c) El derecho a su percepción es inalienable, es decir, que no se puede enajenar; e irrenunciable, esto es, que no se puede renunciar.**

Tales características tienen arraigo en la naturaleza protectora de este derecho. Un artista podría verse forzado a ceder ante presiones de un adquirente que condicionara la compra de la obra a la transferencia o a la renuncia de este derecho. El temperamento normativo se enmarca dentro de la tendencia legislativa general de prohibir la abdicación de derechos patrimoniales en situaciones jurídicas en las que las partes se encuentran en diferente situación, siendo difícil resistir la posición dominante de una de ellas.<sup>30</sup>

Corresponde señalar que respecto de la incidencia del instituto de la prescripción, que al no existir disposición legal expresa, se aplican los principios generales en la materia y el derecho del autor al cobro del porcentaje puede prescribir como consecuencia de su falta de ejercicio en los términos previstos por la ley.

**d) Es transmisible por causa de muerte.**

El *droit de suite*, en sus aspectos patrimoniales, está sujeto al régimen general de transmisibilidad *mortis causa*, tal como lo establece la Ley. En este sentido, no presenta ninguna particularidad en lo atinente al derecho sucesorio.

<sup>29</sup> SCIARRA, Armando – Las Artes Plásticas y el Droit de Suite - III Congreso Iberoamericano sobre derechos de autor y derechos conexos. Tomo II. Montevideo, 1997. Pp. 677

<sup>30</sup> ESPIN CANOVAS, Diego - Op. Cit. Pp. 121

e) **Quienes intervienen en la operación de reventa tienen el carácter de agentes de retención del porcentaje establecido y son responsables de su entrega al autor o a la entidad de gestión colectiva que corresponda.**

La norma legal impone a los sujetos que intervienen profesionalmente en la operación el deber de agentes de retención del porcentaje. Esto significa que además de sus obligaciones profesionales deberán percibir la suma derivada del porcentaje y verterla a los titulares del derecho. Con la advertencia metodológica de encontrarnos en otra materia, es útil traer a colación la definición legal de agente de retención, contenida en el artículo 23 del Código Tributario, por ajustarse a la situación que se regula: *“... las personas designadas por la ley o por la Administración, previa autorización legal, que por sus funciones públicas o por razón de su actividad, oficio, o profesión, intervengan en actos u operaciones en los cuales pueden retener o percibir el importe del tributo correspondiente.”*.

## B) Análisis de los Artículos 6º y 42 de la Ley 17.616

Un estudio que se refiera al régimen jurídico nacional del *droit de suite* no puede dejar de examinar los artículos citados, en particular el juego de ambas disposiciones.

Así, el acápite del Artículo 6º expresa: *“Los derechos reconocidos en esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra. ...”*.

Esto significa que el Legislador ha distinguido claramente entre los derechos que pueden derivarse de una creación de la inteligencia y el soporte físico en el cual esa creación se plasma. Este temperamento legal es consistente con el concepto doctrinario. Así se ha afirmado que la adquisición del objeto material *-corpus mechanicum-* en que está fijada la obra *-corpus mysticum-*, no implica la cesión de ninguno de los derechos que sobre ellas le corresponden al autor. Este es el principio de la independencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material.<sup>31</sup>

El Artículo 42 sienta la regla general en el supuesto de que la obra haya caído en el dominio público. Se faculta a cualquier persona a su explotación, con ciertas condiciones.

Así expresa: *“Cuando una obra caiga en el dominio público cualquier persona podrá explotarla con sujeción a las siguientes limitaciones:*

A) *Deberá sujetarse a las tarifas que fije el Consejo de los Derechos del Autor. El Poder Ejecutivo, en la reglamentación de la ley, velará para que las tarifas que se adopten sean moderadas y generales para cada categoría de obras;*

B) *La publicación, ejecución, difusión, reproducción, etc., deberá ser hecha con toda fidelidad. El Consejo de los Derechos de Autor velará por la observancia de esta disposición sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente.”*. (Subrayado nuestro).

Esto nos lleva a la noción de explotación, concepto económico. En términos generales explotar cualquier bien, es emplear al mismo como medio para obtener un beneficio material. Es ésta, en otras palabras la segunda acepción que contiene el Diccionario de la Real Academia Española: *“Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio.”*<sup>32</sup>

Es claro que este concepto genérico de explotación puede desagregarse en numerosas actividades materiales y en este sentido se ve reflejado en la enumeración que realiza el Artículo 2º de la Ley citada, que en su reforma ha generado *“una ampliación, una mayor precisión y una actualización en materia de las distintas facultades de explotación ya existentes del autor.”*<sup>33</sup>

Pasando al objeto de nuestro estudio, vemos en primera instancia que el concepto genérico de explotación se aplica a las obras pictóricas o escultóricas. Es en este punto en el que cobra especial importancia aquel carácter de unicidad de tales obras, expresado anteriormente, que incide sobre su regulación jurídica.

Puede decirse que el autor de tales obras las *explota* en su primera enajenación, en tanto obtiene un beneficio económico – el precio fijado en el contrato de compraventa. Con ese acto, el artista se desprende de la obra y a diferencia por ejemplo, del escritor o músico, no puede materialmente explotarla, por el ya señalado carácter de unicidad que existe entre su creación y el soporte material de ella. De esto se deriva la particularidad del régimen del *droit de suite*.

<sup>31</sup> VILLALBA, Carlos LIPSYC, Delia - El derecho de autor en la Argentina. Buenos Aires, La Ley. 2001. Pp. 97

<sup>32</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA – Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Tomo I, Madrid, 1992, Pp. 936

<sup>33</sup> BUGALLO, Beatriz – Las Facultades de los Autores en la Reforma de la Ley número 17.616 al Derecho de Autor uruguayo, El nuevo Derecho de Autor Uruguayo, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2003. Pp. 25

Este carácter se reconoce en comentarios a la legislación europea: “*en el caso de transmisión de obras de arte plásticas o fotográfica (sic) una importante excepción a la regla general de intransmisibilidad de derechos patrimoniales al adquirente del soporte*”.<sup>34</sup>

Esta diferencia ontológica entre tales obras de arte y las otras creaciones de la inteligencia explica el origen de la *ratio legis* del ya citado Artículo 9º, que se enmarca en la tendencia legislativa general en esta materia, lo que no es sino la natural consecuencia de la adecuación del Derecho a las circunstancias fácticas que pretende regular, recogido en el viejo principio romano *ex facto oritur ius*.

En forma consistente con este criterio, el Legislador ha dedicado al *droit de suite*, un artículo específico que establece a texto expreso su régimen y la categoría de obras sobre las que se aplica, distinguiendo claramente entre ellas y el resto del universo de las creaciones intelectuales.

El Decreto reglamentario citado, sin perjuicio de reiterar las expresiones legales, contiene una disposición que va más allá de su alcance. Establece que la percepción del porcentaje corresponderá al Estado cuando la obra haya pasado al dominio público. El texto de la Ley dispone que la percepción del porcentaje corresponda al autor o a sus herederos o legatarios “*hasta el momento en que la obra pase al dominio público*”.

### C) Sujetos Pasivos del Pago del *Droit de Suite*

De acuerdo con el régimen establecido por el Artículo 9º de la ya citada Ley 9.739 en la redacción dada por el Artículo 6º de la Ley 17.616, una vez producida la reventa de obras pictóricas o escultóricas en las condiciones previstas por la hipótesis legal, el autor o sus herederos o legatarios son acreedores del 3% (tres por ciento) del precio de reventa. La Ley pone de cargo de los subastadores, comerciantes y en general, personas que intervengan en la reventa, la función de agentes de retención del mencionado porcentaje. Estos agentes están obligados a entregar el importe a quienes son acreedores del mismo.

De conformidad con el régimen legal puede plantearse el siguiente esquema:

**Hecho generador:** La reventa de obras de artes plásticas o escultóricas efectuadas en pública subasta, en establecimiento comercial o con la intervención de un agente o comerciante, *hasta el momento en que la obra pase al dominio público*.

**Sujeto activo:** El *artista* o sus herederos o legatarios o eventualmente la entidad de gestión colectiva que lo represente.

**Sujeto pasivo:** El *adquirente* de la obra en caso de reventa en subasta pública, en establecimiento comercial o con la intervención de un agente o comerciante.

**Agente de retención:** El subastador, comerciante o agente que intervenga en la reventa.

### D) Análisis del *Droit de Suite* a la Luz del Derecho Tributario

Por su parte el Decreto número 154/004 citado, en su Artículo 16, crea un nuevo hecho generador y un nuevo sujeto activo. Así:

**Hecho generador:** La reventa de obras de artes plásticas o escultóricas efectuada en pública subasta, en establecimiento comercial o con la intervención de un agente o comerciante, *cuando la obra pase al dominio público*.

**Sujeto activo:** El Estado, debiendo asignarse su producido al Consejo de Derechos de Autor para el cumplimiento de sus fines.

El Decreto mencionado, al introducir los elementos que acaban de enunciarse, otorga al *droit de suite* la apariencia de un tributo, en la medida en que el Estado exige de determinados sujetos la entrega de una suma de dinero.

Esta apariencia de tributo en cuanto se define por el Artículo 10 del Código Tributario como: “*...la prestación pecuniaria que el Estado exige en su ejercicio de su poder de imperio, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines*.”; se desagrega en la especie impuesto, según lo que establece el Artículo 11 siguiente: “*Impuesto es el tributo cuyo presupuesto de hecho es independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente*”.

En este caso, resulta claro que el Decreto no es idóneo para establecer ningún tributo. La disposición contenida en su Artículo 16 contraviene el Artículo 2º del Código Tributario que erige a la ley en la norma

<sup>34</sup> VICENT, Cristina - Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada. Valencia, Ediciones revista General de Derecho. 1999. Pp. 36

creadora de tributos, así como le da la potestad de modificarlos y suprimirlos. Consistente con este temperamento, el ya mencionado Artículo 24 faculta asimismo a la ley para establecer el hecho generador.

Corresponde hacer notar que el *principio de legalidad* que es el fundamento de la potestad tributaria se manifiesta y adquiere su máxima significación con la aparición del Estado de Derecho, cuya esencia es la separación de poderes y la distribución de funciones. Se ha expresado que la finalidad esencial del Estado es realizar la justicia en el marco de la seguridad jurídica. Para realizar sus fines el Estado utiliza exclusivamente formas jurídicas, particularmente la ley. Dado que en materia tributaria deben regir las máximas garantías para evitar situaciones de injusticia, aparece la ley como el instrumento idóneo para el cumplimiento de tal propósito.<sup>35</sup>

Resulta claro que todos los elementos que integran los conceptos de existencia y cuantía de la obligación tributaria, sólo pueden establecerse por intermedio de la ley. En ello están comprendidas la definición del hecho generador, la base de cálculo, las alícuotas y las exoneraciones. El Artículo 2º especifica las normas constitucionales que son la base del sistema tributario, los Artículos 85, numerales 4º y 9º y el Artículo 87, así como el Artículo 10 en forma general.<sup>36</sup>

El examen de determinado hecho a fin de establecer su relevancia en materia tributaria, corresponde a la ley. Se trata del proceso de aplicación a la ley al caso concreto, y la calificación del caso, en esta materia es resorte exclusivo de la norma legal, la que descubrirá su pertinencia a fin de concluir si el hecho examinado está alcanzado por la norma y se somete a su consecuencia.<sup>37</sup>

Recordemos que *hecho generador tributario* no es más que una manifestación específica del concepto más general de presupuesto de hecho jurídico. Siguiendo a KELSEN, el contenido de cualquier norma jurídica, en sus elementos explícitos e implícitos, puede reducirse a una estructura compuesta de dos elementos: un presupuesto fáctico descrito abstractamente y un efecto, sanción, previsto para el caso en que realmente se verifique un hecho coincidente con aquella descripción abstracta, efecto este último que no se vincula con el presupuesto en términos de causalidad, *dado a es b*, sino de imputación, *dado a tiene que ser b*. Desde este punto de vista resulta natural que en la teoría del Derecho Tributario la teoría del hecho generador, ocupe un lugar primordial. En efecto, y sea cual fuere la postura que se adopte acerca de la naturaleza de las relaciones jurídicas que se entablan entre el sujeto activo y los sujetos pasivos, en el marco de la tributación la ubicación del hecho generador, como supuesto normativo de los efectos jurídicos tributarios está fuera de discusión.<sup>38</sup>

En términos muy similares, el Artículo 24 del Código Tributario lo define como: "*el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo y cuyo acaecimiento origina la existencia de la obligación.*". (Su brayado nuestro)

Los máximos órganos jurisdiccionales se han pronunciado en igual sentido.<sup>39</sup> Así, la *Suprema Corte de Justicia* en su Sentencia número 22 del 10 de abril de 1980, expresa que el principio de legalidad no es sino la reglamentación legal de preceptos constitucionales, expresamente de los Artículos 85, numerales 4º y 9º y 87 de la Constitución.

Igualmente, el *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* en su Sentencia número 438 del 10 de junio de 1998, declara que es la norma legislativa en sentido formal la que debe establecer todos los elementos que influyen en la existencia y cuantía de la obligación tributaria.

En primer lugar, corresponde hacer notar que de conformidad con el Artículo 85 numeral 4º de la Constitución de la República, es el Poder Legislativo, ejercido por la Asamblea General quien tiene la competencia de establecer las contribuciones necesarias, esto es, los tributos.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que según el Artículo 10 de la Carta Magna, ningún habitante del país puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley. Si como se ha expresado, es la ley la que impone la obligación tributaria, y en el caso en estudio, la norma legal no lo hace, los aparentes sujetos pasivos, no están obligados al pago.

La exacción que el Decreto establece no tiene la naturaleza de tributo por las razones antedichas.

Se trata de en rigor de una incidencia sobre el derecho de propiedad tutelado por el Artículo 7º de la norma fundamental, en cuanto nadie puede ser privado, entre otros, del derecho de propiedad, si no lo es con arreglo a la ley establecida por razones de interés general.

<sup>35</sup> PEIRANO FACIO, Juan Carlos – El Principio de Legalidad en el Derecho Tributario Uruguayo. Simposio Latinoamericano sobre El principio de legalidad en el Derecho Tributario Montevideo, 1986. Pp. 153 y 154

<sup>36</sup> VALDES COSTA, Ramón – Instituciones de Derecho tributario – Depalma, Buenos Aires 1992, Pp. 227

<sup>37</sup> SEIJAS, Alicia, WHITELAW, James – Forma y Sustancia en la Ley Tributaria – Revista Tributaria N° 169, Julio Agosto 2002, Montevideo. Pp. 459 y 460

<sup>38</sup> BLANCO, Andrés – El Impuesto al Valor Agregado, Vol. I, Facultad de Derecho y Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001 – Pp. 11

<sup>39</sup> CODIGO TRIBUTARIO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Comentado y concordado. 5ª Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2002. Pp. 147 y 148

Pasando a aspectos administrativos, corresponde examinar a la entidad pública que interviene en esta materia. El ya citado Artículo 16 del Decreto legitima al *Consejo de Derechos de Autor* para ser el destinatario del producido del tres por ciento cobrado. Esta atribución debe examinarse a la luz de las disposiciones legales.

Acudimos entonces a la Ley 9.739, con las modificaciones introducidas por la Ley 17.616. El Artículo 65 de la Ley establece la competencia originaria del Consejo de Derechos de Autor, a cuyo cargo pone la vigilancia y contralor de la aplicación de la Ley que lo constituye. A su vez, el Artículo 61 le otorga atribuciones adicionales. Interesa a los efectos de este estudio el numeral 5) del Artículo, que parece indicado citar textualmente: “5) *Ejercer los demás cometidos que le confiara la reglamentación de la presente ley.*” Se trata de una competencia de tipo residual, que el Legislador delega en la reglamentación.

Ello permitiría pensar, en un primer momento, en una base legal de lo dispuesto por el Artículo 16 del Decreto, en la medida en que constituye una reglamentación de la ley. Sin embargo y profundizando el análisis, se advierte que no es así. En efecto, el Legislador autoriza que la reglamentación confíe otros cometidos al Consejo de Derechos de Autor, cometidos que tienen una cota infranqueable: “*la reglamentación de la presente ley.*”. Vale decir que la reglamentación podrá conferir otros cometidos, en la medida en que se trate de reglamentar la ley; ¿cuál ley?, la 9.739. La pregunta y la respuesta son obvias. Pero su obviedad contribuye a ilustrar sobre el punto que estamos tratando. La ley en estudio, como se ha expresado, no asigna naturaleza tributaria al *droit de suite*, sino que lo mantiene dentro de su carácter de derecho patrimonial, integrante del elenco de los derechos intelectuales.

Vemos entonces que no existiendo base legal para la subsistencia del *droit de suite* una vez pasada la obra al dominio público, la atribución que el Decreto confiere al Consejo de Derechos de Autor, de ser el legitimado para la asignación del producido del tres por ciento, carece de objeto sobre el que ejercerse.

En definitiva y consistentes con la posición desarrollada más arriba, el Consejo de Derechos de Autor no puede ser el destinatario del resultado económico de una exacción sobre los particulares que no tiene fundamento legal.

La reglamentación tiene necesariamente una matriz legal, incluso en esas leyes de tal generalidad, llamadas con razón *leyes marco*. En el caso que nos ocupa la Ley reglamentada no dispone en absoluto sobre aquello que el Decreto pretende reglamentar; por lo tanto y en ese aspecto la reglamentación está vacía de contenido.

Una de las consecuencias prácticas que se deducen de lo anterior es la falta de legitimación del Consejo de Derechos de Autor para deducir acciones judiciales en el caso de pretender cobrar el tres por ciento de algún presunto agente de retención; éste se excepcionaría por la mera ausencia de fundamento legal de la pretensión de cobro.

En forma adicional a lo que viene de señalarse con referencia al principio de legalidad, que es el eje de la disciplina tributaria, es indicado recordar la razón económica del *droit de suite*; la protección de una categoría nominada de artistas, que se explica por la índole de sus obras. Esta excepcionalidad torna también excepcional la regulación jurídica del Instituto que no cae así dentro del régimen general.

## VI. CONCLUSIONES

Al cabo de la investigación, corresponde exponer las conclusiones a que se ha llegado. Su formulación se realizará en función de las líneas maestras por las que ha discurrido este trabajo, presentándose los resultados agrupados en unidades temáticas.

### A) El *Droit de Suite* - Conceptos Generales

- El *droit de suite* integra el elenco de derechos intelectuales, con la particularidad de recaer sobre determinadas creaciones de la inteligencia; de regla, obras pictóricas y escultóricas.
- Se funda en la necesidad de proteger a los autores de tales obras, que se caracterizan por la unicidad entre la obra y su soporte material.
- La aparición histórica del Instituto se verifica por primera vez en Francia con la aprobación de la Ley del 20 de mayo de 1920. Su evolución registra la progresiva recepción del *droit de suite*, tanto en los instrumentos internacionales que regulan la materia como en numerosas legislaciones nacionales.
- El *droit de suite* muestra una importante significación económica, que testimonia sobre la justicia de su fundamento.

## B) Dominio Público Pagante u Oneroso

- Actualmente en nuestro derecho existe dominio público pagante u oneroso con carácter general para las obras protegidas por el régimen del Derecho de Autor.
- Con referencia a las operaciones con obras pictóricas y escultóricas que ya no están protegidas por un derecho de autor, no existe un dominio público generador de derechos económicos mediante la imposición del *droit de suite*, con arreglo a lo que se expresará en el numeral siguiente.

## C) Régimen del *Droit de Suite* en la Legislación Uruguaya

- La legislación uruguaya recoge el *droit de suite* en forma temprana; a diecisiete años de su aparición original.
- La reciente reforma de la Ley de Propiedad Literaria y Artística conserva al Instituto con determinadas precisiones que facilitan su aplicación.
- La Ley 17.616 en su artículo 62 otorga al producido por concepto de derechos, multas y otros que correspondan al dominio público o del Estado un destino *preferente a Servicios de Arte y Cultura*. Dicho destino revela el carácter tributario de las sumas que percibe el Estado por estos conceptos, sumas de las que está ausente el resultado económico del *droit de suite* por ausencia de disposición normativa con carácter de ley formal que lo establezca.
- El Consejo de Derechos de Autor al cual el Decreto número 154/004 del 3 de mayo de 2004, atribuye el carácter de legitimado para recibir los montos dinerarios provenientes de la aplicación del mencionado derecho, carece en este punto de competencia por la falta de legalidad de la norma reglamentaria. Con mayor razón esta disposición establece que el producido del *droit de suite* se asigna al mencionado Consejo *para el cumplimiento de sus fines*. Ello es un claro indicador de ilegalidad; por la vía reglamentaria se pretende establecer un tributo cuyo destinatario final es el Estado y no ya los autores, sin asegurarse ni siquiera que su producido se vuelque a favor de la promoción de los creadores. Tal interpretación fluye de la generalidad que entraña la expresión antedicha, que abre un muy considerable margen de discrecionalidad, inconciliable con los objetivos que se ha fijado el Legislador en esta materia. Vemos entonces que no existiendo base legal para la subsistencia del *droit de suite* una vez pasada la obra al dominio público, la atribución que el Decreto confiere al Consejo de Derechos de Autor, de ser el legitimado para la asignación del producido del tres por ciento, carece de objeto sobre el que ejercerse. La Ley reglamentada no dispone en absoluto sobre aquello que el Decreto pretende reglamentar; por lo tanto y en ese aspecto la reglamentación está vacía de contenido.
- El Decreto citado agrega una hipótesis de aplicación del *droit de suite* que lo lleva al dominio tributario. Tal hipótesis introducida por la vía reglamentaria carece de fundamento dado que contraviene el principio de legalidad, que tiene raigambre constitucional.
- Si el Legislador hubiera tenido la voluntad de atribuir al *droit de suite* naturaleza tributaria, con las consecuencias que de ella se derivan, habría plasmado su voluntad en el texto con rango de ley formal.
- El *droit de suite* no subsiste luego del pasaje de la obra al dominio público.

## D) Proyecciones del *Droit de Suite*

- El futuro del *droit de suite* está no solamente ligado al futuro de la Instituto de la Propiedad Intelectual, sino, además, al grado de su aceptación social, tanto por la sociedad en general, como por las partes directamente involucradas.
- Son pues fundamentales, tanto la clarificación conceptual del derecho, de su naturaleza y de sus fines, como la buena divulgación que de todo ello se realice.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- **ANTEQUERA PARILLI, Ricardo**. Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y de los derechos conexos". Año 2001.
- **BLANCO, Andrés** – El Impuesto al Valor Agregado, Vol. I, Facultad de Derecho y Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.
- **BUGALLO, Beatriz** – Las Facultades de los Autores en la Reforma de la Ley número 17.616 al Derecho de Autor uruguayo, El nuevo Derecho de Autor Uruguayo, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2003.
- **CODIGO TRIBUTARIO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**. Comentado y concordado. 5ª Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2002.
- **de FREITAS STRAUMANN, Eduardo**. Principales aspectos de los derechos patrimoniales del autor y de su régimen de transmisión. Anuario de Propiedad Intelectual 2003. Universidad de Montevideo. Montevideo 2003.
- **DE FREITAS, Eduardo** – Ley de Derechos de Autor, razones de la reforma, El Nuevo Derecho de Autor Uruguayo, Universidad de Montevideo, Montevideo 2003.
- **DELPIAZZO, Carlos E.** – Propiedad Intelectual: Derechos de Autor y Propiedad Intelectual - Informe Final – Montevideo, 1995, Impresora del Este SRL.
- **ECHANDIA, Devis**. Compendio de la Prueba Judicial. Santa Fe, Argentina. Tomo II.
- **ESPIN CANOVAS, Diego** - Los derechos del autor en las obras de arte. Madrid, Editorial Civitas. 1996.
- **FARINA, Juan M.** – Contratos Comerciales Modernos. Los Derechos Intelectuales como Objeto de los Contratos Comerciales, Argentina 2ª. Edición.
- **GUTIERREZ VICEN, Javier** – El *Droit de suite* en la Unión Europea. [www. Droit%20de%20Suite%20en%20la%20Uni%F3n%20Europee%20Javier%20Gutierrez.htm](http://www.droitde%20suite%20en%20la%20Union%20Europee%20Javier%20Gutierrez.htm)
- **GUTIERREZ VICEN, Javier** – Manual Legal del Arte – Madrid 1993, Ministerio de Cultura.
- [http://www.acta.es/derechos\\_autor/da\\_glosario.htm](http://www.acta.es/derechos_autor/da_glosario.htm)
- <http://www.artquest.org.uk/artlaw/droitdesuite/resaleroyalty.htm>
- <http://www.wipo.int>
- [http://www.wipo.int/about-ip/es/about\\_collective\\_mngt.html#P51\\_5794](http://www.wipo.int/about-ip/es/about_collective_mngt.html#P51_5794)
- [http://www.libertario.org/libre\\_comercio/tlc\\_resumen.pdf](http://www.libertario.org/libre_comercio/tlc_resumen.pdf)
- **OMPI, Glosario**, No. 18: "autorización previa del autor"
- **PEIRANO FACIO, Juan Carlos** – El Principio de Legalidad en el Derecho Tributario Uruguayo. Simposio Latinoamericano sobre El principio de legalidad en el Derecho Tributario Montevideo, 1986.
- **RAMONBORDES, Christiane** – Repercusiones económicas de la Directiva Europea relativa al Droit de Suite. UNESCO, Boletín de Derechos de Autor Vol. XXXIV – N° 2, Año 2000.
- **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** – Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Tomo I, Madrid, 1992.
- **RIPPE, Siegbert** – La Propiedad Industrial en el Uruguay - Montevideo, .FCU, 1999.
- **SALVO, Nilza** – Derechos de Autor en la Ley 9.739 a Partir de la Vigencia de la Reforma del 2003: Acciones Civiles. El Derecho de Autor Uruguayo. Universidad de Montevideo. Montevideo 2002.
- **SCIARRA, Armando** – Las Artes Plásticas y el Droit de Suite - III Congreso Iberoamericano sobre derechos de autor y derechos conexos. Tomo II. Montevideo, 1997.
- **SEIJAS, Alicia, WHITELAW, James** – Forma y Sustancia en la Ley Tributaria – Revista Tributaria N° 169, Julio Agosto 2002, Montevideo.
- **STRONG, William S.** – El Libro de los Derechos de Autor – Guía Práctica – 4ª. Ed. Buenos Aires, 1995, Editorial Heliasta.
- **SUPPER, Martina** - An analysis of *droit de suite* from a Law and Economics perspective. European Master Programme in Law and Economics. 1999/2000.
- **VALDÉS OTERO, Estanislao** - Derechos de autor; régimen jurídico uruguayo. Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1953.
- **VALDES COSTA, Ramón** – Instituciones de Derecho tributario – Depalma, Buenos Aires 1992.
- **VARELA, Borja**. La pre-historia del reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. III Congreso Iberoamericano sobre derechos de autor y derechos conexos. Tomo I. Montevideo, 1997.
- **VICENT, Cristina** - Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada. Valencia, Ediciones revista General de Derecho. 1999.
- **VILLALBA, Carlos, LIPSZYC, Delia**. El derecho de autor en la Argentina. Buenos Aires, La Ley. 2001.
- **WEATHERHALL, Alexander** - Harmonising the *droit de suite*; a legal and economic análisis of the EC Directive and an overview of the recent literature. Master thesis. 2002/2003.



## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- **Beitler, Ady** - *“La conciliación previa en el Uruguay a la luz de la teoría de la negociación legal”*



---

# LA CONCILIACIÓN PREVIA EN EL URUGUAY A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN LEGAL

*ADY BEITLER*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DEL INSTIUTO DE LA CONCILIACIÓN PREVIA EN URUGUAY.  
III. MARCO TEÓRICO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.  
IV. EL ICP URUGUAYO FAVORECE Y FOMENTA LA NEGOCIACIÓN POSICIONAL. V. RAZONES DE LA FALLA DEL ICP URUGUAYO.  
VI. CONCLUSIÓN GENERAL. POSIBLES SOLUCIONES.**

## I. INTRODUCCIÓN

El Instituto de la Conciliación Previa (en adelante "ICP") en nuestro país ha sido históricamente deficiente. Las últimas estadísticas oficiales publicadas por el Poder Judicial revelan que menos del 12% de las audiencias de conciliación convocadas logran conciliar la disputa. Asimismo, y aún cuando obligatoria, en más del 30% de los casos el citado ni siquiera comparece a la audiencia.

Esta tesina consiste en una investigación teórica de las causas de esta deficiencia operativa del ICP. Concluye que la principal razón de dicho fenómeno es la falta de oportunidad para las partes de involucrarse en lo que se conoce como "Negociación Resolutoria"<sup>1</sup>. Y ello por dos razones:

- a) Las partes no son provistas de la mínima información necesaria como para explorar sus verdaderos intereses en el conflicto, y
- b) Las partes carecen de un marco adecuado para negociar una solución

El Código General del Proceso y el ICP están diseñados de tal manera que las partes no solamente se ven impedidas de sumergirse en una Negociación Resolutoria durante la audiencia, sino que están fuertemente inducidas a adoptar un estilo de negociación conocido como Negociación Posicional. Esto limita sustancialmente las posibilidades de obtener acuerdos mutuamente beneficiosos que permitan la autocomposición pacífica del conflicto. Nuestra posición, que desarrollaremos e intentaremos demostrar en esta Tesina, es que la autocomposición de una disputa judicial tiene mucho más posibilidades de alcanzarse cuando las partes adoptan el estilo de negociación resolutorio, y no el posicional.

Por ser un método de autocomposición de conflictos en el que solamente las partes pueden dictar los términos de la resolución de su disputa, por la imposibilidad de involucrarse en una forma de negociación que pueda crear valor, y más aún, por el necesario protagonismo de un estilo de "Negociación Posicional", la conciliación o transacción es raramente lograda. La presencia de un Magistrado en la audiencia de conciliación no ofrece ayuda significativa, visto que se encuentra limitado por su sobrecargada agenda, y sobre todo por la falta de información sobre los verdaderos intereses de las partes, lo cual coarta su posibilidad de proponer soluciones mutuamente beneficiosas al conflicto.

Para apoyar estas conclusiones, transitaremos por cuatro premisas lógicamente necesarias:

- 1) Concluir que efectivamente el sistema de conciliación previa en Uruguay es ineficiente;
- 2) Analizar los posibles enfoques o actitudes que las partes pueden adoptar para resolver su disputa (Negociación Posicional vs. Negociación Resolutoria);
- 3) Analizar el ICP, y decidir qué tipo de negociación propone o fomenta; y,
- 4) Analizar el impacto de la conclusión obtenida en el numeral anterior sobre el sistema de conciliación previa en Uruguay

<sup>1</sup> En inglés se dice "Problem Solving Negotiation".

Por último, esta tesina explora las alternativas para mejorar la eficiencia del ICP, las cuales están principalmente relacionadas con la necesidad de una etapa previa de intercambio de información entre las partes. Una reforma del CGP se avizora, entonces, como necesaria.

## II. ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DEL INSTITUTO DE LA CONCILIACIÓN PREVIA EN URUGUAY

### A) Breve aproximación normativa al Instituto de la Conciliación Previa en el Derecho Uruguayo

En pleno entendimiento del rol subsidiario del Poder Judicial, el sistema uruguayo de resolución de disputas fomenta institucionalmente la autocomposición de los conflictos entre particulares. En este sentido, y como regla general, antes del comienzo de cualquier proceso civil las partes deben someterse a una audiencia de conciliación previa<sup>2</sup>, a fin de buscar su propia solución al conflicto que las afecta.

El artículo 255 de nuestra Carta Magna preceptúa que “no se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación...”. En el mismo sentido, el artículo 293 del Código General del Proceso dice que “antes de iniciar cualquier proceso deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado...”.

Conforme al artículo 337 del Código General del Proceso, “el proceso ordinario será precedido por la conciliación...”. Quiere decir que, de regla, la audiencia de conciliación se lleva a cabo antes que la parte citante haya presentado la demanda en el eventual juicio principal. Si esto no fuera así, el artículo 298 del citado cuerpo manda suspender los trámites del juicio hasta tanto no se acredite haber tentado la vía conciliatoria.

Esta solución normativa es producto de la creencia existente entre nuestros juristas, de que los conflictos que son resueltos por las propias partes tienen un efecto más pacificador y satisfactorio que si la decisión fuera impuesta por un tercero ajeno al conflicto.

Asimismo, cabe destacar que los Magistrados encargados de dirigir la audiencia de conciliación no son los mismos que eventualmente van a resolver el juicio que puede suscitarse, si el intento de autocomponer falla. El legislador uruguayo correctamente previno cualquier prejuzgamiento en este sentido. La competencia de los jueces que vayan a dirigir la audiencia de conciliación varía según un criterio de territorialidad, conforme al lugar donde se desarrolle el eventual juicio, en caso de fallar la tentativa autocompositiva. Para los casos en que el juicio se dirima ante tribunales de la Capital, existen cuatro juzgados especializados de Conciliación. Si, en cambio, el eventual juicio cae bajo competencia de juzgados del interior, entonces los jueces a cargo de presidir la audiencia de conciliación son los Jueces de Paz.

Como corolario de la obligatoriedad de la tentativa de conciliación previa, existen consecuencias expresamente establecidas por el Código General del Proceso para la falta de comparecencia de las partes:

a) Si el citante no comparece, la audiencia no tiene lugar (art. 295.3), y se deberá solicitar nueva fecha para poder proseguir con la vía contenciosa (art. 298).

b) Si el demandado no comparece, la audiencia tiene lugar de todas maneras, y una vez en juicio, el demandado se verá perjudicado con una presunción simple en su contra respecto de los hechos alegados por el actor (art. 295.3).

En suma, el sistema de conciliación previa es una instancia autocompositiva preceptiva, presidida por un juez, cuyo rol es fomentar el acercamiento de las partes de modo de lograr que solucionen por sí mismos la disputa que los afecta. Se trata, en definitiva, del ámbito oficial que el Estado brinda a las partes para que eviten la vía contencioso-adjudicatoria.

Y porque la demanda aún no ha sido presentada al tiempo que tiene lugar la audiencia de conciliación, ni las partes ni el juez que la preside tienen conocimiento de la prueba con que cada una cuenta para apoyar sus alegaciones.

<sup>2</sup> Existen algunas excepciones previstas en el Artículo 294, pero su análisis escapa al objeto de este trabajo.

## B) Algunas estadísticas sobre la eficacia del instituto de la conciliación previa

La siguiente información estadística publicada por el Poder Judicial,<sup>3</sup> revela la baja efectividad del ICP en Uruguay.

Las últimas estadísticas oficiales estudian el ICP en el año 2003 en Montevideo, y arrojan que solamente el 6,4% de las audiencias fueron completamente exitosas, tal como se refleja en la siguiente tabla:

Juzgado	Rebeldía	No Logradas	Logradas Parcialmente	Logradas Totalmente	Prorrogadas en Comparendo	Prorrogadas de mandato verbal	No Realizadas	Total convocadas
1º	32,2%	28,8%	0,1%	6,1%	5,1%	16,0%	11,8%	100,0%
2º	28,4%	29,0%	0,3%	6,5%	8,1%	10,0%	17,6%	100,0%
3º	35,2%	30,6%	0,0%	5,8%	3,5%	18,7%	6,2%	100,0%
4º	33,3%	31,3%	0,0%	7,0%	2,2%	14,7%	11,5%	100,0%
TOTAL	32,1%	29,9%	0,1%	6,4%	4,8%	14,7%	12,0%	100,0%

A la hora de analizar estos datos, debemos tomar en cuenta que existen dos factores que obligan a matizar los resultados obtenidos. En primer lugar, que muchas veces el citado es una entidad estatal o una aseguradora privada, y que según informan los Jueces de Conciliación, estos tienen por política no conciliar. Asimismo, debe tenerse en cuenta que hay audiencias por un mismo caso que se convocan más de una vez, lo cual disminuye el porcentaje de las conciliaciones logradas.

En pos de mayor rigor, la siguiente tabla representa el porcentaje de audiencias exitosamente conciliadas sobre el total de las audiencias celebradas en comparendo, es decir, que contó con la asistencia de ambas partes:

Juzgado	Logradas
1º	17,5%
2º	18,4%
3º	15,8%
4º	18,2%
TOTAL	17,5%

Si bien el porcentaje aumenta sensiblemente, estos matices no erradican el problema de base, que es la ineficiencia del ICP. En el Estado de Illinois, Estados Unidos, por ejemplo, el 58% de los casos sometidos a mediación judicial durante el 2005 fueron conciliados exitosamente<sup>4</sup>. El mismo porcentaje presentó la Corte Federal del Commonwealth Australiano, en un promedio histórico desde 1987 al presente<sup>5</sup>.

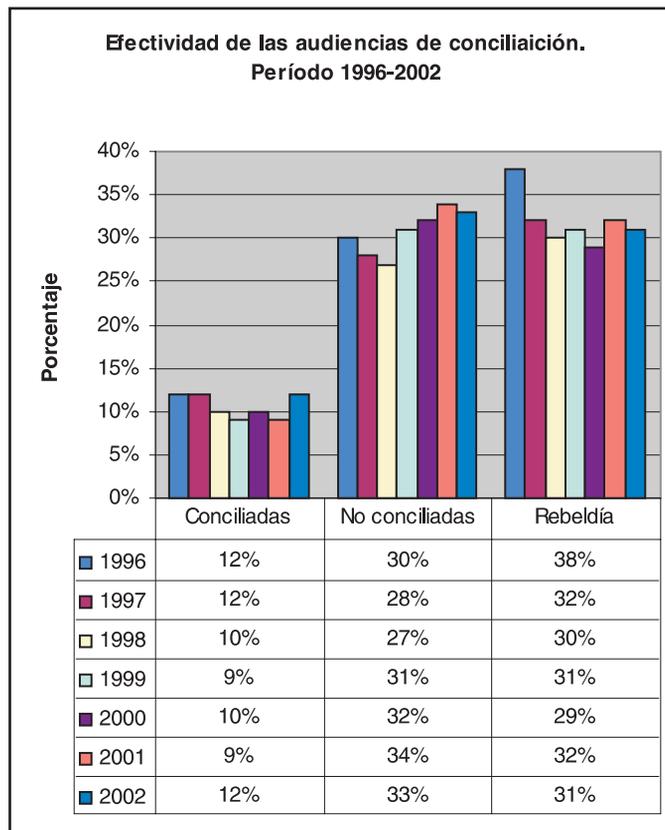
A nivel nacional, los datos disponibles de los últimos seis años estudiados<sup>6</sup> nos dicen que solamente un 10,6% de las audiencias de conciliación convocadas tuvieron éxito, que en el 30,6% de los casos la parte citada no compareció ("audiencia en rebeldía"), y que en el 30,7% de los casos fue el propio citante quien no compareció.

<sup>3</sup> www.poderjudicial.gub.uy

<sup>4</sup> www.caadrs.org

<sup>5</sup> www.ag.gov.au

<sup>6</sup> Las últimas estadísticas fueron publicadas por el Poder Judicial en octubre de 2004, y refieren a la actividad en Montevideo en el año 2003. También la información disponible a nivel nacional, que data del período 1996-2002. Según nos informaban en el propio Poder Judicial, los resultados no han variado significativamente desde entonces, y visto que el presente es un estudio teórico de las aparentes fallas del sistema, esta recolección nos sigue reportando extrema utilidad.



Asimismo, los resultados varían significativamente entre Montevideo y el interior del país. Existe una tendencia a que la efectividad de las audiencias de conciliación aumente en los Departamentos de menor población del país.

En el año 2002, por ejemplo, mientras que en Montevideo la efectividad de las audiencias de conciliación fue tan solo del 4,7%, en el interior del país la efectividad fue del 11,7%. En el interior del país, en las zonas de menor densidad poblacional, esto es, las zonas rurales, la efectividad rondó en el 58%, mientras que en las ciudades del interior con más densidad poblacional, la efectividad rondó el 16%.

Más aún, en el 2002 se constataron resultados similares. Mientras que en Montevideo menos del 6% de las audiencias de conciliación tuvieron éxito, en el resto del país el promedio fue del 17%. Y entre los departamentos del Interior, en las zonas rurales menos pobladas el porcentaje de éxito rondó el 46%, mientras que en las zonas más pobladas del interior el porcentaje rondó el 16%.

A la luz de estos resultados, se hace necesario estudiar sus causas. Como dijimos en la parte introductoria, dicho estudio se hará a la luz de la teoría de la negociación como método alternativo de resolución de disputas, cuyos fundamentos son plenamente aplicables al ICP, por las razones que expondremos a continuación.

### III. MARCO TEÓRICO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

#### A) Encuadre general

La conciliación como método alternativo de resolución de disputas, es un tipo de mediación. De hecho, las diferencias entre ambos métodos son únicamente tangenciales, y son dos: (1) la mediación es puramente facilitativa, en el sentido de que el mediador no propone soluciones a la disputa, en tanto que la conciliación es evaluativa, esto es, que el juez puede sí proponer alternativas de transacción; y (2) la conciliación es

oficial, dirigida por un Magistrado. Por el resto, ambos métodos de resolución de disputas funcionan de la misma manera.

El sistema de conciliación previa uruguayo es un método alternativo, autocompositivo, de resolver un conflicto. En este sentido, la suerte de la audiencia va a estar signada por la voluntad de las partes de conciliar, ya que son quienes tienen la última palabra a la hora de resolver la disputa. Esto conlleva que cualquier acuerdo conciliatorio sea, en última instancia, producto de una negociación entre ambas. Y ello sin perjuicio de la intervención del Magistrado, cuyo rol va a estar limitado a colaborar con el acercamiento de las partes y eventualmente a proponer soluciones mutuamente beneficiosas. No obstante, insistimos, siempre la última palabra a la hora de transar la tienen las partes mismas.

En definitiva, conciliación y mediación son, desde la teoría de la resolución de disputas, negociaciones dirigidas. En palabras de Leonard Riskin y James Westbrook, se trata de *“negociación facilitada por un tercero”*.

En consecuencia, resulta conceptualmente correcto decir que el suceso de una audiencia de conciliación va a depender, fundamentalmente, de la capacidad de negociación de las partes. Si las partes son capaces de encontrar los intereses comunes y las soluciones mutuamente beneficiosas para el conflicto, entonces la audiencia de conciliación habrá sido exitosa y las partes habrán transado el caso. Si, por el contrario, las partes no han sido capaces de lograr lo antedicho, el juez por sí solo no será capaz de resolver el conflicto, y la audiencia de conciliación estará condenada al fracaso.

Es por estas razones que se vuelve necesario analizar las diferentes modalidades de negociación, de modo de entender las causas de la ineficiencia del ICP en Uruguay. Si entendiéramos que la manera de negociar de las partes no es la adecuada, entonces habremos encontrado un obstáculo fundamental para el suceso del ICP. Los próximos tres capítulos se dedican a desarrollar este concepto.

En este capítulo se provee un estudio teórico de los dos grandes estilos de negociación moderna. Subsecuentemente se analizará el sistema de la conciliación previa a la luz de estos estilos, y finalmente en el capítulo E se analizará el impacto de estos hallazgos en la efectividad del ICP.

Pero antes de embarcar al lector en este análisis, daremos una explicación preliminar sobre los conceptos de *posición* y de *interés*, que son fundamentales para entender el marco teórico del arte de la negociación, y los estilos Posicional y Resolutorio.

Una *posición* es un reclamo o argumento que las partes hacen explícitamente cuando negocian, lo que los abogados llaman alegaciones. *Intereses*, por su parte, son los motivadores reales que yacen bajo las posiciones. En palabras de los Directores del Programa de Negociación de Harvard, Fisher, Ury y Patton: *“El problema básico en una negociación no yace en las posiciones conflictivas, sino en los conflictos entre las necesidades, deseos, preocupaciones y miedos de las partes ... Estos deseos y preocupaciones son los intereses. Los intereses motivan el actuar de las personas; son los móviles silenciosos bajo el ruido de las posiciones. Tu posición es algo sobre lo que tú has tomado una decisión. Tus intereses son las causas que llevaron a tal decisión”*<sup>8</sup>

## B) Características de la Negociación Posicional

El enfoque comunmente adoptado para resolver cualquier tipo de disputas es el que Fisher, Ury y Patton denominan *“Negociación Posicional”*<sup>9</sup>: cada parte se aferra a una posición, argumenta a su favor, y eventualmente hace concesiones para lograr un acuerdo transaccional. En sus propias palabras, *“en la Negociación Posicional uno trata de optimizar las chances de que cualquier acuerdo sea favorable comenzando por una demanda o reclamo extremo, apegándose a él con necesidad, engañando a la otra parte sobre las verdaderos pensamientos de uno, y haciendo pequeñas concesiones cuando son necesarias para continuar con la marcha de la negociación”*<sup>10</sup>.

La Negociación Posicional es considerada por la doctrina más calificada como un método de orientación adversarial, un estilo competitivo, teñido de tácticas agresivas<sup>11</sup>. Como dicen Riskin y Westbrook, *“la orientación adversarial está usualmente anclada sobre la asunción de que existen recursos limitados – como dinero, pelotas de golf o semillas – y las partes deben decidir cómo dividirlos ... Una orientación adversarial*

<sup>7</sup> Riskin, Leonard y Westbrook, James, *Dispute Resolution and Lawyers*, 2nd Ed., 1998, p. 71.

<sup>8</sup> Fisher, Roger, Ury, William y Patton, Bruce, *Getting to Yes*, 2ª Ed., 1993, p. 40

<sup>9</sup> Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p. 3

<sup>10</sup> Fisher, Ury y Patton, Op. Cit. p. 6

<sup>11</sup> Ver Riskin y Westbrook, Op. Cit., Mnookin, Robert, *Beyond Winning*, 2ª Ed. (2000), Craver, Charles, *The Intelligent Negotiator* (2002), y Shell, Richard, *Bargaining for Advantage* (1999).

*naturalmente limita las estrategias designadas para maximizar las posiciones de los clientes con respecto al recurso en cuestión. Y las técnicas típicas incluyen aquellas designadas para sacar a la luz la situación de la otra parte, y simultáneamente engañar a la otra parte sobre la propia situación*"<sup>12</sup>

Este tipo de negociación en el campo específico de la negociación legal, es descrito con exactitud por Donald Gifford: *"el negociador competitivo intenta maximizar el beneficio de su cliente convenciendo a su oponente de transar la disputa por menos de lo que hubiera logrado en un proceso negociador ... La estrategia apunta a convencer a la contraparte de que sus alternativas de transacción no son tan auspiciosas como creía ... En la merma de la confianza de la contraparte, los negociadores competitivos usualmente emplean una estrategia que incluye:*

1. una demanda inicial alta
2. revelación limitada de información sobre hechos y preferencias
3. pocas y pequeñas concesiones
4. discusiones y amenazas, y
5. *aparición de compromiso a las posiciones durante el proceso de negociación*"<sup>13</sup>

Fisher, Ury and Patton comentan que la victoria y la aplicación constante de presión a la contraparte son caracteres genuinos de la Negociación Posicional.<sup>14</sup>

El Profesor de Negociación de la Escuela de Negocios de Wharton, Richard Shell, describe la personalidad de un negociador competitivo de la siguiente manera: *"Sobre todas las cosas, a la gente competitiva le gusta ganar ... Quiénes son competitivos gustan de controlar las negociaciones, abriendo el proceso con demandas ambiciosas, usando amenazas y ultimátums, y hasta retirándose de la negociación como muestra de su compromiso con sus posiciones"*<sup>15</sup>

La Negociación Posicional es utilizada por negociadores que pueden considerarse muy exitosos, especialmente en casos en que el poder de negociación está de su lado. Así, J.P. Morgan, Donald Trump, Henry Kravis, Steve Huizenga (fundador de las multinacionales Blockbuster y Republic Industries), Steve Ross (fundador de Warner Co. y ex director ejecutivo de Time-Warner, que incluye entre sus productos el canal de noticias CNN y la productora de cine).<sup>16</sup> Dicho estilo es incluso recomendado por la doctrina, pero en casos en que la futura relación con la contraparte no importe en absoluto y el conflicto actual sea importante<sup>17</sup>.

Una de las fuentes de su popularidad es el éxito de abrir la negociación con una demanda extrema. Como reconoce Charles Craver, *"visto que los negociadores tienden inexorablemente a moverse hacia un punto medio entre las posiciones iniciales, los negociadores proficientes intentan establecer ofertas iniciales que, promediadas con la oferta inicial que se anticipa que va a hacer la contraparte, se aproximan a sus objetivos buscados"*.<sup>18</sup> En la teoría de la negociación, este efecto pendular se conoce como el efecto de "ancla y ajuste".

Como enseña Robert Mnookin, también Director del Programa de Negociación de Harvard, este estilo de negociación es el dominante por excelencia entre los abogados al transar disputas legales: *"Dado que el punto de referencia dominante normalmente es la proyección del suceso en juicio, los negociadores son usualmente muy 'distributivos' – esto es, un dólar más para un lado significa un dólar menos para el otro lado – los litigantes típicamente se enfocan en repartir la torta, y no en agrandarla"*.<sup>19</sup>

Existe un estereotipo cultural interiorizado que dicta que las negociaciones legales son más bien batallas legales. Más aún, es parte de un proceso de retroalimentación en el que los abogados piensan que se deben involucrar para ser efectivos en la mesa de negociación. Como expresa Mnookin, *"Los abogados generalmente entienden que las negociaciones duras y adversariales son la moneda común en el mundo legal ... Generalmente culpan a la otra parte. La mayoría de los abogados sostienen que son como interruptores, que se activan en su enfoque de negociación dependiendo de la conducta del abogado de la contraparte"*<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Riskin y Westbrook, Op. Cit., p. 72

<sup>13</sup> Gifford, Donald, *A context-based theory of strategy selection in legal negotiation*, 46 Ohio St.L.J, 41, 45-58, 72 (1985)

<sup>14</sup> Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p.13

<sup>15</sup> Shell, Richard, *Bargaining for Advantage*, 1999, p. 11

<sup>16</sup> Shell, Op. Cit. p.103, 123, 183

<sup>17</sup> Shell, Op. Cit., p. 127

<sup>18</sup> Craver, Charles, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 1993, p. 56-57

<sup>19</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 224

<sup>20</sup> Mnookin, Op. Cit. p. 205

## C) Características de la Negociación Resolutoria

### 1) Descripción teórica

El enfoque resolutorio en negociación se enfoca en los intereses de las partes, en vez de las posiciones. Fisher, Ury y Patton lo llaman “negociación sobre principios”, Richard Shell, Charles Craver y Robert Mnookin la llaman “negociación resolutoria” y Donald Gifford prefiere denominarla “estrategia integrativa”.

Roger Fisher y William Ury dicen que los cuatro puntos fundamentales de este método son:

- 1) Separar las personas del problema
- 2) Enfocarse en los intereses y no en las posiciones
- 3) Inventar opciones mutuamente beneficiosas
- 4) Insistir en utilizar criterios objetivos

En lo que respecta al punto (2), los autores de *Sí, de acuerdo* comentan que la verdadera causa de los conflictos radica en los intereses y no en las posiciones, y por tanto, trabajando la negociación sobre la esfera de los intereses es que se llega a la raíz del problema, y se posibilita su solución estructural.

Riskin y Westbrook comentan que la Negociación Resolutoria “busca los intereses o necesidades subyacentes de todas las partes en disputa o transacción, y, por ello, tiende a producir estrategias designadas para promover la revelación y la relevancia de estas necesidades subyacentes. Las técnicas recomendadas incluyen aquellas dirigidas a incrementar el número de puntos negociables, esto es, ‘agrandar la torta’ antes de dividirla”.<sup>21</sup>

El concepto de “agrandar la torta”, como un objetivo fundamental de la Negociación Resolutoria ha sido estudiado por Robert Mnookin es un libro “*Más allá de la victoria*”. Mnookin introduce los conceptos “creación de valor” y “distribución de valor”, siendo el primero el paralelo de “agrandar la torta” y el segundo de “dividir la torta”. Reconoce que el objetivo de todo negociador debe ser la creación de valor a través del enfoque resolutorio. El autor divide la Negociación Resolutoria en dos etapas: la preparatoria y la que tiene lugar “en la mesa”.

La primera de las etapas, conforme Mnookin, consiste en:

- a) Identificar los puntos de conflicto (“issues”) y pensar en los intereses de ambas partes
- b) Contemplar oportunidades de creación de valor
- c) Conocer la mejor alternativa para un acuerdo negociado y, si es posible, mejorarla
- d) Establecer un nivel de aspiración ambicioso pero realista

“En la mesa”, un enfoque resolutorio exitoso incluye:

- a) Identificar los intereses, recursos y capacidades
- b) Generar oportunidades creadoras de valor
- c) Tratar los problemas distributivos como un problema común<sup>22</sup>

Charles Craver provee un enfoque más práctico de la Negociación Resolutoria. Una vez que se está en la mesa, el autor recomienda al negociador:

- Comenzar con posiciones realistas
- Intentar maximizar el intercambio de información
- Fundarse en baremos objetivos para guiar la discusión
- Intentar maximizar los beneficios mutuos<sup>23</sup>.

Según Richard Shell “*el estilo de negociación resolutoria es el más difícil de implementar. Busca descubrir el problema subyacente a través de una cándida comunicación de los intereses, encontrar la más elegante solución a través de la técnica de la lluvia de opciones, y resolver problemas difíciles utilizando estándares de división objetivos.*”<sup>24</sup>

En resumen, parece existir un acuerdo entre la doctrina de la Negociación en el sentido de que la Negociación Resolutoria o la Negociación sobre Principios busca maximizar los resultados de la negociación para ambas partes. El objetivo es crear valor antes de distribuirlo; en otras palabras, agrandar la torta lo más posible antes de dividirla. También parece existir un acuerdo sobre el hecho de que para crear valor, para inventar opciones mutuamente beneficiosas, las partes deben enfocar la negociación en sus respectivos intereses y no en sus posiciones.

<sup>21</sup> Riskin y Westbrook, Op. Cit., p. 72

<sup>22</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 11-42

<sup>23</sup> Craver, Op. Cit., p. 7

<sup>24</sup> Shell, Op. Cit., p. 11

Y para ello, como observa Craver, las partes deben maximizar el intercambio de información, de manera de que todos los actores de la negociación puedan conocer cuáles son los deseos y las preocupaciones en juego, creando así opciones que sean verdaderamente beneficiosas para ambas partes; *“desde que la negociación es por naturaleza un proceso de resolución de una disputa, debería ser aparente que los resultados fructíferos solamente pueden ser obtenidos cuando todos los participantes entienden los problemas subyacentes que deben ser resueltos. Es sólo llegado este punto que los negociadores pueden comenzar a reconocer y explorar las opciones relevantes y sus consecuencias”*<sup>25</sup>

## 2) ¿Qué se requiere para embarcarse exitosamente en una negociación resolutoria?

Tal como reconocen Fisher, Ury y Patton, *“el beneficio de explorar detrás de las posiciones es claro. Cómo hacerlo ya es menos claro. Una posición típicamente es concreta y explícita; los intereses subyacentes pueden perfectamente ser tácitos, intangibles, y hasta inconscientes”*<sup>26</sup>. La solución que los autores ofrecen para descubrir cuáles son los intereses de la otra parte es intuitiva y sencilla: preguntar *“¿por qué?”*: *“Examine cada posición y pregúntese a sí mismo: ‘¿por qué?’ ... Una de las maneras más útiles de descubrir los intereses es primero identificar la decisión básica que quienes están del otro lado de la mesa probablemente lo vean a Ud. pidiendo, y luego pregúntese a sí mismo por qué ellos no tomaron tal decisión. ¿Qué interés se está interponiendo en el camino?”*<sup>27</sup>.

También Mnookin sugiere el método de indagación, de modo de descubrir los intereses de la contraparte, a través de preguntas tales como *“¿qué es importante para Ud.”*, *“¿por qué?”*, *“¿por qué no?”*, *“¿Qué más debo saber?”* etc<sup>28</sup>. Pero Mnookin da un paso más allá, y recomienda que este tipo de preguntas sean parte de una actitud más general que debe adoptar todo buen negociador: *“Sea curioso respecto de su contraparte ... Pregúntese a sí mismo: ‘¿Cuál es la historia de la contraparte?’*, *‘¿Qué es lo que ellos están contándole a sus amigos y colegas sobre esta situación?’*. *Nosotros tendemos a contarnos historias todo el tiempo, y la contraparte indudablemente tendrá una historia respecto del objeto de la negociación. Cuando se prepare, si Ud. no puede imaginarse cómo es que la situación tiene sentido desde el punto de vista de su contraparte, eso indica que Ud. debe adquirir más información de su contraparte ... No asuma que conoce la historia de su contraparte, porque probablemente esté equivocado. Yaún cuando luego resulte que ha estado sustancialmente en lo correcto, será más efectivo si comienza con una actitud de curiosidad respecto de cómo el otro ve el mundo”*<sup>29</sup>.

Luego de que los intereses comunes han sido identificados, la doctrina sugiere que, para generar opciones creadoras de valor, lo más efectivo es involucrarse en una sesión de lluvia de ideas, en una atmósfera informal, en el que toda crítica de dichas ideas sea prohibida.

Mnookin también identifica como fuentes creadoras de valor: (i) las diferencias entre las partes, (ii) las similitudes no conflictivas, (iii) la economía de escala y alcance, y (iv) la reducción de los costos de transacción y oportunismo estratégico.<sup>30</sup> La primer fuente se relaciona con la regla de oferta y demanda: una parte prefiere una cierta suma de dinero a un objeto que posee. La otra parte prefiere el objeto al dinero. En este caso esta diferencia crea el ambiente para realizar un negocio. La segunda fuente habla por sí misma. En cuanto a la tercera fuente, ella surge cuando más de un producto o servicio puede ser producido utilizando los mismos recursos básicos. La última fuente se relaciona específicamente con negociaciones sobre disputas legales: los abogados pueden crear valor resolviendo las disputas legales sin entrar en caros y desgastadores juicios, reduciendo por tanto los costos de transacción.

Charles Craver identifica ciertos pasos estratégicos para envolver a las partes una Negociación Resolutoria.<sup>31</sup> El primer paso está relacionado con la fase de intercambio de información. Recomienda obtener tanta información relevante de la situación de la contraparte como sea posible, a través de preguntas generales y abiertas. En esta etapa la paciencia paga: *“Los participantes deben proceder lentamente durante la fase de información. La paciencia es generalmente retribuida con mayor conocimiento ... Cuando la ansie-*

<sup>25</sup> Craver, Charles, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 2nd Ed., 1993, p. 82-83

<sup>26</sup> Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p. 44

<sup>27</sup> Fisher, Ury and Patton, Op. Cit., p. 44

<sup>28</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 35

<sup>29</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 58

<sup>30</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 15-27

<sup>31</sup> Craver, Op. Cit., p. 79-105.

*dad precipita una fase de intercambio de información abreviada, los negociadores hiperactivos pueden fácilmente perder señales cruciales – verbales y no verbales – que emanan de la contraparte ... La coartada interacción puede así culminar en un acuerdo final que no es tan beneficioso como aquel que se hubiese obtenido si el proceso de averiguación se hubiese desenvuelto con más voluntad*<sup>32</sup>.

Craver también sugiere que el negociador debe aprender tanto como sea posible sobre la experiencia personal y las habilidades del abogado de la contraparte. El objetivo es advertir qué tipo de tácticas suele usar el adversario, y cómo responde antes las distintas técnicas de negociación: *“¿Acaso el abogado de la contraparte es un fiel creyente que no ve los méritos de las posiciones expuestas por otros o es un individuo pragmático que reconoce que los negociadores son meros abogados de las posiciones de sus respectivos clientes?”*<sup>33</sup>.

Richard Shell opina que una buena fase de intercambio de información debe tener los siguientes propósitos:

- desarrollar un acercamiento entre los negociadores
- explorar los intereses subyacentes, puntos conflictivos, y percepciones que preocupan a las partes; y
- probar inicialmente las expectativas basándose en el poder de negociación de cada parte<sup>34</sup>.

En cuanto al primer propósito, Shell recomienda comenzar el proceso de comunicación en el contexto de una relación de persona a persona. Y para ello, el autor incentiva a los negociadores a encontrar algún interés en común, pasión, o experiencia que no esté relacionada con el objeto de la negociación. Para lograr el segundo propósito, Shell sigue el enfoque ortodoxo ya elicitado por Fisher, Ury y Patton: hacer preguntas. El tercer paso es una consecuencia del anterior, y simplemente consiste en reconocer el poder de negociación de ambos negociadores.

En conclusión, parece existir un acuerdo entre la doctrina en el sentido de que para entablar en una Negociación Resolutoria, las partes deben obtener tanta información de la contraparte como sea posible, a fin de reconocer los intereses en juego en la negociación. En palabras del ex Director Ejecutivo de First Union Corporation: “Ud. debe sacar de foco sus propios deseos y necesidades y aprender todo lo que pueda sobre qué es significativo para la otra persona. Y mire que no siempre es un millón de dólares”<sup>35</sup>. Y ello requiere tomarse tiempo y preparación para hacer las preguntas adecuadas, para desarrollar una relación con la contraparte, para involucrarse en una fructífera lluvia de ideas, para interpretar todos los signos verbales y no verbales, y para identificar todas las posibles fuentes creadoras de valor en la negociación. Finalmente, el logro de estos objetivos depende de la actitud que los negociadores demuestren “en la mesa”: paciencia y curiosidad son esenciales.

## IV. EL ICP URUGUAYO FAVORECE Y FOMENTA LA NEGOCIACIÓN POSICIONAL

Habiendo analizado los dos principales enfoques o técnicas de negociación moderna, es tiempo de determinar cuál de ellos es el fomentado por el ICP uruguayo.

En nuestra opinión, el ICP condiciona fuertemente a las partes a adoptar el estilo posicional. Ello por dos fundamentos. El primero es negativo: el sistema procesal uruguayo y el ICP, tal cual están diseñados, imposibilitan que las partes adopten un estilo resolutorio en la audiencia de conciliación. El segundo fundamento es corolario del primero, y es positivo: el ICP deja a las partes como única alternativa la Negociación Posicional.

### A) El ICP uruguayo está diseñado de una forma que imposibilita que las partes adopten una Negociación Resolutoria

En nuestra opinión, el sistema procesal uruguayo y en particular el ICP impiden que las partes adopten el estilo resolutorio de negociación, por las siguientes razones:

- a) las partes no son provistas de suficiente información sobre el caso de la contraparte
- b) las partes se enfrentan a serios constreñimientos de tiempo

<sup>32</sup> Craver, Op. Cit., p. 81

<sup>33</sup> Craver, Op. Cit., p. 88

<sup>34</sup> Shell, Richard, *Bargaining for Advantage*, 1999, p. 132-155.

<sup>35</sup> Shell, Op. Cit., p. 78

- c) un juzgado no es el ambiente ideal para favorecer dicho enfoque de negociación
- d) culturalmente, existe un conflicto de agencia legal

## 1) Falta de información para sacar a la luz los intereses

De acuerdo con las normas procesales uruguayas, la prueba que las partes presentan en juicio se revelan a la contraparte con el traslado de los escritos de demanda y contestación. Según los artículos 118 y 131 del Código General del Proceso, las partes deben acompañar la prueba documental en su poder con la demanda y contestación, deben en el mismo acto identificar el nombre de los testigos propuestos y el objeto de su testimonio, y deben solicitar el diligenciamiento de prueba en poder de terceros. Visto entonces que la audiencia de conciliación se lleva a cabo antes de la presentación de la demanda y contestación, las partes se limitan a asistir a dicha audiencias sin ningún conocimiento de los reclamos fundados de las partes, y su base probatoria.

En Uruguay, a diferencia por ejemplo de Estados Unidos, las partes no están obligadas y no acostumbran a compartir información antes de que la demanda y contestación hayan sido presentadas. Los abogados tienden a proteger celosamente su prueba durante las etapas previas al juicio.

Bajo estas circunstancias, el consejo de la doctrina de intercambiar tanta información como sea posible antes de sentarse a negociar, se ve impedido por el funcionamiento del sistema. En consecuencia, ni la anticipación de los intereses de la contraparte es posible, y mucho menos la creación de acuerdos transaccionales mutuamente convenientes.

La audiencia de conciliación es la primera oportunidad oficial que tienen las partes para enfrentar su conflicto e intentar resolverlo, no siendo costumbre que las partes tengan nutridos intercambios negociales antes del juicio. Nos preguntamos, entonces, cómo es que las partes pueden razonablemente anticipar los intereses encubiertos que están en juego en el caso si ni siquiera conocen sus posiciones, es decir, sus reclamos concretos. Más aún, y dado que es generalmente aceptado entre los abogados locales que la conciliación previa es raramente útil a los efectos transaccionales (tal como se refleja en las estadísticas vistas), no es extraño que ni los abogados mismos conozcan los intereses de su cliente en el caso concreto.

En resumen, es casi imposible lograr soluciones mutuamente beneficiosas en una audiencia de conciliación en la que no hay información sobre la prueba que da soporte a las alegaciones de la contraparte, porque las partes van a negociar a ojos vendados.

En palabras de Charles Craver: *“Los abogados deben emplear técnicas formales e informales para obtener toda la información relevante de la contraparte a la hora de negociar. Deben avocarse al entendimiento acabado de las necesidades subyacentes y los intereses de sus adversarios, ya que esto les permitiría formular propuestas que sean beneficiosas para ambas partes”*<sup>36</sup>. Sin lo anterior, los acuerdos mutuamente beneficiosos, esenciales en sistemas autocompositivos, son muy difíciles de obtener.

## 2) La audiencia de conciliación padece problemas de constreñimiento de tiempo

En un escenario normal, en la audiencia de conciliación encontramos dos partes que se ven frente a frente por primera vez, listas para transar el caso. Nadie sabe nada del caso de la contraparte, y esta es la única audiencia de conciliación antes de ir a juicio. Si bien cojas, las partes aún no murieron en el intento. De alguna manera podría darse que las partes voluntariamente se involucren en una Negociación Resolutoria. Durante la audiencia pueden descubrir sus intereses a través de preguntas y distintas técnicas de intercambio de información. Con la ayuda del Juez, quizás lleguen a buscar opciones mutuamente beneficiosas, y hasta lograr un acuerdo.

No obstante, las partes deberán enfrentar un segundo enemigo, este ya casi letal: el tiempo. Conforme las últimas estadísticas publicadas, en el año 2003 en Montevideo se convocaron 15.884 audiencias, de las cuales se realizaron 13.980. Si lo dividimos equitativamente entre los cuatro Juzgados existentes<sup>37</sup>, surge que cada

<sup>36</sup> Craver, Op. Cit., p. 52

<sup>37</sup> Sabemos que en la realidad la división no fue exactamente equitativa entre los cuatro Juzgados; no obstante, esta suposición la hacemos a los solos efectos didácticos, y sabiendo que de todas maneras una distribución distinta, basada en las pequeñas diferencias reales, no modifica los resultados finales.

Juzgado presidió 3495 audiencias en el año. Ello da un promedio de casi 18 audiencias diarias. Considerando que, en el mejor de los escenarios, un juez trabaje 8 horas por día dedicado exclusivamente a las audiencias, esto retorna un promedio de 26 minutos por audiencia.

Es bastante obvio, y sin perjuicio de la posibilidad de posponer las audiencias para una instancia ulterior, que la audiencia de conciliación no puede ser el ámbito adecuado para que las partes comiencen con la exploración de sus intereses, a través del método de averiguación exhaustiva. Es asimismo evidente que la audiencia de conciliación no es el ámbito adecuado para hacer una tormenta de ideas sobre los intereses compartidos y las soluciones creadoras de valor. Y ello simplemente porque no hay tiempo. Las partes deben negociar mucho antes de llegar a la audiencia de conciliación, y hacer de esta un instrumento para pulir los detalles más ríspidos de la negociación, con la ayuda de un magistrado especializado, y homologar oficialmente el acuerdo.

### 3) Un juzgado no representa el ambiente adecuado par que las partes se involucren en una negociación resolutoria

Un juzgado, como espacio físico, ciertamente no es el lugar apropiado para involucrar a las partes en una Negociación Resolutoria. La creatividad es necesaria para inventar soluciones mutuamente ventajosas, y la confianza debe fluir entre las partes, para dar la información necesaria. Un Juzgado, con un Juez presente, no constituye ni el lugar ni el ambiente apropiado para negociar. Según Craver, *“la mayoría de los individuos se siente más confortable en entornos familiares, y por tanto prefieren, si es posible, negociar en su propio ambiente. Aquellos que deseen propiciar la sesiones de negociación ‘ganar/ganar’ deberían utilizar una mesa redonda en la cual las sillas no estuvieran enfrentadas ... Asimismo debe asegurarse el desarrollo de un ambiente hospitalario, no amenazante”*<sup>38</sup>.

Definitivamente un Juzgado no es un ambiente “hospitalario” para nadie. Aún cuando los abogados estén acostumbrados a estar frente a un juez, siempre existe una impronta de tensión que inhibe la creatividad.

### 4) Existe asimismo un conflicto de agencia legal

Un problema local interesante, conjuntamente con un conflicto general de agencia, también tiñen el impedimento de una Negociación Resolutoria durante el transcurso de la audiencia de conciliación. En Uruguay, tanto el abogado del actor como del demandado en general, cobran honorarios en base de contingencia, según el resultado del proceso. Por lo tanto, el típico conflicto de agencia aparece, pero en este especialmente enfatizado, dado que el conflicto se encuentra en ambas partes del juicio.

Tal como explica Mnookin, existe un problema de costo-beneficio para el abogado, porque éste va a tratar de maximizar el retorno esperado por el tiempo dedicado a un caso. Como consecuencia, el abogado podría preferir una transacción rápida por una suma baja, que lleve menos tiempo de trabajo que un juicio entero, que requiere la inversión de mucho más esfuerzo marginal. Si el abogado se involucra en un caso nuevo, es probable que el honorario que obtenga del otro juicio sea mayor que el valor extra que podría obtener al subir la suma del caso que transó. ¿Por qué entonces el abogado va a dedicar más tiempo analizando los posibles intereses de ambas partes en el juicio, embarcarse en una lluvia de ideas sobre soluciones mutuamente beneficiosas, y reunirse con el otro abogado para solucionar el conflicto, si con una transacción rápida puede pasar a otro juicio?

### 5) Conclusión

Por las razones expuestas, especialmente las primeras dos, el sistema de conciliación previa uruguayo hace casi imposible que las partes pueden involucrarse propiamente en una Negociación Resolutoria para resolver su disputa. El propio sistema lleva a las partes a negociar a la audiencia a ojos vendados, sin ningún conocimiento del caso de la contraparte y la fiabilidad de sus alegaciones y reclamos. Las partes no han tenido la oportunidad de explorar los intereses que subyacen al conflicto por falta de información. Y aún cuando intentaran la negociación resolutoria durante la audiencia, el constreñimiento de tiempo es demasia-

<sup>38</sup> Craver, Op. Cit., p. 67

do grande como para permitirles hacerlo. Más aún, el Juzgado no provee del ambiente de familiaridad adecuado que las partes necesitan para involucrarse en técnicas de negociación creativas, y por último, no está en el interés de los abogados el involucrarse en el trabajo “extra” que este tipo de negociación requiere.

## B) El ICP deja a las partes la Negociación Posicional como única alternativa

Habiendo demostrado que el ICP uruguayo hace casi imposible que las partes se involucren en un tipo de negociación creativa y resolutoria, es tiempo ahora de probar que dicho sistema, por la positiva, fomenta fuertemente la Negociación Posicional.

Los argumentos de soporte para esta hipótesis surgen de la aplicabilidad al ICP de las barreras psicológicas universales que los abogados y negociadores tienden a enfrentar. Empezaremos por explicar cuáles son esas barreras, para luego explicar cómo ellas funcionan cuando los abogados se enfrentan en la audiencia de conciliación.

### 1) La costumbre

En primer lugar, la negociación legal es generalmente considerada por los abogados como agresiva y posicional. Tal como explica Mnookin, *“como el punto de referencia dominante de una transacción es en general el valor esperado de acudir a juicio, las negociaciones en general se tornan distributivas ... como resultado, los litigantes típicamente se enfocan en dividir la torta, y no en agrandarla ... Aún cuando la materia contenciosa puede contener oportunidades de creación de valor, las partes en general las pasan por alto. El típico proceso de negociación no deja lugar a discusiones más amplias de discusión de intereses y opciones creativas. Los abogados y sus clientes tienden a estar tan enfocados en su ventaja en el caso, que en general ignoran acuerdos – potencialmente fuera del objeto del litigio – que hace mejor la situación de las partes”*<sup>39</sup>

Por tanto, la Negociación Posicional es la conducta esperada de las partes en la mesa de negociación. Una conducta distinta es contra-intuitiva. Y cuanto más utiliza este estilo, el abogado se siente más cómodo e identificado con él, porque conoce las reglas, las conductas esperables y sus significados, y por tanto puede desenvolverse con mayor facilidad.

Y esos abogados dirigen firmas, imparten clases y conforman la doctrina, y en cierto modo, esperan que el resto de la comunidad de abogados se comporten de la misma manera. En este sentido, comenta Mnookin que *“el cambio es posible, pero no fácil. La cultura legal ‘adversarial’ está profundamente arraigada ... Muchos abogados y clientes ven la negociación legal como un combate. Los negociadores más agresivos y rudos son los que ganan, y el más débil y conciliador pierde ... Cualquier intento por cambiar este modus operandi es en general visto como débil o confuso”*<sup>40</sup>.

### 2) Percepciones partisanas

En Segundo lugar, las partes en una disputa típicamente tienden a ser afectadas por lo que Mnookin llama “percepciones partisanas”: *“la gente presenta una cierta disposición a ‘ver’ lo que quiere y espera, según su propio interés. En una disputa, por ejemplo, cada parte típicamente va a tener historias radicalmente diferentes sobre lo que ocurrió, quién lleva la culpa, y cuál sería el resultado justo; y cada parte va a recordar los hechos selectivamente, y buscar nueva información que confirme, en vez de cuestionar, su historia inicial ... Las percepciones partisanas pueden llevar a cada disputante a creer que sus propias demandas son razonables, y que las de la otra parte son descabelladas”*<sup>41</sup>.

En su esencia, esta es la raíz de la vasta mayoría de las disputas. La gente ve las cosas de manera diferente, porque todos interpretamos la realidad que mejor nos sirve a nuestro entendimiento y bienestar. Y ello no es necesariamente manejado con mala fe. Por el contrario, creemos honestamente en “nuestra” visión de la realidad, aún cuando la otra persona que pasó por la misma realidad opine algo absolutamente contrario.

<sup>39</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 224

<sup>40</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 225

<sup>41</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 157

Tal como explica el psicólogo y abogado Richard Waites, *“nosotros conocemos, por estudios psicológicos, que no existen dos personas que experimenten o recuerden los mismos hechos de la misma manera. La gente, al ser distinta, enfoca su atención en aspectos distintos de un evento, y quizás, experimente diferentes emociones como reacción ante un mismo evento”*<sup>42</sup>

Y más aún, existe un fenómeno psicológico que nos hace completar los blancos de la memoria de un evento que vivimos y que no recordamos exactamente, con aquellos hechos que pensamos que es lógico que hayan ocurrido; en otras palabras, inconscientemente tendemos a distorsionar la realidad que experimentamos y olvidamos, con conectores imaginarios lógicos.<sup>43</sup> Esto es lo que los psicólogos llaman *teoría reconstructiva*, en la cual la memoria original es ajustada por la influencia de eventos posteriores.<sup>44</sup>

Es por ello que los abogados son más apropiados para dirigir las disputas de sus clientes, porque ven los hechos con mayor objetividad, a la luz de su experiencia y conocimiento legal. Sin embargo, Mnookin recalca que no siempre se da de ese modo: *“porque los abogados se ven a sí mismos como abogados, su presencia hace los problemas peores ... en la negociación legal el rol de los asesores letrados como verdaderos abogados de la causa de sus clientes, los hace tener una perspectiva tan distorsionada como la de sus clientes, sino más. El abogado de la parte actora dirigirá su búsqueda a la prueba que confirme su visión de que el actor debe ser resarcido, y solo tiende a hacer preguntas que confirmen esa postura. Su tarea investigativa se va a enfocar en buscar jurisprudencia que de soporte a la posición de su cliente, y es normal que ponga poco esfuerzo en buscar la teoría del caso de la contraparte”*.<sup>45</sup>

### 3) Sobreconfianza juzgadora

Charles Craver explica este fenómeno de la siguiente manera: *“muchos litigantes ... son capaces de evaluar las fortalezas y debilidades de un caso objetivamente cuando se involucran con un asunto particular, pero luego, lentamente, se convencen a sí mismos de la certeza de la victoria. A medida que se acerca la fecha del juicio, encuentran psicológicamente incómodo pensar en la posibilidad de la derrota. Los abogados de la parte actora en general predicen un 75% a 85% de probabilidades de suceso, mientras que los abogados de la defensa predicen un 20% a 25% de chances de que gane la parte actora. Ambos abogados son incapaces de ubicarse en los zapatos de su oponente. Cuando evalúan la situación de su adversario, usan su propio sistema de valores. En tanto estos individuos sobreestiman sus posibilidades de suceso, se tornan menos receptivos a ofertas realistas de transacción”*.<sup>46</sup>

Mnookin explica que las posibles razones para este fenómeno son que cada parte podría tener acceso a sólo una parte de la información relevante del caso, y tienden a subestimar la importancia de la información que no poseen.

### 4) Aplicabilidad a los abogados uruguayos

Traspolemos todos estos patrones generales a la realidad uruguaya al tiempo que los dos abogados se encuentran cara a cara en la audiencia de conciliación. En pos del rigor científico, analicemos dicha situación en el mejor escenario posible: en un caso de responsabilidad extracontractual, ambas partes están conscientes de las demoras y costos excesivos de litigar, y están dispuestas a transar. El caso trata de un accidente automovilístico en el cual ambas partes resultaron gravemente lesionadas. Sólo los abogados comparecen a la audiencia de conciliación – Juan González por el lado del actor, y Raúl Rodríguez por el lado del demandado – y ambos están prontos para discutir el posible acuerdo transaccional. El Juez Simón Cardozo preside la audiencia.

Primero que nada, por mérito de la costumbre imperante, los dos abogados se comportarán de cierta manera, y esperan que el otro abogado también tenga un cierto comportamiento. Ambas partes saben, asimismo, que el Juez espera que se comporten de una cierta manera, de modo de ayudarlos de manera efectiva a lograr un acuerdo. ¿Y cuál es esa conducta? La tradicional: negociar bajo la sombra del resultado de un eventual juicio.

<sup>42</sup> Waites, Richard, *Courtroom psychology and trial advocacy*, 2003, p. 402

<sup>43</sup> Mauet, Thomas, *Trial Techniques*, 6th Ed., 2002, p. 263

<sup>44</sup> Waites, Op. Cit., p. 402

<sup>45</sup> Mnookin, Op. Cit., p. 158

<sup>46</sup> Craver, Op. Cit., p. 54; Ver también Hoffer, E., *The true believer*, Harper & Row, 1951

Ambas partes saben que su mejor alternativa a un acuerdo es ir a juicio. Por tanto, el juicio sirve como el distribuidor común de poder de negociación: la parte que tenga la mejor chance de ser exitosa en juicio tendrá el poder de negociación de su lado durante la audiencia. La segunda característica esperada de la negociación será la de enfocarse en dos posiciones: (a) el reclamo monetario del actor, con su base fáctica y legal; y (b) los reclamos propios del demandado y su defensa ante las alegaciones del actor. Por tanto, el corazón de la negociación se desarrollará como un intento de cada abogado de convencer a la contraparte, y eventualmente al Juez, de que su cliente tiene un caso más fuerte, que con toda probabilidad va a prevalecer en juicio.

En el sistema uruguayo esta conducta no solamente es la esperada, sino con toda probabilidad la única posible. Y la razón es que el Dr. González y el Dr. Rodríguez se están encontrando por primera vez para discutir este asunto, es la primera vez que ambas partes dicen lo que están dispuestas a probar en juicio, y, con suerte, la primera vez que van a mostrar la prueba que soporta sus argumentos.

Para comenzar con la audiencia, el Juez Carodozo pregunta al Dr. González sobre su posición, y sus exigencias para llegar a un acuerdo. El Dr. González se siente con mucha confianza sobre su caso, justamente en virtud de su sobreconfianza juzgadora, agravado más de lo normal, por no haber tenido acceso a la prueba de la contraparte. Tal como comenta Mnookin, en general cuando la parte conoce la prueba de su contraparte considera debilitado su caso, con respecto a lo proyectado al inicio<sup>47</sup>. El Dr. González está tomando en cuenta solamente su lado de la historia y su prueba.

Sobreconfiado, el Dr. González comienza su presentación del caso explicando su visión de los hechos que espera probar en juicio y sus fuentes probatorias, y luego procede a detallar y justificar los daños que sufrió su cliente. El Dr. González intenta comunicar su confianza en una victoria si el caso llega a ir a juicio. El Dr. González intenta comunicar al Dr. Rodríguez y el Juez Cardozo que tiene una buena alternativa a un acuerdo negociado, y el poder de negociación de su lado en esta audiencia.

El Dr. Rodríguez escucha mientras el Dr. González presenta su caso y solicita una suma de dinero como indemnización por los daños sufridos por su cliente. Mientras tanto, el Dr. Rodríguez analiza la prueba que mencionó el Dr. González, las sumas reclamadas e incluso el llamado del eventual perito.

Es en este momento las percepciones partisanas del Dr. Rodríguez están trabajando intensamente. El Dr. Rodríguez ha estado estudiando el caso mientras preparó la audiencia de conciliación, pero solamente escuchó la historia que le contó su cliente. Por tanto, el Dr. Rodríguez está en desacuerdo con varias de las alegaciones hechas por el actor. De hecho, piensa que el actor fue el negligente en el accidente, y no su cliente, tal como acusa el Dr. González. Para el Dr. Rodríguez es claro que el actor cruzó la calle con luz roja, pero el Dr. González está diciendo que fue el demandado quien lo hizo.

El Dr. Rodríguez ve algunos de los reclamos del actor como descabellados, porque cree que su base legal es mucho mejor que la del citante. Las teorías legales que invoca son erróneas, y muchos de los hechos no tienen soporte probatorio o son directamente falsos.

Por último, al tiempo que el actor culmina su presentación, y sugiere un monto que su cliente estaría dispuesto a aceptar para transar, la sobreconfianza juzgadora del Dr. Rodríguez aparece en escena. Piensa "no solamente esta persona viene con una historia falsa, una teoría del caso errónea y prueba débil, sino que su demanda monetaria es exagerada. Es él quien debería estar ofreciéndome compensación a mi cliente!"

Y ya la disputa se volvió personal. El Dr. Rodríguez está enojado porque piensa que el Dr. González miente, que invoca reglas de derecho erróneas y que demanda una cifra descabellada. El Dr. Rodríguez piensa que su cliente puede razonablemente ganar el caso, y no solamente ser exonerado de pagar daños, sino también acreedor de indemnización. Y aún si su cliente fuera condenado, piensa que puede bajar la cifra sustancialmente. El Dr. Rodríguez se siente hasta insultado cuando su contraparte sugirió que la negligencia de su cliente fue grosera; para él ello es impensable.

Ahora el Juez Cardozo le pide al Dr. Rodríguez que opine sobre la propuesta de conciliación del Dr. González, y que proponga otro arreglo si piensa que tiene uno mejor. El Dr. Rodríguez explica, consecuentemente, que la propuesta del Dr. González está lejísimos de sus posibilidades y de la realidad, y fundamenta lo anterior en su teoría del caso, su base legal para la responsabilidad de la contraparte, y la prueba que está dispuesto a presentar en un eventual juicio. El Dr. Rodríguez también hace referencia a la debilidad de la prueba del citante, la falta de base de las teorías legales que el mismo invocó y que éste no ha pintado los hechos tal cual ocurrieron.

Mientras tanto, el Dr. González escucha atentamente los argumentos del citado y no puede creer lo que ve. Piensa: "No puede ser. Este individuo dice que no estoy citando las normas correctas, que no puedo

<sup>47</sup> Mnookin, *Op. Cit.*, p. 228

probar mis afirmaciones ... ¿qué clase de incompetente piensa que soy?". Y ya se lo tomó personal. El Dr. González está convencido de su historia del caso, porque en sus percepciones partisanas, tiene total sentido. Ha repasado la historia más de una vez con su cliente, y hasta encontró un testigo que vio el accidente, y confirma lo que le contó.

El resto de la audiencia continuará versando sobre dos posiciones: (1) la amenaza del Dr. González de que su cliente saldrá victorioso en un juicio, y por tanto la transacción deberá rondar en la suma que solicitó; y (2) la posición del Dr. Rodríguez de que el Dr. González no tiene materia accionable, y que su cliente es quien debería ser indemnizado. Esta audiencia se trata de alegaciones y prueba, nada más.

El Juez Cardozo, por su parte, está haciendo lo mejor que puede para encontrar una solución para el problema. Pero parece simplemente imposible; están demasiado lejos. Hasta que las partes no acuerden al menos sobre cuáles fueron los hechos del caso, no podrá convencer a nadie que acepte la responsabilidad, y proceda a discutir los daños que debe. Los abogados han pasado 40 minutos explicando su posición, y el Juez debe cumplir con su calendario, y moverse a otra audiencia, que quizás presente mayores puntos de conexión que posibiliten una conciliación. Resolver esta disputa llevaría mucho más tiempo del disponible.

En definitiva, la audiencia de conciliación resultó infructífera. Más aún, tanto el Dr. Rodríguez como el Dr. González salieron de la audiencia frustrados uno con el otro. Quieren darse una buena lección en juicio, y están ferozmente prontos para hacerlo.

## 5) Conclusión

Los problemas generales que viven los abogados, combinado con el ICP uruguayo y las reglas procesales vigentes, propenden fuertemente a la partes a involucrarse en un estilo posicional de negociación.

Las partes carecen por completo de conocimiento del caso de su contraparte. El abogado solo ha escuchado la versión de su cliente, y únicamente ha analizado la prueba que da soporte a sus argumentos y teorías legales. Están fuertemente sobreconfiados respecto de su caso, y han aplicado sus percepciones partisanas sobre la historia. Nadie necesariamente está actuando de mala fe, pero de todas maneras se sienten incómodos y personalmente atacados por cualquier argumento que sea contrario a la teoría del caso que han visualizado en sus mentes.

El tiempo no es suficiente para explorar los intereses que subyacen a sus posiciones. A primera vista, están demasiado lejos como para resolverlo en una o dos audiencias de 26 minutos. La única estrategia que ambos abogados fueron forzados a tomar fue la de presentar un caso fuerte, buscando convencer a la contraparte de que su cliente probablemente prevalecerá en juicio, forzando así a la otra parte a rendirse y explorar posibilidades de transacción.

En el sistema uruguayo esta estrategia tiene mucho sentido. Si eventualmente el Dr. Rodríguez hubiera estado convencido de que su cliente fue negligente y por tanto responsable por los daños, él estaría reduciendo costos para su cliente si pagara tan pronto como fuera posible, porque para el actor es mucho mejor cobrar antes del juicio una suma parcial, que la suma total luego de los años que lleve un juicio, especialmente en un país como Uruguay, de tasas volátiles de conversión de moneda e inflación. Es así que si el Dr. Rodríguez hubiera sabido que el actor estaba dispuesto a aceptar menos dinero por una indemnización rápida, hubiera ofrecido una cifra baja. Allí las partes hubieran empezado a negociar la cifra concreta, yendo para adelante y para atrás, "peloteando" un número, hasta lograr un acuerdo y forma de pago. Esto sigue siendo una Negociación Posicional.

Pero para alcanzar este punto, el juicio de responsabilidad tuvo que haber sido salvado con anterioridad. Sin embargo, la audiencia entera fue dedicada a establecer su base. Fue una negociación puramente posicional que las partes adoptaron, dada su falta de contacto previo.

Y más aún, el Juez no conoce casi nada sobre el caso antes de la audiencia, porque la demanda y la contestación, o al menos algún relato sustanciado de los hechos y alegaciones, no serán presentados ante ese juez, sino otro, encargado de resolver el fondo de la disputa. Podría sugerir que una de las partes tiene un caso más fuerte, pero su opinión sólo sería preliminar y falta de base sólida; no ha leído los escritos, presenciado los testimonios, interrogado los testigos ni escuchado los alegatos de bien probado.

Para resumir, el ICP uruguayo fomenta fuertemente a las partes a adoptar una Negociación Posicional. La audiencia de conciliación presenta la tendencia a ser una audiencia de alegatos iniciales, que en el mejor caso podrá concluir con un "peloteo" de cifras de indemnización debida. Es decir que, aún cuando exitosa, la audiencia hubiese sido dirigida por una Negociación Posicional.

## V. RAZONES DE LA FALLA DEL ICP URUGUAYO

Luego de haber concluido que el ICP uruguayo fomenta el tipo la Negociación Posicional, procede explicar cómo esta situación – conjuntamente con el sistema legal que lo rodea y los aspectos culturales que afectan a los abogados uruguayos – afecta el resultado de la audiencia de conciliación.

En este capítulo se concluye que la falla del ICP proviene principalmente de que su regulación impide fuertemente que las partes se involucren en una negociación resolutoria. A efectos de probar lo antedicho, se explicarán las desventajas que reporta la Negociación Posicional frente a la Negociación Resolutoria, haciendo especial énfasis en dicho impacto cuando se aplica a la realidad uruguaya.

### A) Una Negociación Resolutoria arroja mejores resultados que una Negociación Posicional

#### 1) Un enfoque resolutorio mejora la situación de las partes que negocian

Ha sido probado estadísticamente, y reafirmando numerosas veces por la doctrina especializada, que un estilo resolutorio de negociación arroja mucho mejores resultados que la Negociación Posicional. En este sentido, los profesores de Harvard Fisher, Ury y Patton comentan: *“un acuerdo inteligente puede ser definido como aquel que cumple los legítimos intereses de cada parte en la mayor medida posible, que resuelve los conflictos de manera justa, que es durable, y que toma en cuenta los intereses de toda la comunidad ... Y la Negociación Posicional falla en lograr el criterio básico de producción de un acuerdo inteligente, de manera eficiente y amigable”*.<sup>48</sup>

Richard Shell opina que una negociación exitosa implica necesariamente la exploración de los intereses subyacentes de las partes en el caso, que constituye la esencia del enfoque de Negociación Resolutoria: *“los negociadores efectivos muestran una característica muy importante: su habilidad de ver el mundo desde el punto de vista de la otra parte. Para ser exitoso en negociación uno debe aprender a preguntar cómo deben ser los intereses de la otra parte para ayudar a conseguir los objetivos propios. Luego uno debe determinar por qué la otra parte podría decir ‘no’, de modo de eliminar tantas objeciones como sea posible. El profesor Max Bazerman y sus colegas han demostrado que las personas asumen que el centro de la negociación es dividir una torta prefijada. Sin embargo, si se dedica la atención a los puntos comunes y los intereses convergentes o no conflictivos, en general existe la posibilidad de agrandar la torta ... El estudio de Rackham y Carlisle sobre los negociadores ingleses dan soporte a este punto: cuanto más hábil el negociador, más tendiente es a enfocarse en posibles puntos comunes existentes entre las partes, incluyendo opciones factibles de transacción”*.<sup>49</sup>

#### 2) ¿Por qué es más efectivo el estilo resolutorio?

El raciocinio que subyace a la preferencia por el método resolutorio de negociación es que cuando existe una disputa, la mayoría de las veces solamente las posiciones coliden; si las partes exploran los intereses subyacentes a sus posiciones, se darán cuenta que existen más intereses comunes que lo que pensaron. Y una vez que los intereses compartidos crean valor para los negociadores, el resto de las posiciones que coliden pueden ser manejadas con más facilidad. En otras palabras, la focalización en los intereses permite acuerdos sobre temas aparentemente no-negociables.

Tal como comentan Fisher, Ury y Patton: *“Reconciliar intereses en vez de posiciones funciona, por dos razones. Primero, porque por cada interés en general existe muchas posiciones posibles que pueden satisfacerlo ... Cuando uno mira debajo de las posiciones opuestas, a los intereses que las motivan, uno puede frecuentemente encontrar una posición alternativa que contempla no sólo el interés propio, sino el del otro también ... Reconciliar intereses en vez de ceder sobre posiciones también funciona porque detrás de cada posición opuesta existen muchos más intereses comunes que conflictivos”*.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Fisher, Ury y Patton, Op. Cit. p. 4

<sup>49</sup> Shell, Op. Cit., p. 78-80

<sup>50</sup> Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p. 42

Un enfoque resolutorio también ayuda a suavizar la tensión en los puntos más controvertidos de una negociación, aquellos que tienden a ser completamente distributivos. Si las partes son capaces de crear valor de otros intereses compartidos que descubren durante el transcurso de la negociación, los puntos distributivos más críticos, aparentemente no pasibles de acuerdo, tienden a ser tratados más efectivamente y se vuelven negociables. Como las partes ya han obtenido valor de la negociación, están más propensas a negociar sobre esos puntos. Tal como comenta Craver, *“los negociadores avezados deben ser capaces de detectar las áreas de necesidades compartidas e independientes, y asegurarse la distribución apropiada de los puntos no conflictivos. Según cuál sea el éxito en lograr este objetivo, los negociadores pueden expandir la torta de manera efectiva, y mejorar significativamente las posibilidades de un acuerdo global ... Visto que los negociadores se dan cuenta de que muchos de sus objetivos pueden ser logrados, están más dispuestos a considerar compromisos realistas con respecto a los puntos controvertidos ... Cuanto más alternativas beneficiosas son detectadas y distribuidas, puntos que previamente aparecían como creando barreras insuperables tenderán a parecer menos importantes”*.<sup>51</sup>

Para graficar lo antedicho, volvamos a la audiencia de conciliación en la cual el Dr. González y el Dr. Rodríguez no pudieron llegar a un acuerdo transaccional. Dada su falta de comunicación previa y respectiva exploración de intereses, nunca supieron que el cliente del Dr. González era un ingeniero en computación que en ese momento estaba desocupado, mientras que el cliente del Dr. Rodríguez era un emprendedor que había instalado hacía poco tiempo una compañía de software en Zona Franca. Vamos a suponer que el Dr. Rodríguez y su cliente sabían de antemano que probablemente fueran condenados en un juicio, porque en realidad fue él quien pasó el semáforo con rojo y causó el accidente, pero prefería la opción de ir a juicio para dilatar el pago de la indemnización, visto justamente que había invertido todos sus ahorros y créditos en la instalación de la nueva compañía de software. Apostaba, por lo tanto, a dilatar el pago y soportarlo con las ganancias que esperaba obtener de su nuevo emprendimiento.

Pues bien, si las partes se hubiesen dedicado a explorar intereses, podrían haber extraído una oportunidad de negocios de este litigio. El cliente del Dr. Rodríguez hubiese notado que el cliente del Dr. González tenía un excelente currículum y capacitación como para integrar su empresa de software, y así la manera de pago hubiese sido, por ejemplo, con un plus al salario, que hubiera amortizado en varios meses, a cambio de la oportunidad de brindarle un trabajo en una compañía con perspectivas de crecimiento. Se trata en este ejemplo de una fuente de creación de valor en la negociación, a través de la exploración de intereses y posibilidades de acuerdo, que las partes simplemente no vieron por estancarse en una Negociación Posicional. Ambos hubiesen salido ganando, pero ahora los espera un largo y tedioso juicio...

## **B) La Negociación Posicional genera frustración y conflictos de ego personal**

Uno de los problemas que enfrenta la Negociación Posicional es que los egos personales de los negociadores tienden a identificarse con la posición que han tomado en la negociación, y los negociadores tienden a estancarse en esa posición. La negociación se torna así en lo que en inglés se conoce como “face saving lockup”, que puede definirse como el conflicto interno que se genera al cambiar de opinión o moverse de posición, en relación con el orgullo de no dar el brazo a torcer. En otras palabras, cuando los egos personales se entremezclan con el objeto de la negociación, la flexibilidad del negociador se detrimenta ante el orgullo de mantenerse firme en una opinión o demanda.

Tal como explican Fisher, Ury y Patton, en una negociación cada negociador tiene un interés en el resultado de la negociación (interés sustantivo), y un interés en la relación con la contraparte. Como mínimo, dicen, un negociador desea mantener una relación de trabajo lo suficientemente buena como para producir un acuerdo aceptable para ambas partes, de ser ello posible, por compatible con los intereses en juego. Sin embargo, *“la Negociación Posicional pone la relación y la sustancia en conflicto. Enmarcar una negociación en un conflicto de voluntades sobre posiciones perjudica el proceso de amalgamamiento ... Si yo tomo una posición firme que tú consideras poco razonable, tú asumes que yo también pienso en dicha posición como extrema; es fácil concluir que yo no valoro nuestra relación – o a ti – de gran manera”*.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Craver, Op. Cit., p. 102-104

<sup>52</sup> Fisher, Ury y Patton, Op. Cit., p. 19-20

El típico resultado de este fenómeno, cuando el acuerdo no se logra, es la frustración. Vistas las percepciones partisanas mencionadas en el capítulo anterior, una persona se siente incómoda con hechos que no son consistentes con su versión de la historia.

En este sentido, Richard Waites habla de lo que se llaman *schemas*. Un *schema*, explica, es un grupo de conceptos y percepciones, y el sistema que utilizamos para organizarlos. Los *schemas* nos ayudan a dar rápido sentido a las cosas que suceden alrededor nuestro. Comenta que nuestro cerebro tiende a almacenar información en una secuencia tal que busca dar sentido y orden a los eventos de nuestra vida, y a evitar los desórdenes o inconsistencias. Hablando del caso en que un juez o un jurado escucha la presentación del alegato de un abogado, Waites explica que si los *schemas* del juez o el jurado son distintos a las ideas y conceptos de la presentación, éstos generalmente se van a sentir incómodos con dichos conceptos, y van a rechazarlos.<sup>53</sup>

El proceso descrito por Waites es perfectamente aplicable a la reacción de una parte o su abogado cuando están escuchando la teoría del caso de su contraparte en una audiencia de conciliación en Uruguay. Visto que no existió una etapa previa de intercambio de prueba, esta es la primera vez que las partes van a escuchar el otro lado de historia. El sólo hecho de que la historia es diferente de la suya crea una sensación de rechazo, frustración, y la necesidad de no dañar el orgullo propio. A nadie le gusta quedar como un mentiroso o extravagante. Por tanto, las partes van intentar justificar su posición antes que nada, porque están comprometidas a ellas desde el inicio. La audiencia de conciliación se convierte, entonces, en una guerra de orgullos. Estamos lejos del ambiente apropiado para negociar una solución creadora de valor para las partes.

Tal como lo describe Charles Cravaer: *“los negociadores adversariales tienden a atrincherarse en posiciones que defienden con argumentos estridentes. Parecen creer que pueden intimidar hasta la sumisión al abogado de la contraparte. Frecuentemente ignoran o fallan en comprender cuestionamientos acerca de su interpretación de los hechos o la doctrina legal. Fallan por tanto en reconocer información nueva que los pueda inducir a considerar propuestas alternativas que puedan ser mutuamente ventajosas”*<sup>54</sup>

## C) La Negociación Posicional provoca que el negociador repudie la exploración de resultados mutuamente beneficiosos

Un rasgo típico de un practicante de Negociación Posicional es su visión de la negociación como un “juego de suma cero”, es decir, que lo va para una parte es en detrimento de la otra. En otras palabras, “lo que es tuyo deja de ser mío”. Es por ello que este tipo de negociadores no puede proponer acuerdos mutuamente beneficiosos.

Esta actitud provocada por la Negociación Posicional tiene un impacto profundo en la audiencia de conciliación, cuando el juez trata de ayudar a las partes a descubrir sus intereses. Las partes estarán menos dispuestas a compartir la información relevante que los pueda llevar a soluciones creativas y mutuamente beneficiosas. Tal como lo describe Craver: *“A pesar de que la mayoría de los operadores del derecho ven el proceso de negociación como una interacción inherentemente adversarial, éstos deberían reconocer los beneficios sustanciales que se derivarían de una fase de intercambio de información a través del uso de técnicas de cuestionamientos no-adversariales. Los abogados que encaran las sesiones de negociación en forma combativa, como si estuvieran en un juicio, usualmente van verse impedidos de obtener toda la información que necesitan para obtener resultados óptimos. Sus oponentes generalmente van a sentir su estilo ‘ganar-perder’, y van a tender a protegerse a través de liberación limitada de información. Van a retener información importante, que de otra manera hubiesen divulgado abiertamente, y hasta podrían ser inducidos a responder en especie a las tácticas competitivas”*.<sup>55</sup>

## D) Comportamientos culturales que detienen la transacción

La cultura legal uruguaya está demasiado permeada con el enfoque adversarial de la negociación. Los abogados están preparados para ganar los casos por los que “pelean”. Por tanto, si el juicio es la sombra bajo la cual se desarrolla la audiencia de conciliación, este enfoque litigante será el adoptado en la audiencia de conciliación.

<sup>53</sup> Waites, Op. Cit., p. 16-17

<sup>54</sup> Craver, Op. Cit., p. 98-99

<sup>55</sup> Craver, Op. Cit., p. 98

Desde el arranque, nuestro enfoque institucional no nos ayuda. El contrato de Transacción está definido por el Código Civil aquel *“por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”* (art. 2147). La fórmula empleada *“recíprocas concesiones”* denota una clara concepción del codificador en el sentido de considerar la negociación legal como puramente distributiva, tal como acontece típicamente en una Negociación Posicional.

Asimismo, en el ICP la ausencia del citado a la audiencia tiene consecuencias para el juicio: una presunción legal de culpabilidad. Si en el sistema uruguayo las penalidades de la audiencia de conciliación se trasladan al juicio posterior, que ya se prevé y anticipa, entonces no podemos esperar extirpar la sombra del litigio de la audiencia de conciliación.

Comenta Charles Craver que *“en ciertas ocasiones, los negociadores encuentran oponentes competitivos/adversariales que buscan obtener resultados del tipo ganar-perder. Cuando estos adversarios recurren a tácticas ofensivas nocivas, es fácil contemplar la respuesta quid-pro-quo. Y cuando esto sucede, todo el proceso de negociación tiende a derrumbarse”*<sup>56</sup>

Y esto hecho sufre asimismo un interesante proceso de retroalimentación. Los investigadores sugieren que los negociadores que adoptan el enfoque resolutorio son conscientes de que existen dos tipos de negociadores: los competitivos y los que son como ellos. Sin embargo, un negociador competitivo tiende a pensar que todos los negociadores son competitivos.<sup>57</sup> Este fenómeno hace que el negociador competitivo traslade su propio sistema de valores al otro lado de la mesa, y que por tanto interprete cualquier actitud de la otra parte como suspicaz y sospechosa. Y así la negociación se transforma una tácita guerra de estrategias.

## **E) No hay tiempo en una audiencia de conciliación para obtener un acuerdo adoptando un enfoque adversarial o Posicional de negociación**

Como decíamos, en una Negociación Posicional el acuerdo logrado en general refleja una división de la diferencia entre las posiciones finales de las partes, más que una solución que contemple los intereses legítimos de ambas partes. Tal como comentan Fisher, Ury y Patton, *“negociar sobre posiciones crea incentivos que obstan a la transacción. En una negociación Posicional uno intenta optimizar las chances de que cualquier acuerdo logrado le sea favorable, empezando con una demanda extrema, aferrándose testarudamente a ella, engañando a la otra parte de las verdaderas intenciones, y haciendo pequeñas concesiones indispensables para seguir con la negociación adelante. Lo mismo es cierto para la otra parte. Cualquiera de esos factores tienden a interferir con la obtención de un transacción rápida”*.<sup>58</sup> Y, por los fundamentos ya expuestos, una transacción rápida es la única opción que se avisa como viable en una audiencia de conciliación.

## **F) Conclusión: cuál es el impacto sobre el sistema de conciliación previa uruguayo?**

Por las razones expuestas, el enfoque posicional de negociación no es el apropiado para fomentar que las partes negocien un acuerdo mutuamente beneficioso. Más aún, este enfoque obsta a cualquier tipo de transacción, sea mutuamente beneficiosa o no. Para obtener el mejor resultado posible, o al menos un resultado que ambas partes acuerden, se torna necesario un estilo resolutorio.

Y esta situación se agrava especialmente al analizar el ICP en el Uruguay, porque las partes no han pasado por un proceso de intercambio de prueba, y en la audiencia de conciliación no gozan del tiempo suficiente para ponerse a explorar los intereses en juego.

Y esto es cierto aún con la intervención de un Magistrado como conciliador/mediador. El conciliador carece de autoridad para imponer una solución. Por tanto, ambas parte deberán acordar a la solución que pudiese llegar a proponer. El rol principal del Juez es ayudar a las partes a descubrir sus intereses y proponer soluciones mutuamente beneficiosas, que signifiquen al menos una oportunidad mejor que ir a juicio.

<sup>56</sup> Craver, Op. Cit., p. 122

<sup>57</sup> En este punto Craver (Op. Cit., p. 71) cita las conclusiones obtenidas por Rubin y Brown, en *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation*, 1975, p. 185; y Zartman & Berman, *The Practical Negotiator*, 1982, p. 25.

<sup>58</sup> Fisher, Ury y Patton, Op. Cit. p. 6

Más aún, las mejores técnicas de mediación<sup>59</sup> recomiendan mantener entrevistas privadas con cada una de las partes, a los efectos de buscar que sus intereses emerjan. Es difícil explorar los intereses de cada parte en sesiones conjuntas. Leonard Riskin comenta al respecto: *“la mayoría de los mediadores utilizan sesiones conjuntas y separadas. La sesión separada puede ser empleada durante cualquier etapa de la mediación. Puede darle al mediador una buena oportunidad para desarrollar un acercamiento con la parte, para aprender de sus intereses y posiciones, para diluir expectativas irrealistas, y para ayudar a las partes a desarrollar y evaluar propuestas”*.<sup>60</sup>

Los abogados y las partes saldrán de la audiencia de conciliación frustrados y probablemente desesos de revancha en juicio. Este hecho obsta a que las partes se involucren en negociaciones privadas luego de que la audiencia de conciliación termine, sin perjuicio de la eventual conciliación intraprocesal en la audiencia preliminar.

## VI. CONCLUSIÓN GENERAL. POSIBLES SOLUCIONES.

Este capítulo final resume y amalgama todas las conclusiones obtenidas en esta tesina sobre las causas de la falla del instituto de la conciliación en el Uruguay. A posteriori se proponen algunas soluciones para encarar esta crisis institucional.

### A) Tenemos un problema sistemático

Las estadísticas son claras: el instituto de la conciliación previa en Uruguay es altamente ineficiente. Alrededor de solamente el 7% de las audiencias convocadas logran la transacción, y alrededor del 30% de las audiencias padece la ausencia del citado.

Las normas procesales uruguayas y el ICP desactivan letalmente la posibilidad de que las partes se embarquen en una Negociación Resolutoria, básicamente debido a la total falta de intercambio de información con la contraparte previamente a la audiencia, y los fuertes constreñimientos de tiempo que se presentan. Ha sido probado en esta tesina que un estilo resolutorio de negociación es el único método que va a incrementar las probabilidades de una transacción pre-litigiosa. A menos que las partes puedan proponer soluciones mutuamente beneficiosas al conflicto, que contemplen los intereses en juego de cada parte, ciertamente preferirán el juicio.

Más aún, las normas procesales uruguayas y el ICP fomentan fuertemente que las partes adopten un estilo de Negociación Posicional en la audiencia de conciliación. Este estilo es ineficiente, tal como muestran las estadísticas, y está profundamente arraigado en la cultura de los abogados locales. Provoca frustraciones entre las partes (que probablemente sea lo último que las partes necesitan para lograr un acuerdo mutuamente beneficioso) y desperdicia mucho valor de oportunidades negociables.

Debe asimismo notarse que las estadísticas revelan una amplia superioridad de la efectividad del ICP en las zonas rurales del Uruguay. Este dato es coherente con la tesis expuesta. Mientras en Montevideo el anonimato e impersonalismo gobiernan las relaciones sociales, en la zonas rurales la comunidad social tiene un grado mucho mayor de interacción y cohesión, por el propio tamaño de las poblaciones. Concordantemente, mientras en Montevideo las partes y el Juez se ven por primera vez en la audiencia de conciliación, en las zonas rurales las partes y el Juez tienen mucho mayores posibilidades de conocerse entre sí. Este dato permite que las partes en las zonas rurales estén más propensas a conocer los intereses, y por tanto a tener una discusión mucho más amena para solucionar su conflicto. Más aún, las agendas de los jueces tienden a ser menos nutridas, y la dedicación temporal suele ser superior a los 26 minutos de que disponen los jueces para resolver las disputas en Montevideo.

Bajo estas circunstancias, una audiencia de conciliación exitosa tiende a ser más frecuente, en teoría al menos, en las zonas rurales, porque hay más oportunidad de entablar una negociación basada en intereses. Las estadísticas dan soporte a lo dicho.

El ICP en el Uruguay necesita una profunda reformulación. A menos que su enfoque y alcance sean modificados, especialmente en la reglas procesales reguladas por el Código General del Proceso, parece difícil pensar en un incremento significativo de su eficacia.

<sup>59</sup> Que por lo fundamentos ya expuestos son plenamente aplicables a la Conciliación como medio de resolución de disputas

<sup>60</sup> Leonard Riskin and James Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers*, 2nd Ed., 1988, p. 161

## B) Propuestas a considerar

Existen varias maneras de mejorar las efectividad del Instituto de la Conciliación Previa en el Uruguay. Empezando por la necesidad de un intercambio de prueba e información previamente a la audiencia, dos posibilidades se alzan como factibles:

1) programar la audiencia de conciliación para después de haberse presentado la demanda y contestación, de manera que las partes puedan previamente revisar la prueba que pretende presentar su contraparte para apoyar sus alegaciones; o,

2) establecer un sistema de "Discovery" similar al regulado en la Reglas Federales del Proceso Civil de Estados Unidos, de manera de obtener la información de la contraparte aún antes de la presentación de la demanda y contestación, y de la audiencia de conciliación previa.

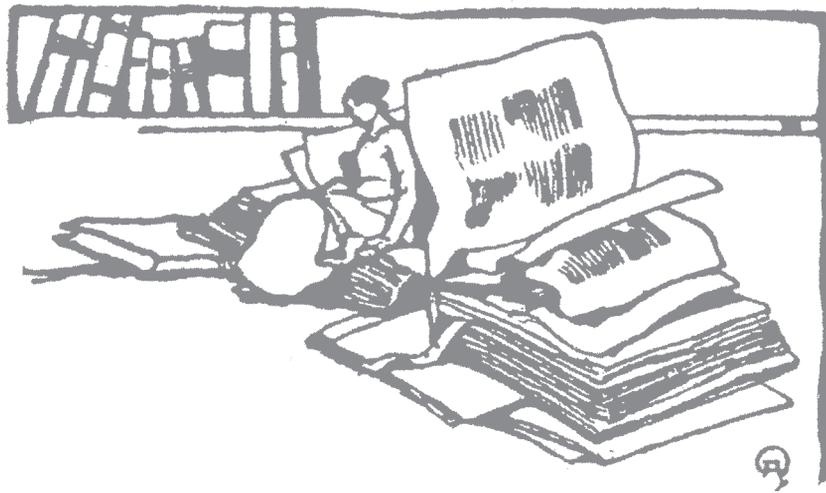
La primera opción parece más práctica, visto que la reforma del Código General del Proceso resulta menos radical. Sin embargo, el hecho de ir a la Audiencia de Conciliación con una demanda y una contestación ya presentadas no parece proveer el ambiente pacificador adecuado para involucrar a las partes en una negociación resolutoria.

Respecto a los problemas de constreñimiento de tiempo que las partes enfrentan en la audiencia, en nuestra opinión la reformulación del ICP no debería intentar crear más Juzgados de Conciliación, sino que debería fomentar a que las partes negocien su propio acuerdo transaccional en privado, y que sólo se utilice el Poder Judicial para pulir los últimos detalles del acuerdo, quizás los más controversiales, para luego ser homologado por el Magistrado. En otras palabras, no existe un problema real de tiempos. Esos 26 minutos promediales pueden ser muy efectivos, si se utilizan para propósitos diferentes a los actuales.

La reforma debe asimismo fomentar a que las partes negocien su propio acuerdo mucho antes de que comparezcan a la audiencia de conciliación. Creemos que una etapa de intercambio de información previo a la audiencia puede reforzarlo.

También se alza como necesario un cambio cultural. Los abogados están demasiado acostumbrados a utilizar el método de negociación posicional. De hecho, es el sistema que los lleva a ello. Si las sanciones por no comparecer a la audiencia tienen impacto en el juicio posterior, si la audiencia es sólo un prerrequisito para presentar la demanda, si el acuerdo conciliatorio es negociado bajo la sombra del resultado del juicio, ¿cómo podemos esperar que los abogados se comporten de manera distinta a como lo harían en juicio?





## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *Derecho de las Telecomunicaciones (JMG)*
- *Marco regulatorio del sector eléctrico en Uruguay (G. Delpiazzo)*
- *La protección jurídica de eslogan publicitario en el Derecho comparado (C. Fernández Ballesteros)*
- *Derecho Médico Uruguayo (A. Robaina)*
- *Incapacidad e inhabilitación (J.M. Delpiazzo)*
- *Código Penal, tomo II, volumen II (E. Moller)*
- *Datos personales para informes comerciales y habeas data (A. Brian)*
- *Manual del Sistema Legal de los Estados Unidos (M. Otegui)*



## DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Carlos E. Delpiazzo  
Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005,  
515 págs.

“DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES”, editado por la Universidad de Montevideo, año 2005, del Profesor Dr. Carlos Delpiazzo, tiene su antecedente en la obra del mismo autor e idéntico sello titulada “Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones”, publicada en el año 2001. Esta obra consistía básicamente en la recopilación sistemática de normas que rigen las Telecomunicaciones en nuestro país, precedida de un enfoque analítico.

En el año 2005 y luego de varias reformas a dicho régimen, el Dr. Delpiazzo nos propone una nueva obra que actualiza el contenido de la anterior y al mismo tiempo lo amplía con nuevos capítulos, que prácticamente duplican la parte analítica en la materia, constituyendo un libro nuevo que pasa a denominarse ahora: “Derecho de las Telecomunicaciones”.

El autor ofrece un completo y sistemático estudio de las principales áreas del Derecho de las Telecomunicaciones, ilustrado con abundantes citas y referencias bibliográficas de gran interés y actualidad.

El primer capítulo -a vía de introducción- trata del origen, concepto, caracteres y contenido del Derecho de las Telecomunicaciones.

Seguidamente, en el capítulo 2, el autor encuadra el nuevo escenario de los servicios, mostrando la evolución del servicio público al servicio universal, la red única estatal y la evolución a la red de redes privadas Internet.

En el capítulo 3 se estudia la evolución de la normativa nacional, pasando por los Decretos-leyes de Antel, de Radiodifusión, de creación de la DNC, la ley de Empresas Públicas y el referéndum derogatorio, la ley de Presupuesto Nacional del 2001 y otras normas de interés.

El capítulo 4 analiza las bases fundantes del sistema vigente, con un pormenorizado abordaje de los distintos servicios como la telefonía fija y móvil, las radiocomunicaciones, los servicios de valor agregado, la radiodifusión, la televisión para abonados y otros, incluyendo el estudio del acceso a infraestructuras y a frecuencias radioeléctricas.

La organización y competencia tienen su lugar en el capítulo 5, analizándose la intervención del Poder Ejecutivo, la Ursec, Antel, el Sodre y el Servicio de Televisión Nacional.

El estudio de la tutela del usuario, cubierto en el capítulo 6, releva los derechos básicos de los usuarios



de los servicios y los diferentes instrumentos de tutela.

Y finalmente, un capítulo 7 que refiere al trascendente tema de la privacidad en materia de Telecomunicaciones, con un panorama comparado y nacional.

Los capítulos 8, 9 y 10 son dedicados a la recopilación sistemática de las normas reglamentarias (algunas históricamente redactadas de puño y letra por el mismo Prof. Delpiazzo), legales e internacionales respectivamente.

Como resultado de esta combinación de análisis y recopilación, el autor logra una obra de indiscutible trascendencia teórica y práctica. Teórica, por la riqueza doctrinal en el análisis (propio del autor) y por las tantas citas y referencias a publicaciones nacionales e internacionales. Práctica, porque se trata de una verdadera concentración de toda la información básica y necesaria en la materia, presentada en forma amigable, ordenada, ilustrada, de tal modo que resulte accesible al estudiante, tremendamente útil para el docente y el profesional, y una referencia obligada para el especialista.

En conclusión, la obra encarna íntimamente el consejo de un conocido autor espiritual que reza: “Profesor, que te ilusione hacer comprender a los alumnos, en poco tiempo, lo que a ti te ha costado horas de estudio llegar a ver claro”.

“Derecho de las Telecomunicaciones” resume mucho tiempo de trabajo y estudio, muchas horas de pro-

cesamiento, recopilación, sistematización y análisis. Todo hecho con una gran generosidad y espíritu de servicio, pensando en los demás y reflejando esa vocación que sólo los verdaderos docentes saben tener.

Por ello y como epílogo de esta nota, dos palabras al Profesor Delpiazzo: "felicitaciones" y "gracias" en nombre de todos quienes nos beneficiaremos con este libro.

Juan Manuel Gutiérrez Carrau

## MARCO REGULATORIO DEL SECTOR ELÉCTRICO EN URUGUAY

María Cristina Vázquez Pedrouzo  
Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005,  
359 págs.

El creciente proceso de institucionalización de la regulación de servicios públicos y de interés público que se viene desarrollando en el Uruguay y su repercusión en el orden normativo nacional, han impuesto la necesidad de sistematizar los llamados marcos regulatorios de las distintas actividades controladas.

Esta tarea se presentaba sumamente importante, y a la vez difícil, respecto del sector eléctrico, cuyo único estudio antecedente radicaba en la obra del Prof. Juan Pablo Cajarville titulada “Régimen jurídico administrativo de la industria eléctrica”, elaborado en 1979.

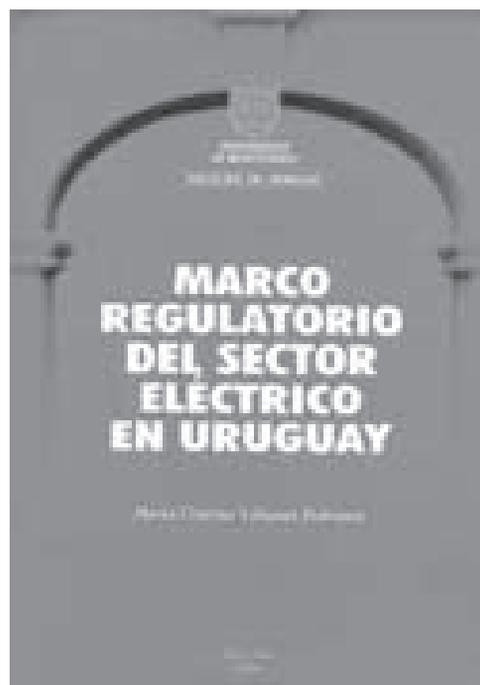
En este contexto, aparece esta obra publicada por la Universidad de Montevideo, que realiza un estudio, a la vez analítico y descriptivo, del “Marco regulatorio del sector eléctrico en Uruguay”, facilitando una comprensión sistemática y actual de las actividades que comprende.

Profesora de Derecho Administrativo en las Universidades de la República y de Montevideo, la Dra. María Cristina Vázquez Pedrouzo vierte en este libro la profundidad de su intensa labor académica, complementada con su vasta experiencia como Directora y actual Presidenta de la Unidad Reguladora de los Servicios de Energía y Agua (URSEA), todo lo cual determina su autoridad indiscutible en la materia.

A partir de un enfoque del Derecho Público como orientador de “una tarea de asistencia vital, de procura existencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva”, la autora ordena su exposición en 16 capítulos de singular interés.

En el primero de ellos, nos brinda las “Nociones fundamentales” necesarias para comprender adecuadamente el desarrollo de la obra. En efecto, parte de una caracterización de los principales aspectos que son objeto de regulación en el sector, como ser la energía eléctrica, la industria eléctrica y el sistema eléctrico nacional, para luego encuadrar los mismos en el modelo regulatorio actual.

Seguidamente, la autora realiza una “Composición y caracterización del marco normativo” (capítulo II), destacando sus principales metas y objetivos en orden al proceso de transformación estructural de la industria eléctrica que el mismo pretende.



Los capítulos III y IV delimitan en forma precisa su ámbito de aplicación, tanto desde el punto de vista objetivo –determinando las actividades que comprende– como desde un enfoque subjetivo –enumerando los organismos que alcanza, con especial referencia a UTE y a la Comisión Técnico Mixta de Salto Grande.

Los capítulos V y VI analizan los principios rectores en la materia, criterios interpretativos para resolver las cuestiones que se susciten en la aplicación de las normas. Se destaca el profundo examen de la separación de roles “normativo-regulador” y “empresarial” del Estado como principio fundamental de la institucionalidad del sector eléctrico.

Este desarrollo del rol regulador del Estado se completa mediante un exhaustivo análisis de las “Competencias convocadas por el marco normativo” (capítulos VII a X). En efecto, luego de destacar el papel del Poder Ejecutivo y de la Administración del Mercado Eléctrico en la materia, la autora dedica tres capítulos al estudio de la competencia regulatoria atribuida actualmente a la URSEA.

El primero de ellos (capítulo VIII) merece especial atención por el minucioso análisis de la polémica existente en torno a la posición institucional de la URSEA, la que es despejada con solvencia y claridad a través de tres preguntas cuyas respuestas evidencian el ajuste a la Constitución de la solución adoptada. En el segundo (capítulo IX), se destaca la descripción de sus cometidos y poderes jurídicos,

tanto generales como aquellos específicos para el sector eléctrico, con especial referencia a la protección de sus usuarios. En tercer lugar, el capítulo X armoniza las atribuciones de la URSEA en materia de defensa de la competencia, con las de la Dirección General de Comercio, autoridad de aplicación general de las normas que regulan la misma.

Atendiendo a las particularidades de los sectores sujetos a regulación, la autora señala la necesidad de una reformulación de la teoría y el Derecho de la competencia, precisando la importancia de la regulación para que la misma se desarrolle con efectividad y garantizando la protección de los derechos del consumidor.

Luego se dedican otros tres capítulos para examinar, respectivamente, el régimen del Mercado Mayorista (capítulo XI), de la Trasmisión (capítulo XII) y de la Distribución de Energía Eléctrica (capítulo XIII), detallando, entre otros aspectos, el estatuto jurídico de los agentes que participan en cada una de estas actividades.

La parte analítica de la obra culmina con el capítulo XIV, titulado "Otros aspectos reglamentarios de

importancia", en el que se hace referencia al deber de las personas que desarrollan actividades de la industria eléctrica de protección del ambiente, a las potestades de las autoridades de requerir información a estos agentes y participantes, y a la aplicación, seguimiento y modificación del Reglamento del Mercado Mayorista.

Finalmente, la sistematización referida se complementa por un compendio de las principales normas legales (capítulo XV) y reglamentarias (capítulo XVI) del sector. Se trata de un anexo normativo ordenado y actual, que completa el análisis previo, a la vez que éste constituye la guía necesaria para la interpretación de estas disposiciones.

En suma, se trata de una obra destinada a convertirse en la referencia bibliográfica de cabecera en la materia, en cuanto pone a disposición el marco regulatorio del sector eléctrico nacional en forma sistematizada, con el valor agregado de un análisis profundo y ágil realizado desde la óptica singular de quien se encuentra inmersa tanto en Derecho Administrativo como en la actividad reguladora de dicho sector.

Gabriel Delpiazzi Antón

## LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ESLOGAN PUBLICITARIO EN EL DERECHO COMPARADO

Beatriz Bugallo Montaña  
Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005,  
383 págs.

Asentada ya en un sólido prestigio profesional como profesora e investigadora universitaria, legítimamente ganado y merecido a través de su brillante carrera en Universidades nacionales y extranjeras, donde se destacan Santiago de Compostela y Alicante, como también por su incesante labor como Coordinadora del Grupo Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, desde donde comenzó a generar producciones científicas de alto rango, Beatriz Bugallo nos entrega hoy una obra singular (321 páginas de texto, acompañadas de dos voluminosos índices bibliográfico y jurisprudencial) dedicada a desentrañar todos los aspectos que atañen al eslogan publicitario en tanto objeto de protección dentro del género de la propiedad intelectual.

Cabe decir ante todo, por tratarse de un producto nacional de calidad, que la edición a cargo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, goza de las impecables presentación e impresión a que nos tiene acostumbrados esa casa de estudios.

Vale la pena detenerse en el Prólogo que le dedica quien fuera Director de su Tesis Doctoral en la Universidad de Santiago de Compostela, el ilustre Catedrático de Derecho Mercantil Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade, quien habla con asombro de "la indomable voluntad, el talento y la capacidad de trabajo de la Doctora Beatriz Bugallo Montaña". En cuanto a lo que concierne al tratamiento del tema destaca la rigurosa sistemática empleada por nuestra encumbrada Profesora y admirada colega compatriota, su claridad expositiva y el exhaustivo análisis del Derecho comparado, que de esto último trata precisamente el libro.

Bugallo se adentra ante todo en los aspectos técnicos del eslogan publicitario, a los cuales dedica el primer capítulo de la obra, para aplicarse luego en tres sucesivos y sustanciosos capítulos a analizar las posibles opciones que ofrece el marco de la propiedad intelectual para su mejor protección: mediante el derecho de autor, el derecho de marcas o la normativa contra la competencia desleal. Como en las buenas novelas policíacas, no develaremos la opción por la cual se inclina la autora, pero aseguramos al lector que dispondrá de todas las claves jurídicas para incursionar en un ejercicio ameno por el cual nos conduce Bugallo con la maestría de docente segura y experimentada.



Pero por encima de ello, todo a lo largo de este ejercicio, lo que surge con nitidez es la dimensión de gran jurista alcanzada por la Dra. Bugallo, calidad a la cual acompañan sus dotes de investigadora atenta y tenaz, como lo atestigua la impresionante y profusa bibliografía consultada a lo largo de varios años de estudio (cuyo sólo listado abarca veinticinco páginas finales); o la exhaustiva lista de casos jurisprudenciales – casi trescientos provenientes tanto de países latinoamericanos como europeos, incluyendo resoluciones de la OAMI sobre marcas comunitarias, como también estadounidenses - que iluminan en forma sistemática cada tema objeto de estudio, sea en el acápite o en los diferentes capítulos que componen su parte fundamental.

En su Prólogo, el Profesor Gómez Segade expresa que "sólo resta felicitar y envidiar a quienes pueden disfrutar de cerca de todas (las) dotes profesionales, académicas y humanas (de la Dra. Beatriz Bugallo Montaña)". Asumiendo tal privilegio, nos enorgullece presentar y recomendar esta obra que la coloca definitivamente entre los más experimentados conocedores de la ciencia jurídica de la propiedad intelectual, en Uruguay como en Iberoamérica.

Carlos A. Fernández Ballesteros  
Presidente Instituto Uruguayo de Derecho de Autor  
(IUDA) y del Grupo nacional ALAI/Uruguay  
Secretario General de LATINAUTOR  
Ex Subdirector General de la OMPI



## DERECHO MÉDICO URUGUAYO

Pedro Montano  
 Juan José Puerto González  
 Mauricio Iglesias  
 Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005,  
 296 págs.

La Universidad de Montevideo nos presenta la obra "Derecho Médico Uruguayo", editada originalmente en Inglés por la Editorial Kluwer Law International, en el marco de la Enciclopedia Internacional de Derecho dirigida por el Profesor Dr. R. Blanpain.

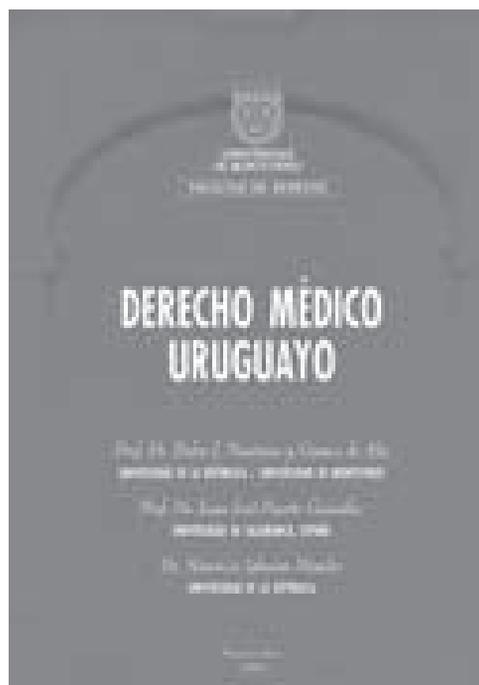
La circunstancia señalada precedentemente, y el hecho de constituir la obra presentada una elaboración conjunta de los Dres. **Pedro Montano** -destacado docente en Derecho Penal y reconocido especialista nacional en responsabilidad médica y científica-, **Juan José Puerto González** -Doctor en Derecho y Licenciado en Derecho Canónico por la Universidad de Salamanca, y estudioso del Derecho médico uruguayo- y **Mauricio Iglesias Méndez** -aspirante a Profesor de Derecho Civil en nuestra Universidad de la República-, coadyuvan a la elaboración de lo que el Profesor Brito definiera en su elogioso Prólogo como un "sistema" de Derecho Médico.

En efecto, el libro comentado nos presenta un panorama global del Derecho Médico nacional, desde un enfoque sistemático y actualizado que unifica sintéticamente los distintos aspectos que un estudio serio y responsable de la materia requiere, sin importar por ello, como se señalará, ausencia de profundidad o compromiso con la temática a estudio.

En lo que refiere al contenido de la obra, debe señalarse que ésta se inicia con una "**Introducción General**", que desarrolla un panorama global del país, una descripción general del sistema de salud nacional, una primera aproximación al concepto del Derecho médico, y una completa reseña bibliográfica del tema a estudio. De ésta forma, se plantea integralmente el marco general de la temática que se despliega en sus casi trescientas páginas, a partir de un capítulo que, la vez de resultar indispensable en un trabajo presentado dentro de un proyecto internacional de estudios de Derecho comparado, colabora con el lector nacional a través de una aproximación a la comprensión sistemática de la materia.

A partir de la referida introducción, la obra se divide en tres partes:

La Parte I, referida a "**la Profesión Médica**", plantea los diversos aspectos referidos a la misma, presentándonos desde un desarrollo descriptivo referente al acceso a la profesión y el ejercicio, tanto legal como ilegal de la misma, hasta un completo capítulo



centrado en el control sobre el desempeño de la medicina, donde se destacan los desarrollos referentes a la Responsabilidad Profesional (analizada tanto desde su perspectiva civil, como penal), como ejemplo de una elaboración que, sin perjuicio de presentarse de forma sintética, no rehúsa el ingreso en las complejas cuestiones que la materia plantea, demostrando un loable equilibrio entre exposición descriptiva, clara y profunda.

La Parte II, referida a "**la Relación Médico Paciente**", se inicia con un primer capítulo en donde, luego de afirmarse el abandono de esquemas tradicionales, que contemplaban la mencionada relación desde una perspectiva paternalista, y afirmar la circunstancia de que en la actualidad "*las relaciones médico paciente discurren por otros senderos más orientados hacia la humanización de la práctica médica y a la valorización del trato humano con el enfermo y sus familiares*", relación que "*se encuentra protegida y modelada desde el campo jurídico y desde el ético deontológico*", desarrolla los aspectos generales que plantea la relación (derechos y obligaciones de médicos y pacientes, aspectos generales del consentimiento informado, el respeto a la intimidad, el secreto y la posibilidad de queja de los usuarios de salud) a la luz de las disposiciones constitucionales aplicables y de la diversa normativa reglamentaria dictada.

Por su parte, el segundo capítulo de esta segunda parte de la obra, analiza la relación médico pa-

ciente en términos específicos, considerando las situaciones planteadas en los casos del paciente menor de edad, el enfermo mental y el paciente moribundo.

En el capítulo final de ésta segunda parte, que desarrolla determinadas actividades específicas atinentes a la relación médico paciente (entre las que se encuentran el aborto, la fecundación in vitro, el diagnóstico prenatal, la psicocirugía, la investigación clínica con seres humanos y la eutanasia, entre otras) los autores comprometen opinión involucrando tanto aspectos jurídicos como éticos, aportando al lector elementos para la necesaria reflexión que debe plantearse respecto de estos temas en la actualidad.

En efecto, el impresionante despliegue de la ciencia y la tecnología en temas que conciernen directamente a la actividad médica, con la innegable carga ética involucrada, conmueven la claridad afirmada hace casi cien años por Vaz Ferreira cuando destacaba, a partir de la comparación entre la "moral de abogados" y la "moral de médicos" -y luego de plantear las inquietantes consideraciones respecto a la inmoralidad intrínseca de la profesión de los primeros-, que si bien la profesión médica es mucho más difícil *"en el sentido de que los deberes que requiere importan sacrificios mayores, y su realización cuesta infinitamente más"*, es *"mucho más fácil, en cambio,*

*porque es infinitamente más clara, porque en ella no existen, sino en mínima parte, las dudas morales, las complicaciones de los deberes"*.

Asumiendo el reto que la situación plantea, los autores se introducen de lleno en las complejas cuestiones consideradas, reaccionando contra los que denominan una "ética del desarrollo", "caracterizada por un fuerte pragmatismo", en la búsqueda de rescatar la dignidad humana como centro de la discusión planteada al afirmar que *"la ciencia y la técnica exigen el respeto incondicionado de los criterios fundamentales de la moralidad: deben estar al servicio del ser humano, de sus derechos inalienables y de su bien verdadero e integral"*.

Por último, la Parte III de la obra, titulada "**el Médico en Relación con el Sistema de Salud**", analiza sintéticamente la relación de los médicos con los colegas, con otros proveedores de salud y con las instituciones médicas.

En definitiva, la obra que se presenta merece ser destacada al diseñar, como se dijo, un enfoque que sistematiza el Derecho Médico Nacional, invitando a la profundización de los diversos enfoques planteados y a la reflexión, tanto jurídica como ética, de las diversas cuestiones desarrolladas, en la coincidencia o la discrepancia con algunas de las afirmaciones plasmadas en la misma.

Dr. Andrés Robaina Raggio

## INCAPACIDAD E INHABILITACIÓN

### Incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona

Walter Howard

Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005,  
249 págs.

El profesor Walter Howard, abogado y escribano, es un apasionado estudioso del Derecho Civil y profesor en las Universidades de la República y Montevideo en las materias Derecho Privado I, Derecho de Familia y Sucesiones. En su último libro, editado por la Universidad de Montevideo, se refiere a un tema de gran interés, ofreciendo una visión actualizada, exhaustiva y práctica de lo que tiene que ver con la incapacidad e inhabilitación de la persona humana.

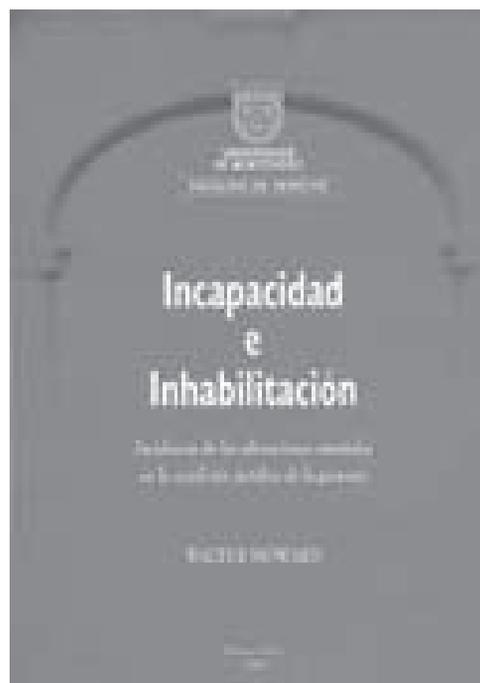
En forma clara y precisa, pero sin dejar de ser un análisis profundo, el autor ofrece un completo y sistemático estudio de las distintas incidencias de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona, ilustrándolo con copiosos ejemplos prácticos y un sinnúmero de citas y referencias bibliográficas de gran categoría e importancia.

Resulta fundamental destacar de esta obra, que analiza la temática teniendo en cuenta la reciente sanción del Código de la Niñez y la Adolescencia, que modifica y moderniza nuestro Código Civil y deja de lado otros preceptos ya extinguidos como es el caso de la emancipación. Se trata entonces de una obra actualizada y de gran utilidad, de consulta ineludible a la hora de procurar un conocimiento claro, profundo y, sobre todas las cosas, renovado de estos conceptos.

Se destaca, a su vez, que se trata de una obra exhaustiva pues, estando dividida en 7 capítulos, estudia el régimen de incapacidad e inhabilitación en su totalidad, abarcando todos los conceptos y posibilidades.

En el primer capítulo, el cual desarrolla bajo el título de "Introducción", el autor hace una descripción del concepto de capacidad y explica la demencia y las características de la enfermedad mental para la procedencia de la interdicción. También establece quiénes son los sujetos a los cuales procede incapacitar y las diferentes perspectivas que existen actualmente en la condición jurídica del demente.

En el segundo capítulo, plantea un análisis profundo y preciso sobre el procedimiento para declarar la incapacidad y sus principales caracteres, haciendo mención a los requisitos que debe reunir la denuncia de insania y estableciendo los contenidos de las posibles sentencias para el procedimiento es-



tablecido. Dicho trabajo es realizado por lo que el autor llama un "doble juego de reglas", ya que por un lado se encuentra lo dispuesto por nuestro Código Civil y, por otro, las disposiciones del Código General del Proceso. Es de destacar la gran habilidad con que el autor desarrolla esta compleja regulación que aparece como incongruente, dado que se trata más propiamente de disposiciones destinadas a estar contenidas en un cuerpo legal procesal y no en uno sustantivo.

El capítulo tercero titulado "Incidencia de la demencia en los diversos ámbitos jurídicos" supone, a mi entender, el tema central de la obra. A partir de un cuidadoso análisis de las incidencias de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona, trata con gran altura el tema de la demencia, tanto en el terreno de los negocios jurídicos inter vivos como en el caso de los negocios jurídicos mortis causa.

Pero si de inhabilitación se trata, es el capítulo cuarto el dedicado a profundizar en dicho aspecto. En esta parte, aparece una breve exégesis de la inhabilitación, remontándose el autor hasta el Derecho Romano en búsqueda del origen y de la fuente inspiradora en la cual se basó el codificador uruguayo a la hora de legislar respecto de esta temática. Asimismo, realiza una comparación con el actual Derecho argentino, con el ordenamiento italiano y con el Código Civil francés respecto de quiénes son los sujetos sometidos a inhabilitación.

Seguidamente, el capítulo V atiende el tema de la tutela y, sobre todas las cosas, la curaduría como

institutos de protección de los incapaces, estableciendo cuáles son las clases de curaduría, los cometidos y los caracteres del cargo de curador.

En cuanto a las disposiciones de los bienes e intervención en los intereses de los dementes e inhabilitados por parte de un representante, es el capítulo VI el que se encarga de explicarlo.

Ya en el séptimo y último capítulo del libro, el autor desarrolla, a modo de conclusión, la rehabilitación como "*régimen que conduce a la restauración de la capacidad de que fue privado el insano*", lo cual

le da un cierre a la obra acorde a los análisis precedentes.

En suma, se trata de otro valioso aporte del autor, que pone a disposición de quienes estudian la materia un análisis claro y ordenado del régimen jurídico vigente. Su lectura resulta sumamente enriquecedora y necesaria tanto para estudiantes, intérpretes, profesores y litigantes, ya que el autor logra un ponderado equilibrio entre profundidad y didáctica, con el ordenamiento conceptual de un detenido trabajo de investigación.

José Miguel Delpiazzo Antón

## “CODIGO PENAL y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay - De los Delitos en particular”

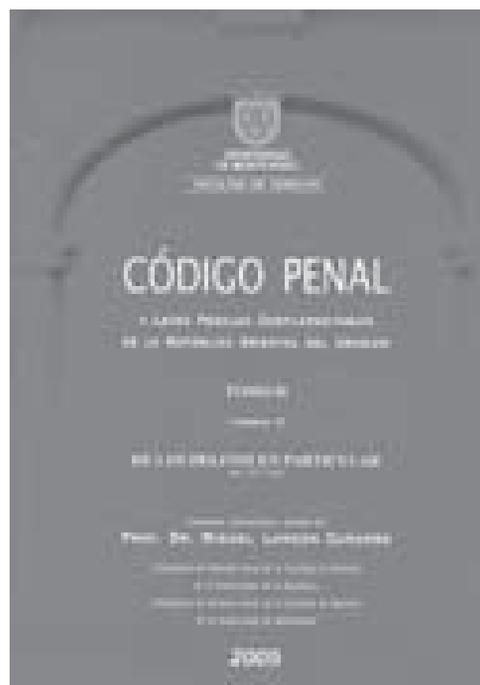
Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro  
Tomo II, Volumen II  
Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005

La mejor presentación de esta obra, que tenemos el honor de comentar, lo constituye el Prólogo mismo de su autor, que en pocas palabras resume magistralmente el alcance y el contenido de la misma, a la vez que, la define en una frase que extrae de su anterior Tomo I: *“es la más completa presentación que se haya hecho hasta ahora de la normativa penal uruguaya”*.

Como bien señala el destacado profesor, el presente volumen del Código Penal uruguayo, comentado, sistematizado y anotado, configura la culminación de la obra que comenzara en el año 2003, cuyo objeto era el análisis de la totalidad de la legislación penal del Uruguay. Estudio que se concreta a través de la reseña de los artículos que comprenden el Código Penal nacional y que encierran los delitos y disposiciones penales que les conciernen, pero que, a su vez, se complementa con una pormenorizada referencia a sus fuentes y antecedentes, (con inclusión del texto original del Código Penal de 1889 y del Código Penal italiano de 1931 cuyas disposiciones se transcriben), sus concordancias y un exhaustivo y a la vez sintético comentario, no solo respecto cada una de las figuras delictivas que comprende cada Capítulo, (con citas, mención de las distintas teorías y posiciones si las hubiere), sino además, respecto del bien jurídico que se tutela y que divide cada Título que los preside, todo lo cual configura un aporte doctrinario por demás completo y actualizado.

A ello se agrega también, la referencia expresa con su respectiva transcripción, para cada caso, de todo el espectro normativo en la materia, desde normas constitucionales, hasta convencionales, legales y aún reglamentarias, en lo pertinente, lo que lleva a que, toda referencia al ordenamiento jurídico en lo penal, se encuentra compendiado, sin necesidad de tener que recurrir a otros textos.

El contenido de este tomo, abarca, entre otros el análisis de los arts. 253 a 366 del Código aludido, fundamentalmente delitos contra la propiedad tradicionalmente concebida, legislación de la propiedad intelectual y contra las personas, incluyendo a los ilícitos contra la libertad y los denominados sexuales, por entender el autor, que son *“los delitos más*



*importantes desde el punto de vista estadístico, propios de la criminalidad “real”, tal cual se da en nuestro país”*.

Finalmente, la obra concluye con el aporte de tres índices, cuyo manejo facilita enormemente la búsqueda de un tema o normativa en particular, tales como: un *índice por materias*, otro *analítico* y un tercero de *ubicación de las principales leyes penales especiales citadas en el libro*, además de una *reseña de las nuevas leyes en materia penal*.

Desde el punto de vista de un operador del sistema como quien escribe, es de destacar el invaluable aporte que constituye este Código penal, en cuanto:

- es práctico de consultar, de fácil manejo, porque es sencilla la forma en que está sistematizado;
- es muy útil, porque reúne todo el material necesario para el análisis de un delito, desde su génesis, referencias normativas y evolución si la hubiere, hasta la doctrina más recibida sobre el tema (pasando por el bien jurídico tutelado, y el estudio de los elementos constitutivos del tipo penal);
- es actualizado, lo que es de gran importancia hoy día atento a la variación permanente que se ha dado en la legislación penal;
- permite acceder a las principales teorías y posiciones sobre un tema;
- y, en definitiva, conjuga toda la información

necesaria en la materia, sin necesidad de tener que recurrir a otros textos.

Es por ello, que, como lo menciona el autor, abarca un amplio espectro de posibles lectores a quienes no hay duda, esta obra les será inexorablemente de gran utilidad, estudiantes, docentes, investigadores y a quienes actúan en el proceso penal, sea como Defensores, Fiscales o Jueces, pues tendrán en ella una rápida y completísima información.

Por todas las consideraciones expuestas, es que entendemos que este nuevo Código Penal anotado y comentado, es altamente recomendable, no solo por la seriedad de su presentación, sino además, por ser su autor, el Dr. Miguel Langón Cuñarro, un "REFERENTE" con mayúsculas, como docente, ex Fiscal y por sobretodo, un estudioso contumaz de la materia penal, a lo largo de más de treinta años. Enhorabuena.

Dr. Enrique Möller Méndez

## DATOS PERSONALES PARA INFORMES COMERCIALES Y HABEAS DATA

Juan Manuel Gutiérrez Carrau  
Carlos Alejandro Loaiza Keel  
Juan Martín Olivera Amato  
Universidad de Montevideo, Liga de Defensa  
Comercial, Olivera y Delpiazzi Abogados,  
Montevideo, 2005, 145 págs.

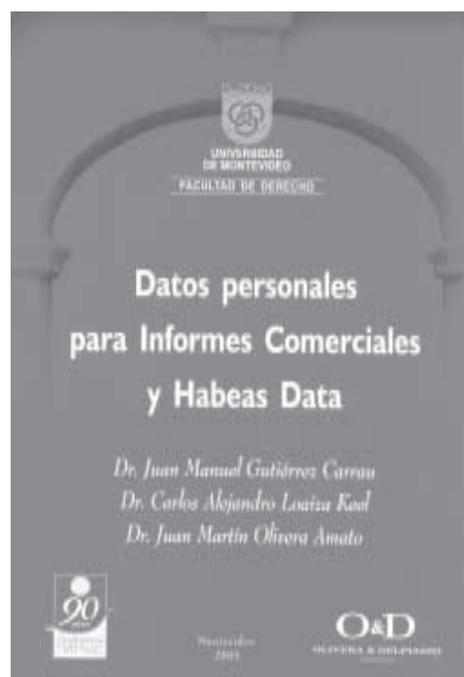
El presente se plantea como un análisis jurídico de la protección de datos en materia comercial en el ámbito de la Ley N° 17.838, de 24 de setiembre de 2004, y la acción de habeas data. No obstante ello, trasciende su objetivo y se ha constituido en un libro de lectura obligada para los uruguayos interesados en la adecuada protección de los datos personales en su país.

El libro analiza los contenidos en la disposición legal, con acertados comentarios críticos. Estudia su estructura, el tratamiento que la ley realiza del principio del consentimiento previo del titular de los datos, los principios generales en materia de protección de datos personales en ella contenidos, el especial tratamiento estatuido para la protección de datos de carácter comercial. Al ingresar al análisis de la acción de habeas data, enfatiza su carácter de acción para la protección de cualquier dato referido a la persona y sus distintas variables. La vía administrativa que se desarrolla ante el organismo de control, así como la vía procedimental o jurisdiccional y también las disposiciones finales y transitorias, son también objeto de la exégesis que los autores desarrollan de la norma.

Se destaca la especialidad del ámbito de aplicación de la ley, en tanto difiere en su Título I y en su Título II. El Título I está centrado en los principios generales en materia de protección de datos personales y en la especificidad establecida para los datos personales de carácter comercial, mientras que el Título II regula la acción de habeas data con carácter general.

No conformes con el interesante material de análisis que suministran al lector en este análisis minucioso que realizan de la ley, los autores incorporan a su obra consistente material ilustrativo del proceso que están sufriendo nuestras sociedades en pos de la protección de los datos personales.

En este sentido, es dable destacar la incorporación del Capítulo 2, destinado a analizar legislación comparada, y la del Capítulo 3, que ubica al lector en antecedentes legislativos que han consolidado la



preocupación de nuestros legisladores en iniciativas que refieren al tratamiento de la información contenida en bases de datos, a secreto bancario y a derecho de acceso.

La legislación comparada, escogida por los autores con un criterio contextualizador, abarca el análisis de la Directiva 95/46CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, la "Ley de Libertad de Información" sancionada en 1996 en los Estados Unidos de Norteamérica, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, así como el régimen en la materia de Brasil, Ecuador, Perú, Argentina, Chile y Paraguay. La incorporación de los textos de la Directiva europea y de la ley argentina es digna de mención, en tanto ambos son fuente obligada de reflexión en la materia.

En resumen, se trata de un excelente material de análisis exhaustivo y pormenorizado de la norma uruguaya en materia de protección de datos personales para informes comerciales y habeas data, valioso aporte y clara exposición que deja entrever la jerarquía del tema de la protección de los datos personales, que nos arriesgamos a calificar como uno de los problemas más candentes de los presentes tiempos, que ha surgido como consecuencia de los avances en el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Es una valiosa contribución al estudio de la protección de datos personales en materia comercial, que

habrá de constituirse en material de consulta obligada en la materia, cuya trascendencia coadyuva al desarrollo y consolidación de las premisas para una adecuada protección de los derechos personales en nuestro país.

Según resulta del Prefacio, escrito por el Dr. José P. Ponce de León, el origen de la obra es un trabajo cofinanciado por el BID y la Liga de Defensa Comercial. Dicho trabajo fue realizado por el Dr. Juan

Manuel Gutiérrez, destacado profesional con amplia trayectoria nacional e internacional en materia de Derecho de la propiedad intelectual y de las nuevas tecnologías, quien fue secundado por los Dres. Carlos Alejandro Loaiza y Juan Martín Olivera, jóvenes abogados del Estudio Olivera & Delpiazzo, egresados de la primera generación de Doctores en Derecho de la Universidad de Montevideo.

Dra. Ana Brian Nougrères

## MANUAL DEL SISTEMA LEGAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

María Elena Blanco Larrieux  
 Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005,  
 158 págs.

### Presentación del Libro y del Autor.

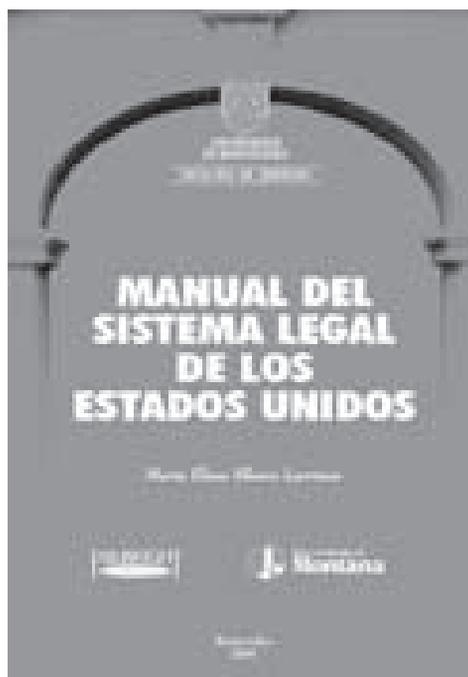
Según lo destacara el Dr. Alejandro Garro, Profesor de Derecho Comparado de la Universidad de Columbia, "Refleja un esfuerzo genuino y bien logrado de quien quiere realmente hacer llegar a sus lectores los misterios del common law y del sistema jurídico americano".

Al decir de la propia autora en la Síntesis Final<sup>1</sup>, este manual *pretende facilitar la tarea del estudiante, servir de referencia al profesional e interesar a cualquier lector para acercarse a los temas tratados*. Y si bien lo describe como una primera aproximación a los temas, entiendo que hace bastante más que eso estructurando su obra desde lo general a lo particular, relacionando normas de derecho público y privado; de forma que al finalizar su lectura se tiene una idea clara, precisa y muy práctica del sistema legal norteamericano.

Entre las dificultades que menciona la Dra. Blanco en la Introducción<sup>2</sup>, está la de intentar armonizar las organizaciones jurídicas estatales bajo la forma Federal y así identificar un Sistema que a la vista de los lectores nos permita encontrar la unidad a la que estamos familiarizados con nuestro sistema centralizado uruguayo.

Además de los conceptos descriptos en los trece capítulos, contiene un glosario de términos jurídicos con la traducción al español y cinco apéndices que se corresponden a los capítulos mencionados. Es por esto que he ordenado este estudio destacando por un lado su trascendencia teórica y por otro su utilidad práctica. Por último, hago una breve referencia al Programa de Derecho Anglosajón, que se dicta dentro del programa de estudios de la carrera de Abogacía, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

María Elena Blanco Larrieux (Montevideo, 1963) es casada y tiene tres hijos. Graduada con honores en Fordham University, Nueva York (Major: Political Science, Minor: Philosophy), Escribana Pública y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Cursó como aspirante a la magistratura en el Centro de Estudios Judiciales de Montevideo. Realizó estudios en Canadá y París. Fue



beneficiaria de una beca Fulbright en Temple University, Filadelfia. Residió en Inglaterra. Obtuvo el Diploma en Derecho Anglosajón de la Universidad de Montevideo. Además del ejercicio profesional, fue docente en el IEEM y en la Universidad de Montevideo. Recientemente culminó la Maestría en Dirección y Gestión para la Calidad de Centros Educativos en la Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, en la que fue calificada con sobresaliente.

### Trascendencia Teórica de la obra:

Si buscamos el fundamento común a todos los ordenamientos jurídicos, se puede decir que el Sistema Legal tiene como objetivo lograr la convivencia pacífica de los miembros de su sociedad. Especialmente a través de la resolución de conflictos que puedan surgir entre ellos. En términos generales, las personas somos iguales en todos lados, por lo que tenemos conflictos similares y necesidades que no difieren en su esencia.

Sin embargo en el mundo coexisten dos grandes sistemas legales, que se diferencian radicalmente en su metodología, mientras que entre los ordenamientos de tradición de Derecho Civil (Civil Law), predomina la norma escrita y por tanto el método de resolver los conflictos se basa en la

<sup>1</sup> Pág. 115

<sup>2</sup> Pág. 3

aplicación de la norma al caso concreto. A través de un razonamiento deductivo. En los países que siguen al Common Law, el papel del juez es muy distinto, estudia el caso concreto y extrae la norma del mismo. Se realiza un razonamiento inductivo.

El Manual del Sistema Legal de Estados Unidos trata en los capítulos II, III y V de la Organización de los Tribunales, El Proceso Judicial y El Case Law respectivamente. Empezando por el último, “la importancia que tienen los fallos judiciales y la recopilación de precedentes es el aspecto medular del sistema del common law”<sup>3</sup>.

Aquellos que tienen una idea básica sobre el sistema legal americano saben que la norma a aplicar en el caso concreto, es el precedente. Es decir, que cuando una persona inicia una acción civil, deberá buscar una sentencia que se haya dictado en una situación similar a la suya, y se haya resuelto favorablemente a su pedido. Dicho de otro modo, un Juez está obligado a fallar en el mismo sentido que lo hizo otro Juez cuando estudió un caso similar. Para esto, es muy importante la forma en que recopilan los casos para que los juristas puedan acceder a ellos y servirse de los mismos en su caso. La búsqueda de los precedentes hoy en día se realiza a través de medios informáticos y métodos de búsqueda manual los cuales recopilan los fallos de los Tribunales de Apelaciones.

Esto es porque “no todos los fallos tienen la misma fuerza vinculante sino que esta depende A) La jerarquía del Tribunal del cual emana, B) La jurisdicción territorial de ambas sedes, C) Similitud de los hechos y D) La identificación del principio de derecho”<sup>4</sup>.

La Organización de los Tribunales es muy compleja por el sistema político federal, cada estado a su vez organiza el Poder Judicial autónomamente.

Los capítulos VII, VIII y IX de la obra comentada, tratan de la regulación de los Contratos; Las Excepciones, Formalidades y Terminación; y los Torts respectivamente.

En materia de derecho civil, hablando en este caso no como sistema sino como especialidad dentro del Derecho; se refleja que no existen diferencias sustanciales con relación a nuestros sistemas de origen romano. Sobre todo me atrevo a decir que en este tema, el sistema americano ha tomado la practicidad de la recopilación de normas contenida en nuestros códigos civiles; en las compilaciones llamadas

Restatements. En materia de contratos, la segunda versión elaborada por la American Law Institute es el Restatement, Second, Contract, define y regula los contratos para dicho ordenamiento. Nuestros sistemas también se han alimentado del common law en materia contractual, sobre todo mediante la incorporación de tipos contractuales en materia comercial, que se estudiará más adelante.

Es interesante detenerse en el tema de los Torts, que en español se traduce como la responsabilidad extracontractual, o hecho ilícito.

“La palabra tort viene del latín: torcere, que es torcer (twist). Un tort es un daño civil, privado, excluido el incumplimiento contractual, cometido contra una o varias persona/s física/s o jurídica/s o contra su propiedad”<sup>5</sup>.

Con respecto al resarcimiento de los daños, si se encuentran diferencias importantes entre nuestro sistema y el americano, en que si bien puede parecer a simple vista que los rubros a reclamar son similares. En la práctica tienen mecanismos para predeterminar cuánto cobrarán en caso de incumplimientos (Liquidated Damages or Stipulated Damages) y prevén Daños punitivos o ejemplificantes, que son sumas de dinero concedidas por encima de la reparación compensatoria cuando ha habido dolo.

En último término de este apartado, destacamos los capítulos X y XI que versan sobre Commercial Paper y Sociedades Comerciales. Como señala María Elena Blanco en la *Introducción*,<sup>6</sup> el inglés es el idioma de los negocios, y por tanto estamos familiarizados con institutos, (leasing, clearing), expresiones, (fob, cif), cláusulas de jurisdicción, de arbitraje, que hacen que el estudio de estos temas sea fundamental.

Dentro del concepto de Commercial Papers se “incluye una variedad de documentos cuya característica común es que son utilizados para facilitar el intercambio de dinero”<sup>7</sup>.

Su finalidad es de forma de pago tanto como sustitutos de dinero como instrumentos de crédito. Al estudiar este capítulo comprendemos el origen de nuestras prácticas comerciales con lo que denominamos “Títulos Valores”.

Existe un conjunto de leyes uniformes que los regulan, se desarrolló en 1924, en sus orígenes introducía leyes mercantiles inglesas, que se han ido modificando a los usos americanos. Se conoce como el Uniform Commercial Code.

<sup>3</sup> Capítulo V, Pág. 35

<sup>4</sup> Capítulo V, Pág. 41

<sup>5</sup> Capítulo IX, Pág. 79

<sup>6</sup> Pág. 3

<sup>7</sup> Capítulo X, Pág. 83

Con relación a las sociedades comerciales, *business organizations*, hay que partir de la base de que cada estado las regula autónomamente, por ejemplo existen estados que prevén algunos tipos sociales y otros no los admiten. O admitiéndolos no les permiten realizar determinados objetos sociales. *Con el afán de uniformizar las legislaciones estatales se creó la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws la cual generó el Uniform Partnership Act y el Uniform limited Partnership Act entre otros*<sup>8</sup>. Existen además otras formas de recopilación que están mencionados en el Manual como por ejemplo el que realiza la American Bar Association que edita el "Model Business Corporation Act".

La Dra. Blanco menciona como principales formas sociales a la unipersonal, comandita y anónima; señala que el tipo más sencillo es el *Agency* que es la representación. Este capítulo XI contiene la descripción general de estos tipos sociales, además se explica qué objetos sociales se utilizan para cada tipo, y la regulación fiscal tan determinante al momento de seleccionar qué forma utilizar. Describe las modalidades de Constitución, Funcionamiento, y Disolución, en una palabra, se puede ver en detalle la vida jurídica de las sociedades comerciales siendo de especial interés su profundización.

Gran utilidad práctica:

*El Manual del Sistema Legal de los Estados Unidos* busca que el lector pueda utilizar su contenido de forma práctica, desde un punto de vista didáctico y profesional. Cada uno de los capítulos finaliza con una *Síntesis* donde se describen los aspectos fundamentales descriptos en el mismo.

El *Glosario* ubicado al final de la obra complementa el primer capítulo que contiene *Definiciones y Conceptos Básicos* que ayudan a la comprensión como punto de partida al estudio del Manual y despejan dudas terminológicas en el trabajo profesional.

Por último contiene cinco apéndices relacionados a determinados capítulos entre los que figuran la Constitución de Estados Unidos, modelos de los commercial papers y ejemplos de demanda con extractos de regulaciones del procedimiento judicial.

Relación con el Programa de US Law.

El programa de US Law surgió en el año 2000 como un componente de la carrera de abogacía de la Universidad de Montevideo, que marcaría una distinción en la formación de abogados modernos con perfil internacional. Se estructuró como un grupo de cursos obligatorios, dictados en inglés, que diera a los alumnos una formación jurídica básica en el sistema del Common Law y en la teoría y práctica del derecho Norteamericano. El dictado de las materias en inglés prepara al alumno para enfrentar -en el futuro- interlocutores profesionales que hablen este idioma.

Se trata de un programa único en Latinoamérica, siendo obligatorio para obtención del título de abogado en la Universidad de Montevideo. No obstante ello, el programa es abierto a profesionales y estudiantes de otras universidades que quieran completar los ocho cursos, luego de los cuales obtienen un Diploma en Derecho Anglosajón. Los cursos son: Legal Methods, Legal Writing & Analysis, Contracts & Torts, Litigation & ADR, International Trade, International Business Transactions, Business Organizations/Corporations, Securities & Capital Markets Regulation.

La Dra. María Elena Blanco fue Profesora Adjunta del Programa de Derecho Anglosajón por el que obtuvo su diploma antes mencionado, al mismo tiempo en que yo era alumna de grado.

A partir de este año, este Programa se ve complementado con la generosa contribución de la Dra. Blanco; donde se utiliza su obra como manual básico de lectura. Entre los aportes teóricos y prácticos arriba descriptos, permitirá lograr uno de los objetivos principales de la autora, el de contextualizar cada uno de los cursos dentro del Sistema Legal de Estados Unidos.

Dra. Mercedes Otegui

<sup>8</sup> Blanco, María Elena, Capítulo XI, Pág. 91



Impreso y encuadernado en noviembre de 2005 en

**ZONALIBRO**

Gral. Palleja 2478 - Tel. 208 78 19

Dep. Legal N° 337.657 / 05

Edición amparada en el decreto 218/996 (Comisión del Papel)

